



**Università di Pisa**

**Dipartimento di Giurisprudenza**

Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza

Tesi di laurea

IL DIRITTO ALLA SPERANZA:

L'INCONCILIABILITÀ DELL'ERGASTOLO  
OSTATIVO CON IL RISPETTO DELLA  
DIGNITÀ UMANA

Candidato:  
Silvia Lorenzelli

Relatore:  
Chiar.mo Prof. Luca Bresciani

Anno Accademico 2018/2019

“Lo ammetto. Il mio cuore è più coraggioso di me. In tutti questi anni di carcere lo ha continuamente dimostrato. E di solito si sveglia prima di me. L’ha fatto anche questa mattina all’alba. Povero scemo. Come al solito, quando si sveglia, è felice come un grillo. E ha iniziato a battermi nel petto come un forsennato. Come se dovessi andare da qualche parte. Tanta fatica per nulla. Neppure oggi andrò da qualche parte. E sarà così per sempre. Fino al suo ultimo battito. Ed è inutile che faccia finta di non sapere che questo suo nuovo giorno è già morto ancora prima di nascere.”

(CARMELO MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo.*)

## **INDICE ANALITICO**

<b>Indice analitico.....</b>	<b>2</b>
<b>Introduzione.....</b>	<b>7</b>

### **CAPITOLO I**

#### **PROFILI STORICI: LA LEGISLAZIONE**

#### **PENITENZIARIA DELL'EMERGENZA E**

#### **L'INTRODUZIONE DELL'ART. 4-BIS ORD.PENIT.**

<b>1. La legislazione penitenziaria dell'emergenza.....</b>	<b>10</b>
<b>2. L'art. 4-bis ord.penit.: genesi e palingenesi dell'istituto.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1. Il processo espansivo.....</b>	<b>18</b>
<b>2.2. I circuiti differenziati.....</b>	<b>23</b>
<b>3. Ambito di applicazione.....</b>	<b>24</b>
<b>4. I presupposti: reati preclusivi.....</b>	<b>34</b>
<b>5. Gli ultimi arrivati: i reati contro la Pubblica Amministrazione... </b>	<b>37</b>
<b>6. L'art. 4-bis ord.penit. cambia volto.....</b>	<b>41</b>

## **CAPITOLO II**

# **LA COLLABORAZIONE CON LA GIUSTIZIA ALLA LUCE DELLA FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLA PENA**

<b>1. Introduzione.....</b>	<b>43</b>
<b>2. La collaborazione ex art. 58-ter ord.penit.....</b>	<b>44</b>
<b>3. La sentenza pilota n. 306/1993 della Corte costituzionale.....</b>	<b>46</b>
<b>4. La collaborazione oggettivamente irrilevante.....</b>	<b>58</b>
<b>5. L’erosione del meccanismo della collaborazione: le sentenze nn. 357/1994 e 68/1995 e la collaborazione c.d. “inesigibile”.....</b>	<b>61</b>
<b>6. I collegamenti con la criminalità organizzata e il problema della prova.....</b>	<b>69</b>
<b>7. Il meccanismo della valutazione preventiva della collaborazione.....</b>	<b>71</b>
<b>7.1. L’accertamento della collaborazione non configura una valutazione sul percorso di risocializzazione del detenuto.....</b>	<b>73</b>
<b>8. La collaborazione resa dopo la sentenza di condanna.....</b>	<b>78</b>
<b>9. Il c.d. ergastolo ostativo.....</b>	<b>81</b>

## **CAPITOLO III**

### **L'ERGASTOLO OSTATIVO: DISCIPLINA E CRITICITÀ DELLA “PENA DI MORTE VIVA”**

<b>1. Disciplina.....</b>	<b>83</b>
<b>2. Il permesso di necessità ex art. 30-ter ord.penit. come strumento di umanizzazione per gli ergastolani non collaboranti.....</b>	<b>88</b>
<b>3. Ergastolo ostativo e liberazione condizionale.....</b>	<b>89</b>
<b>3.1. La sentenza n.135/2003 della Corte costituzionale in tema di ergastolo ostativo e liberazione condizionale.....</b>	<b>91</b>
<b>3.2. In dissenso con la ratio decidendi della sent. n. 135/2003..</b>	<b>95</b>
<b>4. Ergastolo ostativo e separazione dei poteri.....</b>	<b>98</b>
<b>5. L'ergastolo ostativo come pena conseguente a illegittimo automatismo normativo.....</b>	<b>99</b>
<b>6. Ulteriori profili di illegittimità.....</b>	<b>102</b>
<b>7. Una pena perpetua fino alla morte.....</b>	<b>106</b>
<b>7.1. (Segue): La “pena di morte viva”.....</b>	<b>107</b>
<b>8. Il rischio di una pena inumana e di un trattamento equivalente alla tortura per l'ergastolano.....</b>	<b>109</b>

## CAPITOLO IV

### LA GIURISPRUDENZA DELLA CEDU IN TEMA DI PENA PERPETUA

1. La convenzione europea dei diritti dell'uomo.....	113
1.1. L'art.3 CEDU: il divieto di trattamenti inumani o degradanti e il divieto di tortura.....	114
2. Il diritto europeo alla speranza: la pena perpetua nella giurisprudenza della Corte EDU.....	118
3. L'ergastolo comune alla luce della giurisprudenza della Corte EDU.....	138
4. Fiato alla speranza: l'ergastolo ostativo finalmente a giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo (il caso <i>Viola c.</i> <i>Italia</i> ).....	144
4.1. Le difese del Governo italiano.....	148
4.2. La decisione della Corte e le novità della sentenza <i>Viola</i> .....	151
4.3. L'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek.....	156

## CAPITOLO V

### LA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ALLE PRESE CON LE NOVITÀ DELLA SENTENZA *VIOLA*

1. Spunti per un possibile allineamento tra Roma e Strasburgo per un mutamento costituzionale dell'ostatività: le sentenze nn. 149/2018 e 188/2019 della Corte costituzionale.....	163
2. Il caso <i>Cannizzaro</i> .....	172
3. L'art. 4-bis al vaglio della Corte costituzionale: la sentenza n.253/2019.....	181
3.1. Le ricadute sistematiche e i possibili “seguiti” legislativi della pronuncia costituzionale.....	192
<b>Conclusioni</b> .....	201
<b>Bibliografia</b> .....	205

## INTRODUZIONE

Per lungo tempo l'esecuzione della pena perpetua non ha attirato l'attenzione. In effetti, con la nota sentenza n. 264 del 1974 la Corte costituzionale aveva giustificato la costituzionalità della pena dell'ergastolo "comune" in primis sulla base della teoria polifunzionale della pena, che ricomprende non solo la rieducazione, ma anche la retribuzione e la deterrenza, in secundis sulla base della sua comprimibilità in concreto, offerta dalla possibilità di accedere ai vari benefici penitenziari, in particolar modo alla liberazione condizionale che consente di trasformarlo in una pena non perpetua.

La questione della legittimità della pena perpetua è tornata attuale negli anni '90 durante la legislazione penitenziaria dell'emergenza, quando nel nostro ordinamento ha fatto ingresso una diversa forma di ergastolo: il c.d. ergastolo ostativo. Tale istituto nasce dal combinato disposto dagli artt.4-bis e 58-ter ord.penit. finalizzati ad inasprire il trattamento penitenziario ai condannati per i delitti di cui all'art.4-bis ord.penit., attraverso la preclusione all'accesso ai benefici penitenziari in assenza di collaborazione con la giustizia.

Icona dell'emergenza mafiosa degli anni '90, l'art.4-bis ha rappresentato una misura di prevenzione penitenziaria fondata sul titolo di reato, che determina una differenziazione esecutiva della pena strettamente collegata a due presupposti: la natura del reato e l'indice di pericolosità presunta del soggetto. In tale contesto di emergenza, prende



forma quello che la dottrina definirà come ergastolo ostativo, ovvero un ergastolo che, sulla base di una presunzione assoluta di persistente pericolosità del condannato non collaborante, esclude qualsiasi possibilità di ritorno alla società libera. La Corte costituzionale si è più volte pronunciata sulla legittimità costituzionale del regime ostativo disposto dall'art.4-bis ord.penet., con interventi che hanno investito aspetti che, seppur rilevanti, possono dirsi accessori e senza apportare, a tale disposizione, significative modifiche in senso sostanziale.

Le cose sono cambiate, però, a seguito della recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Viola c. Italia*, con la quale la Corte si è per la prima volta pronunciata sulla compatibilità convenzionale dell'ergastolo ostativo, richiamando proprio quel diritto del detenuto affinché la sua pena possa essere riesaminata, sulla scorta di una reale valutazione della sua condotta e senza che la sua mancata collaborazione con la giustizia sia automaticamente indice di una presunzione assoluta di pericolosità, ostativa ad ogni possibilità di reinserimento sociale. È il diritto alla speranza, la speranza di poter uscire, forse, un giorno, dal carcere.

Dopo la pronuncia in sede europea, sul versante interno la questione è tornata nuovamente all'esame della Corte costituzionale. Con la sentenza n. 253/2019 la Corte si è occupata della preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari, prevista dall'art. 4-bis, co.1 ord.penet., per il condannato che non abbia prestato alcuna collaborazione con la giustizia ex art. 58-ter ord.penet. Tuttavia, come vedremo, la pronuncia

della Corte costituzionale ha riguardato l'ostatività del solo permesso premio, aprendo scenari, ad oggi, incerti sui possibili interventi del Legislatore, interventi che, forse, potranno riguardare proprio la liberazione condizionale che maggiormente interessa la pena dell'ergastolo ostativo.

# CAPITOLO I

## PROFILI STORICI:

### LA LEGISLAZIONE PENITENZIARIA DELL'EMERGENZA E L'INTRODUZIONE DELL'ART. 4-BIS ORD.PENIT.

SOMMARIO: 1. La legislazione penitenziaria dell'emergenza. - 2. L'art. 4-bis ord.penit.: genesi e palingenesi dell'istituto. - 2.1. Il processo espansivo. - 2.2. I circuiti differenziati. - 3. Ambito di applicazione. - 4. I presupposti: reati preclusivi. - 5. Gli ultimi arrivati: i reati contro la Pubblica Amministrazione. - 6. L'art.4-bis ord.penit. cambia volto.

#### **1. La legislazione penitenziaria dell'emergenza.**

Per fronteggiare la criminalità di stampo mafioso, il legislatore è intervenuto, nei primi anni novanta, introducendo una normativa emergenziale che, modificando l'ordinamento penitenziario così come si era delineato a seguito della riforma Gozzini del 1986, aveva lo scopo di differenziare il trattamento penitenziario per gli autori dei reati legati alla criminalità organizzata. Nel 1991 (con il d.l.13 maggio 1991, n.152, convertito nella l.12 luglio 1991, n.203) fa ingresso nella legge sull'ordinamento penitenziario l'art.4-bis, poi riformulato l'anno

successivo con il d.l.8 giugno 1992, n.306. Al co.1 dell'art.4-bis il legislatore individua le condizioni in presenza delle quali i condannati per alcuni gravissimi reati, più o meno riconducibili alla criminalità organizzata, possono accedere alle misure alternative alla detenzione, al lavoro all'esterno e ai permessi premio. Lo scopo era quello di inasprire il trattamento penitenziario per quei soggetti che si erano resi autori di tali reati, escludendo o limitando l'accesso alle misure alternative e agli altri benefici penitenziari. Icona dell'emergenza mafiosa degli anni '90, l'art.4-bis rappresenta una misura di prevenzione penitenziaria fondata sul titolo di reato, che determina una differenziazione esecutiva della pena, strettamente collegata a due presupposti, la natura del reato e l'indice di pericolosità presunta del soggetto<sup>1</sup>[O.P.]. E così, a fronte di pene quantitativamente e qualitativamente uguali (o a parità di pena irrogata), per effetto dell'art.4 bis, sono stati introdotti e sono tuttora in vigore termini o modalità di recupero per il condannato diversi, sul presupposto che la pericolosità del detenuto va rapportata non solo all'entità della pena inflitta, ma anche alla natura del reato commesso; e così si spiegano come siano entrate nell'uso comune espressioni quali “ergastolo ostativo” o “reclusione ostativa”<sup>2</sup>. Infine il nuovo sistema introdusse rilevanti disposizioni a favore dei collaboratori di giustizia, che successivamente ricopriranno un importante ruolo con le riforme

---

<sup>1</sup> D.MAUGERI, *Il doppio binario dell'art.4-bis: fallimento di una scommessa o insidioso pragmatismo?*, in [www.Diritto.it](http://www.Diritto.it), 2017, p.1.

<sup>2</sup> S. ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4-bis O.P.*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2016, p. 3.

relative all'art.4-bis ord.penit., di fondamentale importanza nella trattazione anche del tema dell'ergastolo.

## **2. L'art.4-bis ord.penit.: genesi e palingenesi dell'istituto.**

L'introduzione dell'art.4-bis nell'ordinamento penitenziario ha segnato l'inizio di una nuova stagione per la struttura, per la funzione e per le logiche ispiratrici della normativa penitenziaria. La prima tappa coincide con l'entrata in vigore del decreto legge 152/1991, convertito nella l. 12 luglio 1991, n.203 che introduce i "Provvedimenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa". L'art.1 del d.l. 152/1991, introducendo l'art.4-bis, prevede una disciplina speciale per la concessione di misure alternative alla detenzione per condannati che si presumono socialmente pericolosi. La differenza di trattamento rispetto agli altri detenuti è legata al tipo di reato commesso. Le categorie di condannati erano essenzialmente due.

Alla prima categoria appartenevano i condannati per i reati di c.d. *prima fascia*, ovvero autori di reati inerenti alla criminalità organizzata. Per ottenere la concessione di benefici penitenziari e di misure alternative, era richiesta in questo caso la prova dell'insussistenza di collegamenti

attuali con le associazioni criminali. Nella seconda categoria, c.d. *seconda fascia*, rientravano gli autori di reati di grave allarme sociale (individuati tassativamente in alcune fattispecie incriminatrici elencate nella norma), anche in assenza di collegamenti di tipo associativo. In questo caso era necessaria la prova dell'attuale sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata per poter negare il beneficio richiesto. Quindi, prova negativa in un caso e prova positiva nell'altro. L'art.4-bis, sin dalla sua introduzione, costituisce il punto di arrivo di quell' "orientamento favorevole a ritenere che la linea difensiva dell'ordinamento penitenziario nei confronti della criminalità organizzata dovesse essere costruita differenziando il regime probatorio afferente alla concessione delle varie misure rieducative"<sup>3</sup>. In definitiva, il d.l. n.152 del 1991 inverte completamente la rotta rispetto ai principi che avevano ispirato la Legge Gozzini, tornando invece ad identificare determinati "reati ostativi" come aveva fatto la disciplina della l.26 luglio del 1975, n.354, ma soprattutto individua una determinata tipologia di reati e di autori per i quali, in virtù di una presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale, è prevista una disciplina trattamentale particolare. Il nuovo articolo 4-bis, come autorevolmente è stato sostenuto, si presentava come "una norma chiave per il sistema dei nuovi equilibri che all'inizio degli anni novanta si volevano

---

<sup>3</sup> F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli idealismi della scommessa anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di GREVI, Padova, 1994, p. 90.

instaurare – quanto alle misure rieducative previste dall’ordinamento penitenziario – tra la disciplina ordinaria e la disciplina da applicarsi, invece, nei riguardi dei condannati dei più gravi delitti di criminalità organizzata”<sup>4</sup>. L’art.1 del d.l. 152/1991 aveva introdotto l’art.58-ter ord.penit. circa le “persone che collaborano con la giustizia”, prevedendo per i condannati ex art.4-bis la possibilità di accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative, senza dover espiare i termini più lunghi di pena, qualora avessero reso una utile collaborazione con la giustizia. Tuttavia, la neonata disposizione, nel giro di poco meno di un anno, era destinata ad essere oggetto di un nuovo intervento normativo che avrebbe avuto una forte incidenza sulla sua ratio.

