

## QUESTIONI APERTE

---

### Ordinamento penitenziario

#### La decisione

**Ordinamento penitenziario - Questione di legittimità costituzionale - Ergastolo - Ergastolo ostativo - Pericolosità sociale - Presunzione - Collaborazione - Flessibilità della pena - Progressione trattamentale - Finalismo rieducativo** (CEDU, art. 3; Legge 26 luglio 1975, n. 354, artt. 4-*bis*, 30-*ter*, 58-*ter*; artt. 3, 27, 117 Cost.; Legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 23).

*la Corte considera che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente, in applicazione dell'articolo 4-bis della legge sull'ordinamento penitenziario, detta «ergastolo ostativo», limiti eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità di un riesame della sua pena. Pertanto, tale pena perpetua non può essere definita riducibile ai fini dell'articolo 3 della Convenzione. La Corte rigetta perciò l'eccezione del Governo relativa alla qualità di vittima del ricorrente e conclude che le esigenze dell'articolo 3 in materia non sono state rispettate. La Corte considera, pur ammettendo che lo Stato possa pretendere la dimostrazione della «dissociazione» dall'ambiente mafioso, che tale rottura possa esprimersi anche in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia e l'automatismo legislativo attualmente vigente».*

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, SEZIONE PRIMA, 13 GIUGNO 2019, VIOLA C. ITALIA.

### Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da *Viola c. Italia* all'attesa della Corte costituzionale

Il presente lavoro offre degli spunti di riflessione sulla disciplina dell'ergastolo "ostativo", alla luce di due questioni di legittimità pendenti dinanzi alla Corte costituzionale e, in ragione, della recentissima pronuncia *Viola c. Italia* (N. 2), in attesa di immaginare possibili scenari futuri.

*Multiple aspects of the protection of the fundamental rights of prisoners in the dialogue between the Courts: from Viola c. Italy, waiting for the judgment of Italian Constitutional Court*

*This paper offers some reflections on Perpetual Life Imprisonment, pending the judgment of the Constitutional Supreme Court. Waiting for possible future approaches, the issue is recently defined by European Court of Human Rights, in the case of Viola v. Italy (No. 2).*

SOMMARIO: 1. Premessa: 4-*bis* ord. penit. sotto assedio dalle Corti. - 2. Dalle questioni intertemporali al nocciolo della questione: "l'ostatività alla rieducazione". - 2.1. L'ordinanza n. 57913/2018. - 2.2. (*Segue*) ... il Tribunale di sorveglianza di Perugia. - 3. Tra *ratio* "storica" della collaborazione con la giustizia, dissociazione e "penitismo". - 3.1. Presunzioni assolute di pericolosità sociale e diritto penale d'autore. - 3.2. Le vie percorribili dal legislatore per una riforma dell'art. 4-*bis* ord. penit. - 4. L'imperativo categorico di *Viola c. Italia* (N. 2): la tutela della dignità umana. - 4.1. (*Segue*) Il caso in sintesi e le questioni sottese. - 4.2. (*Segue*) L'*iter* argomentativo della Corte europea. - 4.3. Il monito al legislatore. - 4.4. L'opinione dissenziente: il sentimento di giustizia per le vittime e precedenti "diffor-

mi” della Corte. - 5. Prime conclusioni: auspicando un dialogo tra le Corti per un mutamento costituzionale dell’ostatività.

1. *Premessa: 4-bis ord. penit. sotto assedio dalle Corti.* All’inizio di un’estate afosa, lungo un brevissimo arco temporale (aprile-giugno), non è sfuggita la rincorsa all’ultima ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale in materia di preclusione all’accesso ai benefici penitenziari (e misure alternative), di cui all’art. 4-*bis* ord. penit., a seguito della novella legislativa n. 3/2019, che ha inserito importanti modifiche alla disciplina esecutiva per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (Legge c.d. “spazza-corrotti”)<sup>1</sup>.

Già in precedenza<sup>2</sup>, si era tentato di fare il punto delle diverse questioni di legittimità costituzionale sollevate, sia dal giudice dell’esecuzione a fronte dell’esame dell’efficacia dell’ordine di esecuzione emesso dal pubblico ministero, ai sensi dell’art. 656, co. 9 lett. a), in riferimento al co. 1 dell’art. 4-*bis* ord. penit., sia dal giudice della “rieducazione” dinanzi al caso del condannato libero c.d. “sospeso” per la concessione di misure alternative da parte del Tribunale di sorveglianza di Venezia<sup>3</sup>.

Il servizio novità della Corte di cassazione comunica, inoltre, che anche la Prima Sezione della Cassazione, affrontando il quesito di diritto circa la legittimità dell’inclusione del co. 1 dell’art. 314 c.p., come reato ostativo all’accesso ai benefici penitenziari, abbia sottoposto all’attenzione della Corte costituzionale la ragionevolezza di una simile previsione rispetto agli artt. 3 e 27 della Costituzione<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Da ultime, infatti, v. Tribunale di Brindisi, Sezione Penale, (ord.) 30 aprile 2019, consultabile in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), e Prima Sezione della Corte di Cassazione, (ord.) 18 giugno 2019, P.A., in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); mentre l’informazione provvisoria del servizio novità della Cassazione è stata pubblicata in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); in entrambi i casi, i giudici si sono allineati alle pronunce di merito, sollevando questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 co. 6 lett. b) della legge 9 gennaio 2019 n. 3, nella parte in cui, modificando l’art. 4-*bis* co. 1 ord. penit., il meccanismo preclusivo ivi contenuto si applica anche al delitto di cui all’art. 314 c.p.: v., le altre, sul punto, Trib. sorv. Venezia, (ord.) 8 aprile 2019; GIP Napoli, (ord.) 2 aprile 2019 e Corte d’Appello Lecce, (ord.) 4 aprile 2019; Tribunale Napoli, Sez. VII, (ord.) 28 febbraio 2019; Corte d’Appello Catania, (ord.) 22 marzo 2019; GIP Como, (ord.) 8 marzo 2019; tutte consultabili in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>2</sup> Si consenta il rinvio, in questa *Rivista*, a MANCA, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione “sostanziale” delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. penit. e legge “spazza-corrotti”)*.

<sup>3</sup> Cfr. BARON, *Il confronto tra interpretazione formalistica e interpretazione sostanzialistica al crocevia tra incidente di costituzionalità e interpretazione conforme*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>4</sup> Secondo l’informazione provvisoria comunicata dal servizio novità della Cassazione, anche la Suprema Corte (Prima Sezione Penale, Presidente Santalucia e Giudice Relatore, Magi) si sarebbe allineata al *trend* espresso dalla giurisprudenza di merito e dalla dottrina, sollevando d’ufficio questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, co. 6 lett. b) della legge n. 3 del 9 gennaio 2019, nella parte in cui inserisce nei delitti di prima fascia, assolutamente “ostativi” all’accesso ai benefici penitenziari, di cui al co. 1 dell’art. 4-*bis* ord. penit., il delitto di peculato (*ex art.* 314 c.p.). La questione di diritto, affrontata

Il *file rouge* delle innumerevoli ordinanze di rimessione si rinviene nell'affermarsi con preminenza dell'interpretazione in chiave "sostanziale" delle norme penitenziarie, e, più in generale, delle disposizioni che incidono *qualitativamente sull'essenza e sulla natura della pena*: da ultimo, il Tribunale di Brindisi, in qualità del Giudice dell'Esecuzione, ha evidenziato come le norme esecutive (art. 656, co. 9 lett. a) in combinato disposto con il co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit.), non solo incidano sulle modalità tecniche di esecuzione della pena detentiva, ma anche sulla effettiva portata e natura della pena stessa, imponendo "*al condannato che si trovi nelle condizioni per accedere ad una misura alternativa alla detenzione carceraria una temporanea anticipazione del regime detentivo*", il c.d. "assaggio di pena" (*rectius*: carcere)<sup>5</sup>.

Al di là delle evidenti sovrapposizioni e delle diverse impostazioni argomentative offerte<sup>6</sup>, sarà quanto mai decisiva la direzione che la Corte costituzionale deciderà di seguire: dirimente è, infatti, la questione circa la qualificazione delle disposizioni che interessano la fase esecutiva della pena in termini sostanziali; risolutiva ed esemplificativa, altresì, la determinazione della ragionevolezza o meno della tecnica legislativa di inclusione nel novero dei delitti "assolutamente ostativi" di reati a natura monosoggettiva e connotati da un disvalore penale minore e ontologicamente diverso dai fenomeni di criminalità organizzata e del terrorismo: ragionando in tal modo, verrebbe offerto un precedente fondamentale per ulteriori e analoghe questioni, basta pensare, all'art. 12 T.U. imm. (v., D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), inserito nel co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., oppure, ancora, all'art. 609-*octies*, la cui previsione è inserita sia nel co. 1 sia nel co. 1, sia nel co. 1-*quater*<sup>7</sup>.

---

nell'udienza del 18 giugno, è la seguente: "*Se risulti legittima la emissione di ordine di esecuzione della pena - contenuta nel limite di anni quattro di reclusione - relativa a condanna per delitto di peculato commesso in data antecedente a quella entrata in vigore della l. n. 3 del 2019 (31 gennaio 2019) ed in caso di decisione divenuta irrevocabile in data successiva a quella di vigenza della medesima legge*". I profili di illegittimità costituzionale, oltre ad estendersi sulla finalità rieducativa della pena (in termini di prevedibilità della sanzione penale e principio di progressione trattamentale e di flessibilità della pena, interessano l'art. 3 della Costituzione in ragione della irragionevolezza dell'inclusione di un delitto, a condotta monosoggettiva e connotato da un diverso disvalore penale se accostato ai delitti associativi di criminalità organizzata, anche di stampo mafioso e al terrorismo. Sul punto, la dottrina, v. MANES, *L'estensione dell'art. 4bis ord. pen. Ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>5</sup> Così, Tribunale di Brindisi, Sezione Penale, (ord.) 30 aprile 2019, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>6</sup> Di rilievo, infatti, la recentissima pronuncia della Prima Sezione della Cassazione (6 giugno 2019, n. 25212), che, pur rimanendo fedele all'impostazione maggioritaria della giurisprudenza di legittimità circa la qualificazione processuale delle norme esecutive (v. artt. 656, co. 9 lett. a) e 4-*bis* ord. penit.), offre interessanti spunti di riflessione sulla portata del principio del *tempus regit actum* e ne circoscrive i limiti applicativi. Cfr. Cass., Sez. I, 6 giugno 2019, P.M., in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>7</sup> Cfr., sul punto, anche MANCA, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione "sostanziale" delle norme*

2. *Dalle questioni intertemporali al nocciolo della questione: "l'ostatività alla rieducazione"*. Una questione strettamente collegata è l'applicabilità dell'interpretazione "sostanziale" agli istituti chiave dell'ordinamento penitenziario, dalle misure alternative<sup>8</sup>, alla disciplina del c.d. doppio binario penitenziario, che, per eccellenza, incide significativamente sull'essenza e sulla qualità stessa della pena detentiva<sup>9</sup>. Indubbia, infatti, la portata più afflittiva del regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.<sup>10</sup> rispetto alle regole della

---

*penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. penit. e legge "spazza-corrotti")*, in questa *Rivista*, 3-4.

<sup>8</sup> Sul punto, v. Trib. sorv. Venezia, (ord.) 8 aprile 2019, e la giurisprudenza costituzionale ivi richiamata, consultabile, in questa *Rivista*. In dottrina, con riguardo ai benefici penitenziari, v., tra tutti, GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont./Riv. Trim.*, 2014, 326 ss.