In seguito alle stragi di Capaci e via D’Amelio, nelle quali furono uccisi i giudici Falcone e Borsellino, venne introdotto il d.l. 306/1992. Il decreto ha previsto una diversa suddivisione dei detenuti per “fasce” o per “categorie”. Il co.1 esordiva con un periodo nel quale erano richiamate le fattispecie di cui agli artt.416-bis, 630 c.p., 74 t.u. 309/90 e i delitti satellite di quelli direttamente riconducibili all’associazione di tipo mafioso. Il secondo periodo introduceva un regime speciale per i condannati per i reati sopramenzionati, dai quali risulta, però, una minore pericolosità sociale, anche a seguito della concessione di speciali attenuanti. Il periodo che chiudeva il co.1 contemplava, invece, reati

---

<sup>4</sup> V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994, 3.

genericamente riconducibili alla criminalità di stampo terroristico o eversivo, da cui si desumeva un grado di pericolosità qualificato ma non gravissimo. Per ognuno di questi gruppi di reati, la norma prevedeva un diverso regime di accesso alle misure alternative basato su un diverso meccanismo probatorio. Per i detenuti di cui al primo periodo, era necessaria un'utile collaborazione; per quelli al secondo periodo, era sufficiente una collaborazione anche irrilevante, purché vi fossero elementi tali da escludere il permanere di collegamenti con la criminalità organizzata; per i detenuti di cui al terzo periodo, la prova dell'attualità di questi collegamenti bastava a precludere l'ammissione ai benefici. Il decreto legge 306/1992 aveva attribuito un peso decisivo all'elemento della collaborazione. In questo modo la collaborazione con la giustizia diventa una sorta di *condicio sine qua non* per l'accesso alle misure alternative al carcere, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità del condannato e sulla persistenza, dopo la condanna, del vincolo con l'associazione criminale. La decretazione antimafia ha portato ad un trattamento penitenziario differenziato dei condannati per alcuni delitti, secondo la formula del c.d. *doppio binario*<sup>5</sup> che giustifica questo trattamento differenziato sulla base del diverso grado di pericolosità sociale dei condannati. L'unica via percorribile per superare

---

<sup>5</sup> La dottrina individua un 'doppio binario sanzionatorio' – cfr. G. CASAROLI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto penale*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 15 – o, addirittura, un 'triplo binario', considerando anche il particolare regime esecutivo proprio dei cd. 'collaboratori di giustizia' sottoposti a speciale programma di protezione in B. GUAZZALOCA, in AA.VV., *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Atti della giornata di studio, Macerata, 13 Maggio 1993, a cura di G. GIOSTRA e G. INSOLERA, Milano 1995, pp. 141 ss.



tale presunzione era la collaborazione con la giustizia, ritenuta l'unica condotta idonea ad interrompere il vincolo associativo. Come ha avuto modo di chiarire la Corte costituzionale, si è avuto il passaggio “da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)”<sup>6</sup>. Tale modifica ha inciso sulla ratio di politica legislativa dell'art. 4-bis ord. pen., il quale, da norma di selezione riguardo alle misure rieducative, si è trasformato in una norma di incentivazione dei comportamenti di collaborazione con la giustizia<sup>7</sup>. Ciò, se, da un lato, snatura la norma e si pone palesemente in contrasto con la logica della risocializzazione che permea l'ordinamento penitenziario, dall'altro, risponde pienamente alle logiche della politica criminale di quegli anni. Come è noto, infatti, il legislatore incentrò buona parte della sua strategia di contrasto alla criminalità organizzata sul c.d. pentitismo<sup>8</sup> ed è in questo solco che si colloca l'art. 4-bis ord. pen., il quale, anzi, diventa “norma di manifesta incentivazione verso i comportamenti di collaborazione con la giustizia [...] gli unici di per sé idonei a consentire il superamento del rigido divieto sancito dalla norma

---

<sup>6</sup> Corte cost., sent. n. 68/1995.

<sup>7</sup> V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, op. cit., 10.

<sup>8</sup> B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992, 131.

in esame”<sup>9</sup>. La forte restrizione delle modalità di accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari, introdotta per i soggetti condannati per uno dei delitti di criminalità organizzata, è stata pensata per ridurre fortemente la possibilità di avere contatti con l’ambiente sociale e familiare di provenienza. Questo meccanismo di segregazione e neutralizzazione del condannato aveva (ed ha tutt’ora) lo scopo di esercitare una forte pressione psicologica sul detenuto al fine di spingerlo ad atteggiamenti di collaborazione con la giustizia<sup>10</sup>. E, infatti, solo la condotta che favorisce l’attività della magistratura e della polizia nella persecuzione dei soggetti coinvolti nel sodalizio criminale e che, pertanto, va a colpire direttamente le organizzazioni criminali, dà la possibilità di ottenere condizioni migliorative al detenuto.

All’ *“utile collaborazione”* sono state poi equiparate la collaborazione *“impossibile”* e la collaborazione *“oggettivamente irrilevante”*. In queste ipotesi torna ad operare la condizione secondo la quale devono essere stati acquisiti *“elementi tali da far escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva”*. La collaborazione può risultare ‘impossibile’ o in ragione della limitata partecipazione al fatto criminoso ovvero in quanto i fatti e le responsabilità siano stati integralmente accertati con sentenza irrevocabile. La collaborazione può risultare ‘oggettivamente

---

<sup>9</sup> V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, op. cit., 10.

<sup>10</sup> R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. CORSO, Bologna, 2011, 167.

irrilevante' quando al condannato sia stata riconosciuta una delle seguenti circostanze attenuanti: riparazione del danno o eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (art.62, co.6 c.p.); contributo di minima importanza nel concorso di persone nel reato (art.114 c.p.); concorso in un reato più grave di quello voluto ex art.116, co.2 c.p.<sup>11</sup>

## **2.1. Il processo espansivo.**

A seguito di una serie di interventi legislativi ulteriori, è stata ampliata l'area operativa della norma. Prima attraverso semplici aggiunte, poi con qualche aggiustamento e slittamento di fattispecie di reato tra le varie fasce di gravità, la norma ha finito per ricomprendere una serie variegata di reati e di tipi d'autore, prevedendo anche un trattamento molto più rigido rispetto a quello ordinario. All'inizio di questo processo espansivo sono stati introdotti nella norma i condannati per associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati

---

<sup>11</sup> E.DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni.*, in *Il diritto alla speranza, l'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P.P. DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, 2019, p.18.

contro la personalità individuale<sup>12</sup> e per reati contro la libertà<sup>13</sup>, ad opera del decreto legge 341/2000. Sono state poi incluse alcune ipotesi aggravate e fattispecie associative di contrabbando di tabacchi lavorati esteri con la legge 92/2001. In seguito, con la legge 189/2002 sono stati aggiunti ai reati-scopo dell'associazione criminosa ex art.416 c.p. quelli in tema di immigrazione clandestina<sup>14</sup>, mentre la legge 38/2006 ha inserito come ipotesi autonomamente rilevanti gli artt.600-bis co.1, 600-ter co.1 e 2, 600-quinquies, 609-bis, 609-quater, 609-octies c.p. Nel frattempo la legge 279/2002 ha tracciato una nuova fisionomia della norma dalla quale è scaturito un nuovo quadro dei gruppi di fattispecie e dei gradi di pericolosità sociale dei condannati. Al primo appartenevano, oltre alle ipotesi originariamente previste, anche la riduzione in schiavitù (art.600 c.p.), la tratta di persone (art.601 c.p.), l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art.602 c.p.) e il delitto di cui all'art.291-quater d.p.r. 23 gennaio 1973 n.3 in materia doganale. Rientravano in questa prima fascia anche i delitti commessi per finalità di terrorismo, sia interno che internazionale, e quelli di eversione dell'ordine democratico mediante atti di violenza. Questi reati risalivano quindi dall'ultima tranche della norma (dedicata ai condannati di più ridotta pericolosità) al periodo di esordio, che identificava le fattispecie

---

<sup>12</sup> Compresi nel libro II, titolo XII, capo III, sez. I c.p., in tema di schiavitù, prostituzione e pornografia minorili.

<sup>13</sup> Quali la violenza sessuale, gli atti sessuali con minorenni, la corruzione di minorenni e la violenza sessuale di gruppo, ex artt.609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies c.p.

<sup>14</sup> Ovvero i reati di cui all'art. 12 co.3, 3-bis e 3-ter t.u. 286/98.

(e i rei) che destano maggiore allarme sociale<sup>15</sup>. Il secondo gruppo di reati ricomprendeva, oltre alle fattispecie originarie, anche una fattispecie in materia doganale (art.291-ter d.p.r. 43/1973), i reati di cui agli artt.600-bis cp.1 c.p. (prostituzione minorile), 600-ter co.1 e 2 c.p. (pornografia minorile), 600-quinquies c.p. (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile), 609-bis c.p. (violenza sessuale), 609-ter c.p. (violenza sessuale aggravata), 609-quater c.p. (atti sessuali con minorenni), 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo). In questa fascia rimangono anche i reati di natura associativa, finalizzati però al compimento di delitti in tema di immigrazione clandestina (art.12 co.3, 3-bis e 3-ter t.u. 286/98), di delitti contro la personalità individuale (artt.600-604 c.p.) e i più gravi delitti contro la libertà sessuale (violenza sessuale semplice e aggravata, atti sessuali con minorenni e violenza sessuale di gruppo). Questo assetto è stato poi nuovamente modificato. Un primo intervento, particolarmente discutibile, si è avuto con il decreto legge 11/2009, convertito poi con la l.38/2009. L'intervento del 2009 ha modificato l'impianto dell'art.4-bis ord.penit. Le varie categorie di reati e i relativi regimi differenziati di accesso ai benefici penitenziari sono stati disciplinati in diversi commi, ognuno corrispondente ad un diverso percorso trattamentale. In particolare sono state previste quattro fasce alle quali corrispondono altrettanti percorsi trattamentali.

---

<sup>15</sup> L. CARACENI, C. CESARI, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, 2019, p. 48.

Il primo percorso è delineato nei commi 1 e 1-bis. Il comma 1 riguarda gli autori dei reati della criminalità organizzata (c.d. *prima fascia*). Per questi soggetti l'accesso ai benefici penitenziari e alle altre misure alternative è concesso solo nei casi in cui sia stata resa una collaborazione con la giustizia ex art.58-ter ord.penit. Nel comma 1-bis è stato introdotto un meccanismo di attenuazione dell'ostatività preclusiva, definito "*ammortizzatore*" del 4-bis, il quale prevede che questi soggetti possono essere ammessi ai benefici penitenziari anche qualora la loro collaborazione risulti impossibile o irrilevante, fermo restando l'esclusione dell'attualità di collegamenti con l'associazione criminale. Dopo il 1992 questa disciplina non ha subito particolari modifiche se non un ampliamento dei reati in essa ricompresi.

Il secondo percorso è disciplinato nel comma 1-ter e riguarda gli autori di reati di grave allarme sociale (c.d. *seconda fascia*). Questi soggetti possono accedere ai benefici penitenziari purché non vi siano elementi che dimostrino la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Il terzo percorso trattamentale, già presente nella disciplina del 1992, è disciplinato dal comma 3-bis (c.d. *terza fascia*) che vieta la concessione di benefici penitenziari nel caso in cui il procuratore nazionale o distrettuale antimafia affermi la sussistenza di un legame del condannato con l'organizzazione criminale.

Il quarto percorso trattamentale, infine, è contenuto nel comma 1-quater introdotto con il d.l.11/2009 (convertito con la l.38/2009 c.d. *pacchetto sicurezza*). Questo si rivolge agli autori di reati sessuali (c.d. *sex offenders*). La ratio di questo decreto legge risiede nella straordinaria necessità ed urgenza di assicurare una maggiore tutela della collettività, a causa dell'allarmante crescita di episodi di violenza sessuale. Gli autori di tali reati possono accedere ai benefici penitenziari solo dopo un'attenta e accurata analisi della loro personalità svolta collegialmente per almeno un anno anche con l'ausilio di esperti in psicologia.

L'impianto scaturito dalla modifica suscitava alcune perplessità, dal momento che venivano equiparati sotto il profilo della collaborazione come unico percorso utile all'accesso ai benefici penitenziari condotte collegate alla criminalità organizzata e reati come quelli sessuali che invece di per sé non implicano alcun legame del reo con il crimine organizzato. Così ai *sex offenders* si richiedeva una collaborazione che per loro sarebbe stata per lo più impossibile e quindi li avrebbe costretti a fornire la prova diabolica della mancanza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, con il rischio concreto che la magistratura di sorveglianza si trovasse sempre a riconoscere l'impossibilità della collaborazione, sterilizzando di fatto proprio l'obiettivo di maggior rigore che la normativa si prefiggeva<sup>16</sup>. A ciò si aggiungeva anche l'evidente e notevole differenza, in termini di pericolosità e allarme

---

<sup>16</sup> A. DELLA BELLA, in *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, a cura di S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, Milano, 2009, 438.

sociale, tra questo tipo di devianza e quella connessa all'appartenenza alle mafie o a gruppi terroristici. Dopo qualche anno intervenne in materia la l.172/2012 di ratifica della Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro gli abusi sessuali e lo sfruttamento. In primo luogo, questa legge, ha ampliato il catalogo di reati di cui al co.1-quater; in secondo luogo ha introdotto nell'art.4-bis ord.penet. il co.1-quinquies, che prevede un quinto percorso trattamentale per gli autori dei reati di cui al comma 1-quater se commessi contro minori. Questi soggetti possono accedere ai benefici penitenziari qualora il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza abbiano valutato positivamente la partecipazione al percorso riabilitativo di cui all'art.13-bis ord.penet.

## **2.2. I circuiti differenziati.**

La rottura con il passato ha indotto taluno, pur conscio degli elementi di continuità della legislazione dell'emergenza con la l. 10 ottobre 1986 n.663, a parlare di “controriforma carceraria”<sup>17</sup>. L'attuale regime di accesso alle misure alternative traccia coordinate del tutto

---

<sup>17</sup> G. MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Delitti e pene*, 1991, fasc. 2, p. 143 ss.



nuovo entro le quali collocare, volta a volta, le posizioni dei reclusi. Al fine di diversificare i vari circuiti penitenziari, l'idea di cui all'art.4-bis è quella del "doppio binario", che trova una netta radicalizzazione negli interventi legislativi del '92 e una chiara conferma in quelli del 2000, che hanno ampliato i percorsi differenziati preesistenti, oltre ad introdurre un ulteriore "binario" trattamentale per i condannati per reati di matrice sessuale. Nasce la convinzione che, per una determinata categoria di detenuti, la rieducazione sia impossibile, con il conseguente abbandono dell'impiego degli strumenti tipici della pena risocializzante. In capo ai condannati per determinati delitti sorge una "presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale"<sup>18</sup>, presunzione che risponde ad una logica prettamente general preventiva ed in contrasto con il principio di eguaglianza nell'esecuzione della pena. Gli interventi più recenti hanno esteso questa logica anche a reati che di per sé non sono caratterizzati dalla partecipazione dell'autore a forme di reato associative o alle strutture del crimine organizzato, impiegando così strumenti tipicamente riservati alla criminalità organizzata per tamponare le necessità del momento. È il caso, per esempio, dell'ingresso dei reati a sfondo sessuale, per i quali il legislatore, a fronte del dilagato allarmismo sociale, ha rinunciato all'ispirazione rieducativa della pena a favore di scopi di prevenzione speciale e tutela della sicurezza pubblica. Ne esce in tal modo rafforzata una scelta di selezione

---

<sup>18</sup> B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Delitti e pene*, 1992, fasc. 3, p. 130.

dei destinatari delle regole penitenziarie “speciali” fondata sull’indimostrato assunto secondo il quale la pericolosità del reo va misurata, pur dopo la condanna, non tanto sulla pena irrogata dal giudice in ragione della fisionomia e concreta gravità del fatto commesso e della personalità del suo autore, quanto sulla natura astratta del reato e sui suoi profili sanzionatori, malgrado proprio questi siano sovente oggetto di interventi normativi disorganici, quanto sproporzionati alla reale serietà delle condotte<sup>19</sup>.

L’art.4-bis, oltre a fissare le condizioni per l’accesso ai benefici penitenziari, funge anche da criterio per la destinazione a particolari condizioni di detenzione relativamente di autori di reato dalla spiccata pericolosità presunta. A partire dalla circ. Dap n.3359/5809 del 21 aprile 1993, sono stati creati circuiti differenziati, strutturati in base al grado di pericolosità. Originariamente la suddivisione prevedeva tre circuiti diversificati per il livello di sicurezza: il primo, c.d. *alta sicurezza* o A.S., era destinato ai detenuti di cui al co.1 dell’art.4-bis e ai detenuti sottoposti alla sospensione delle regole trattamentali ex art.41-bis co. 2 ord.penit.; il secondo, c.d. *media sicurezza*, comprendeva i reclusi per i quali esigenze di custodia e di trattamento sostanzialmente si equivalevano; l’ultimo, c.d. *custodia attenuata*, ospitava soggetti considerati a basso indice di pericolosità. La circ. Dap n. 3619/6069 del 21 aprile 2009 ha suddiviso il livello dell’alta sicurezza in tre

---

<sup>19</sup> L. CARACENI, C. CESARI, op. cit., p. 52.

sottocircuiti: l'A.S.1 è riservato ai detenuti ed internati appartenenti alla criminalità organizzata di tipo mafioso, nei cui confronti sia venuto meno il decreto di applicazione del regime di cui all'art.41-bis ord.penit., e considerati elementi di spicco delle organizzazioni criminali di provenienza; l'A.S.2 comprende imputati o condannati per delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; nell'A.S.3 sono inseriti i detenuti ex art.4-bis co.1, fatte salve le deroghe fissate nella circ. Dap n. 20 del 19 gennaio 2007 e quelli non formalmente ricompresi nella norma in commento, ma nei cui confronti emergono elementi che consentano di ritenerli appartenenti alla criminalità mafiosa. L'alta sicurezza è caratterizzata da una sorveglianza rafforzata e dall'impossibilità di avere contatti con detenuti destinati ad altri circuiti o sottocircuiti.

### **3. Ambito di applicazione.**

In seguito ai numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali, la fisionomia dell'art.4-bis è mutata profondamente sotto vari aspetti. primo fra tutti quello dei benefici penitenziari. Nel testo originario, introdotto dall'art.1 co.1 d.l.152/91, l'art.4-bis co.1 faceva espresso

riferimento, accanto alle misure alternative di cui al capo VI ord.penit., all'assegnazione al lavoro all'esterno e ai permessi premio. Dato il generico riferimento alle "misure alternative", non era chiaro se la liberazione anticipata andasse ricompresa nella definizione e dovesse quindi ritenersi soggetta alle stesse preclusioni imposte dalla norma agli altri benefici. Il dubbio è stato chiarito dall'attuale formulazione dell'art.4-bis co.1, nella cui prima parte è inserito l'inciso "esclusa la liberazione anticipata". Tuttavia, i condannati per i delitti elencati nel co.1 potranno accedere alla liberazione anticipata alle sole condizioni previste dall'art.54 ord.penit. Secondo il giudice delle leggi, questo sarebbe un modo per garantire la compatibilità dell'intera disciplina con l'art.27 co.3 Cost., dato che tale beneficio sarebbe pur sempre concedibile anche a colui che non ha collaborato, salvaguardandosi così, sia pure in misura limitata, la funzione rieducativa della pena<sup>20</sup>. Il catalogo delle preclusioni ex art.4-bis si è arricchito di un'ipotesi speciale di liberazione anticipata<sup>21</sup>: il decreto legge 146/2013, misura straordinaria per fronteggiare il problema del sovraffollamento penitenziario e per individuare rimedi compensativi e risarcitori per i detenuti che avessero subito una detenzione inumana e degradante in violazione dell'art.3 della Cedu, ha previsto una forma di liberazione anticipata più favorevole che prevede una decurtazione di settantacinque giorni, anziché quarantacinque, per ogni semestre di pena scontata. In

---

<sup>20</sup> Corte cost. sent. n. 306/93.

<sup>21</sup> Art.4 d.l. 23 dicembre 2013 n.146 conv. l.21 febbraio 2014 n.10.

origine il decreto riservava la liberazione anticipata speciale a tutti i condannati, compresi quelli dell'art.4-bis, anche se per questi ultimi era richiesto un onere probatorio rafforzato ai fini della concessione: essi dovevano aver dato prova, nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, attraverso comportamenti che dimostrassero il positivo miglioramento della propria personalità. Successivamente però, la legge 10/14, che ha convertito il decreto, ha introdotto nel co.1 dell'art.4 d.l. 146/13 l'espressa esclusione da questa misura premiale dei condannati per reati ostativi.

Le limitazioni dell'art.4-bis non si applicano ai permessi ex art.30 ord.penet.<sup>22</sup>, alla sospensione dell'esecuzione a norma degli artt.146 e 147 c.p. e alla detenzione domiciliare ex art.47-ter co.1-ter ord.penet. qualora il detenuto versi in gravi condizioni di infermità fisica, perchè, in tali ipotesi, il principio di umanità della pena prevale rispetto alle esigenze di tutela della collettività. Lo stesso vale per l'affidamento in prova disciplinato dall'art.94 t.u. 309/90. Infatti, essendo la norma collocata al di fuori del capo VI ord.penet., risulterebbe estranea alle limitazioni dell'art.4-bis. Inoltre, ciò sembrerebbe confermato anche dall'art.58-quater ord.penet., che ai primi due co. limita i divieti ivi previsti all'affidamento in prova ex art.47 ord.penet. Per quanto riguarda, invece, l'affidamento in prova particolare, in seguito all'abrogazione dell'art.47-bis ord.penet.<sup>[56]</sup>, che conteneva l'originaria

---

<sup>22</sup> F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir.*, Ann., III, p. 828.

disciplina del beneficio terapeutico, è stata sancita l'estraneità dell'istituto dall'area delle misure alternative soggette alle limitazioni ex art.4-bis. Nonostante il condannato per taluno dei reati di cui all'art.4-bis non possa essere ammesso alla sospensione dell'esecuzione per lo stato di pericolosità presunta attribuitogli dal legislatore, quello stato continua a non implicare conseguenze negative in sede di concessione della misura<sup>ord.</sup>. Le preclusioni di cui all'art.4-bis, non si applicano neanche alle misure alternative alla detenzione nei confronti di soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, introdotta dall'art.47- quater ord.penit. Il co.9 dell'art.47-quater consente ai malati di immunodeficienza di accedere all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare a prescindere dai divieti previsti dall'art.4-bis, configurandosi come un trattamento terapeutico alternativo che privilegia le esigenze di cura e assistenza rispetto a quelle di sicurezza e di collaborazione. Tuttavia, il nuovo art.47-quater co.9 ord.penit. contiene un riferimento equivoco agli accertamenti contemplati dall'art.4-bis co.2, 2-bis e 3, che convive male con l'affermazione secondo cui le preclusioni di cui all'art.4-bis non si applicano al caso di specie. Non si comprende, infatti, per quale ragione dovrebbero essere interpellati il c.p.o.s. o il questore prima di concedere una misura alternativa non subordinata alle condizioni di cui all'art.4-bis co.1. Infatti, il coinvolgimento di tali organi nel ha senso solo nell'ambito delle preclusioni ex art.4-bis, dove la collaborazione e l'assenza di collegamenti con il crimine organizzato sono condizioni

espressamente richieste al fine di ottenere la concessione di misure alternative. La ratio di tale disposizione sembra riscontrabile nella volontà di consentire al giudice di non applicare la misura richiesta dal detenuto affetto da AIDS, qualora il questore o il c.p.o.s. rilascino informazioni che attestino la sussistenza di collegamenti attuali tra il detenuto e la criminalità organizzata, malgrado il giudice non abbia l'obbligo di respingere la richiesta. Si tratta di un percorso esegetico che consente di attribuire significato razionale ad una clausola altrimenti inspiegabile, pur implicando alcune forzature ed aprendo uno spiraglio a censure di illegittimità di una normativa il cui disordinato sedimentarsi crea continuamente regimi differenziati di sempre più ardua armonizzazione<sup>23</sup>.

La Corte costituzionale, con la sent. n. 239 del 2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.4-bis ord.penit. nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art.47-quinquies ord.penit., circa la possibilità di espiare la pena nella propria abitazione per le condannate che siano madri di prole inferiore ai dieci anni. Nell'ambito dell'art.47-quinquies assumerebbe un rilievo del tutto prioritario l'interesse di un soggetto debole, ovvero l'interesse "del minore in tenera età ad instaurare un rapporto quanto più possibile normale con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase

---

<sup>23</sup> L. CARACENI, C. CESARI, op. cit., p.56.

neuralgica del suo sviluppo”. L’esigenza di tutelare la posizione del minore è stata riconosciuta sia a livello costituzionale (attraverso gli artt.29, 30 e 31) che sovranazionale (art.3 co.1 Convenzione sui diritti del fanciullo e art.24 co.2 Carte dei diritti fondamentali UE)<sup>24</sup>. Di conseguenza risulta irragionevole l’aver assoggettato anche la detenzione domiciliare speciale al regime di rigore di cui all’art.4-bis co.1, poiché il divieto di accesso ai benefici volto ad incentivare la collaborazione e a contrastare così la criminalità organizzata, andrebbe a pesare sul minore, che è estraneo sia alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna, sia alla scelta del condannato di non collaborare. Concedere o negare un beneficio penitenziario sulla base del ravvedimento del condannato può essere giustificabile quando si tratta di misure volte esclusivamente a risocializzare l’autore della condotta illecita, ma non quando al centro della tutela si collochi un interesse “esterno” ed eterogeneo<sup>25</sup>. Questa dichiarazione di illegittimità è stata poi estesa anche alla detenzione domiciliare di cui all’art.47-ter, co.1, lettere a) e b) ord.penit. per evitare che una misura avente finalità identica alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbano espiare pene meno elevate, resti irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l’art.4-bis ord.penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 ottobre 2014, § 2.

<sup>25</sup> Corte cost. sent. n. 239/14.

<sup>26</sup> Corte cost 22 ottobre 2014, n. 239. “La dichiarazione di illegittimità costituzionale va estesa, in via consequenziale, anche alla misura della detenzione domiciliare



Assoggettate alla disciplina di cui all'art.4-bis sono la semilibertà, l'ammissione al lavoro all'esterno e i permessi premio.

Le modifiche apportate dalla legge 165/98 all'art.656 c.p.p. hanno ulteriormente arricchito il bagaglio funzionale dell'art.4-bis. L'art.656 c.p.p. prevede la possibilità di concedere la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva che non superi i tre, quattro o sei anni di reclusione, stabilendo però che tale sospensione non può essere disposta “nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art.4-bis”<sup>27</sup>. La ratio sembra risiedere nella incompatibilità logica tra la presunzione di ridotta pericolosità del condannato a pene detentive brevi, alle quali si riferisce tale sospensione, e la presunzione di elevata pericolosità dei condannati ex art.4-bis. Inoltre, per il solo fatto di essere stati condannati per un reato ostativo impedisce l'operare dell'art.656 co.5 c.p.p., anche là dove il condannato abbia collaborato con la giustizia, prescindendo quindi dalle altre condizioni che la norma solitamente richiede ai fini della concessione dei benefici penitenziari, come l'assenza di collegamenti con il crimine organizzato, la collaborazione o gli altri indici di diminuita pericolosità.

---

ordinaria prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della legge n. 354 del 1975: cioè, per evitare che una misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espriare pene meno elevate, resti irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore”.

<sup>27</sup> Art.656, co.9, lett. a), c.p.p.

Non sono contemplate dall'art.4-bis le misure di sicurezza, sottoposte, queste, alla disciplina generale circa i provvedimenti modificativi e la revoca, sia ordinaria che anticipata.

L'art.4-bis va, invece, integralmente applicato alla liberazione condizionale, infatti l'art.2 d.l. 152/91 afferma espressamente che “i condannati per i delitti indicati nel co.1 dell'art.4-bis l. 26 luglio 1975 n.354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici ivi indicati”. Il condannato ex art.4-bis può accedere alla liberazione condizionale alle condizioni contemplate dallo stesso articolo, tra cui la collaborazione processuale, alla quale devono equipararsi quella irrilevante e quella impossibile. In questi casi “trova applicazione la regola generale fissata dall'art.176 co.1 c.p., secondo cui la liberazione condizionale è concedibile, ferme le altre condizioni, quando sia stata espiata almeno la metà della pena”<sup>28</sup>. La collaborazione oggettivamente esigibile dimostrerebbe la persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e la mancanza del sicuro ravvedimento del condannato, fungendo da criterio di accertamento per valutare il venir meno della pericolosità sociale di questi, senza comunque comportare una modifica degli elementi costitutivi della liberazione condizionale<sup>29</sup>. Nel caso in cui sia un ergastolano a richiedere l'accesso

---

<sup>28</sup> Cass. I, n. 6492 dd.19/11/1997, Rv. 209371, *CED*, secondo cui solo un'effettiva collaborazione può derogare al più severo limite dei due terzi di pena espiata per l'accesso alla liberazione condizionale.

<sup>29</sup> Corte cost. sent. n. 273/01.

alla liberazione condizionale, si profilerebbe il problema del c.d. *ergastolo ostativo*, la pena perpetua che, in assenza di collaborazione, non consente né di incidere sul fine pena, né di mutare il regime di esecuzione *intra moenia*, anche qualora fossero valutati positivamente gli esiti del trattamento rieducativo.

#### **4. I presupposti: reati preclusivi.**

L'attuale disciplina dell'art.4-bis suddivide in quattro gruppi i delitti interessati dalle preclusioni, sulla base di un giudizio di pericolosità per così dire decrescente, cui corrispondono diversi gradi di possibilità di accesso ai benefici. In origine, il titolo di reato stava ad indicare l'appartenenza del detenuto ad un gruppo criminale, ma con il tempo tale logica ha perso coerenza, specie se si guarda al co.1-ter, circa i delitti gravi ma non sicuramente sintomatici di appartenenza ad associazioni criminali, e ai co. 1-quater e 1-quinqies, che rispondono a tutt'altra ratio. Resta la fondamentale ripartizione tra fattispecie di prima fascia, contemplate al co.1 e riguardanti reati particolarmente gravi commessi nell'ambito della criminalità organizzata, e le altre, che quel nesso e quella gravità non mostrano con pari evidenza. Tuttavia, la norma è stata oggetto di numerosi interventi che ne hanno comportato

una seria rimodulazione, tanto da offuscarne le ragioni poste alla base della distinzione e del collocamento delle singole fattispecie nei vari gruppi. Il legislatore, per fronteggiare ogni volta l'ennesima emergenza, ha aperto le porte dell'art.4-bis a svariate e nuove fattispecie di reato, impiegandolo per completare il disegno della repressione penale. L'art.4-bis è stato così tramutato in una "norma - contenitore"<sup>30</sup>, che traccia i confini di operatività di un circuito trattamentale speciale destinato a quelle tipologie delittuose di emergenza criminale reputate via via meritevoli di attenzione.

Tra i reati di "prima fascia" ne compaiono alcuni particolarmente odiosi, come la riduzione in schiavitù, la tratta e il commercio di schiavi, l'alienazione e l'acquisto di schiavi, accanto a ipotesi molto diverse, come quelle in materia doganale e il traffico di stupefacenti, forse assimilabili in ragione del fatto di poter essere tutti espressione dell'attività delle organizzazioni criminali<sup>31</sup>. I delitti di stampo terroristico sono risaliti dalla seconda alla prima fascia, forse per adottare strategie di contrasto più efficienti rispetto a fenomeni criminali che toccano profondamente la sensibilità dell'opinione pubblica. Invece, appare incomprensibile il nesso tra le grandi organizzazioni criminali e altri reati entrati da poco in prima fascia: è il caso dello sfruttamento della prostituzione minorile, che non ha un rapporto immediato e tipico con la criminalità organizzata, e per di più può essere realizzata sia in

---

<sup>30</sup> R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, op. cit., p. 186.

<sup>31</sup> L. CARACENI, C. CESARI, op. cit., p.63.

forma individuale, che tramite associazioni di tutt'altro genere. Ancor meno visibile è il legame tra crimine associativo e violenza sessuale di gruppo che, oltre a non avere nulla a che vedere con il crimine organizzato, neanche vi può essere paragonata in termini di gravità e allarme sociale. Visti la natura partecipativa del reato e l'obiettivo di individuarne più agevolmente i responsabili, certamente può avere un senso la pretesa collaborazione, al fine di accedere ai benefici penitenziari, per chi ne sia colpevole. Ma ciò dovrebbe valere anche per altri reati, che invece nella prima fascia non compaiono.

Quanto ai delitti di "seconda fascia", sono state introdotte alcune ipotesi aggravate di contrabbando di tabacchi lavorati esteri e la fattispecie associativa di cui all'art.416 c.p., finalizzata alla commissione di reati in tema di immigrazione clandestina, di violenza sessuale, di contraffazione e commercio di prodotti falsificati. Si tratta di reati la cui natura e gravità sono diverse rispetto a quelle delle fattispecie originarie, espressive della "grande criminalità organizzata", per cui l'estensione del regime carcerario speciale di cui al combinato degli artt.4-bis e 41-bis ord.penit. anche a queste fattispecie ha suscitato non poche perplessità. Lo stesso vale per i reati di prostituzione e pornografia minorile, considerati nelle loro manifestazioni meno gravi, presi in esame, non in quanto espressivi di un legame tra il condannato e la criminalità organizzata, piuttosto perché ripugnano alla coscienza collettiva ed incidono su temi "politicamente sensibili". Viene confermato l'implicito richiamo della disciplina alla teoria del tipo di

autore, che suscita da tempo preoccupazioni anche in giurisprudenza<sup>32</sup>. In quest'ottica si colloca anche il catalogo di cui al co.1-quater. In origine, questo mirava ad ottenere la collaborazione dei membri della criminalità organizzata o a reimmetterli in società solo dopo aver accertato adeguatamente il distacco dal gruppo criminale di appartenenza. Il nuovo comma, invece, fa esplicito riferimento all'autore di reati sessuali, ovvero ad un tipo criminale caratterizzato da un particolare disagio psicologico o caratteriale che quindi deve essere valutato principalmente su questo piano, prima di poter accedere ai benefici. Anche questa disciplina risponde alla logica del "tipo d'autore" di cui si presume la pericolosità, senza che vi sia un nesso tra il reo e la criminalità organizzata.