<sup>9</sup> Riconoscere, quindi, la copertura "sostanziale" delle disposizioni penitenziarie porta con sé l'ulteriore riflessione, di più ampio respiro, circa la legittimità costituzionale di previsioni punitive che non rispettino i principi della legalità della pena, non più vista solo nel suo momento astratto (di previsione legislativa), ma anche nel suo divenire in concreto, dalla commisurazione giudiziale della pena, alla sua materiale esecuzione, fino al termine dell'espiazione stessa del rapporto esecutivo. Tale riflessione potrebbe rappresentare una naturale evoluzione del mutamento di sensibilità da parte della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria, che, ad oggi, considera la disciplina delle misure alternative come parte integrante del trattamento sanzionatorio applicabile all'autore del reato: del resto, la progressiva cedevolezza del giudicato penale a fronte della primazia della tutela dei diritti umani e di una concezione flessibile della pena in esecuzione è un tema su cui si è registrata la massima convergenza delle Corti interne, in linea con la giurisprudenza di Strasburgo. Applicare tale ragionamento agli istituti del c.d. doppio binario penitenziario risulta – in linea teorica – assai più complesso, data la delicatezza del tema della lotta (normativa e politica) dedicata dal legislatore, nel corso dei decenni, alla criminalità organizzata, anche di stampo mafioso e al fenomeno del terrorismo. Tuttavia, pur riservando, *in primis*, a scelte di politica criminale la legittimità di previsioni normative punitive, una più ampia riflessione sulle garanzie procedurali e sostanziali di tali regimi differenziati rappresenta ormai un punto fermo necessario: tanto più è significativa la compressione della libertà personale, tanto più lo Stato ha il dovere costituzionalmente fondato sull'art. 2 Cost. (v. art. 1 C.E.D.U., per la teoria degli obblighi positivi) di garantire che l'esecuzione della pena si svolga conformemente agli *standard* della Costituzione, tutelando, *in primis*, la dignità umana della persona ristretta, che, con l'ingresso nel circuito penitenziario viene materialmente affidata allo Stato. In tale prospettiva, il c.d. doppio binario penitenziario dovrebbe rappresentare il banco di prova della tenuta del sistema (dovendone rappresentare l'eccezione) e dell'autorevolezza dello Stato rispetto alle scelte di contrasto alla criminalità: dalla copertura "sostanziale" di tali istituti non ne deriverebbe un depotenziamento o un'abolizione, a scapito delle istanze general-preventive e di difesa sociale, ma un'applicazione più garantista, rispettosa del principio di legalità, del canone della proporzionalità (laddove strettamente necessario e ove non vi siano strumenti idonei a raggiungere il medesimo obiettivo, meno lesivi), della colpevolezza, dell'umanità della pena, presupposto primo per poter garantire la finalità rieducativa e la risocializzazione del condannato (che, una volta affidato alla gestione dello Stato dovrebbe essere in grado di reinserirsi in società senza rappresentare di per sé un pericolo).

<sup>10</sup> Sul punto, di recente, v. DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 320. Sulla questione, altresì, cfr. FIORENTIN, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *Giur. merito*, 2009, 1353; PICOZZI, *L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli*

detenzione ordinaria, così come, evidentemente restrittive sono le linee guida fondanti i circuiti di Alta Sicurezza<sup>11</sup>. Ancora. Radicalmente differente il trattamento penitenziario riservato al condannato a titolo di ergastolo c.d. “ostativo” (così, come del resto, lo è la relativa classificazione a livello di Amministrazione penitenziaria) a fronte del soggetto che espia la pena dell’ergastolo c.d. “semplice”<sup>12</sup>: non può contestarsi, infatti, l’affermazione per cui la disciplina dell’ergastolo c.d. “ostativo”, in sostanza, introduca una pena autonoma e diversa da quella comminata a titolo di ergastolo, ottenuta per il tramite del combinato disposto degli artt. 22 c.p., 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit.<sup>13</sup>.

La preclusione all’accesso ai benefici penitenziari per l’ergastolano “ostativo” rappresenta la massima estensione della portata afflittiva insita nell’art. 4-*bis* ord. penit., dato che, a fronte di una pena dell’ergastolo riconnessa a un titolo di reato (o più, in continuazione con l’isolamento diurno), “scatta”, a livello penitenziario, l’impossibilità di accedere a misure extramurarie (dal permesso-premio, al lavoro all’esterno, alla semilibertà e alla liberazione condizionale), oltre che l’inapplicabilità, di fatto, della liberazione anticipata<sup>14</sup>. E questo, per tutta la durata della pena, overosia potenzialmente per sempre (c.d. “fine pena mai”; 31.12.9999), a meno che il condannato presti una collaborazione con la giustizia, da valutarsi utile anche nel corso dell’esecuzione, oppure vi siano i presupposti per l’attivazione dei c.d. meccanismi “salvagente” di cui al co. 1-*bis* dell’art. 4-*bis* ord. penit., rilevandosi la collaborazione con la giustizia “impossibile” o “inesigibile”<sup>15</sup>.

---

*internati*, in *Rass. pen. crim.*, 2010, 1, 71 ss.; ID., *Applicabilità del nuovo regime restrittivo dei colloqui al detenuto erroneamente ammesso al trattamento ordinario*, in *Cass. pen.*, 2011, 1538-1539. Si consenta anche il rinvio a MANCA, *Il paradigma costituzionale dell’esecuzione penitenziaria tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena: il caso «problematico» del 41-bis ord. penit.*, in *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, a cura di Dodaro, Mancuso, ed. Dip. Lab. Modena, 2019, 147.

<sup>11</sup> Cfr. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis ord. penit.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>12</sup> Sul punto, di recente, DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>13</sup> Per note storiche dell’istituto, di recente, PADOVANI, *Ergastolo in luogo della pena di morte: una eredità giacente*, in Paliero, Viganò, Basile, Gatta, *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, Milano, 2018, 29 ss.

<sup>14</sup> Cfr., sul punto, DOLCINI, *L’ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1500 ss.

<sup>15</sup> Cfr., sul punto, PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 ss.; RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, *ivi*, 2015, 1238 ss.; RICCI, *Collaborazione impossibile e sistema penitenziario. L’ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto ostativo*, Padova, 2013.

La mancata collaborazione con la giustizia (ovvero, l'accertamento di margini possibili di collaborazione da parte della magistratura di sorveglianza) inibisce totalmente opportunità di reinserimento sull'esterno da parte del condannato, che, quindi, pur aderendo al programma trattamentale e impegnandosi individualmente in percorsi rieducativi, non vedrà mai il riesame della propria posizione, risultando qualsiasi istanza avanzata inammissibile<sup>16</sup>. Su questi profili, si registrano due recenti ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, la prima proposta dalla Prima Sezione della Cassazione, con ordinanza n. 57913/2018<sup>17</sup>, e, la seconda sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, con ordinanza n. 725/2019<sup>18</sup>.

*2.1. L'ordinanza n. 57913/2018.* Come riporta autorevole dottrina, trattare di ergastolo c.d. "ostativo" richiede una buona dose di coraggio e di cautela, al tempo stesso: "[...] dietro ad un buon giudice, ad un buon avvocato e ad un buon studioso vi è sempre una persona coraggiosa"<sup>19</sup>.

Con una recente ordinanza, la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha posto all'attenzione della Corte costituzionale la questione dell'illegittimità dell'art. 4-*bis* ord. penit., nella parte in cui non consente al giudice della rieducazione la possibilità di riesaminare nel merito la posizione del singolo, a fronte di una lunga carcerazione, ben al di sopra dei limiti legali previsti per l'accesso ai benefici penitenziari, e sulla base di un percorso trattamentale positivo<sup>20</sup>.

Nel caso di specie, il soggetto condannato a titolo di ergastolo con isolamento diurno di anni uno, per delitti di criminalità organizzata, di stampo mafioso, e plurimi delitti contro la persona (tutti fatti commessi tra il 1996 ed il 1998),

<sup>16</sup> Cfr., sul punto, BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, Milano, 1995; BONTEMPELLI, *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1527 ss.

<sup>17</sup> Per un primo commento, v. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>18</sup> L'afflittività dell'art. 4-*bis* ord. penit. si misura, del resto, anche con riguardo alle pene di medio-breve durata: basta pensare alla complessità del trattamento penitenziario riservato al *sex offenders* responsabile di una violenza di gruppo, il quale, in fase di misura cautelare può non essere sottoposto a misura cautelare in carcere, ma in esecuzione, è ritenuto per presunzione dal legislatore comunque pericoloso, tanto da essere associato alla pari degli autori di delitti di criminalità organizzata ed accedere al circuito delle misure alternative, previo soddisfacimento di più requisiti (dalla collaborazione con la giustizia, all'assenza di collegamenti con la criminalità, all'anno di osservazione scientifica, ecc.).

<sup>19</sup> Cfr., sul punto, GALLIANI, *Ponti, non muri. Qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1182.

<sup>20</sup> Cfr. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

recluso ininterrottamente dal 1998 (per oltre 20 anni), avanzava istanza di permesso-premio, dichiarata inammissibile dal Magistrato di sorveglianza L'Aquila, il 16 novembre 2017, decisione confermata dal Tribunale di sorveglianza, con ordinanza n. 25/2018 dd. 10 aprile 2018.

In perfetta sinergia con la Procura Generale, la Prima Sezione ha affrontato apertamente la questione della legittimità costituzionale della subordinazione dell'accesso ai benefici penitenziari alla previa collaborazione utile con la giustizia, di cui al combinato disposto di cui agli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit.

Con coraggio, atteso l'orientamento della Corte costituzionale, espresso, da ultimo, nella pronuncia n. 135 del 2003, per cui anche l'ergastolano "ostativo" conserva comunque opportunità di reinserimento sociale sulla scorta di una scelta libera e volontaria della collaborazione con la giustizia, e, in ragione del fatto che il titolo di reato in discussione è proprio un insieme di delitti riconnessi all'associazione per delinquere di stampo mafioso, il nucleo originario che ha giustificato la *ratio* del co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. e dell'ostatività.

Con equilibrio, dato che, la Prima Sezione non discute la legittimità dell'ergastolo "ostativo" in sé, né mette in discussione il meccanismo della collaborazione con la giustizia: la questione è, infatti, più specifica, e, trova una sua giustificazione nella rivendicazione di autonomia decisionale da parte del giudice della "rieducazione" nella valutazione della persona, non a prescindere dal reato, ma a partire dallo stesso, lungo lo snodo del percorso individuale intramurario intrapreso dal condannato: privando la magistratura di sorveglianza di poteri valutativi in concreto, si esautorava tale organo dei suoi compiti istituzionali, proprio nei confronti di soggetti su cui l'osservazione intramuraria e il controllo della legalità, in funzione di una graduale risocializzazione, dovrebbe rappresentare la priorità e la massima attenzione di tutti gli operatori coinvolti<sup>21</sup>.

La *quaestio iuris*, quindi, concerne il superamento della presunzione assoluta di pericolosità sociale che il legislatore impone con il meccanismo della collaborazione della giustizia, quale unico criterio per l'accesso ai benefici penitenziari: l'assenza di collaborazione con la giustizia, fuori dai casi in cui sussistano i presupposti per l'accertamento incidentale dell'impossibilità e/o inesigibilità della condotta collaborativa, assurge a prova legale della persistenza della pericolosità sociale del condannato: "[...] la rimozione dell'ostacolo costituito dalla presunzione assoluta di pericolosità sarebbe l'unico modo per

---

<sup>21</sup> Tale passaggio è ampiamente sostenuto da SALERNO, *Ergastolo ostativo e diritto alla rieducazione. La necessità di una riflessione "fuori" dal carcere*, in *Ind. pen.*, 2019, 1, 59 ss.