## **6. Gli ultimi arrivati: i reati contro la Pubblica Amministrazione.**

Una recentissima novità relativa l'art.4-bis ord.penit. è stata introdotta dalla l.9 gennaio 2019, n.3, c.d. *legge spazzacorrotti*, che ha inserito la corruzione e alcuni delitti contro la pubblica amministrazione

---

<sup>32</sup> Corte cost. sent. n. 306/93.

tra i reati “ostativi” alla concessione dei benefici penitenziari<sup>33</sup>. In modo speculare, la condotta prevista dall’art. 323 bis co. 2 c.p. è stata inserita quale alternativa alle condotte di collaborazione previste nell’art. 58 ter ord.penit., idonee a superare l’ostatività. Dato il richiamo all’art.4-bis ord.penit. contenuto nell’art.656, co.9 c.p.p., il Pubblico Ministero non può più sospendere l’esecuzione della pena detentiva non superiore a quattro anni consentendo al condannato di chiedere una misura alternativa alla detenzione, comportando in questo modo l’ingresso in carcere e la possibilità di chiedere una tale misura, solo se il condannato sia disposto a collaborare con la giustizia ex art.323-bis, co.2 c.p. Il processo di stratificazione dell’art.4-bis ord.penit. con la richiesta di una condotta collaborativa quale requisito essenziale per l’accesso ai benefici penitenziari, prosegue, allontanando la norma sempre più dall’originaria natura di fattispecie eccezionale legata all’emergenza dei reati di mafia, con conseguenze paradossali anche sul piano procedimentale. Infatti, molte fattispecie criminose, pur rientrando formalmente nelle fattispecie ostative contro la pubblica amministrazione, non hanno nulla ma proprio nulla a che vedere con la criminalità associativa o organizzata rispetto alla quale la preclusione ostativa fu originariamente pensata. Infine è stato evidenziato come lo stesso inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione tra quelli c.d. ostativi sia in sé di dubbia costituzionalità. Con una recente

---

<sup>33</sup> Si tratta in particolare dei reati previsti agli artt. 314 co. 1, 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater co. 1, 320, 321, 322, 322 bis c.p.

ordinanza la prima sezione della Corte di Cassazione ha sollevato questione di costituzionalità dell'art. 4-bis ord.penit.<sup>34</sup>, che offre spunti interessanti rispetto all'inserimento nella norma di specifiche figure di reato. L'ordinanza di rimessione, infatti, si sofferma sulle peculiarità del permesso premio (beneficio richiesto nel caso specifico) rispetto al reato oggetto del procedimento, rientrando tra quelli commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste. In particolare, i giudici remittenti citano una parte della giurisprudenza costituzionale che si era pronunciata circa le presunzioni assolute di cui all'art. 275 co. 3 c.p.p.<sup>35</sup>, con particolare riferimento ai reati di stampo mafioso. Tali decisioni hanno portato alla riformulazione della norma ad opera della L. n. 47 del 2015. È stato affermato che le presunzioni assolute, per essere conformi al principio di ragionevolezza di cui all'art.3 Cost., devono essere giustificate da peculiari profili di pericolosità<sup>36</sup>. Questa ratio aveva ispirato anche il legislatore delegato della riforma dell'ordinamento penitenziario, proprio nella riformulazione (in senso riduttivo e dunque diametralmente opposto all'attuale tendenza) dell'art. 4 bis<sup>37</sup>. La relazione illustrativa dell'elaborato della Commissione Orlando, infatti,

---

<sup>34</sup> Cass. Sez. I, 20 novembre 2018, n. 57913.

<sup>35</sup> Corte Cost. sent. nn. 57/13 e 48/15.

<sup>36</sup> Corte cost. sent. n. 139/10. "Le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*".

<sup>37</sup> V. ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art.4-bis, co.1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, p. 6.



affermava “il recupero dello spirito originario dell'articolo 4-bis sembra poter porre al riparo la disposizione novellata da censure di irragionevolezza: la copiosa giurisprudenza costituzionale elaborata in sede cautelare impone al legislatore di non creare doppi binari fondati sul mero allarme sociale, bensì su ragioni giustificanti chiaramente riconoscibili”<sup>38</sup>. Questi automatismi si fondano sul presupposto che la commissione dei reati di criminalità organizzata, essenzialmente quelli di stampo mafioso, porti con sé la presunzione di persistenza dei legami con l'organizzazione criminale, dalla quale deriva l'ulteriore presunzione di pericolosità specifica dei suoi autori<sup>39</sup>. La l. n. 3 del 2019, comporta il passaggio in carcere dell'ennesima categoria di autori di reato, in un meccanismo perverso che sta gradualmente trasformando ciò che era eccezione in regola. La speranza, fatta propria dalla Commissione Orlando, che fosse finita l'era degli automatismi e delle preclusioni sembra definitivamente tramontata<sup>40</sup>.

## **7. L'art.4-bis ord.penit. cambia volto.**

---

<sup>38</sup> Relazione Commissione Orlando, p. 24, in <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/01/relazione-op.pdf>.

<sup>39</sup> L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2015.

<sup>40</sup> V. ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art.4-bis, co.1, OP: questioni di diritto intertemporale*, op. cit., p. 7.

L'art.4-bis è stato quindi oggetto di numerosi interventi normativi ed oggi la sua disciplina è applicabile ad una variegata serie di categorie di condannati, tutti accomunati, però, da una presunzione di pericolosità.

Ecco perché *“al tempo presente, l'unica adeguata definizione della disciplina di cui all'art.4-bis ord.penit. consiste nel sottolineare la natura di disposizione speciale, di carattere restrittivo, in tema di concessione dei benefici penitenziari a determinate categorie di detenuti o internati, che si presumono socialmente pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato per il quale la detenzione o l'internamento sono stati disposti”*<sup>41</sup>. La composizione del catalogo dei reati ostativi di cui all'art.4-bis, comma 1, ord.penit. è dettata, quindi, dall'allarme sociale che il legislatore, discrezionalmente, riconosce ad alcuni reati. Per effetto di tutto ciò si è persa l'originaria funzione della norma, volta ad incentivare la collaborazione come strategia di lotta alla criminalità organizzata, finendo invece per creare percorsi penitenziari alternativi ispirati non alla logica rieducativa bensì alla mera retribuzione di condotte percepite dall'opinione pubblica come allarmanti.

---

<sup>41</sup> Corte cost., sent. 18 luglio 2019, n.188.

## **CAPITOLO II**

# **LA COLLABORAZIONE CON LA GIUSTIZIA ALLA LUCE DELLA FINALITA' RIEDUCATIVA DELLA PENA**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La collaborazione ex art.58- ter ord.penet. - 3. La sentenza pilota n. 306/1993 della Corte costituzionale. - 4. La collaborazione oggettivamente irrilevante. - 5. L'erosione del meccanismo della collaborazione: le sentenze nn. 357/1994 e 68/1995 e la collaborazione c.d. "inesigibile". - 6. I collegamenti con la criminalità organizzata e il problema della prova. - 7. Il meccanismo della valutazione preventiva della collaborazione. - 7.1. L'accertamento della collaborazione ex art.58- ter non configura una valutazione sul percorso di risocializzazione del detenuto. - 8. La collaborazione resa dopo la sentenza di condanna. - 9. Il c.d. "ergastolo ostativo".

### **1. Introduzione.**

Nel corso della tormentata e complessa storia dell'art.4-bis ord.penet., il legislatore, in risposta all'acuirsi dell'allarme sociale nei confronti della criminalità organizzata, ha elevato l'"utile collaborazione con la giustizia" ex art. 58-ter ord.penet. a condizione necessaria affinché un soggetto condannato per un reato ostativo possa accedere ad un percorso di reinserimento sociale scandito dal lavoro

all'esterno, dai permessi premio, dalle misure alternative alla detenzione e dalla liberazione condizionale. La ratio di questa scelta risiede nell'irragionevole presunzione che la mancata collaborazione sia necessariamente indice di un persistente legame con la criminalità organizzata. Successivamente, su impulso della Corte costituzionale, alla collaborazione utile sono equiparate anche la "collaborazione impossibile" e la "collaborazione oggettivamente irrilevante". In entrambi i casi, la prova della inesistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata è *condicio sine qua non* per l'operatività della suddetta disciplina eccezionale. Tuttavia, si è succeduto nel tempo un vistoso ampliamento dei reati ostativi di cui all'art.4-bis ord.penit., nel quale hanno fatto ingresso, fra gli altri, reati sessuali e reati contro la pubblica amministrazione secondo una logica che poco o nulla ha in comune con quella che ispirava l'art. 4 bis ord. penit. nella versione del 1992, volta alla disgregazione delle organizzazioni criminali. In definitiva, la collaborazione è stata considerata un comportamento attraverso il quale ottenere vantaggi altrimenti non conseguibili, così l'esecuzione della pena finisce per assumere i caratteri di strumento di pressione al fine di ottenere la collaborazione, trasformando il carcere nel luogo in cui concentrare l'attività investigativa.

## 2. La collaborazione ex art.58-ter ord. penit.

Nell'ambito dell'art.4-bis ord.penit. ricopre un ruolo centrale la distinzione tra collaborazione "piena" e collaborazione "attenuata"<sup>42</sup>. Solo la collaborazione "piena" è idonea a superare il limite assoluto all'accesso ai benefici penitenziari per i detenuti ritenuti ad alto indice di pericolosità sociale. Essa è riconducibile alla nozione di collaborazione introdotta dall'art.58-ter ord.penit. La collaborazione disciplinata dall'art.58-ter ord.penit. nasce come "clausola di salvezza", per fare in modo, quindi, che i condannati collaboranti non subiscano l'inasprimento dei termini previsto per l'accesso ai benefici penitenziari. L'art.58-ter, co.1 ord.penit. prevede che le disposizioni contenute nel co.1 dell'art.4-bis ord.penit. non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori e che, quindi, hanno concretamente aiutato l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi alla ricostruzione dei fatti e all'individuazione o alla cattura dei responsabili. Tale collaborazione deve essere oggettivamente non irrilevante, nel senso che tale collaborazione deve tradursi in un utile contributo per le indagini e per l'accertamento dei fatti e delle

---

<sup>42</sup> C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la collaborazione come presupposto per i benefici*, in *G. cost.*, vol. 38, 1993, p. 2507.

responsabilità. La sua rilevanza è legata alla presunzione di pressoché assoluta pericolosità sociale dei detenuti per i reati di cui al co.1 dell'art.4-bis. Così si presume che solo la collaborazione oggettivamente e concretamente utile possa interrompere i collegamenti del detenuto con l'organizzazione criminale. In assenza di collaborazione, anche qualora sia stata accertata la rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, le preclusioni all'accesso dei benefici penitenziari non potrebbero essere superate. La collaborazione può costituire misura dell'affidabilità oggettiva del condannato, ma niente viene detto circa la sua affidabilità soggettiva: in pratica la collaborazione provverebbe il distacco dall'organizzazione criminale ma non l'avvenuta rieducazione o il venire meno dell'attitudine a delinquere. Infatti, a fronte della mancata collaborazione, sono irrilevanti i progressi del detenuto nel trattamento rieducativo, tanto che il giudice di sorveglianza non potrà neppure prenderli in considerazione essendo irrilevanti le ragioni per le quali il condannato sostiene di non aver potuto collaborare. Quando invece la collaborazione viene resa, le misure alternative potranno comunque essere rifiutate, qualora manchino gli specifici presupposti. Da precisare che non viene considerata collaborazione rilevante ai fini dell'accesso alle misure alternative quella prestata in via confidenziale alla polizia giudiziaria. Viene considerata, invece, utile la collaborazione "tardiva", che consiste nelle informazioni rilasciate all'autorità o alla polizia giudiziaria a distanza di tempo rispetto all'accertamento del fatto. Ai

sensi dell'art.58-ter co.2 la condotta collaborativa viene valutata dal Tribunale di sorveglianza che decide "assunte le necessarie informazioni e sentito il Pubblico Ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione". L'accertamento della condotta collaborativa da parte del Tribunale di sorveglianza avviene nel momento in cui il condannato richiede un qualsiasi beneficio penitenziario.

### **3. La sentenza pilota n. 306/1993 della Corte costituzionale.**

Il primo comma dell'art.4-bis pone la regola secondo cui i benefici indicati dallo stesso primo comma "possono essere concessi solo nei casi in cui tali detenuti e internati, collaborino con la giustizia a norma dell'art.58-ter ord.penit.". Si tratta della regola che, più delle altre, ha suscitato forti critiche nella dottrina e nella giurisprudenza applicativa di merito<sup>43</sup>. Per effetto della regola posta dall'art.4-bis co.1, il condannato si troverebbe in posizione irrazionalmente deteriore rispetto all'imputato. Infatti, il diritto al silenzio garantito all'imputato per uno dei delitti di cui al co.1 dell'art.4-bis, nella fase di esecuzione

---

<sup>43</sup> S. ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art.4-bis O.P.*, op. cit., p. 15.

della pena si tramuta in un onere di collaborare. In questo modo, la pena finisce per acquisire una funzione di incentivo alla collaborazione, che fuoriesce dalla finalità rieducativa della pena imposta dalla costituzione. In questo modo, si osserva<sup>44</sup> che, in assenza di collaborazione, sarebbe stata introdotta una sorta di assoluta presunzione di non rieducazione in palese contrasto con il fine rieducativo sancito dall'art.27, co.3 Cost. Infatti, collaborazione e rieducazione non si implicano necessariamente a vicenda: in definitiva, si può collaborare anche senza un sicuro ravvedimento interiore del soggetto, per cui l'equivalenza tra sicuro ravvedimento e collaborazione con la giustizia pare una mera *fictionis iuris*<sup>45</sup>. La mancata collaborazione con la giustizia, poi, renderebbe irrilevante il percorso rieducativo – risocializzativo del condannato, contrastando così con il diritto del condannato alla verifica del se “la quantità di pena espiata o il protrarsi della pretesa punitiva abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo”, come affermato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 204/1974. Il collegamento tra collaborazione e rieducazione sarebbe piuttosto una mistificazione, perché la collaborazione è un'opzione che nasce dalla convenienza processuale ed è condizionata dall'andamento delle indagini e del processo, mentre la rieducazione è un percorso di revisione dei propri valori e delle proprie condizioni di vita, in funzione di un corretto reinserimento sociale. Di conseguenza si può collaborare senza

---

<sup>44</sup> Tribunale di sorveglianza di Firenze, r.o. nn. 550 e 552/1993.

<sup>45</sup> F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Diritto penale e processo*, 11/2014, p. 1273.



rieducazione, così come si può essere rieducati senza collaborare. Si afferma<sup>46</sup> che il ruolo del giudice nella valutazione del percorso rieducativo non può essere limitato o escluso in assenza di collaborazione. Appare irrazionale impedire alla magistratura di sorveglianza di valutare il processo di rieducazione e la pericolosità del condannato, qualora questo non abbia reso una collaborazione con la giustizia e, invece, imporlo qualora tale collaborazione sia stata resa. Tra i requisiti imposti dalla legge per accedere ai benefici penitenziari in presenza di collaborazione con la giustizia, vi è il ravvedimento, che confermerebbe, quindi, la non coincidenza tra collaborazione e rieducazione e tra mancata collaborazione e non rieducazione. Inoltre, il meccanismo che permette al detenuto di accedere alle misure rieducative solo attraverso una collaborazione, appare incostituzionale perché, impedendo alla magistratura di sorveglianza di valutare in concreto la pericolosità del detenuto e affidandosi a meccanismi presuntivi assoluti, contrasta con la finalità rieducativa in tutti i casi in cui la mancanza di collaborazione non equivale a presenza di pericolosità. La discrezionalità legislativa in ambito sanzionatorio, assicurata dall'art.25 co.2 Cost., non può sfregiare il “*volto costituzionale del sistema penale*”, che vincola il legislatore della punizione a esercitare le proprie prerogative “*sempre allo scopo di favorire il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e*

---

<sup>46</sup> L. PACE, *L'art.4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell'insicurezza sociale*, op. cit.