*consentire la rimessione al giudice del merito, come giudice del rinvio, del compito di verificare in concreto la ricorrenza dei presupposti richiesti dall'art. 30<sup>ter</sup> Ord. Pen. per la concessione del beneficio, in particolare l'assenza di pericolosità sociale*<sup>22</sup>. In altri termini, si mette in dubbio, “*la ragionevolezza dell'equiparazione assoluta tra la mancata collaborazione con la giustizia ex art. 58<sup>ter</sup> Ord. Pen. e la condizione di perdurante pericolosità sociale del condannato*”<sup>23</sup>. Il Collegio, inoltre, in armonia con quanto sostenuto dal Procuratore Generale, si è spinto oltre, ravvisando un contrasto di ragionevolezza intrinseca nella formulazione del co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., nella parte in cui applica il criterio collaborativo a condotte eterogenee tra loro, all'interno del fenomeno della criminalità organizzata: si è evidenziato, infatti, che “*prevedere il possibile accesso ai benefici penitenziari, per tutte le categorie di detenuti condannati per una delle diverse ipotesi di reato descritte nell'art. 4<sup>bis</sup>, comma 1, Ord. Pen., solo nei casi in cui tali detenuti collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58<sup>ter</sup> Ord. Pen., ha l'effetto di valorizzare la scelta collaborativa, come momento di rottura e di definitivo distacco dalle organizzazioni criminali, anche nei confronti di detenuti non inseriti in contesti associativi*”<sup>24</sup>.

Se è vero, dunque, che chi collabora con la giustizia dà prova di un effettivo distacco dalla propria consorceria criminale, ciò non significa che abbia anche intrapreso un percorso di ravvedimento personale, dato che le motivazioni che spingono il singolo alla collaborazione con le autorità inquirenti possono essere le più diverse e possibili, dalle più genuine alle più utilitaristiche. Non significa, inoltre, che con la collaborazione con la giustizia cessi automaticamente la pericolosità sociale dell'individuo, né che lo stesso, in linea teorica, sia immune da recidiva<sup>25</sup>.

Non corrisponde, per di più, ad una verità empirica certa, l'equazione contraria, per cui la mancata collaborazione equivale alla negata rescissione con la consorceria criminale di appartenenza<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, (ord.) 20 dicembre 2018, C.S., 10, con nota di UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, cit.

<sup>23</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, (ord.) 20 dicembre 2018, C.S., 9, cit.

<sup>24</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, (ord.) 20 dicembre 2018, C.S., 9, cit.

<sup>25</sup> Cfr., sul punto, di recente, SALERNO, *Ergastolo ostativo e diritto alla rieducazione. La necessità di una riflessione “fuori” dal carcere*, cit., 75-76. Si veda, anche, *in primis*, PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), ID., *Tre telegrammi in tema di ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1518 ss.

<sup>26</sup> Sul punto, v. SALERNO, *Ergastolo ostativo e diritto alla rieducazione. La necessità di una riflessione “fuori” dal carcere*, cit., 76 ss.

Come ha ricordato correttamente la Prima Sezione, “*tale scelta, infatti, può trovare spiegazione in valutazioni che prescindono dal percorso rieducativo, tra le quali, a titolo meramente esemplificativo, si possono citare il rischio per l'incolumità propria e dei propri familiari; il rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di un congiunto o di persone legate da vincoli affettivi; il ripudio di una collaborazione utilitaristica*”<sup>27</sup>, oppure, più semplicemente la rivendicazione della propria innocenza<sup>28</sup>.

In sintesi, quindi, “[...] appare priva di ragionevolezza una disposizione che assimili condotte delittuose così diverse tra loro, precludendo ad una categoria così ampia e diversificata di condannati il diritto di rivedere un trattamento penitenziario rivolto alla risocializzazione, senza che sia data al giudice la possibilità di verificare in concreto la permanenza o meno di condizioni di pericolosità sociale tali da giustificare percorsi penitenziari non aperti alla realtà esterna”<sup>29</sup>.

*2.2. (Segue) ... il Tribunale di sorveglianza di Perugia.* In progressione con quanto argomentato dalla Prima Sezione, anche il Tribunale di sorveglianza di Perugia ha posto al vaglio della Corte costituzionale la legittimità dell'art. 4-bis, co. 1 ord. penit., nella parte in cui “*esclude che il condannato all'ergastolo per delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione a delinquere ex art. 416 bis cod. pen. della quale sia stato partecipe, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio*”. Secondo il Collegio, la posizione del ricorrente è differente da quella oggetto di esame della Cassazione: si tratta, infatti, di un detenuto, condannato alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno di anni due e otto mesi, per reati inerenti la criminalità organizzata di stampo mafioso, con un ruolo apicale all'interno della consorteria criminale di appartenenza (nei processi, si era, infatti, chiarito come lo stesso rivestisse il ruolo di “sgarrista” e che, pertanto, avesse assunto “*un ruolo attivo nelle attività estorsive e nei gruppi di fuoco protagonisti degli scontri con i clan avversi tra la fine degli anni '80 ed i primi anni '90*”).

Tale differenza risulta dirimente, atteso che, alla luce del quadro normativo attuale (combinato disposto del co. 1 e 1-bis dell'art. 4-bis e 58-ter ord. penit.), non sussistessero margini di accesso ai benefici penitenziari da parte del condannato, avendo lo stesso Tribunale di sorveglianza, con ordinanza del 19 luglio 2012, riconosciuto la rilevanza di una condotta collaborativa con la giu-

<sup>27</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, (ord.) 20 dicembre 2018, C.S., 10, cit.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, (ord.) 20 dicembre 2018, C.S., 10, cit.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, (ord.) 20 dicembre 2018, C.S., 9, cit.

stizia, sia per il peso rivestito dal soggetto nella propria consorceria criminale, sia dall'esame delle sentenze di condanna, da cui risultava chiaramente la profilazione del condannato.

Coraggioso l'approccio del Collegio, nella misura in cui va ad interessarsi di una posizione ben specifica, di un soggetto che, sulla base delle risultanze processuali ormai definitive, ha rivestito una posizione apicale (e non marginale od occasionale) nella vita di una consorceria criminale. Ad ogni modo, il fatto di estendere il ragionamento anche a condotte apicali non è stato escluso dalla Corte di Cassazione che ha ritenuto comunque irragionevole la previsione dell'art. 4-bis, co. 1 ord. penit., nella parte in cui impone come prova legale una presunzione assoluta di pericolosità sociale per categorie di reati (*rectius*: di autori) anche radicalmente e strutturalmente diversi tra loro (anche al di fuori delle condotte partecipative dei reati inerenti la criminalità organizzata).

Con equilibrio e cautela, il Collegio ha, infatti, ricordato che, laddove fosse accolta la questione di legittimità costituzionale, *“non vi sarebbe affatto una automatica concessione del beneficio richiesto, ma si consentirebbe al Tribunale di sorveglianza di vagliare nel caso concreto (in tal senso negli stessi termini indicati con la sentenza Corte cost. 57/2013, tra le altre), quale sia stato il percorso trattamentale compiuto dal condannato ed esaminare, ancora una volta in modo specifico, quale sia la pericolosità sociale attuale dello stesso, deducendola, per come più volte ribadito dalla S.C., dal suo comportamento intramurario, dall'avvio di un percorso di rivisitazione critica rispetto ai propri trascorsi criminali (vd. da ultimo sent. cass. 11.10.2016 n. 5505), nonché da tutto il compendio di informazioni acquisite dalle forze dell'ordine sul territorio, ad esempio sull'operatività ancora attuale del gruppo criminale di appartenenza o di compagini che si siano sviluppate dalle sue carceri, comprese quelle richieste al comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica ai sensi dell'art. 4 bis co. 2 ord. penit.”*<sup>30</sup>.

Medesima, infatti, la questione di diritto sottesa: *“[...] la preclusione assoluta alla concessione di un beneficio penitenziario in assenza di una condotta collaborativa, sembra stridere con i principi costituzionali deducibili dagli artt. 3 e 27 Cost., poiché impedisce, per come già detto, il vaglio di altri elementi che nel caso concreto potrebbero condurre ugualmente ad un giudizio di cessata pericolosità sociale e di meritevolezza dell'invocato beneficio, non consentendo un giudizio individualizzato e costantemente automatizzato, l'unico*

---

<sup>30</sup> Cfr. Trib. sorv. Perugia, (ord.) 28 maggio 2019, 10, cit.

*in grado di sceverare percorsi intramurari e profili personologici concretamente differenti, rispettando i fondamentali principi di umanizzazione e funzione delle pene*<sup>31</sup>. Identici, inoltre, i parametri costituzionali di riferimento, artt. 3 e 27 Cost.: sono, quindi, costituzionalmente compatibili solamente valutazioni individualizzate “*che accolgano l’elemento della collaborazione con la giustizia quale segnale eminente della rescissione del vincolo con il contesto criminale organizzato di appartenenza, ma non esclusivo, con l’obiettivo di garantire alla magistratura di sorveglianza lo spazio per un vaglio approfondito e globale del percorso rieducativo eventualmente condotto dall’istante*”<sup>32</sup>.

Questa del resto è la conclusione raggiunta dalla Corte costituzionale, nell’importante sentenza n. 149 del 2018, a proposito della terza<sup>33</sup> (o, forse meglio della quarta<sup>34</sup>) ipotesi di ergastolo c.d. “ostativo” presente nel nostro ordinamento, sulla scorta del combinato disposto degli artt. 289, co. 3 e 630, co. 3 c.p., co. 1-*bis* dell’art. 4-*bis*, 58-*ter* e 58-*quater* ord. penit.: la Corte ha, infatti, affermato che “*la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss’anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento. Prospettiva, quest’ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell’intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime del rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non chiamare in causa - assieme - la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cam-*

<sup>31</sup> Cfr. Trib. sorv. Perugia, (ord.) 28 maggio 2019, 17, cit.

<sup>32</sup> Cfr. Trib. sorv. Perugia, (ord.) 28 maggio 2019, 20, cit.

<sup>33</sup> Definita così da DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, cit., 28. Di rilievo, perché di rigetto, la sentenza della Corte costituzionale n. 188 del 2019, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4-*bis* ord. penit. in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui annovera tra i delitti ostativi l’art. 630 c.p., anche nelle forme attenuate, laddove dalla sentenza di condanna risulta riconosciuta ed applicata l’attenuante per il fatto di lieve entità (consultabile in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)).

<sup>34</sup> Con tale numerazione si vuole indicare quella figura di ergastolo c.d. “ostativo” ricavata per effetto dell’inclusione dei reati finalisticamente collegati ai delitti associativi di criminalità organizzata di stampo mafioso: basta pensare al delitto di omicidio che, se aggravato dall’art. 7 del d.l. n. 152/1991, viene ricondotto nell’alveo di “ostatività” del co. 1 dell’art. 4-*bis* ord. penit. Trattasi di una questione di assoluto rilievo nella prassi, tenuto conto dell’orientamento giurisprudenziale estensivo che tende a ricondurre nei margini di operatività del co. 1 dell’art. 4-*bis* ord. penit., *in executivis*, tutti quei delitti, che, sulla base dell’esame della sentenza di condanna, risultano sostanzialmente collegati al reato presupposto associativo (indipendentemente dalla contestazione e applicazione formale dell’aggravante del c.d. vincolo mafioso). Tale interpretazione, secondo la Prima Sezione della Cassazione, è ad oggi consolidata e pacifica, riconoscendo, quindi, ampi poteri di valutazione (anche *in malam partem*) alla magistratura di sorveglianza. Sul punto, cfr., tra tutte, Cass. pen., Sez. I, 21 febbraio 2017, V.A., in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

*mino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore - e la concreta concessione da parte del giudice - di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione afflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società*<sup>35</sup>.

Di rilievo, altresì, la valorizzazione della centralità del permesso-premio all'interno del percorso trattamentale del detenuto, da una parte, e come banco di prova della fiducia riposta dal magistrato di sorveglianza rispetto alla tenuta del soggetto sull'esterno, dall'altra: con il permesso-premio, infatti, il detenuto, specialmente dopo una lunga carcerazione, assapora i primi attimi di libertà, all'interno del proprio nucleo familiare, riacquistando autonomia, consapevolezza del sé e del proprio contesto sociale, mutato e diverso, da quello originario, lasciato quasi sempre da adolescente. Per di più, *“l'ammissibilità del beneficio premiale, strumento di costruzione della responsabilità del condannato e sprone verso il reinserimento, necessariamente prodromico alla concessione di misure alternative, è allora anche garanzia che gli operatori penitenziari investano tempo e risorse sulla osservazione scientifica della personalità dell'interessato e non finiscano per svuotare, in assenza di una pronuncia che lo sciolga dall'ostatività, il senso del tempo trascorso in detenzione, indefettibilmente tendente, ex art. 27 Cost., alla rieducazione”*<sup>36</sup>.

La chiave di volta diviene, dunque, una rilettura costituzionalmente fondata della pena (anche, e, soprattutto, nel suo momento dinamico): l'attuazione della finalità rieducativa rappresenta una forma di garanzia sia per il singolo, il quale è chiamato a scontare una pena nel rispetto della propria responsabilità e proporzionalmente alla propria colpevolezza (così come accertato in termini definitivi dalla sentenza di condanna; *rectius*: dal giudicato di accertamento), incentivato a dissociarsi dal proprio passato criminale con l'ingresso nel circuito trattamentale (il cui ingresso è pur sempre una scelta rimessa al singolo), sia per la società “ristretta”, la quale dispone di strumenti di osservazione che consentono valutazioni sui progressi trattamentali, nonché per la società pubblica, la quale si ritrova - in un futuro prossimo - a contatto con una persona che, nonostante la carcerazione, ha lavorato sulla propria personalità e risulta, pertanto, autonoma, consapevole e responsabile.

Il finalismo rieducativo consente, quindi, un grado di certezza e sicurezza in termini di risultati, rispetto agli obiettivi che lo Stato si impone, ai sensi

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost. n. 149 del 2018, con nota di DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, cit.

<sup>36</sup> Cfr. Trib. sorv. Perugia, (ord.) 28 maggio 2019, 12-13, cit.

dell'art. 2 Cost., per il principio di solidarietà, dell'art. 3 Cost., per il principio di uguaglianza, anche sostanziale, dell'art. 13 Cost., per la tutela della libertà personale, degli artt. 24, 111 Cost., per le garanzie del giusto processo, dell'art. 25, co. 2, per la legalità della pena, sull'art. 27, co. 3 Cost., per l'umanità e tensione costituzionale alla rieducazione della pena. Certezza della pena, non nel *quantum ex ante*, ma nei risultati raggiunti *ex post* dall'individuo, sulla base di un percorso che lo Stato (un servizio pubblico) offre ai cittadini, idoneo a generare sicurezza sia per il singolo sia per la società collettiva (anche in termini di recidiva).

3. *Tra ratio "storica" della collaborazione con la giustizia, dissociazione e "pentitismo"*. Logiche premiali e incentivazione alla collaborazione processuale *post delictum* sono elementi costanti, presenti nella legislazione contro la criminalità organizzata, da più di quarant'anni<sup>37</sup>. Ad oggi, tuttavia, manca una disciplina unitaria, dato che, nel corso degli anni, il legislatore si è sempre affidato alla politica dell'emergenza contingente con leggi *ad hoc*, che hanno progressivamente interessato i diversi comparti del crimine associato (sequestri di persona, stupefacenti, mafia, contrabbando, ecc.). Le logiche premiali, con l'introduzione di circostanze attenuanti speciali, fanno il loro ingresso negli anni '70, nella prima legislazione emergenziale in Italia, con lo scopo di fronteggiare un fenomeno tristemente diffuso, che era quello dei sequestri di persona con scopi estorsivi, in continuo aumento in particolari contesti sociali. Risale, dunque, alla legge n. 497/1974, l'introduzione nell'art. 630 c.p. con la riduzione di pena per l'agente adoperatosi in modo da far acquistare la libertà al soggetto sequestrato, senza che tale evento costituisca il risultato del pagamento del prezzo del riscatto<sup>38</sup>. Tale opzione premiale viene poi ripresa nella lotta politica al terrorismo della fine degli anni '70: la "strategia della fermezza" traspare nel decreto legge 21 marzo 1978, n. 58, convertito con modifiche in legge n. 91/1978, deliberato a seguito del sequestro dell'allora Presidente del Consiglio, Aldo Moro: da una parte, l'introduzione dell'art. 289-*bis* c.p., scorporato dall'art. 630 c.p., e l'inasprimento del trattamento sanzionatorio; dall'altra, ulteriori sconti di pena per il concorrente nel sequestro che, dissociandosi, si fosse adoperato per la liberazione dell'ostaggio<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Di recente il tema è stato affrontato da Galliani, in GALLIANI, *Ponti, non muri. Qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, cit., 1182 ss.

<sup>38</sup> Cfr. BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, cit.; RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002; ID., *La premialità nell'ordinamento premiale*, in Aa. Vv., *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, Milano, 2009, 520 ss.

<sup>39</sup> Cfr. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "rav-*

Pochi mesi dopo, anche a causa dell'esponenziale aumento della violenza qualificata in chiave politica (da 7 episodi del 1975, a 175 del 1976, a 300 nel 1977, ad una media di 175 fino al 1981)<sup>40</sup>, unitamente all'inserimento nel codice penale dell'art. 270-*bis*, delitto di associazione a delinquere con finalità di terrorismo, con cui si sancisce l'ingresso del fenomeno del c.d. "pentitismo" nella criminalità organizzata, si prevedono, anche delle significative diminuzioni di pena per tutti i reati connotati da finalità politiche<sup>41</sup>.

Con legge n. 82 del 1991, si prevede altresì una ulteriore diminuzione di pena per qui contributi sostanziali di "eccezionale gravità"; così come si modifica nuovamente l'art. 630 c.p., inserendo un'ipotesi di ravvedimento operoso per il concorrente che si sia adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero che abbia aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria<sup>42</sup>.

Sull'onda dei risultati ottenuti attraverso la linea del "pentitismo" negli affiliati ad associazioni terroristiche viene emanata la legge temporanea n. 304/1982, intitolata "*Modifiche per la difesa dell'ordinamento costituzionale*", che prevede delle speciali ipotesi di non punibilità per i reati associativi agli artt. 270, 270-*bis*, 304, 305 e 306 c.p., e degli ulteriori sconti di pena in caso di dissociazione o di collaborazione per coloro che avessero tenuto, entro un termine perentorio, condotte antitetiche rispetto alla permanenza nel sodalizio criminale o al perseguimento del suo programma; così, in tale logica, viene emanata un'altra legge temporanea, la n. 34/1987, che offre significative riduzioni e commutazioni di pena per coloro che si fossero dissociati dal terrorismo attraverso il definitivo abbandono dell'organizzazione, l'ammissione delle attività svolte ed il ripudio della lotta politica violenta<sup>43</sup>.

Alla luce della normativa anti-terrorismo, emergono tre distinte sottocategorie del c.d. "pentitismo", che si distinguono a seconda del diverso apporto fornito dall'imputato e a cui seguono diverse ricadute processuali (e premiali in termini di pena): la dissociazione; la collaborazione processuale e la collaborazione con la giustizia. Con il termine dissociazione, si intende il soggetto che

---

vedimento", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529 ss.

<sup>40</sup> Cfr., sul punto, LAUDI, *I casi di non punibilità dei terroristi "pentiti"*, Milano, 1983, 4 ss.; MADDALENA, *Le circostanze attenuanti per i terroristi "pentiti"*, Milano, 1984, 141 ss.

<sup>41</sup> Cfr. PADOVANI, "*Premio*" e "*corrispettivo*" nella dinamica della punibilità, in Aa. Vv., *La legislazione premiale*, Milano, 1987.

<sup>42</sup> Cfr. LAUDI, *I casi di non punibilità dei terroristi "pentiti"*, cit., 33 ss.

<sup>43</sup> Cfr. AMARELLI, *L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991)*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di Maiello, Torino, 2015, 197 ss.; RUGGIERO, *Pentitismo e collaborazione processuale*, in *Dig. disc. pen. agg.* II, Torino, 2005, 1028 ss.

si limita ad ammettere le proprie responsabilità, attraverso una confessione sintomatica del distacco, non fornendo alcun elemento ultroneo utile al prosieguo delle indagini, perché, in questo caso, è sufficiente l'abbandono definitivo dell'organizzazione (che potrebbe evincersi da: i) ammissione delle attività effettivamente svolte; ii) realizzazione di comportamenti oggettivamente ed univocamente incompatibili con il permanere del vincolo associativo; iii) ripudio della violenza come metodo di lotta politica<sup>44</sup>. Con il concetto di collaborazione processuale, invece, si indica quel soggetto che non solo si limita ad ammettere le proprie responsabilità, ma si adopera concretamente durante il processo per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato oggetto della vicenda processuale in corso, o, per impedire la commissione di reati connessi<sup>45</sup>. Infine, con la terza categoria, la collaborazione con la giustizia, si vuole che l'imputato (e il condannato) fornisca agli inquirenti tutto il proprio bagaglio conoscitivo circa la vita del proprio o di altri gruppi criminali, a prescindere dalla specifica vicenda oggetto del processo penale in corso<sup>46</sup>.

Tale apparato concettuale e definitorio viene a disperdersi, verso l'uniformazione della collaborazione con la giustizia, la più pregnante, con l'introduzione del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, "*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento della attività amministrativa*", convertito in legge n. 203/1991. Con tale provvedimento, si inserisce una circostanza attenuante speciale, che, a fronte di una diminuzione di pena, uniforma tutte le condotte collaborative, perdendo di significato il confine tra collaborazione processuale e collaborazione con la giustizia, ed eliminando la condotta dissociativa<sup>47</sup>.

La gravità del fenomeno, l'emergenza, la scarsa fiducia nell'attendibilità e credibilità dei "pentiti" affiliati ad associazioni mafiose (e la difficoltà di reperire dichiarazioni genuine), porta il legislatore ad innalzare l'intensità e la natura della collaborazione con le autorità inquirenti, a prescindere dall'apporto del singolo rispetto ai fatti contestati e alle sue individuali responsabilità, trattan-

<sup>44</sup> Cfr. TONA, *I reati associativi e di contiguità*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 2008, vol. III, 1147 ss.; CISTERNA, *Collaborazione di giustizia*, in *Dig. disc. pen.*, 2014, 1 ss.

<sup>45</sup> Cfr. BERARDI, *Le sanzioni "premierali" nel diritto penale: "dissociazione", "collaborazione" e loro effetti*, in *Persone e sanzioni*, a cura di Ronco, Bologna, 2006, 453 ss.

<sup>46</sup> Cfr. FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, 2005, vol. II, 1604 ss.; PELISSERO, *Delitti di terrorismo*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di Pelissero, Torino, 2010, 159 ss.

<sup>47</sup> Cfr., sul punto, TONA, *I reati associativi e di contiguità*, cit., 1147; CISTERNA, *Collaborazione di giustizia*, cit., 39.

dosi sempre di collaborazione con la giustizia. O, meglio, all'imputato viene chiesta una collaborazione processuale, per la quale rispetto alla sua condotta attiva conseguirà una significativa diminuzione di pena. Non solo, se la collaborazione processuale non si presta, lo Stato è legittimato ad imporre il regime del "carcere duro" di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., affinché avvenga comunque la rescissione dei legami con la criminalità organizzata, per il tramite dell'isolamento e della neutralizzazione della pericolosità sociale del singolo affiliato<sup>48</sup>.

Mentre, al collaboratore "esecutivo", in espiazione di pena, viene chiesta una forma collaborativa più pregnante, che va oltre la propria responsabilità, già accertata in sede di condanna, essendo chiamato a mettere a disposizione delle autorità inquirenti il proprio bagaglio conoscitivo della vita della consortereria criminale di appartenenza, rispetto alla posizione di altri o rispetto ad altre fazioni<sup>49</sup>.

*3.1. Presunzioni assolute di pericolosità sociale e diritto penale d'autore.* Nella primissima formulazione dell'art. 4-*bis* ord. penit., il meccanismo presuntivo conservava una sua *ratio*, atteso che la preclusione all'accesso ai benefici penitenziari discendeva da una presunzione (relativa) di pericolosità sociale che poteva essere superata con la prova dell'avvenuta rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata; mentre per i delitti di c.d. "seconda fascia" la persistenza della pericolosità sociale doveva essere provata positivamente dalla pubblica accusa<sup>50</sup>.