*reinserimento sociale*” del reo. La sent. n. 313/1990 aveva ribadito l’insegnamento secondo il quale la pena deve tendere alla finalità rieducativa in tutte le sue fasi ordinamentali, “*da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*”<sup>47</sup>. In virtù di questa ineliminabile funzione rieducativa della pena, viene esclusa nel nostro ordinamento la prevalenza assoluta delle esigenze di difesa sociale su quelle di recupero e reinserimento del condannato. Infatti, “la penalità costituzionale alza lo sguardo dal reato per concentrarlo sugli uomini e sulla loro evoluzione”, perché “per un essere cosciente esistere significa mutare, mutare significa maturarsi, maturarsi significa creare indefinitamente sé stesso”<sup>48</sup>. Il percorso rieducativo, quindi, non può essere escluso o ostacolato da una astratta previsione normativa. Ma, in virtù della regola posta dall’art.4-bis co.1, la pena e il sistema premiale parrebbero diventare, piuttosto, strumenti di investigazione e di lotta alla criminalità organizzata. Tutto questo porta a chiedersi se i tanti meccanismi ostativi alla concessione di benefici penitenziari, si collochino dentro o fuori l’orizzonte costituzionale. A tali critiche si oppone l’orientamento costante della Corte costituzionale che non ha mai posto in discussione la legittimità dell’introduzione della collaborazione quale condizione per l’accesso ai benefici. A fronte delle numerose ordinanze di rimessione da parte della

---

<sup>47</sup> D. GALLIANI e A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Il diritto alla speranza, l’ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. P. DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, 2019, p.144.

<sup>48</sup> R. DE VITO, *L’orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2017, n.1, p.40.

magistratura di sorveglianza, la corte si è solo limitata a correggere alcuni aspetti secondari della normativa. Con la sentenza 306/1993 la Corte costituzionale è intervenuta pronunciandosi sull'incompatibilità dell'art.4-bis ord.penit. con l'art.27 co.3 Cost. Richiamando il principio della polifunzionalità della pena, la corte ha affermato la piena legittimità della scelta del legislatore "di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia". La corte sottolinea che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Se è vero che il legislatore può "far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena", ciò può fare solo "nei limiti della ragionevolezza" e a condizione "che nessuna di [quelle finalità] ne risulti obliterata"<sup>49</sup>. A seguito della sentenza 306/1993 la Corte costituzionale ha condotta un'opera di progressiva erosione della collaborazione quale "unica condotta in grado di oltrepassare lo sbarramento"<sup>50</sup> dell'ostatività, costringendo il legislatore ad equiparare alla collaborazione ex art.58-ter ord.penit. anche le ipotesi di collaborazione irrilevante, impossibile o comunque oggettivamente inesigibile. In altre parole, le misure alternative e i benefici possono essere concessi ai condannati ex art.4-bis ord.penit.

---

<sup>49</sup> Corte cost. sent. n. 306/1993.

<sup>50</sup> M. LO GIUDICE, *Limiti e condizioni di accesso ai benefici penitenziari per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di M. ROMANO, G. TINEBRA, Milano, 2013, p.374.

solo nei casi in cui collaborino utilmente con la giustizia oppure dimostrino di non poterlo fare. La Corte, infatti, ha riconosciuto che la preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione dei condannati per determinati gravi reati, ha indebolito la finalità rieducativa della pena. In riferimento alla legittimità dell'art.4-bis ord.penit. rispetto agli artt.3 e 27 co.3 Cost. (ovvero il principio di eguaglianza e il principio rieducativo), la Corte ha affermato che la configurazione normativa di veri e propri "tipi di autore" sulla base del titolo astratto di reato commesso, non appare compatibile con i principi di proporzione e individualizzazione della pena che caratterizzano il sistema penitenziario. Per questi tipi di autore "la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita"<sup>51</sup>[C.C.]. La corte ha riconosciuto che l'automatismo preclusivo risponde più ad esigenze investigative che penitenziarie<sup>52</sup>, spingendosi fino a pronunciare un vero e proprio epitaffio: "se si esclude radicalmente il ricorso a criteri individualizzanti, l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo e si instaura di conseguenza un automatismo sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena"<sup>53</sup>[C.C.]. Tuttavia, secondo la Corte, tali riconoscimenti non sono sufficienti a ritenere che l'art.4-bis sia

---

<sup>51</sup> Corte cost. sent. n. 306/1993, punto 11, *considerato in diritto*.

<sup>52</sup> Il riferimento è alla sent. n. 239/2014 dove si individua, nel meccanismo ostativo dell'art.4-bis ord.penit., "l'obiettivo di incentivare per ragioni investigative e di politica criminale generale, la collaborazione con la giustizia quale strumento essenziale per la lotta alla criminalità organizzata".

<sup>53</sup> Corte cost. sent. n. 189/2010, punto 2.1, *considerato in diritto* (con testuali richiami alle sentt. nn. 257/2006, 79/2007 e 255/2006).

totalmente in contrasto con l'art.27 co.3 Cost., anche quando in grado di generare un ergastolo senza scampo. Tale conclusione è radicata nella convinzione che la scelta di collaborare con la giustizia rappresenti un ragionevole indice legale dell'avvenuta rescissione del legame tra il reo e il sodalizio criminoso esterno e che tale scelta non può configurarsi come una "costrizione"<sup>54</sup>, una volta escluso dal legislatore "qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato"<sup>55</sup>. La Corte giustifica, poi, il suo orientamento anche alla luce del fatto che è stata comunque mantenuta aperta, a tutti i detenuti che perseguono un programma di rieducazione, la possibilità di avvalersi almeno della liberazione anticipata. In particolare, ammettendosi la possibilità di usufruire della liberazione anticipata "per tutti i soggetti, collaboranti o meno" e "qualunque sia stato il reato da essi commesso", a detta della Corte "deve escludersi che sia stata introdotta una equiparazione tra persona pericolosa e persona che non collabora con la giustizia o la presunzione secondo cui è pericoloso chi non collabora con la giustizia"<sup>56</sup>. A questo punto è utile richiamare la giurisprudenza della CEDU e in particolare l'art.3. Con la sentenza 9 luglio 2013 in riferimento al caso Vinter c. Regno Unito, la Grande Camera ha

---

<sup>54</sup> Corte cost. sent. n.39/1994, punto 4, *considerato in diritto*.

<sup>55</sup> Corte cost. sent. n. 135/2003, punto 4, *considerato in diritto*. Diversamente, "residuerrebbe nel sistema null'altro che una preclusione assoluta, del tutto priva di bilanciamento sul piano dei valori costituzionalmente coinvolti" (sent. n. 68/1995, punto 4, *considerato in diritto*).

<sup>56</sup> Corte Cost. sent. n. 306/1993.

affermato che “per quanto riguarda le pene perpetue, l’articolo 3 debba essere interpretato nel senso che esige che esse siano riducibili, ossia sottoposte a un riesame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l’esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione”. Alla luce di questa affermazione resta dubbio che il concetto di riducibilità accolto nella giurisprudenza della CEDU sia lo stesso accolto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale dove non sembra esservi riferimento al “riesame” o al “meccanismo che permetta di prevedere la sua liberazione in considerazione degli sforzi da lui compiuti per il reinserimento”. Secondo la CEDU “un detenuto condannato all’ergastolo effettivo ha il diritto di sapere, sin dall’inizio della sua pena, cosa deve fare perché sia esaminata una sua possibile liberazione e quali siano le condizioni applicabili. Egli ha il diritto di conoscere il momento in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto. Pertanto, quando il diritto nazionale non prevede alcun meccanismo né alcuna possibilità di riesame delle pene dell’ergastolo effettivo, la conseguente incompatibilità con l’art.3 decorre dalla data in cui la pena è stata inflitta e non in una fase successiva della detenzione”. Alla luce di quanto appena detto, possiamo osservare che la Corte Costituzionale riferendosi alla liberazione anticipata ammette la riducibilità ma nulla dice sul riesame finalizzato alla effettiva liberazione anticipata che, peraltro, per i condannati per uno dei delitti

previsti dal co.1 dell'art.4-bis in mancanza di collaborazione continua a rimanere precluso nonostante la concessione della liberazione anticipata<sup>57</sup>. Tuttavia, secondo la Corte, la preclusione prevista dall'art.4-bis co.1 ord.penit. "non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo"<sup>58</sup>, in altre parole la disciplina non preclude in maniera assoluta l'ammissione ai benefici "in quanto al condannato è comunque data la possibilità di fare e cambiare la propria scelta"<sup>59</sup>. Inoltre, viene fatto rilevare<sup>60</sup> che "l'art.4-bis ord.penit., nella parte in cui subordina la concessione di benefici penitenziari ad una condotta di tipo collaborativo (o alla inesigibilità della stessa), non viola il diritto di tacere e di non contribuire alla propria incriminazione garantito dall'art.6 CEDU, posto che tale diritto attiene al processo di cognizione e non alla fase esecutiva della pena".

A dispetto della loro tenuta, sono conclusioni che deragliano dalla realtà delle cose e rispetto alle quali si può dissentire, ad esempio mettendo in dubbio la natura sempre e comunque volontaria della scelta del

---

<sup>57</sup> S. ROMICE, op. cit., p. 19.

<sup>58</sup> Corte Cost. sent. n. 135/2003.

<sup>59</sup> CASS. Pen. Sez. I n. 15982/2013 ha giudicato manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, 24, 27 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art.3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, all'art.7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art.4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la questione di legittimità costituzionale degli artt.4-bis co.1 e 58-ter della legge 25 luglio 1975, n.354, nella parte in cui subordinano la concessione dei benefici penitenziari (nella specie, permessi premio) ai condannati alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti previsti dall'art.4-bis co.1 alla collaborazione con la giustizia, poiché tale disposizione consente al detenuto di scegliere se collaborare o meno, nonché di modificare la propria scelta e trova, inoltre, un limite quando la collaborazione è impossibile perché inesigibile o irrilevante.

<sup>60</sup> CASS. Pen. Sez. I n. 45978/2012.

condannato di non collaborare con la giustizia. Questo può accadere nell'ipotesi di errore giudiziario che, a causa dell'estrema rigidità dell'art.4-bis ord.penet., trasforma l'innocenza o il non aver nomi o fatti da denunciare in una colpa, oppure nei casi in cui la collaborazione esporrebbe il condannato e i suoi familiari a gravi ritorsioni. Inoltre, pare possibile contestare la rigida equivalenza tra collaborazione e ravvedimento: la collaborazione, infatti, può, eventualmente, esprimere un'affidabilità oggettiva del condannato in merito all'avvenuto distacco dal sodalizio criminale, ma nulla dimostra sul piano soggettivo del ravvedimento, dato che potrebbe trattarsi di una scelta collaborativa strumentale finalizzata esclusivamente ad evitare un rigido regime penitenziario. Poi, possiamo osservare che c'è differenza tra premiare la collaborazione e sanzionare la non collaborazione. Infatti, la condotta collaborante è richiesta non per far conseguire un vantaggio all'autore del reato, ma per evitargli uno svantaggio o un danno aggiuntivo ovvero la preclusione a qualsiasi misura penitenziaria extramuraria. Quindi la collaborazione è sanzionatoria ma anche premiale sotto questo aspetto. Allora la questione non sarebbe più valutata solo in riferimento all'art.27 cost., ma sarebbe improntata anche al fine di valutare se incentivi e disincentivi a collaborare con la giustizia durante la fase di esecuzione della pena, quando i fatti siano già stati accertati, sia conforme ai principi costituzionali garantiti, non solo dall'art.27 Cost., ma anche dall'art.2 Cost., che garantisce la libertà morale dell'individuo. Non si tratterebbe tanto di un problema di diritto al silenzio, perché qui non si tratta di



accusare sé stessi, ma di un problema legato all'autodeterminazione del soggetto, che si trova costretto a poter entrare nel binario "normale" solo se pregiudica altri, cioè a proprio beneficio e a discapito di altri<sup>61</sup>. Infine, le ipotesi di collaborazione oggettivamente inesigibile si limitano a ridurre l'ambito operativo dell'art.4-bis, co.1, ord.penit.<sup>[OB]</sup>, senza però mutarne la natura di presunzione legale assoluta. Diversamente poi da quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 306/1993, la concedibilità della liberazione anticipata ordinaria non è certo sufficiente a posizionare il regime dell'ostatività entro l'orizzonte costituzionale: oltre ad inaridire il percorso trattamentale a un mero sconto di pena, la liberazione anticipata si rivela, in concreto, un beneficio penitenziario assolutamente inutile se il reo non collabora utilmente con la giustizia<sup>62</sup>. Non basta neanche far leva sul fatto che alcune misure extramurarie (come il differimento dell'esecuzione della pena, il permesso di necessità, l'affidamento in prova del tossicodipendente o alcooldipendente, le misure alternative per i malati di AIDS) sono escluse dal regime ostativo dell'art.4-bis ord.penit., la cui concedibilità chiama in gioco, dell'art.27 co.3 Cost., il divieto di pene contrarie al senso di umanità<sup>63</sup>. La giurisprudenza costituzionale insegna che natura umanitaria e finalità rieducativa si muovono in un contesto

---

<sup>61</sup> F. BIONDI, dal video conferenza *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le corti*, [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it), Ferrara, 27 settembre 2019.

<sup>62</sup> F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, op. cit., p. 1271.

<sup>63</sup> A. PULVIRENTI, *Una visione d'insieme della normativa penitenziaria in tema di criminalità organizzata: dalla legislazione di emergenza alla legislazione di settore*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di M. ROMANO, G. TINEBRA, Milano, 2013, pp. 324-325.

unitario, perché “un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un’azione rieducativa del condannato”<sup>64</sup>. Ma “la dura verità è che quando il legislatore stabilisce presunzioni assolute di necessità del carcere, fatalmente pretende, o quanto meno accetta, che stia in carcere”<sup>65</sup> anche chi potrebbe invece ambire ad un diverso trattamento penitenziario. Il fatto che la condanna per un determinato reato vieti o renda più ostica la concessione di misure alternative, si giustifica in base all’elevata pericolosità sociale del reo, presunta dalla gravità e dalla natura del reato commesso. Così l’art.4-bis determina un vero e proprio doppio binario penitenziario, caratterizzato da queste situazioni di automatismo e superabile solo attraverso una condotta collaborativa ex art.58-ter ord.penit. Ma un simile regime penitenziario tradisce sia i presupposti che i possibili esiti di una pena orientata alla risocializzazione. Le ragioni sono svariate. In primo luogo, l’ostatività dell’art.4-bis, ostacolando o precludendo le varie opportunità trattamentali che l’ordinamento penitenziario fornisce, mina alla base la finalità rieducativa della pena. In secondo luogo, rendendone irrilevante il percorso trattamentale, vanifica la risocializzazione del reo. Poi, assimilando il regime detentivo in ragione del reato commesso, compromette le esigenze di individualizzazione e di flessibilità del trattamento, condizioni necessarie ad una pena che miri a rieducare il detenuto. E ancora, facendo dipendere le modalità esecutive della pena

---

<sup>64</sup> Corte Cost. sentt. nn. 12/1966, 376/1997 e 279/2013.

<sup>65</sup> G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerari: una proposta per affrontare l'emergenza*, in R. It. d. proc. pen., 2013, p. 58.

da indici o presunzioni o tipizzazioni legali, e non dalla risposta trattamentale del detenuto, viola il principio costituzionale della responsabilità personale. Infine, trasformata in *condicio sine qua non* per evitare un aggravio della sofferenza punitiva, la collaborazione prevista dall'art.4-bis ord.penit. strumentalizza il detenuto per conseguire utili risultati investigativi estranei a qualunque scopo rieducativo. Così la progressione del trattamento, funzionale alla finalità rieducativa della pena, viene sacrificata in nome di esigenze di difesa sociale, facendo ricadere però sulla collettività i rischi di una recidiva non adeguatamente disinnescata<sup>66</sup>.

#### **4. La collaborazione oggettivamente irrilevante.**

La Corte salva in extremis la legittimità della norma, in quanto il principio rieducativo sarebbe fatto salvo dall'introduzione della collaborazione oggettivamente irrilevante, purché coadiuvata dalla concessione di specifiche attenuanti e dall'accertamento dell'inesistenza di collegamenti con la criminalità organizzata. In questo modo, secondo la stessa Corte, cadrebbe la presunzione di pericolosità nei confronti dei

---

<sup>66</sup> Ibidem, pp. 61-62.

condannati non collaboranti, non più ritenuti immeritevole dei benefici penitenziari. In pratica i benefici penitenziari possono essere concessi anche a soggetti la cui collaborazione risulti essere oggettivamente irrilevante, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata e sia stata riconosciuta l'attenuante del risarcimento del danno ex art.62 n.6 c.p. o il concorso nel reato sia ricondotto alle previsioni degli artt.114 o 116 co.2 c.p. Nonostante la collaborazione sia risultata irrilevante ai fini dell'attività investigativa, il divieto di concessione dei benefici penitenziari subisce comunque una deroga perché, a causa del riconoscimento di queste attenuanti, la condotta del condannato si rivela di minore pericolosità sociale. La distinzione con la collaborazione prevista dall'art.58-ter ord.penit. è meramente quantitativa. Infatti non rilevano né i motivi che hanno spinto a collaborare, né il reale pentimento, né la spontaneità del contributo informativo offerto purché la collaborazione sia indubitabilmente piena e la volontà collaborativa certa<sup>67</sup>. Quindi, a prescindere dai risultati, il condannato o l'internato è tenuto comunque ad agevolare le indagini mettendo a disposizione tutte le sue conoscenze. La collaborazione c.d. *insincera* non rileva ai fini del superamento dello sbarramento all'accesso dei benefici penitenziari, così come non rileva la collaborazione deliberatamente limitata o parziale. In ogni caso la collaborazione dovrebbe essere rapportata all'accertata partecipazione che il condannato ha avuto all'interno

---

<sup>67</sup> L. CARACENI, C. CESARI, op. cit., p. 70.

dell'organizzazione criminale, perché è presumibile che la conoscenza del condannato sia proporzionata al ruolo da lui ricoperto. Il grado di inserimento nell'organizzazione mafiosa sembrerebbe essere il parametro per valutare la rilevanza della collaborazione offerta, in contrasto con il dettato normativo, che considera una collaborazione rilevante solo in base alle conseguenze materiali che essa produce, e con le previsioni della Corte costituzionale che tiene conto del minimo coinvolgimento del condannato nell'associazione criminale solo quando ne derivi l'assoluta impossibilità di collaborare.