Con le modifiche del d.l. n. 306/1992, sull'onda della strage di Capaci, il 4-*bis* ord. penit., unitamente al regime del 41-*bis* ord. penit., diventano gli strumenti principali per neutralizzare la criminalità organizzata e la sua espansione anche all'interno delle carceri: si inserisce la collaborazione con la giustizia, quale requisito unico per l'accesso ai benefici penitenziari, eliminando, perché percepite come insufficienti ai fini deterrenti sulla mafia, la rilevanza di condotte collaborative intermedie<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Cfr. AMARELLI, *L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991)*, cit., 208.

<sup>49</sup> Cfr. AMARELLI, *L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991)*, cit., 208; RUGGIERO, *Penitismo e collaborazione processuale*, cit., 1028.

<sup>50</sup> Cfr. MARGARITELLI, *Limitata partecipazione al fatto criminoso e accesso ai benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 1994, 3208 ss.;

<sup>51</sup> Cfr. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 5 ss.; GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994.

La collaborazione con la giustizia diviene, quindi, un incentivo all'accesso ai benefici, altrimenti esclusi *ex lege*<sup>52</sup>.

Più che presunzione assoluta di pericolosità sociale<sup>53</sup>, pare una precisa scelta di politica criminale di inibire l'accesso ai benefici premiali, finchè non avvenga la collaborazione con la giustizia; una sorta di "punizione" da parte dello Stato per non aver collaborato, già in sede processuale<sup>54</sup>.

L'interesse pubblico preminente della lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso rende rilevante che lo Stato esiga comunque una forma di collaborazione con le autorità inquirenti, anche a distanza di anni, per tutti coloro che sono stati affiliati in ambienti mafiosi. Tuttavia, pretendere che il condannato che non ha collaborato in sede processuale, dove avrebbe potuto toccare con mano i benefici della sua collaborazione, in termini di sconto di pena e di trattamento sanzionatorio (e penitenziario poi), ammetta fatti diversi da quelli inerenti la sua responsabilità (accertati in condanna) per accusare terze persone, confessando genesi, ruoli, posizioni dell'intera organizzazione criminale di appartenenza, fornendo un apporto conoscitivo così lato da non comprendere nemmeno in fondo l'utilità delle proprie ammissioni (*rectius*: delazioni) risulta davvero eccessivo e irragionevole<sup>55</sup>: peraltro, se le dichiara-

<sup>52</sup> Sulla progressiva espansione del co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. e della sua continua evoluzione, alla luce delle stratificazioni legislative, non sempre, peraltro, coordinate, cfr., tra tutte, MARANDOLA, *sub art. 4 bis*, in *L'Esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di Fiorentini, Siracusano, Milano, 2019, 41 ss.

<sup>53</sup> Tale è infatti la questione (da presunzione relativa, nella primissima versione del d.l. n. 152/1991 a presunzione assoluta nella previsione del d.l. 306/1992) affrontata dalla Corte costituzionale, e, ripresa dalle ordinanze della Prima Sezione della Cassazione e del Tribunale di sorveglianza di Perugia, della legittimità - apertamente contestata dalla Corte costituzionale con uno "sciame di precedenti" in materia di adeguatezza della custodia cautelare in carcere *ex art. 275*, co. 3 c.p.p. - delle presunzioni assolute nell'ordinamento costituzionale: a partire infatti dalla Corte costituzionale n. 265 del 2010, si è scardinato il sistema delle presunzioni di adeguatezza della carcerazione cautelare, salvaguardandolo unicamente per il delitto di associazione mafiosa in senso stretto, mentre è stato superato per tutti gli altri gravi delitti associativi e non associativi. In sintesi, la Corte ha chiarito come "né l'allarme sociale, né la gravità del reato possono costituire giustificazioni della presunzione assoluta perché sono legati a logiche di diritto penale sostanziale, fondate sulla prevenzione generale, le quali presuppongono già pronuncia una condanna irrevocabile e già accertata la responsabilità dell'imputato". Sul punto, v. TONINI, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 3, 261 ss., e, altresì, MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, *ivi*, 457 ss.

<sup>54</sup> Sul punto, di recente, SALERNO, *Ergastolo ostativo e diritto alla rieducazione. La necessità di una riflessione "fuori" dal carcere*, *cit.*, 75-76.

<sup>55</sup> Cedevole è infatti la base di verifica empirica: evidente è, quindi, il parallelismo con il modello "probatorio" ricavato dalla Corte costituzionale in materia cautelare, tramutando da assolute in relative le presunzioni di adeguatezza del carcere per tutti i delitti considerati gravi dal legislatore; da un lato, ha, infatti, rispettato la scelta legislativa sulla gravità del tipo di condotta; dall'altro, ha costruito "una reazione" in chiave probatoria. Sul punto, di recente, LEO, *Illegittima la previsione della custodia "obbligato-*

zioni in sede processuale, così come le condotte attive poste in essere dall'imputato, possono apparire più genuine e meno utilitaristiche (e, soprattutto maggiormente verificabili), le ammissioni rese a distanza di decenni dalla commissione del reato e/o dall'ultimo grado di giudizio, rischiano di non essere né genuine (perché utilitaristiche, tenuto conto che l'alternativa è il carcere a vita), né valide, dato che si tramuterebbero, sostanzialmente in conferme e/o smentite di dichiarazioni rese da altri collaboratori di giustizia, alla luce di verbali e di sentenze di condanna, ormai pubbliche e facilmente reperibili<sup>56</sup>.

Se la collaborazione con la giustizia, anche in esecuzione e a distanza di anni, può conservare, quindi, una sua centralità rispetto a posizioni apicali nel sodalizio criminale, dato l'apporto conoscitivo che solo l'autore può produrre nella lotta contro intere generazioni di clan criminali, con riguardo alla maggior parte di affiliati e di concorrenti (oppure, rispetto agli autori di reati che nulla hanno a che fare con la criminalità organizzata di stampo mafioso) tale pretesa risulta meno fondata da un interesse pubblico preminente. Si pretende, infatti, che il condannato, a prescindere dal reato, si attivi, in esecuzione, per chiarire ulteriormente, rispetto al processo e alla sentenza di condanna, fatti e posizioni non attinenti alla sola sua responsabilità personale e che da ciò dipendano le sue prospettive di reinserimento sociale: è evidente il cortocircuito del sistema. Non solo *post delictum*, ma *post iudicium* si chiede al condannato di fornire informazioni alle autorità inquirenti su elementi e persone che prescindono dalla responsabilità individuale per il fatto accertato in sentenza di condanna, in palese contrasto con i principi primi del giusto processo, del diritto di difesa e della legalità del reato e della pena<sup>57</sup>.

---

ria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso), in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), e DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelare persistenti nell'art. 275, co. 3 c.p.p.*, in *Dir. pen. e processo*, 2016, 1, 114 ss.

<sup>56</sup> Tale ragionamento è stato esposto, di recente, anche dalla Corte di Cassazione, la quale ha escluso la possibilità che le autorità inquirenti possano indicare "piste investigative" o suggerire "ipotesi delatorie" su cui il condannato dovrebbe collaborare: Cass. pen., Sez. I, 9 aprile 2018, F.G., in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. pen., Sez. I, 8 gennaio 2016, C.A., in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. pen., Sez. I, 19 maggio 1998, Q., in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>57</sup> Una lettura costituzionalmente orientata del co. 1 dell'art. 4-bis ord. penit. dovrebbe imporre comunque una valutazione circoscritta all'accertamento dei fatti e delle responsabilità emersi in sede processuale e cristallizzati con la sentenza definitiva di condanna, delimitando così il raggio di operatività del giudice ai soli fatti corrispondenti al capo di imputazione e all'*iter* motivazionale che ha condotto alla condanna (così, Trib. sorv. Venezia, (ord.) 22 dicembre 2014, C.M., *inedita*, in relazione all'accertamento incidentale della collaborazione "impossibile" o "inesigibile", per cui: "L'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità non necessariamente corrisponde ad un riconoscimento di responsabilità penale per tutti gli imputati coinvolti poiché la norma non presuppone che, in relazione ad una specifica contestazione il giudizio di merito sia approdato necessariamente ad una sentenza di condanna nei confronti di tutti gli imputati essendo sufficiente che l'accertamento giudiziale abbia posto

Si ritiene, dunque, che la collaborazione con la giustizia dovrebbe interessare essenzialmente la sede processuale, dove può esplicare la sua massima utilità per le autorità inquirenti e assurgere a prova legale decisiva (e genuina), oltre alla meno incisiva, ma pur sempre rilevante, collaborazione processuale: in esecuzione, si dovrebbe recuperare la distinzione delle sottocategorie, proprie della legislazione anti-terrorismo, ritenendo che, ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari, possa bastare un *quid minus*, di dissociazione rispetto al sodalizio criminale, una condotta comunque attiva del condannato che dimostri inequivocabilmente il mutamento di personalità ed il distacco definitivo dalle logiche associative che lo legavano in passato; elementi, che unitamente alla valutazione dell'adesione al programma trattamentale interno, il trascorrere del tempo minimo per l'accesso alle misure premiali, diano il segno delle meritevolezza del beneficio penitenziario richiesto e la prossimità alla certezza circa il ravvedimento personale e l'assenza della pericolosità del soggetto<sup>58</sup>.

*3.2. Le vie percorribili dal legislatore per una riforma dell'art. 4-bis ord. penit.* Tentativi di riforma (o, meglio, di contenimento) dei meccanismi preclusivi si sono avuti, di recente, con la proposta elaborata nel 2014 dalla Commissione ministeriale, istituita con il decreto 10 giugno 2013 (c.d. Commissione "Palazzo"), con cui – lontano da logiche abolizionistiche della norma<sup>59</sup> – si intendeva consentire l'accesso ai benefici penitenziari in tutti i casi in cui risultasse che *"la mancata collaborazione non escluda il sussistere di presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati"*<sup>60</sup>. Pur salvaguardando la via della collaborazione con la giustizia (e i relativi meccanismi "salvagente") di cui ai co. 1 e 1-bis dell'art. 4-bis ord. penit., si attribuiva alla magistratura di sorveglianza il potere di valutare la posizione del detenuto, anche se "non collaborante", sulla scorta di tutti gli ulteriori elementi, dal percorso trattamentale intramurario, all'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata (desumibile dalle informative della pubblica autorità), alla presenza di attività di riparazione e/o ravvedimento<sup>61</sup>.

---

chiarezza su quanti e chi siano stati i responsabili dei fatti di reato"). Cfr., in tal senso, Trib. Sorv. Milano, 6 febbraio 2018, G.V., *inedita*; Trib. sorv. L'Aquila, 21 maggio 2015, P.G., *inedita*; Trib. sorv. Roma, 20 settembre 2009, D.M., *inedita*.

<sup>58</sup> Di recente, in tal senso, Marcello Bortolato, Presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze, intervistato da Redattore Sociale, 28 giugno 2019, a cura di Valiani.

<sup>59</sup> Cfr. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>60</sup> Sul punto, *Le conclusioni della commissione palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>61</sup> Sul punto, *Le conclusioni della commissione palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale*,

Sulla stessa linea, anche il Tavolo 16 (in tema di “*Trattamento. Ostacoli normativi alla individualizzazione del trattamento rieducativo*”) degli Stati generali dell’esecuzione penale<sup>62</sup>: anche in tale occasione, pur mantenendo fermo il combinato disposto di cui agli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit., si è inciso direttamente sulla disposizione che delinea la collaborazione utile con la giustizia, inserendo al co. 1-*bis* dell’art. 58-*ter* ord. penit. un ulteriore indice legale (diverso dalla collaborazione) dell’aver prestato attività riparatorie che diano segno tracciabile sia del ravvedimento personale del detenuto sia della sua volontà di esteriorizzare tale percorso, e renderlo fruibile alla società (e alle vittime del reato). Incisive, inoltre, le proposte di modifica che si intendeva apportare al co. 1 dell’art. 4-*bis* ord. penit., con una parziale riscrittura dello stesso, al fine di circoscrivere le preclusioni ai soli delitti associativi inerenti la criminalità organizzata e il fenomeno del terrorismo<sup>63</sup>; si proponeva, altresì, di capovolgere la prospettiva della prova (da negativa a positiva) incombente sull’autorità pubblica circa l’attualità del collegamento con la criminalità organizzata: non più la dimostrazione dell’assenza di legami con la consorte criminale di appartenenza, ma l’indicazione di elementi che manifestino l’attualità della pericolosità del soggetto rispetto al proprio contesto criminale e sociale<sup>64</sup>.

Coerenti con quanto suggerito dagli Stati generali dell’esecuzione penale, le linee guida delle Commissioni ministeriali, presiedute dal Prof. Glauco Giostra, in relazione alla legge delega n. 103, 23 giugno 2017 (“*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario*”), sub art. 1, co. 85, lett. e), per cui si delegava il legislatore a superare le preclusioni all’accesso ai benefici penitenziari: “*e) eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l’individualizzazione del trattamento e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione ai reati commessi e alle caratteristiche del condannato, nonché revisione della disciplina dei preclusioni dei benefici penitenziari alla pena dell’ergastolo*”. Sul lavoro della Commissione pendeva un importante limite, dettato dalla clausola di salvezza, che mirava ad escludere dall’oggetto di delega tutti “*i casi di eccezionale gravi-*

---

cit.

<sup>62</sup> Cfr. FIORENTIN, *Le conclusioni degli “Stati Generali” per la riforma dell’esecuzione penale in Italia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>63</sup> Cfr. FIORENTIN, *Le conclusioni degli “Stati Generali” per la riforma dell’esecuzione penale in Italia*, cit.

<sup>64</sup> Cfr. FIORENTIN, *Le conclusioni degli “Stati Generali” per la riforma dell’esecuzione penale in Italia*, cit.

*tà e pericolosità specificatamente individuati e comunque (per) le condanne di delitti di mafia e terrorismo anche internazionale*” (v. lett. e) co. 1 dell’art. 85). Tale duplice, e, forse anche pleonastico riferimento ai casi di particolare gravità, inibiva qualsiasi ipotesi di lavoro che incidesse direttamente sulle disposizioni fondanti il c.d. doppio binario penitenziario (dal 41-*bis* ord. penit. – per l’inciso espresso di cui al co. 1 dell’art. 85 – e alle disposizioni sull’ostatività). Con riguardo, nello specifico, al “problema” dell’ostatività, tuttavia, pur negli stretti limiti di operatività, la Commissione suggeriva ben due proposte (A e B) di riscrittura parziale del co. 1 dell’art. 4-*bis* ord. penit.: secondo la prima proposta, più incisiva, nel co. 1 vi sarebbero confluiti “*i delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 416-bis e 416-ter del codice penale, delitti commessi al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste nell’art. 416-bis codice penale nonché delitti commessi con finalità di terrorismo*”; per la seconda versione, più prudente, nel co. 1 avrebbero continuato a rimanere la maggior parte delle fattispecie previste, con l’accorgimento rispetto ai delitti di criminalità organizzata e ai reati finalisticamente collegati, circoscritti alle sole ipotesi associative<sup>65</sup>.

Tali modifiche confluirono in parte nel primo schema di decreto legislativo (l’unico, in quella sede), reso pubblico il 15 gennaio 2018, con cui il legislatore delegato rendeva nota la sua intenzione di esercitare la legge delega, in prima battuta, in relazione ad alcuni dei profili (non esercitata la legge delega in materia di giustizia riparativa, in materia di lavoro penitenziario, misure di sicurezza, rito minorile), che, poi di fatto, verranno ripresi e rivisti fino alla promulgazione dei tre decreti legislativi 2 ottobre 2018, n. 121, 123 e 124<sup>66</sup>; alcuni punti della legge delega, invece, non verranno mai esercitati<sup>67</sup>.

Con riguardo al co. 1 dell’art. 4-*bis* ord. penit., il primo schema di decreto legislativo, si muoveva nella direzione di limitare l’inclusione nel co. 1 (c.d. prima fascia) alle fattispecie associative ai delitti finalisticamente collegati e ai soggetti che abbiano rivestito una posizione apicale all’interno dell’organizzazione criminale. Si chiedeva, inoltre, che sussista un duplice re-

<sup>65</sup> Cfr. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>66</sup> Con riguardo alla “mini” riforma penitenziaria attuata, cfr. FIORENTIN, FIORIO, *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, Milano, 2019.

<sup>67</sup> Sulla legge delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario, cfr. CORVI, *Venti di riforma sull’esecuzione penale: la delega per la modifica dell’ordinamento penitenziario*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di Baccari, Bonzano, La Regina, Mancuso, Milano, 2017, 602 ss.; FIORENTIN, *La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *La riforma Orlando*, a cura di Spangher, Pisa, 2017, 309 ss.; ID., *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di Marandola, Bene, Milano, 2017, 415 ss.

quisito: la presenza di una sentenza definitiva di condanna che abbia accertato il delitto associativo e la posizione di rilievo nella consorteria criminale da parte del condannato. Dal raggio di operatività del co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., venivano, invece, espunti altri delitti, strutturalmente diversi e a condotta monosoggettiva, ricondotti nel co. 1-*ter* dell'art. 4-*bis* ord. penit., per cui non era necessaria la previa collaborazione con la giustizia per l'accesso ai benefici penitenziari, ma solo la prova negativa dell'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata<sup>68</sup>. Per l'esame di tali modifiche, il passato è d'obbligo, dato che, come noto, vengono espunte da tutti i successivi schemi di decreti legislativi, fino all'approvazione dei tre provvedimenti conclusivi (d.lgs. nn. 121, 123, e 124 del 2018) che non incidono minimamente sulla disciplina dell'ostatività<sup>69</sup>.

*4. L'imperativo categorico di Viola c. Italia (N. 2): la tutela della dignità umana.* L'ostatività all'accesso ai benefici penitenziari è stata oggetto di valutazione anche da parte della Corte europea, che si è pronunciata, nel primo caso contro l'Italia, con la tanto attesa ed auspicata sentenza *Viola c. Italia* (N. 2), Prima Sezione, 13 giugno 2019, ric. N. 7763/16.

Come ha ricordato la Corte di Strasburgo, nelle proprie conclusioni (§§ 136 ss.), il "cuore" della questione risiede nella protezione della dignità umana della persona, sia essa libera o reclusa. La dignità umana, parametro primo del sistema convenzionale, si misura tanto più nella tutela dei diritti delle persone reclusi, laddove lo Stato esercita la massima compressione della libertà personale e dei diritti soggettivi: la giurisprudenza europea ha, infatti, evidenziato, in plurime occasioni, il "volto convenzionale" della pena, che, in primo luogo, deve essere umano e conforme alla dignità (v. il *leading case Torreggiani e altri c. Italia*, seguito da *Varga e altri c. Ungheria*)<sup>70</sup>.

Già, inoltre, a partire dai casi *Öcalan c. Turchia* (n. 2) e *Trabelsi c. Belgio*, si sono consolidati i principi cardine della proporzionalità del trattamento sanzionatorio e, in materia di ergastolo senza condizionale, si sono ribaditi i seguenti punti del c.d. "*right to hope*", espressi sin dal caso *Vinter c. Regno*

<sup>68</sup> Cfr. LA ROCCA, *Lo schema di decreto legislativo per la riforma penitenziaria*, in questa *Rivista*, 2018.

<sup>69</sup> Cfr. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd. Lgs. 121, 123, 124/2018)*, Milano, 2019.

<sup>70</sup> Per un primo commento della pronuncia, cfr. 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 [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); MORI, ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com); SCARCELLA, *La normativa italiana sul c.d. ergastolo ostativo è contraria alla Convenzione EDU*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it).

*Unito*<sup>71</sup>: i) il condannato all'ergastolo conserva il diritto di conoscere, sin dall'inizio dell'esecuzione della pena, le condizioni in forza delle quali sia possibile un riesame della propria posizione; ii) l'ergastolano mantiene, inoltre, il diritto di sapere il momento in cui il riesame della sua posizione verrà effettuato e/o potrà essere da lui richiesto, che, secondo *Vinter c. Regno Unito*, viene individuato in un lasso temporale medio di 25 anni; iii) il condannato ha il diritto di accedere ad un organo di impugnazione che verifichi la legittimità del provvedimento di diniego assunto (obbligo di motivazione); iv) in caso di esito positivo del riesame, non vi dovrebbero essere motivi ostativi per non concedere al condannato, anche in termini gradualità, l'accesso all'esterno e la liberazione<sup>72</sup>.

*4.1. (Segue) Il caso in sintesi e le questioni sottese.* Come ormai noto, il caso riguarda il ricorso alla Corte EDU di un cittadino italiano, detenuto presso la Casa di Reclusione di Sulmona, a titolo di ergastolo c.d. "ostativo" con isolamento diurno pari a due anni e due mesi, per aver commesso tra il 1990 ed il 1992 una serie di delitti di sangue, ritenuti dalle Corti di merito finalisticamente collegati alla criminalità organizzata (v. § 7): al condannato viene, peraltro, riconosciuta la circostanza aggravante di aver rivestito una posizione criminale all'interno della propria azione criminale (v. §§ 11 ss.).

Dopo 6 anni di regime al 41-*bis* ord. penit., con ordinanza del 14 marzo 2006, il detenuto viene ammesso al circuito di Alta sicurezza (in sintesi, 25 anni di pena espiata, 6 al 41-*bis*, 22 in regime di ostatività, di cui 18 a titolo di ergastolo "ostativo"): a partire dal 2011, inoltre, lo stesso inizia il lungo percorso per tentare l'accesso ai benefici penitenziari dinanzi alla magistratura di sorveglianza. Con ordinanza del 29 novembre 2011, gli viene rigettato (a conferma della declaratoria di inammissibilità del magistrato di sorveglianza) il reclamo circa l'accesso al primo permesso-premio, per difetto di una condotta collaborativa; il Tribunale di sorveglianza L'Aquila aggiunge, inoltre, come

<sup>71</sup> Sui precedenti della Corte europea in materia di ergastolo senza liberazione, cfr. Corte EDU, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04; Corte EDU, GC, 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/09; 130/10; 3896/10; Corte EDU, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia* (N. 2), ric. n. 24069703; Corte EDU, 20 maggio 2014, *Laszlo Magyar c. Ungheria*, ric. n. 73593/10; Corte EDU, 8 luglio 2014, *Harakchiev e Tolunov c. Bulgaria*, ric. nn. 15018/11; 61199/12; Corte EDU, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*, ric. n. 140710; Corte EDU, 15 settembre 2015, *Kaytan c. Turchia*, ric. n. 27422/05; Corte EDU, 26 aprile 2016, *Murray c. Olanda*, ric. n. 10511/10; Corte EDU, 4 ottobre 2016, *T.P. e T.A. c. Ungheria*, ric. nn. 37871/14, 73986/14; Corte EDU, 25 maggio 2017, *Matišoaitis e altri c. Lituania*, ric. nn. 22662/13, 51059/13, 58823/13; Corte EDU, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*, ric. n. 57592/08.

<sup>72</sup> Cfr. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, cit., 30-31.

nel caso di specie, non si fosse raggiunta la prova circa la positiva rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata (forse desunti dalla posizione apicale rivestita dall'istante, la quale lasciava zone d'ombra circa l'accertamento dei fatti)<sup>73</sup>. A tale istanza, presso il medesimo Tribunale di sorveglianza, seguono ulteriori richieste di accesso ai benefici penitenziari, in prima battuta, un permesso premio, respinto per le medesime ragioni, con ordinanza del 13 ottobre 2015, e, successivamente, la liberazione condizionale, negata, con ordinanza del 26 maggio 2015. Tutte decisioni poi confermate dalla Corte di Cassazione.