**5. L'erosione del meccanismo della collaborazione: le sentenze nn. 357/1994 e 68/1995 e la collaborazione c.d. "inesigibile".**

Con la precedente pronuncia, la Corte ha in parte attenuato il rigore dell'art. 4 bis ord. penit., consentendo l'accesso ai benefici anche a coloro che non possono rendere una collaborazione oggettivamente rilevante, sul presupposto però che vengano riconosciute le attenuanti previste. Successivamente, alla collaborazione ex art.58-ter ord.penit. è stata equiparata la collaborazione impossibile, considerata condotta ugualmente idonea a far superare la barriera posta dalla legge all'accesso

ai benefici penitenziari per i responsabili dei reati di cui al co.1 dell'art.4-bis. L'impulso è derivato dalla Corte costituzionale, che ha esteso al concetto di collaborazione irrilevante le ipotesi in cui il contributo del condannato sia insignificante per la sua limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna<sup>68</sup>, e i casi in cui la collaborazione sia inutile perché, con sentenza irrevocabile, i fatti e le responsabilità sono stati integralmente accertati<sup>69</sup>. Con la sentenza 306/1993 la Corte costituzionale manifestò qualche perplessità circa l'irrelevanza della collaborazione impossibile ai fini della concessione dei benefici penitenziari. Secondo la Corte il decreto - legge rischiava di vanificare il percorso rieducativo di quei soggetti la cui collaborazione risultava impossibile in modo incolpevole e per quei soggetti per i quali la rottura con l'organizzazione criminale era stata adeguatamente dimostrata. In particolare, in questi casi la collaborazione risulta impossibile perché non vi sono informazioni ulteriori da fornire agli inquirenti, oppure la posizione che il condannato ha ricoperto all'interno dell'organizzazione criminale non gli consente di "conoscere fatti e compartecipare pertinenti al livello superiore"<sup>70</sup>. In questi casi, per rimuovere le preclusioni previste dall'art.4-bis, basta la presenza di elementi tali da escludere il permanere di collegamenti tra il condannato e la criminalità organizzata. Quella della collaborazione impossibile è una soluzione analoga a quella adottata per la

---

<sup>68</sup> Corte cost., sent. n. 357/94.

<sup>69</sup> Corte cost., sent. n. 68/95.

<sup>70</sup> Corte cost., sent. n. 306/93.

collaborazione irrilevante ma che con essa comunque non coincide: la collaborazione irrilevante opera in riferimento ai reati di cui al co.1 nella sola forma attenuata ex artt.114, 116, 62, n.6 c.p., quella impossibile è applicabile sempre; la collaborazione irrilevante deve essere offerta, anche se poi risulta inutilizzabile, mentre quella impossibile è un dato dal quale si può prescindere del tutto<sup>71</sup>. La ratio della disciplina risiede nella volontà di tutelare il condannato che, a causa delle sue scarse conoscenze relative a fatti o persone, potrebbe andare incontro ad un'ingiustificata discriminazione. Inoltre la collaborazione irrilevante viene riconosciuta solo in caso di partecipazione minima al reato, ma la disinformazione del condannato circa l'associazione per delinquere può dipendere anche da un ruolo secondario, per quanto non assolutamente trascurabile, nell'organizzazione criminale. Con la sentenza 357/1994 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.4-bis co.1 ord.penit. nella parte in cui non riconosceva l'accesso ai benefici penitenziari nei casi di collaborazione impossibile, contrastando in questo modo con gli artt.3, 24, 25 e 27 Cost. La Corte è giunta a simili conclusioni in base al fatto che il requisito della collaborazione è richiesto quale dimostrazione del distacco del condannato dal mondo della criminalità organizzata, quindi, qualora non possa essere offerto un utile contributo a causa della limitata partecipazione al fatto criminoso non possono derivarne effetti pregiudizievoli sul piano dell'ammissione ai benefici penitenziari. Se

---

<sup>71</sup> L. CARACENI, C. CESARI, op. cit., p. 71.

così non fosse, verrebbe a configurarsi un'irragionevole discriminazione nei confronti di chi, condannato per uno dei reati ostativi a scontare una pena particolarmente esigua, pur con il riconoscimento di talune attenuanti che attestino la partecipazione marginale o limitata al fatto criminoso, non possa accedere al beneficio a causa dell'impossibilità di rendere comunque una dichiarazione, visto il ruolo marginale ricoperto nell'organizzazione criminale. Inoltre, risulterebbe discriminatoria anche la rilevanza attribuita alla circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6) c.p., in quanto rilascerebbe alla possibilità economica del condannato la chiave di accesso al beneficio. La Corte, già nella prima sentenza, aveva mostrato delle perplessità in merito alla qualificazione della condotta collaborativa quale presupposto per la "prova" della rottura dei legami con la criminalità, e la conseguente emenda da parte del condannato, considerando il binomio collaborazione - rieducazione "mistificatorio". A parere della Corte, la previsione di "collaborazione irrilevante" è legata alla "marginalità della partecipazione del soggetto nel contesto del sodalizio criminoso tale da non rendere concretamente possibile una condotta collaborativa significativa". L'attenzione si focalizzava<sup>72</sup>, quindi, sul requisito della "minima partecipazione" alla luce delle circostanze attenuanti previste. In primo luogo, l'art. 114 co. 1 c.p. prevede che il giudice di cognizione, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone concorse nel reato abbia avuto "minima

---

<sup>72</sup> M. MARGARITELLI, "Limitata partecipazione al fatto criminoso" e accesso ai benefici penitenziari, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3212.



importanza” nella preparazione o nell’esecuzione del reato, può diminuire la pena. La pena può essere ridotta anche per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite dall’art. 112 co.1 e 3 c.p. Tuttavia, si tratta di un’attenuante facoltativa, perciò potrebbe accadere che il condannato, nonostante il riconoscimento di una circostanza attenuante, abbia comunque svolto un ruolo secondario che non gli consenta di fornire una collaborazione utile. Verrebbe in questo modo a configurarsi il rischio di un’irragionevole discriminazione nei confronti di chi, pur avendo un limitato patrimonio di conoscenze di fatti e di persone, non si sono visti applicare le attenuanti di cui all’art. 62 n. 6), 114 e 116 co.2 c.p. Per quanto riguarda, invece, le circostanze di “partecipazione secondaria o limitata al fatto criminoso” e di “minima importanza alla preparazione ed all’esecuzione materiale del reato”, ai fini dell’applicazione della circostanza di cui all’art. 114, in sede di cognizione è necessario valutare “se l’imputato sia meritevole, anche sotto il profilo soggettivo, di una diminuzione di pena”, mentre in fase di esecuzione occorre valutare se sia oggettivamente in grado di fornire o meno una collaborazione rilevante<sup>73</sup>. La Corte conclude osservando che, se la collaborazione piena è idonea a dimostrare la mancanza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, la collaborazione attenuata, invece, consente l’accesso ai benefici penitenziari qualora siano state riconosciute le attenuanti di cui gli artt. 62 n. 6), 114 e 116

---

<sup>73</sup> Corte Cost., sent. n. 357/1994.

comma II c.p., accompagnate dalla prova negativa circa la sussistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata.

È poi considerata inesigibile, e quindi equiparata a quella irrilevante, la collaborazione resa in riferimento ad un reato del quale non è rimasto niente da chiarire, né in ordine ai fatti né alle responsabilità dei soggetti coinvolti nel reato, a condizione che comunque siano stati raccolti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con l'associazione criminale. A tale conclusione è giunta la Corte costituzionale con la sentenza 68/1995, con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.4-bis co.1 ord.penit. nella parte in cui non ammetteva la possibilità di concedere benefici penitenziari quando l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendesse impossibile un'utile collaborazione con la giustizia. In tal senso, la norma impugnata potrebbe ritenersi confliggente, in primo luogo, con gli artt.3 e 27 Cost. in quanto "uguaglianza dinanzi alla pena significa innanzitutto proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità ed alle esigenze che ne conseguono, e il trattamento penitenziario deve, per espresso dettato normativo, essere improntato ai criteri di proporzionalità ed individualizzazione nel corso di tutta l'esecuzione della pena"<sup>74</sup>. Per quanto riguarda l'art.27 Cost., richiedere un comportamento che non può essere prestato, perché obiettivamente non aggiungerebbe niente

---

<sup>74</sup> Corte cost. sent. n.68/1995, *punto 2 considerato in diritto*.

alla sentenza di condanna irrevocabile, comporta l'esclusione da una serie di importanti opportunità trattamentali. In questo modo verrebbe leso il principio rieducativo, senza peraltro fondare e giustificare tale lesione in virtù di esigenze di prevenzione generale. Così, qualora non sia possibile ottenere un'utile collaborazione, le preclusioni operate dalla norma contrasterebbero con gli obiettivi che la stessa norma intende perseguire, perché "il condannato viene posto in condizione di sostanziale indifferenza rispetto alla scelta se recidere o meno i collegamenti con il mondo criminale"<sup>75</sup>. In merito alla scelta della collaborazione come condicio sine qua non della concessione del beneficio, la Corte afferma che la funzione rieducativa è un valore insopprimibile e che il detenuto può essere indotto a collaborare solo qualora vi sia concretamente uno spazio per collaborare, in modo tale da avere la possibilità di dimostrare la volontà di emenda. Qualora tale spazio manchi, gli effetti della norma finiscono per contraddire il fine che la stessa norma intendeva perseguire<sup>76</sup>. Con la sentenza 357/1994, la Corte ha accolto l'ipotesi di collaborazione impossibile per limitata partecipazione al fatto criminoso, in base al fatto che la collaborazione è richiesta al fine di dimostrare il distacco del condannato dal mondo della criminalità organizzata, quindi, nel caso in cui tale utile contributo non possa essere dato a causa della limitata partecipazione al fatto criminoso, non ne possono scaturire effetti pregiudizievoli perché,

---

<sup>75</sup> Corte cost. sent. n.68/1995, *punto 6 considerato in diritto*.

<sup>76</sup> M. MARGARITELLI, *La "politica penitenziaria" della Corte Costituzionale: una progressione lenta ma inesorabile*, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 3695.

altrimenti, verrebbero violati i principi costituzionali. Con la sentenza 68/1995 la Corte ritiene assimilabile l'ipotesi di collaborazione impossibile alla collaborazione irrilevante, così "collaborazione irrilevante e collaborazione impossibile, dunque, finiscono per saldarsi all'interno di un quadro unitario di collaborazione oggettivamente inesigibile, che permette di infrangere lo sbarramento preclusivo previsto dalla norma proprio perché privato, in simili casi, della funzione stessa che il legislatore ha inteso imprimergli".

#### **6. I collegamenti con la criminalità organizzata e il problema della prova.**

La dimostrazione dell'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata è condizione necessaria affinché possano essere ammessi ai benefici penitenziari i detenuti o gli internati per i reati di cui all'art.4-bis, co.1 ord.penit. la cui collaborazione sia risultata impossibile o oggettivamente irrilevante. I caratteri della prova richiesta sono tanto anomali, che si è parlato di un vero e proprio snaturamento del sistema probatorio "come mezzo di discriminazione e di indurimento

della misura afflittiva”<sup>77</sup>. Si tratterebbe di una vera e propria “prova diabolica” o “prova negativa”<sup>78</sup>, che impone di dimostrare l’inesistenza di un fatto. In pratica non si chiede di provare se una persona ha collegamenti attuali con la criminalità organizzata, ma se ciò possa essere escluso, risultando un’operazione assai problematica e quasi ai limiti dell’impossibilità. La norma richiede l’assunzione di elementi che consentano di dimostrare in maniera certa l’insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, con il rischio che tali collegamenti vengano ritenuti sussistenti anche in presenza di mere dicerie o congetture, in quanto non suscettibili di prova contraria. A tale proposito si è anche parlato di inversione dell’onere della prova, onere che andrà a gravare sul detenuto che aspira al beneficio. Una simile prova è necessaria sulla base di un costante orientamento della Suprema corte circa il testo originario dell’art.4-bis: è d’obbligo dimostrare che i collegamenti con la criminalità, sussistenti al tempo in cui fu commesso il reato, siano nel frattempo venuti meno. In assenza di tale prova, qualunque progresso trattamentale sarà irrilevante e il beneficio, sulla base di una presunzione di permanenza della pericolosità, sarà negato. La mera allegazione da parte dell’interessato dell’inesistenza di collegamenti con il crimine organizzato, non basta a superare la presunzione di pericolosità. A sostegno di una decisione di rigetto rispetto alla richiesta di concessione di un beneficio penitenziario, il

---

<sup>77</sup> G. MOSCONI, *La controriforma carceraria*, op. cit., p. 146.

<sup>78</sup> F.P.C. IOVINO, *Brevi note sul d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 1991*, in Cass. Pen., 1992, p. 440.

Tribunale di sorveglianza non ha l'onere di dimostrare la sussistenza di collegamenti con il crimine organizzato. A fronte di una già intervenuta collaborazione, per quanto irrilevante, non si vede quali ulteriori prove possano essere date dell'inesistenza di collegamenti con il crimine organizzato tanto che la norma è stata da taluni giudicata assurda. Inoltre, appare in contrasto con gli artt.24 co.2 e 27 co.3 Cost.: la presunzione di pericolosità sociale introdotta dalla norma, in base al titolo di reato, impedisce alla magistratura di sorveglianza di valutare i progressi trattamentali del condannato, compromettendo in questo modo la funzione rieducativa della pena, e l'effettività della giurisdizione fondata sulla presunzione di innocenza, ovvero il diritto di difesa.

## **7. Il meccanismo della valutazione preventiva della collaborazione.**

Nell'ordinamento italiano, l'accertamento della collaborazione è configurato chiaramente come un giudizio su un fatto normalmente antecedente la condanna, che non coinvolge assolutamente la personalità del detenuto e la sua evoluzione. L'osservazione personologica in funzione trattamentale viene

considerata alla stregua di un *work in progress*, costantemente proteso all'accertamento dell'eventuale evoluzione del condannato al fine di predisporre o aggiornare un programma individualizzato che ricomprende anche l'applicazione dei benefici penitenziari. Per i condannati all'ergastolo ostativo solo dopo che è stata verificata la collaborazione il magistrato di sorveglianza può valutare questo percorso riabilitativo/risocializzante, non prima. Prima di tutto, come prescritto dall'art.58-ter co.1, il giudice di sorveglianza deve accertare se, anche dopo la condanna, gli autori del reato "hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati". Se questo accertamento non ha successo il giudice di sorveglianza deve verificare se "la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia". Quindi, l'accertamento riguarda soltanto l'avvenuta o meno collaborazione e la sua rilevanza. A conferma di ciò, è possibile osservare che la prescrizione normativa impone al tribunale di sorveglianza di acquisire il parere del pubblico ministero "presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione". La giurisprudenza della cassazione ha osservato che la collaborazione "costituisce un semplice dato storico, estraneo

perciò al procedimento di sorveglianza, per cui al fine di decidere sulla istanza diretta ad ottenere i benefici, il tribunale non deve saggiare la disponibilità del condannato a collaborare né deve acquisire comportamenti di collaborazione, dovendosi limitare ad accertare se il condannato ha collaborato o meno con la giustizia e, quindi, a constatare se sussista o meno il requisito che condiziona l'applicabilità del beneficio"<sup>79</sup>. Come osservato dal Tribunale di Firenze con ordinanza n.500/1993, il collegamento tra la collaborazione e il percorso rieducativo che deve caratterizzare il processo di esecuzione della pena è sostanzialmente mistificatorio. Infatti, la collaborazione dipende da una valutazione utilitaristica ed è condizionata dall'andamento delle indagini e del processo, mentre il percorso rieducativo consiste nella rivisitazione dei propri valori e delle proprie condizioni di vita, in vista poi del reinserimento sociale. Tale osservazione fu accolta anche dalla Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n.306/1993, riconobbe che la collaborazione "ben può essere frutto di mere osservazioni utilitaristiche". Infatti, non è raro che, in seguito ad una collaborazione, il magistrato decida di negare comunque i benefici perché il percorso compiuto dal condannato non viene ritenuto sufficiente. Qualora non venga accertata l'utilità della collaborazione o la sua impossibilità, il percorso di un ergastolano

---

<sup>79</sup> CASS. Sez. I, 20 settembre 1993, Ruga n.1768; CASS. Sez. I, 13 maggio 1994, Solinas, n.1630.



ostativo può essere valutato solo ai fini della liberazione anticipata, che però, per un condannato all'ergastolo ostativo, è assolutamente ininfluenza perché, in assenza di collaborazione, non potrà mai consentire la sua liberazione<sup>80</sup>. La liberazione anticipata ha sola utilità di accorciare il tempo necessario per accedere alle misure alternative, ma per l'ergastolano ostativo, che a tali misure non può accedere, la sua concessione riveste un valore meramente formale. Concedendola, il giudice riconosce la meritorietà del percorso riabilitativo/risocializzante, ma questo riconoscimento non ha alcun impatto sulla pena dell'ergastolano che non ha collaborato ex art.58-ter ord.penit., finendo così per tradursi in una vera e propria beffa.