In forza dell'ultimo diniego rispetto alla liberazione condizionale, il detenuto ricorre alla Corte europea. Il ricorso, fondato in diritto sull'analisi dei precedenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo, evidenzia l'impossibilità di riesame della posizione personale, attesa la mancata collaborazione con la giustizia (per rivendicazione per tutto l'arco del processo dalla propria innocenza), ritenuta, per di più, ancora praticabile per il ruolo attivo attribuito all'interno della consortereria criminale di appartenenza. Va da sé, quindi, sulla base della normativa vigente (combinato disposto degli artt. 4-*bis*, co. 1 e 1-*bis* e 58-*ter* ord. penit.), che, per l'interessato, qualsiasi prospettiva di "rilascio" risulta inibita (compresa, data l'esiguità di applicazione nel corso della storia, della grazia presidenziale): alla luce, quindi, del parametro 3 C.E.D.U., la pena dell'ergastolo c.d. "ostativo", così come scontata dal detenuto, risulta una pena inumana e degradante, essendo irriducibile sia *de facto* sia *de jure*<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Per una ricostruzione del ricorso, cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, cit., 24 ss. Nei casi successivi, si sono, altresì, dichiarate incompatibili forme mascherate di pene perpetue, irriducibili *de facto*, come nel caso *T.P. e A.T. c. Ungheria e Matiošaitis e altri c. Lituania*: in quest'ultimo caso, la Corte europea ha dichiarato la non convenzionalità dell'ordinamento lituano rispetto al parametro dell'art. 3 C.E.D.U., per la previsione che nega l'accesso ai benefici penitenziari per gli ergastolani (i quali, inoltre, vengono ristretti, per 10 anni, in appositi istituti); l'unica "via d'uscita" è rappresentata dalla domanda di grazia, che può essere presentata dopo 10 anni di esecuzione, al Capo dello Stato, previo parere obbligatorio della *Pardon Commission*, con un provvedimento conclusivo, peraltro, non motivato e non impugnabile<sup>73</sup>. Di rilievo, quindi, tali casi perché mettono in luce il cuore del problema: l'impossibilità di accedere - dopo un lasso di tempo - a meccanismi di riesame della propria posizione rendono l'ergastolo, *de facto*, una pena perpetua non riducibile, "fino alla morte", in condizioni, sostanzialmente non dissimili, alla pena di morte.

<sup>74</sup> La peculiarità di tale ricorso, come noto, risiede anche nella partecipazione attiva di terzi intervenienti, a sostegno della posizione del ricorrente: i) accademici ed esperti coordinati dall'Università degli Studi di Milano (Dipartimento di Studi Internazionali, giuridici e storico-politici); ii) centro di documentazione "L'Altro Diritto" *onlus*, coordinato dall'Università degli Studi di Firenze; iii) RCP, Rete Europea di ricerca e d'azione in contenzioso europeo. Cfr., sul punto, GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, cit., 37 ss. Per un commento all'*amicus curiae* depositato dall'Associazione "L'Altro Diritto" *onlus*, cfr. FIORENTIN, *L'ergastolo*

4.2. (*Segue*) *L'iter argomentativo della Corte europea*. In primo luogo, la Corte, prima di passare all'esame delle posizioni nel merito, affronta la questione dell'ammissibilità del ricorso per il previo esaurimento dei mezzi di impugnazione interni (la questione circa la qualificazione sostanziale di vittima, invece, viene trattata unitamente al merito): secondo il Governo, infatti, il ricorrente, rivendicando la propria innocenza, avrebbe dovuto esperire il meccanismo della revisione del processo, e non adire direttamente la Corte europea. Decisamente fuorviante l'argomentazione prospettata, atteso che, *in primis*, i mezzi di impugnazione straordinari non impediscono l'accesso diretto alla Corte di Strasburgo, secondo il § 35 C.E.D.U., per costante giurisprudenza (v. i casi *Sofri e altri c. Italia*, ric. N. 37235/97; *Prystavskaja c. Ucraina*, ric. N. 21287/02); in secondo luogo, così come ricorda anche la Corte europea, la rivendicazione della propria innocenza si colloca su un piano diverso rispetto all'impugnazione straordinaria della revisione, dato che il ricorrente fa espressa menzione della propria condizione unicamente come indice di incompatibilità per la collaborazione con la giustizia, che gli è preclusa, a priori, data la sua professata innocenza.

Ritenute, quindi, non fondate le questioni circa l'ammissibilità avanzate dal Governo, la Corte passa all'esame del merito: da subito, data la rilevanza politica del tema, i giudici europei avevano indirizzato al Governo quattro quesiti, che, in sintesi, toccavano tutti i punti nodali della questione ostatività<sup>75</sup>. Le domande erano, infatti, le seguenti:

- i) l'ergastolo "ostativo" è una pena *de jure* o *de facto* riducibile ai sensi dell'art. 3 C.E.D.U.?
- ii) la legislazione italiana offre al detenuto una prospettiva di rilascio e una possibilità di riesame della detenzione?
- iii) la possibilità di ridurre la pena perpetua solo tramite il meccanismo della collaborazione soddisfa i criteri stabiliti dalla giurisprudenza europea?
- iv) l'ergastolo "ostativo" consente la risocializzazione del condannato?

A fronte di tali quesiti, la difesa del Governo si incentra sull'analisi della normativa vigente, che si colloca all'interno di una logica di lotta politica (prima che normativa) alla criminalità organizzata, anche di stampo mafioso, deli-

---

<sup>74</sup> "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo, cit.; per un esame della posizione dell'RCP, cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N. 2), ric. n. 77633/16, §§ 90-91.

<sup>75</sup> Per un esame della posizione dell'RCP, cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N. 2), ric. n. 77633/16, §§ 90-91.

<sup>76</sup> Per la sintesi, cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, cit., 37 ss.

neando previsioni tanto restrittive quanto odioso è il fenomeno da contrastare: pur nei stretti margini di operatività, l'ordinamento consente delle vie di accesso all'esterno anche agli ostatici, tenuto conto del meccanismo della collaborazione con la giustizia, con i correttivi di cui alla collaborazione "impossibile" o inesigibile<sup>76</sup>. Si rileva, inoltre, l'esistenza di due ulteriori previsioni normative residuali, quali la grazia presidenziale e il differimento dell'esecuzione della pena per motivi di salute; strumenti che, secondo il Governo, qualificano anche l'ergastolo "ostativo" come pena riducibile sia *de facto* sia *de jure*: in altri termini, "il Governo sostiene che il legislatore non ha fatto altro che aggiungere una condizione ulteriore per i condannati alla pena dell'ergastolo di cui all'articolo 4-bis"<sup>77</sup>. A dire del Governo, dunque, "una volta soddisfatta questa condizione, che il detenuto è libero di rispettare collaborando con le autorità, quest'ultimo può aspirare alla liberazione condizionale e ai benefici penitenziari. Il sistema italiano, pertanto, secondo il Governo è compatibile con l'articolo 3 della Convenzione" (v. § 84).

La questione, come evidenzia anche il Governo, è di tutta rilevanza: ad oggi, l'ergastolo "ostativo" interessa almeno 1216 detenuti su 1600 ergastolani circa, ovvero, il 72,5% dei casi, con un 25% di soggetti a cui è applicato anche il regime del 41-*bis* ord. penit.; rispetto a tutti questi casi non si ha memoria dell'applicazione della grazia presidenziale, né, se non in alcuni sporadici casi, e per un breve lasso di tempo, della concessione della sospensione dell'esecuzione della pena per motivi di salute<sup>78</sup>.

Chiarito, quindi, il passaggio fondamentale per cui l'unica via di comprimibilità - in termini generali - dell'ergastolo "ostativo" è rappresentata dalla collaborazione con la giustizia, la Corte europea si interroga circa la compatibilità di tale meccanismo con le prospettive di domandare e ottenere la liberazione da parte del ricorrente (nel caso di specie, si evidenzia come fosse preclusa la via della collaborazione "impossibile" e/o "inesigibile", dato il ruolo di rilievo attribuito al detenuto in sede processuale).

In altri termini, la mancata collaborazione con la giustizia preclude *in toto* la possibilità di riesame della posizione del detenuto? Se è vero, secondo quanto apprende la Corte europea dall'esame della disciplina del 4-*bis* ord. penit., che la collaborazione con la giustizia rappresenta un indice significativo di dissociazione con la consorteria criminale di appartenenza (che non viene meno

<sup>76</sup> Cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N. 2), ric. n. 77633/16, § 84.

<sup>77</sup> Cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N. 2), ric. n. 77633/16, § 84.

<sup>78</sup> Per una disamina dei dati, cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, cit., 25.

per il solo fatto di essere detenuti) e “*il successo del processo di risocializzazione*”, questione centrale è comprendere, “*se l’equilibrio tra le finalità di politica criminale e la funzione di risocializzazione della pena non finisca, nella sua applicazione pratica, per limitare eccessivamente la prospettiva di liberazione dell’interessato e la possibilità per quest’ultimo di chiedere il riesame della sua pena*” (v. § 110). Ovverosia, diviene fondamentale interrogarsi sull’opportunità di elevare la collaborazione con la giustizia ad unico indice legale di avvenuto ravvedimento da parte del condannato: la Corte dubita, infatti, che la collaborazione con la giustizia possa dirsi sempre una scelta individuale libera e consapevole; così come dubita che la mancata collaborazione sia indice di pericolosità sociale, dato che il “silenzio” potrebbe essere dipeso da intime riflessioni personali circa il rischio che il collaborante affronta per sé e per i propri familiari di essere esposto a rappresaglie da parte dell’organizzazione mafiosa (o, per il “semplice” fatto di essere convinti della propria innocenza, o, ancora, per il rifiuto di indicare persone, in ogni caso, vicine alla famiglia, al proprio contesto sociale e territoriale)<sup>79</sup>.

Criticando di per sé la collaborazione con la giustizia, la Corte aggiunge un ulteriore passaggio di valutazione, dubitando dell’opportunità dell’equazione tra non collaborazione e pericolosità sociale, quale presunzione assoluta, non superabile da parte del giudice, in alcun altro modo: il non collaborante, infatti, per il legislatore diviene un soggetto pericoloso che, pertanto, non merita l’accesso al circuito trattamentale esterno, nonostante la progressione della personalità e la “dissociazione” con l’ambiente mafioso, dimostrato con condotte alternative, alla collaborazione (§ 121. «*In effetti, non è escluso che la “dissociazione” dall’ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia*»).

La Corte europea evidenzia, infatti, che “*il sistema penitenziario italiano offre una serie di occasioni progressive di contatto con la società - che vanno dal lavoro all’esterno alla liberazione condizionale, passando attraverso i permessi premio e la semilibertà*”, ma «*l’assenza di “collaborazione con la giustizia” determini una presunzione inconfutabile di pericolosità, che ha l’effetto quello di privare il ricorrente di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione [...]. Questi rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo, e rischia altresì di appesantirsi di più con il passare del tempo*»<sup>80</sup>. Secondo il sistema convenzionale, in materia di detenzione (v. art. 5 C.E.D.U.) “*una presunzione legale di*

<sup>79</sup> Cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N. 2), ric. n. 77633/16, § 110.

<sup>80</sup> Cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N. 2), ric. n. 77633/16, § 127.

*pericolosità può essere giustificata, in particolare, quando non è assoluta, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria*”: e ciò vale, tanto più, ricorda la Corte, quando il parametro di riferimento è l’art. 3 C.E.D.U., che non ammette accezione alcuna, al divieto di tortura e di trattamenti e di pene inumane e degradanti (v. § 130. “*Tuttavia, la lotta contro questo flagello [la criminalità organizzata di stampo mafioso] non può giustificare deroghe alle disposizioni dell’articolo 3 della Convenzione, che vieta in termini assoluti le pene inumane e degradanti*”).