### **7.1. L'accertamento della collaborazione ex art.58-ter non configura una valutazione sul percorso di risocializzazione del detenuto.**

Il fatto che l'accertamento della collaborazione non riguardi il percorso riabilitativo/risocializzante ma costituisca l'accertamento

---

<sup>80</sup> E. SANTORO, *Amicus curiae – L'altro diritto onlus*, Corte europea dei diritti umani, I Sezione, *Viola c. Italia n.2*, n. 77633/16, 13 giugno 2019, in *Il diritto alla speranza*, op. cit., p. 251.

prodromico di una condizione perché la valutazione di questo percorso possa essere effettuata è stato chiaramente affermato dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza n.239/2014, intervenuta nel corso del giudizio sull'istanza di detenzione domiciliare speciale presentata da una detenuta madre, condannata per un reato di cui all'art.4-bis co.1, alla quale quindi era preclusa questa misura alternativa<sup>81</sup>. La Corte ha affermato che “affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata, per l'appunto, in concreto e non già collegata ad indici presuntivi che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento”. Nella sentenza la Corte Costituzionale ha inoltre riconosciuto che la ratio del meccanismo ostativo era in origine di duplice ordine. Da un lato il meccanismo si basava sulla presunzione legale che la commissione di determinati delitti implicasse il necessario collegamento dell'autore con la criminalità organizzata, profilando una pericolosità sociale incompatibile con la concessione di benefici penitenziari. La scelta di collaborare con la giustizia era considerata la sola condotta idonea a dimostrare con certezza la volontà di emenda del condannato a consentirgli l'accesso a misure extramurarie. Dall'altro lato l'obiettivo era quello di incentivare la collaborazione di soggetti appartenenti ad associazioni criminose, per ragioni investigative e di politica criminale, proprio alla luce del fatto che la collaborazione era considerata uno

---

<sup>81</sup> Ibidem.

strumento essenziale per la lotta alla criminalità organizzata. Data la gravità dei reati per i quali scatta il meccanismo preclusivo, il legislatore aveva inquadrato la collaborazione come indice legale “della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che a sua volta è condizione necessaria per valutare il venir meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato, a cui la legge subordina l’ammissione alle misure alternative alla detenzione e agli altri benefici previsti dall’ordinamento penitenziario”<sup>82</sup>. Oggi la collaborazione non è, come il legislatore l’aveva tratteggiata in origine, un indice del percorso riabilitativo/risocializzante del detenuto, ma è qualcosa di prodromico alla valutazione del percorso stesso, senza la quale la valutazione non verrebbe neanche compiuta. La tesi che la collaborazione con la giustizia e l’assenza di collegamenti con il crimine organizzato fossero due facce della stessa medaglia è stata smentita rapidamente smentita da alcune pronunce della Corte costituzionale<sup>83</sup>. In seguito alla condanna dell’Italia nel caso Torreggiani, il meccanismo ostativo degli artt.4-bis e 58-ter ord.penit. fu esaminato dalla Commissione presieduta dal prof. Palazzo in vista di una possibile riforma. La commissione aveva elaborato una proposta di modifica volta a ricollocare la collaborazione tra quegli elementi attraverso i quali valutare il percorso riabilitativo/risocializzante del detenuto. La

---

<sup>82</sup> Corte Cost. sent. n. 273/2001.

<sup>83</sup> Si ricordano la sent. n. 306/93 in materia di revoca delle misure alternative a chi se l’era viste già riconoscere prima dell’introduzione dell’ergastolo ostativo, la 361/94 in materia di cumulo, la 504/95 in materia di concessione di permessi premio a chi aveva già iniziato il percorso riabilitativo/risocializzante.

collaborazione, in tal modo, non sarebbe più considerata in un'ottica di rigida preclusione e avrebbe smesso di essere una preconditione alla possibilità di valutare il percorso del detenuto, diventando, anzi, un elemento di questa valutazione. Secondo la proposta della Commissione, apparirebbe del tutto razionale restituire al Tribunale di Sorveglianza la possibilità di valutare se esistano elementi specifici che dimostrino un positivo percorso rieducativo del condannato e, in tal caso, consentire l'accesso ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale nonostante l'assenza di collaborazione ex art.58-ter ord.penit. Da una parte, potrebbero assumere rilievo, a tal proposito, comportamenti non collaborativi idonei comunque a dimostrare il distacco dalle associazioni criminali; e dall'altra, potrebbe rilevare anche l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, come le attività di risarcimento o le attività riparatorie in favore delle vittime, da considerare non tanto da un punto di vista oggettivo, quanto sotto il profilo soggettivo, da intendere come "concreta manifestazione del sincero proposito di fare tutto il possibile per sanare le conseguenze del delitto"<sup>84</sup>. La proposta della commissione non è stata però recepita dal legislatore che ha così chiaramente dimostrato di voler tenere in vita un meccanismo che impedisce la valutazione, ai fini della sua liberazione, del comportamento tenuto dal detenuto in fase esecutiva.

---

<sup>84</sup> Cass., I sezione penale, 9 maggio 2012, n. 26890.

Alla luce di questo percorso sembra quindi corretto sostenere che il giudizio previsto sulla collaborazione, almeno in tutti i casi in cui questa non è prestata in fase di esecuzione della pena, non possa configurarsi come un giudizio relativo al percorso compiuto dal condannato in fase esecutiva, ma solo come una condizione, accertata in modo incidentale, il cui verificarsi consente quel giudizio. Sembra allora indubbio che l'istituto della collaborazione, così come emerge da una lettura costituzionalmente orientata e conforme alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, non possa essere identificato come un elemento atto a valutare, addirittura in modo vincolante<sup>85</sup>, il percorso educativo. Del resto che la collaborazione si collochi non nel quadro del percorso di riabilitazione/risocializzazione del condannato, ma in quello degli elementi utili per le indagini e la lotta alla criminalità organizzata è testimoniato dall'enfasi che il legislatore ha posto sul fatto che la collaborazione deve essere "utile". Delle irragionevolezza che possono derivare dal requisito dell'utilità della collaborazione, la Corte Costituzionale si è subito preoccupata: per esempio nella sentenza n. 257/1994, che impone di prevedere la collaborazione impossibile in quanto inesigibile e più correttamente "poco utile" per lo scarso rilievo del contributo del condannato all'azione criminosa, e nella sentenza n.68/1995, che impone di prevedere la collaborazione impossibile in quanto inutile o irrilevante nel caso in cui il completo accertamento dei

---

<sup>85</sup> Del resto la Corte costituzionale ha da sempre sostenuto l'illegittimità delle presunzioni vincolanti in materia di valutazione del percorso riabilitativo/risocializzante del condannato. In questo senso si vedano le sentenze n.306/1993, n.357/1994, n.68/1995, n.445/1997, n.168/1995, n.255/2006, n.173/1997, n.189/2010.

fatti e delle responsabilità sia avvenuto con la sentenza di condanna. La cassazione poi sostiene che il detenuto possa domandare l'accertamento della collaborazione ex art.58-ter ord.penit. solo in via incidentale quando chiede la misura alternativa. Questo impedisce anche ai detenuti che hanno collaborato o la cui collaborazione è impossibile, irrilevante o inesigibile di avere la certezza, dal momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, di poter essere valutati per il loro comportamento tenuto durante la detenzione dal magistrato di sorveglianza ai fini della loro deliberazione<sup>86</sup>. Questo rende anche poco trasparenti le decisioni in materia di collaborazione, che finiscono per perdersi all'interno della decisione sulla misura richiesta e risultando praticamente impossibili da reperire. Infatti, solo esaminando tutti i fascicoli relativi alle istanze di benefici dei condannati per reati ostativi, si potrebbe procedere ad un loro esame. Ma questa impresa è di fatto impossibile: presupporrebbe la pubblicità di una lista dei condannati, un elenco delle istanze presentate e le indicazioni dei Tribunali di sorveglianza ai quali esse sono state indirizzate. In pratica sarebbe necessario recarsi presso ogni cancelleria e consultare ogni singolo fascicolo. Il dato più significativo è comunque che l'accertamento dell'irrilevanza e dell'impossibilità della collaborazione, pur

---

<sup>86</sup> La cassazione penale ha da tempo ribadito, con orientamento consolidato, che l'accertamento della collaborazione ha natura incidentale, o meglio necessariamente pregiudiziale alla valutazione di una connessa istanza di beneficio penitenziario, con la conseguente inammissibilità di un'impugnazione proposta con limitato riferimento alla decisione assunta dal tribunale di sorveglianza sulla sussistenza della collaborazione (in tal senso, sentenza Cassazione penale, sez.I, n.4473/1996).

consentendo, se positivo, la valutazione che permette l'accesso alle misure alternative, ponendo fine all'impossibilità di liberazione, non dipende assolutamente dal comportamento tenuto dal condannato in fase esecutiva, ma da eventi completamente indipendenti dalla sua volontà (il fatto che le indagini abbiano permesso, a prescindere dal suo comportamento processuale, di accertare tutti gli elementi, eventi e partecipanti relativi al reato) o dal suo comportamento nel corso del reato (la marginalità della sua condotta nella realizzazione dello stesso) che rende la sua collaborazione oggettivamente irrilevante.

#### **8. La collaborazione resa dopo la sentenza di condanna.**

Ai sensi dell'art.58-ter co.1 ord.penit. il condannato può collaborare anche dopo la condanna. Alla luce di ciò, sembrerebbe che il legislatore abbia ideato il meccanismo dell'ostatività e del suo superamento al fine di promuovere comportamenti collaborativi. La cassazione<sup>87</sup> ha sostenuto che la ratio dell'art.58-ter "risiede indubbiamente nell'esigenza di stimolare e di agevolare le collaborazioni, anche successive alla condanna, rimuovendo, in deroga

---

<sup>87</sup> Cass., sez. I penale, 13/02/1997, n. 973.

all'art.4-bis, il divieto di concessione di determinati benefici previsti dall'ordinamento penitenziario". Nonostante le collaborazioni in fase esecutiva siano rare, queste sottolineano comunque alcuni profili di "irrazionalità" dell'istituto dal punto di vista del condannato che si vede in balia degli eventi. Infatti, la collaborazione in fase esecutiva a volte si basa su eventi che prescindono dal comportamento e dalle intenzioni del detenuto, dato che la collaborazione può essere resa impossibile dal successo delle indagini che accertano ogni aspetto del reato; altre volte su suoi comportamenti processuali precedente alla condanna; altre volte ancora su comportamenti che tiene in fase esecutiva. Inoltre lo stimolo alla collaborazione in fase esecutiva pone alcuni gravi problemi ai quali fa riferimento anche la Corte costituzionale nella sent. 306/93. La consulta afferma che "la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quali a esempio, l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare"<sup>88</sup>. Successivamente la Corte non ha più sviluppato questo spunto, anzi, lo ha neutralizzato. Infatti, da un lato ha affermato che l'incentivo alla collaborazione con la giustizia, perseguito dal legislatore, non può qualificarsi come "costrizione" a tale comportamento<sup>89</sup>, dall'altro ha accolto l'orientamento del legislatore

---

<sup>88</sup> E. SANTORO, op. cit., p. 255.

<sup>89</sup> Corte cost. sent. n. 39/1993.



che ha qualificato la preclusione sancita dalla norma non assoluta e definitiva, ma dipendente da una libera scelta del condannato<sup>90</sup>. Queste tesi sono state giustificate dalla Corte in base al fatto che la condizione di un condannato per delitti di criminalità organizzata non era comparabile con quella del comune cittadino punito con l'ergastolo e per questo tenuto alla denuncia dei soli delitti contro la personalità dello Stato<sup>91</sup>. Quest'ultima affermazione pare velatamente degradare la protezione della dignità dei detenuti in virtù dei reati commessi, contrastando quanto affermato dalla Cedu. La previsione della collaborazione in fase esecutiva, pone i detenuti davanti ad una scelta, che li tormenta e li intrappola, minando a volte anche la loro stabilità psichica. Gli autori di reati ostativi la cui collaborazione potrebbe essere ancora utile, sembrano messi di fronte a quella che un celebre romanzo ha definito "la scelta di Sophie". Il detenuto si sente come la protagonista del romanzo, che deportata insieme ai due figli, un maschio e una femmina, ad Auschwitz, fu costretta da un ufficiale nazista a scegliere tra i due figli, decidendo di abbandonare la bimba alla morte. Il detenuto, la cui collaborazione è ancora possibile, viene messo di fronte alla scelta tra la propria dignità e la propria libertà, e la vita e la salute dei suoi cari che, a seguito della collaborazione, potrebbero essere esposti a serie ritorsioni<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Corte Cost. sent. n. 135/2003.

<sup>91</sup> Corte Cost. sent. n. 39/1994.

<sup>92</sup> E. SANTORO, op. cit., p. 257.

## 9. Il c.d. ergastolo ostativo.

Il combinato disposto dagli artt.4-bis e 58-ter ord.penit., pone ulteriori e più seri profili di criticità, se analizzati alla luce del c.d. *ergastolo ostativo*. L'ergastolo ostativo prende forma durante il periodo dell'emergenza, in seguito all'introduzione dell'art.4-bis ord.penit. Si tratta di un ergastolo che, sulla base di una presunzione assoluta di persistente pericolosità del condannato non collaborante, esclude la possibilità di un ritorno alla società libera. Nonostante la Corte di Cassazione metta in dubbio che l'ergastolo ostativo sia un'autonoma figura sanzionatoria<sup>93</sup>, nella sostanza sussistono (almeno) due forme di ergastolo: l'ergastolo 'comune', la cui originaria incompatibilità con il principio di rieducazione può dirsi approssimativamente attenuata, e l'ergastolo 'ostativo', nel quale la finalità rieducativa pare sacrificata rispetto allo scopo di incentivare la dissociazione dall'organizzazione criminale. Questa per lo meno era la logica originaria dell'istituto, in una fase in cui i suoi principali destinatari erano esponenti della criminalità organizzata, politica o comune. Una logica che poi, con l'estensione del

---

<sup>93</sup> Cass. Sez. I, 4 marzo 2014, n.18206, Grassonelli, in [www.cassazione.it](http://www.cassazione.it).

catalogo dei reati di prima fascia dell'art.4-bis ord.penet., ha ceduto il passo a finalità di mera prevenzione generale attraverso l'intimidazione.

## CAPITOLO III

### L'ERGASTOLO OSTATIVO: DISCIPLINA E CRITICITÀ DELLA “PENA DI MORTE VIVA”

SOMMARIO: 1. Disciplina. - 2. Il permesso di necessità ex art.30- ter ord.penet. come strumento di umanizzazione per gli ergastolani non collaboranti. - 3. Ergastolo ostativo e liberazione condizionale. - 3.1. La sentenza n. 135/2003 della Corte costituzionale in tema di ergastolo ostativo e liberazione condizionale. - 3.2. In dissenso con la ratio decidendi della sentenza n.135/2003. - 4. Ergastolo ostativo e separazione dei poteri. - 5. L'ergastolo ostativo come pena conseguente a illegittimo automatismo. - 6. Ulteriori profili di illegittimità. - 7. Una pena perpetua fino alla morte. - 7.1. (Segue): La “pena di morte viva”. - 8. Il rischio di una pena inumana e di un trattamento equivalente alla tortura per l'ergastolano.