In sintesi, quindi, in linea con la giurisprudenza europea, *Vinter c. Regno Unito* (nonché *Murray c. Olanda*), la Corte europea ha ritenuto di qualificare come irriducibile la pena dell’ergastolo “ostativo”, atteso che per il soggetto non collaborante (al quale non possa essere riconosciuta nemmeno la collaborazione “impossibile” e/o “inesigibile”) sconta una *pena de facto* irriducibile, non potendo la sua posizione essere esaminata comunque nel merito, sulla base di altri indici individuali di ravvedimento e progressione, da parte della magistratura di sorveglianza, a causa della preclusione assoluta di pericolosità imposta dal legislatore (*de jure*). L’irriducibilità della pena risulta in palese contrasto con il principio primo uniformante il sistema convenzionale, la dignità umana, che “*che impedisce di privare una persona della libertà con la costrizione senza operare, al contempo, per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà*” (v. § 113).

*4.3. Il monito al legislatore.* Pur mantenendo un approccio concreto, legato al caso del singolo, ai sensi dell’art. 46 della Convenzione, la Corte di Strasburgo è cristallina nell’affermare che il problema dell’ergastolo “ostativo” sia strutturale e diffuso, riguardando, peraltro, numerosi casi già pendenti dinanzi alla Corte e immaginandone verosimilmente ulteriori.

Si rammenta, infatti, che l’art. 46, interpretato alla luce dell’art. 1 C.E.D.U., impone agli Stati membri, non solo di eseguire le disposizioni patrimoniali a carico del ricorrente risultato vittorioso, ma anche di porre in essere – nell’ambito della propria discrezionalità, sotto il controllo del Comitato dei Ministri – tutte le misure generali e/o individuali idonee ad eliminare le conseguenze delle violazioni accertate. Va da sé che, secondo la Corte, tali misure dovrebbero provenire preferibilmente dal legislatore, anche sulla scia delle proposte di riforma, menzionate nella sentenza, affinché il legislatore “*garantisca la possibilità di un riesame della pena, il che permetterebbe alle autorità di determinare se, durante l’esecuzione di quest’ultima, il detenuto si sia talmente evoluto e abbia fatto progressi tali verso la proprio correzione che nes-*

*sun motivo legittimo in ordine alla pena giustificata più il suo mantenimento in detenzione*<sup>81</sup>.

La Corte europea, consapevole, ad ogni modo, che la questione è altamente politica, ricorda che l'accertamento della violazione del parametro 3 C.E.D.U. non comporta l'immediata liberazione del condannato, ma solamente, per ora, nei confronti del solo Viola, un ristoro economico a copertura delle spese sostenute. Ciò che si chiede, in sostanza, è il superamento della preclusione assoluta di pericolosità sociale, inserita come unico criterio legale all'interno del co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. per l'accesso ai benefici penitenziari, che restituisca, quindi, al giudice della "rieducazione" il suo potere (istituzionale) di controllo e di ratifica del percorso individuale (anche in termini di "dissociazione" dalla criminalità organizzata): il cuore argomentativo di *Viola c. Italia* si sposa, quindi, perfettamente con le due questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Prima Sezione e dal Tribunale di sorveglianza, che verranno trattate in autunno dalla Corte costituzionale.

*4.4. L'opinione dissenziente: il sentimento di giustizia per le vittime e precedenti "difformi" della Corte.* Da un altro angolo visuale, il Giudice Wojtyczek esprime la propria *dissenting opinion*: la prospettiva prescelta è quella delle vittime del reato. Secondo il Giudice, obbligo convenzionale, sancito all'art. 2 C.E.D.U., imposto agli Stati membri, è di assicurare un quadro giuridico, *legal framework* (legislativo, amministrativo e giudiziario) che consenta la tutela del diritto alla vita: la lotta contro la criminalità organizzata rientra a pieno titolo negli obblighi positivi di matrice convenzionale (v. basta pensare alla giurisprudenza in materia di tortura)<sup>82</sup>. Per di più, il Giudice ritiene che la collaborazione con la giustizia sia un criterio legale sufficiente per qualificare come riducibile *de facto* e *de jure* la pena dell'ergastolo: si percepisce, dalle trame dell'argomentazione, come per il Giudice si tratti di una questione ad alto tasso politico, in cui la Corte europea - in conformità a suo dire con il precedente *Hutchinson c. Regno Unito* - dovrebbe rimanere estranea. Evidenza, inoltre, come la pena dell'ergastolo "ostativo" debba ritenersi compatibile con gli *standard* di tutela convenzionali, atteso che se il ricorrente (un ergastolano "ostativo") si trova in carcere da oltre 25 anni senza possibilità di

<sup>81</sup> Cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N. 2), ric. n. 77633/16, § 143.

<sup>82</sup> Sul punto, tra tutti, VIGANO, *Obblighi convenzionali di tutela penale?* in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes-V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 243 ss.; ID., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011, 2645 ss.

riesame della propria posizione è perché costui “è stato condannato ad una certa pena, tenuto conto di tutte le funzioni della pena. È in carcere, in particolare, perché ciò è necessario per dare un senso di giustizia alle famiglie delle sue vittime e alla società italiana in generale, e per dissuadere altri potenziali criminali dal commettere reati simili”<sup>83</sup>. Tale passaggio, dai toni fortemente retribuzionisti, mette in luce il problema del bilanciamento di interessi contrapposti, entrambi tutelati dalla Convenzione: tuttavia, nel caso dell’ergastolo “ostativo” non si mette in discussione una normativa, né la sua abolizione, con conseguente vuoto di tutela per le vittime del reato, ma la possibilità che nel rapporto esecutivo (esclusivo tra Stato e detenuto, perché le istanze delle vittime hanno già o avrebbero già dovuto trovare tutela in sede processuale, dove l’ordinamento italiano riconosce ampi poteri sia alla persona offesa sia alla parte civile) la persona ristretta abbia l’opportunità di dimostrare il proprio ravvedimento, anche tenendo in considerazione “il sentimento di giustizia delle vittime”, verso lo Stato e la società, in cui si reinserisce, senza con ciò diventare il punto focale della valutazione del giudice.

*5. Prime conclusioni: auspicando un dialogo tra le Corti per un mutamento costituzionale dell’ostatività.* Alla luce delle riflessioni sopra esposte, è evidente che la Corte costituzionale, oggi, si trovi “le chiavi in mano” della possibile soluzione al superamento dell’ostatività: *Viola c. Italia* da una parte, la propria giurisprudenza conforme, in materia di preclusioni all’accesso ai benefici penitenziari per particolari categorie di soggetti (v. Corte cost. n. 239 del 2014; n. 76 del 2017; n. 174 del 2018; n. 211 del 2018) dall’altra. Per di più, la Corte costituzionale, in materia di misure cautelari, ha già delineato il *modus operandi* e la *ratio* di verifica della legittimità di presunzioni assolute (in materia, in particolar modo, di adeguatezza della custodia cautelare in carcere): il c.d. metodo probatorio.

In altri termini, la Consulta ha già, ormai da tempo, progressivamente circoscritto la validità nel processo penale di presunzioni assolute, quali indici di prova legale della pericolosità dell’autore, che non siano altrimenti verificabili e/o superabili da prova contraria, alla luce del caso concreto e di altri elementi, ugualmente rilevanti. Tale è, del resto, la via suggerita anche dai giudici rimettenti (e, nello specifico, dal Tribunale di sorveglianza di Perugia), che, all’unanimità, indicano tale metodo operativo, per il mutamento qualitativo della presunzione da assoluta in relativa, restituendo, così al giudice i propri

---

<sup>83</sup> Cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N. 2), ric. n. 77633/16, § 8 della *dissenting opinion*.

poteri valutativi sulla posizione del singolo.

Potrebbe essere sicuramente la via auspicabile, anche se in tal modo, la Corte costituzionale si troverà a dover operare, analogamente a quanto svolto per il principio di adeguatezza sulla custodia cautelare in carcere, un'operazione "chirurgica" sul co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., in relazione alle fattispecie di volta in volta sottoposte alla sua attenzione, con conseguente disparità di trattamento, rispetto alle fattispecie non ancora esaminate (e, rappresentando, verosimilmente, un precedente pilota per successive questioni di legittimità costituzionale, così come è avvenuto dal 2010 ad oggi, in materia di custodia cautelare).

La soluzione ottimale e praticabile potrebbe essere quella – in vista di ulteriori probabili pronunce di condanna da parte della Corte europea – di associarvi anche un intervento del legislatore che sia in grado di indicare gli elementi di valutazione ulteriori e diversi dalla collaborazione con la giustizia (quali, ad esempio, la dissociazione): via comunque pur sempre preferibile, dato che, in tal modo, si eviterebbe un'eccessiva discrezionalità della magistratura di sorveglianza, che, in assenza di linee guida uniformi, potrebbe adottare criteri radicalmente differenti (comportando, così, una disparità di trattamento, a seconda dei criteri di valutazione adottati dai singoli tribunali di sorveglianza). Il legislatore, inoltre, non dovrebbe nemmeno sforzarsi in "voli pindarici", avendo già a disposizione tutti gli elementi per un'attenta (e, in ogni caso, prudente) riforma, basta pensare alle soluzioni offerte dagli Stati generali dell'esecuzione penale, e, ai lavori della Commissione c.d. "Giostra", solo per citare i progetti più recenti. Si ritiene, inoltre, che il legislatore sia già in possesso degli strumenti normativi e di verifica empirica per intervenire complessivamente sulla normativa contro la criminalità organizzata, tenuto conto anche della sua relativa efficacia, nel corso degli ultimi decenni: confrontandosi, quindi, con il proprio passato (oltre che normativo, anche politico), il legislatore potrebbe far riferimento alle soluzioni diversificate, proposte in seno alla legislazione sul terrorismo degli anni '70, la cui previsione ha dimostrato come siano possibili condotte collaborative efficaci, utili e dirimenti, non solo per la risoluzione del processo, ma anche per l'eliminazione del fenomeno (efficacia deterrente e general-preventiva). Recuperando, quindi, l'autenticità della *ratio* della disciplina premiale-punitiva, si avrebbero dei significativi benefici sia in termini special-preventivi e retribuzionisti (retribuzione intesa come proporzionalità della pena rispetto alla colpevolezza per il fatto commesso) per l'imputato in sede processuale, e, per la generalità dei casi a livello di prevenzione generale (anche positiva), sia per il condannato,

in esecuzione, il quale, una volta intrapreso il proprio percorso trattamentale, all'interno di esso e, non come momento estraneo, verrebbe chiamato ad una condotta attiva di dissociazione rispetto all'illegalità a conferma della propria adesione all'offerta rieducativa (e di legalità) predisposta dallo Stato, funzionale al recupero della sua persona, in vista del reinserimento futuro in società. Soluzioni auspicabili, per la tenuta del sistema, che non sembrano essere tra le priorità attuali del legislatore, ma che prima o poi dovranno essere affrontate, per la costruzione di un futuro più consapevole del passato<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> La strada sembra lunga e impervia, dato che il 3 luglio 2019 è stata resa pubblica una proposta di emendamenti al d.l. 14 giugno 2019, n. 53, il c.d. "decreto sicurezza *bis*", in sede di conversione in legge del decreto legge n. 53/2019, con cui l'Amministrazione penitenziaria suggerisce di inserire nel co. 1 dell'art. 4-*bis*, il delitto di lesioni aggravate dall'art. 576, co. 1, n. 5-*bis* c.p., per averle commesse nei confronti di personale al servizio dell'amministrazione penitenziaria. Nel co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. si vorrebbe inserire anche il co. 1-*bis* nel delitto di cui all'art. 391-*bis* c.p., che punisce la condotta del soggetto recluso per il possesso di un telefonino mobile o altro strumento ad esso assimilabile (condotta, che, di norma, dà origine ad un procedimento disciplinare, dovrebbe essere punita con la reclusione con una pena da uno a quattro anni).