#### **1. Disciplina.**

L'ergastolo ostativo trova la sua disciplina nel combinato degli artt.22 c.p., 4-bis ord.penet. e 2 co.1 d.l. 152/ 1991. L'ergastolo ostativo è una pena che si applica a soggetti condannati per reati di particolare gravità (ricavabili dall'elenco sempre più lungo dell'art.4-bis, co.1 ord.penet.) per lo più legati a fatti di criminalità organizzata e di terrorismo,

anche internazionale. È una pena destinata a coincidere, nella sua durata, con l'intera vita del condannato e, nelle sue modalità, con una detenzione integralmente intramuraria. Il solo modo per uscire da questo regime, e rientrare nel girone degli ergastolani comuni, è collaborare utilmente con la giustizia ex art.58-ter ord. penit., barattando la propria libertà con quella degli altri, mettendoli in carcere al proprio posto. In questo modo l'ergastolo recupera la sua funzione neutralizzatrice, assumendo i connotati di una pena fino alla morte. Rispetto all'ergastolano comune, l'ergastolano ostativo si trova in una posizione, se possibile, ancora peggiore. L'ergastolano comune, infatti, conserva almeno il diritto a che l'esecuzione della pena nei suoi confronti venga riesaminata periodicamente, ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative. L'ergastolano ostativo, invece, non ha questo diritto perché, in assenza di collaborazione esigibile, questi benefici gli sono preclusi per sempre. Si può dire che per lui ogni giorno trascorso in carcere è un giorno in più (e non in meno) di detenzione. Per lui l'espressione gergale “finire dentro” vale alla lettera, perché gli ergastolani ostativi non escono mai, “nemmeno per un'ora, fino al certificato del decesso”<sup>94</sup>. L'art.2 co.1 d.l. 152/1991 ha equiparato la concessione della liberazione condizionale alla concessione degli altri benefici penitenziari, per cui, in assenza di collaborazione, l'ergastolano non collaborante non potrà accedervi neanche dopo i ventisei anni di pena previsti dall'art.176 co.3

---

<sup>94</sup> A. SOFRI, *Gli uomini ombra che moriranno in carcere*, in *la Repubblica*, 24 settembre 2012.

c.p. La liberazione anticipata è espressamente esclusa dal campo di applicazione dell'art.4-bis, anche se sono totalmente irrilevanti gli sconti di pena che si possono applicare per effetto di tale liberazione proprio in virtù delle limitazioni poste dallo stesso art.4-bis ord. penit. Per quanto riguarda, invece, i permessi di necessità ex art.30-ter ord. penit. essi si possono sicuramente applicare agli ergastolani ostativi. Tali permessi consentono all'ergastolano di uscire dal carcere, qualunque sia la sua condizione trattamentale, in eccezionali casi di pericolo di vita per i propri familiari e eventi di particolare gravità sempre riguardanti la sfera familiare. Siccome la condanna per uno dei reati assolutamente ostativi indicati nell'art.4-bis ord. penit. è l'anticamera dell'accesso al regime detentivo differenziato dell'art.41-bis ord. penit., gli ergastolani ostativi subiscono “un fenomeno di triplo schiacciamento”<sup>95</sup>: perché espropriati della propria vita in quanto ergastolani; privati di ogni residua speranza in quanto ostativi; stralciati dalle normali regole del trattamento penitenziario in quanto sottoposti al regime del c.d. carcere duro. Sono in altre parole "ergastolani senza scampo". E sono tanti: alla data del 12 ottobre 2015, il DAP ne ha contati 1.174, pari al 72,5 % del totale degli ergastolani (che, allora, ammontavano a 1.619).

---

<sup>95</sup> N. VALENTINO, *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Roma, 2012, p.98.

## **2. Il permesso di necessità ex art.30-ter ord. penit. come strumento di umanizzazione per gli ergastolani non collaboranti.**

Dal divieto previsto dall'art.4-bis ord. penit. è escluso il c.d. permesso di necessità previsto dall'art.30 ord. penit. Il primo comma dell'art.30 ord. penit. prevede che questo permesso possa essere concesso al condannato in caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente; il secondo comma prevede che eccezionalmente il permesso di necessità può essere concesso in caso di eventi familiari di particolare gravità. Mentre per la prima ipotesi la formulazione della legge appare abbastanza chiara e quindi non si verificano particolari problematiche, per la seconda ipotesi si pongono problemi di interpretazione per l'instabilità e la vaghezza dei presupposti per la concessione del permesso: carattere eccezionale, particolare gravità dell'evento e attinenza alla vita familiare dell'evento. La natura giuridica dei permessi contemplati dall'art. 30 ord.penit. è controversa e ha coinvolto giurisprudenza e dottrina in un acceso dibattito. Secondo la dottrina prevalente la natura dell'art. 30 ord.penit. sarebbe quella di umanizzare la pena, mentre la natura dell'art. 30-ter ord. penit., disciplinante i permessi premio, è di tipo premiale ed è volta alla finalità rieducativa. La giurisprudenza di merito non ha una

posizione unitaria in merito alla natura dei permessi di necessità, oscillando tra il ritenere che l'art. 30 ord. penit. "non persegue finalità trattamentali"<sup>96</sup> e l'affermare che i permessi possono concedersi anche al fine di consentire al detenuto di partecipare ad iniziative eccezionali di carattere trattamentale utili al programma risocializzativo<sup>97</sup>. Quest'ultima interpretazione, ancora minoritaria in giurisprudenza, potrebbe permettere ad ergastolani condannati per reati di prima fascia, che non possono accedere ai permessi premio, di partecipare ad iniziative di valore risocializzante anche all'esterno, oltre ad usufruire dei permessi per ragioni umanitarie strettamente legate ad eventi di carattere eccezionale riguardanti la sfera familiare. Tuttavia i permessi di necessità vengono rilasciati con molta parsimonia dalla magistratura di sorveglianza.

### **3. Ergastolo ostativo e liberazione condizionale.**

Ai sensi dell'art. 2 d.l. 152/1992 l'ergastolano non collaborante, condannato per uno dei delitti di prima fascia ex art.4-bis ord.penit., non

---

<sup>96</sup> Trib. sorv. Perugia, 15 febbraio 2012.

<sup>97</sup> Trib. sorv. Milano, 20 febbraio 2006, in Foro ambrosiano, 2006 con nota di P. COMUCCI. Cfr. F. FIORENTIN, *Permessi straordinari per la tutela del legame parentale tra minore e genitore detenuto: un'interpretazione secundum consitutionem*, in *Giur. merito*, fasc. 6, p. 1664.



può accedere alla liberazione condizionale nei termini e nei modi stabiliti dall'art. 176 c.p. L'ergastolano ostativo, per poter accedere tanto alla liberazione condizionale quanto a tutti gli altri benefici penitenziari, è tenuto a rendere un'utile collaborazione con la giustizia o dimostrare di esserne impossibilitato. Se l'ergastolano, durante la sua detenzione, ha compiuto un reale percorso rieducativo che lo ha condotto ad un ravvedimento interiore ma non ha collaborato, non può uscire dal carcere. L'impossibilità per chi non collabora di accedere alla liberazione condizionale, e quindi di poter tornare un giorno in libertà, mette in dubbio la compatibilità dell'ergastolo ostativo con il principio della rieducazione. Il dubbio sulla compatibilità con il principio rieducativo, era stato affrontato, in precedenza, anche con riguardo all'ergastolo "comune". Tuttavia, la Corte costituzionale aveva negato l'incompatibilità sulla base della possibilità per il condannato all'ergastolo, che abbia dato prova di un sicuro ravvedimento, di accedere dopo ventisei anni alla liberazione condizionale. Dunque grazie all'istituto di cui all'art. 176 c.p., la pena perpetua deve ritenersi compatibile con l'art. 27 co. 3 Cost. poiché l'ergastolano può essere reinserito nel consorzio civile. Ma l'ergastolano ostativo è soggetto ad una diversa disciplina nella quale tale possibilità gli è negata. Così, la Corte costituzionale, con la sent. n. 135/2003, è intervenuta, interpellata dal Tribunale di sorveglianza di Firenze, in merito alla legittimità dell'art. 4-bis ord. penit. in relazione all'art. 27 co. 3 Cost.

### **3.1. La sentenza 135/2003 della Corte costituzionale in tema di ergastolo ostativo e liberazione condizionale.**

L'ergastolo ostativo è la forma di ergastolo che interessa i condannati per uno dei delitti di cui all'art.4-bis co.1 ord.penit. che non collaborano con la giustizia, né si trovano nelle condizioni di cui al co.1-bis (collaborazione impossibile o irrilevante). Per questi soggetti è escluso l'accesso alla liberazione condizionale, al lavoro all'esterno, ai permessi-premio e alla semilibertà. Di qui seri dubbi di legittimità costituzionale. Dell'ergastolo ostativo la Corte costituzionale si è occupata nella sent.9 aprile 2003, n. 135. La questione sottoposta alla Corte riguardava se l'art.4-bis ord.penit. renda la pena effettivamente perpetua e irriducibile, secondo la terminologia della Corte Edu, nei confronti del non collaborante, comportandone l'esclusione in via permanente dal processo rieducativo, in contrasto con l'art.27 co.3 Cost<sup>98</sup>. Prima di analizzare la sentenza del 2003, è opportuno richiamare la sent. n. 12 del 4 febbraio 1966 con la quale la Corte costituzionale offre un'interpretazione dell'art.27 co.3 Cost. che mette in risalto

---

<sup>98</sup> La possibilità di concedere la liberazione condizionale ai condannati all'ergastolo, introdotta dall'art. 2 della l. 1634/1962, ha reso compatibile la pena perpetua prevista dall'art.22 c.p. con il quadro costituzionale, consentendo un effettivo reinserimento sociale di tali soggetti nel consorzio civile. Inoltre la perpetuità dell'ergastolo è venuta ad attenuarsi grazie alla l. 663/1986, di riforma dell'ordinamento penitenziario, e all'intervento della Corte costituzionale n.274/1983, che ha esteso la possibilità di concedere la liberazione anticipata ex art.54 ord.penit. anche al condannato all'ergastolo.

l'equilibrio tra le differenti funzioni della pena. La sentenza sostiene che "la norma non si limita a dichiarare puramente e semplicemente che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, ma dispone invece che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Le due proposizioni sono congiunte, oltre che per la loro formulazione letterale, perché in funzione l'una dell'altra. Infatti, un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è presupposto per un'azione rieducativa del condannato; inoltre, è proprio in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile. La rieducazione del condannato si inserisce quindi nel trattamento penale vero e proprio, così il legislatore ha voluto solo segnare dei limiti alla pena per impedire che l'afflittività superi il punto oltre il quale si pone in contrasto con il senso di umanità. In questo modo viene stabilita anche la vera portata del principio rieducativo, il quale, dovendo concorrere con le altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto. Rieducazione del condannato, quindi, ma nell'ambito della pena. In conclusione il principio di rieducazione del condannato, per il suo alto significato sociale e morale, è stato elevato al rango di precetto costituzionale, ma senza però, per questo, poter negare l'esistenza e la legittimità della pena qualora essa non contenga o contenga minimamente le condizioni per realizzare tale finalità. Questo in considerazione delle altre funzioni della pena che sono essenziali per la

tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende l'esistenza stessa della vita sociale.

Tornando alla sentenza n. 135 del 2003, la questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze, sulla base del fatto che la preclusione contenuta nell'art. 4-bis ord. penit., negando l'accesso alla liberazione condizionale in caso di mancata collaborazione, renderebbe perpetua la sanzione penale e precluderebbe qualsiasi prospettiva di reinserimento sociale, con conseguente possibile violazione del principio rieducativo ex art. 27 co. 3 Cost. Secondo il giudice a quo "la disciplina impugnata determinerebbe una situazione del tutto analoga a quella scrutinata dalla Corte con la sentenza n. 161 del 1997, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, primo comma, ultimo periodo, del codice penale, nella parte in cui non prevede che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio ove ne sussistano i relativi presupposti, perché tale disciplina determinava appunto una esclusione permanente e assoluta dal processo rieducativo, in violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost.". La Corte costituzionale rigetta la questione di legittimità ritenendo che il requisito della collaborazione, previsto dall'art.4-bis ord.penit., ai fini della concessione della liberazione condizionale all'ergastolano non contrasta con la Costituzione. Secondo la Corte, la preclusione all'ammissione alla liberazione condizionale non è equiparabile al divieto che era previsto

dall'art. 177 co. 1 c.p. prima dell'intervento della sentenza n. 161 del 1997, perché, nel caso concreto, il condannato avrebbe potuto fornire la propria collaborazione ed aveva invece scelto di non farlo. La Corte afferma che, a differenza della situazione valutata dai giudici costituzionali con la sentenza del 1997, la disciplina dell'ergastolo ostativo, facendo salve le ipotesi di collaborazione impossibile o irrilevante, sarebbe "significativamente volta ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato". La Corte conclude che "la disciplina censurata, subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia, che è rimessa alla scelta del condannato, non preclude in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio, e non si pone, quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art.27 co.3 Cost."

In sostanza, la Corte ritiene che se la collaborazione possa essere fornita utilmente, e non si versi in ipotesi di collaborazione impossibile, la scelta del condannato, se collaborare o meno con la giustizia, rappresenta un criterio legale di valutazione circa il sicuro ravvedimento del reo richiesto dall'art. 176 c.p. per la concessione della liberazione condizionale. La Corte costituzionale, con questa sentenza, conferma la collaborazione "oggettivamente esigibile" come unica condotta idonea a rimuovere la preclusione dell'art. 4-bis ord.penit. Il concetto di collaborazione "oggettivamente esigibile" come interpretato dalla Corte sta a significare che fino a quando il carattere effettivamente perpetuo

dell'ergastolo sarà conseguenza di un comportamento del condannato che, pur trovandosi nella possibilità di poter aiutare gli organi inquirenti, decida di non venir meno al sodalizio criminoso, non potrà ritenersi violato il principio rieducativo della pena poiché permane la possibilità di una successiva modifica della condotta del reo.

### **3.2. In dissenso con la ratio decidendi della sent. n. 135/2003.**

L'iter argomentativo della Corte costituzionale non persuade. Non basta che la mancata collaborazione con la giustizia sia pur sempre riconducibile a una "scelta del condannato"<sup>99</sup>. Alla base della scelta legislativa di escludere il condannato non collaborante dai benefici penitenziari e dalla liberazione condizionale c'è la presunzione assoluta che la mancata collaborazione con la giustizia corrisponda sempre all'assenza di progressi nel percorso di rieducazione, progressi che potrebbero legittimare l'accesso ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale. La stessa Corte costituzionale, con la sent.306/1993, pur ritenendo che la condotta di collaborazione sia in grado di esprimere il distacco del condannato dall'associazione

---

<sup>99</sup> E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, op. cit., p. 23.

criminale, aveva affermato che “dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di mantenimento dei legami di solidarietà con l’organizzazione criminale”<sup>100</sup>. Può accadere, peraltro, che la mancata collaborazione sia motivata dal timore di ritorsioni sulla propria persona o sui familiari da parte dell’organizzazione criminale, o dall’indisponibilità a barattare la propria libertà con quella altrui, o dall’esigenza difensiva di non aggravare la propria posizione processuale. Può accadere, quindi, che un condannato, nonostante abbia definitivamente interrotto i legami con la vita criminale, resti in carcere in attuazione dell’art.4-bis co.1. In questo modo l’ergastolo ostativo si mostra come pena incompatibile con il principio di rieducazione ex art.27 co.3 Cost., perché applicabile anche a soggetti che hanno conseguito in tutto o in parte il fine verso il quale la pena deve essere rivolta.

Inoltre non è sempre vero che la preclusione derivi dalla scelta del condannato di non collaborare “pur essendo nelle condizioni per farlo”. Questo accade, per esempio, nelle ipotesi di errore giudiziario che, in forza delle rigidità normative dell’art.4-bis ord.penit., trasforma kafkianamente in una colpa irredimibile l’innocenza e il non aver nomi o fatti da denunciare<sup>101</sup>. Oppure, può capitare che il giudice di sorveglianza riconosca come esigibile una collaborazione che l’ergastolano ostativo sostiene essere impossibile o irrilevante. In queste

---

<sup>100</sup> Corte cost. sent. n. 306/1993, punto 13 del *Considerato in diritto*.

<sup>101</sup> A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo*, op. cit., p. 122.

ipotesi si verifica quello che la sent.135/2003 esclude, ovvero che l'ostatività alla liberazione condizionale discenda automaticamente dalla norma censurata. Può accadere, poi, che l'ergastolano ostativo non conservi sempre la propria facoltà di autodeterminazione, potendo liberamente scegliere se collaborare o meno. Infatti, lo *status* di condannato fino alla morte mutabile solo attraverso la collaborazione, sottopone l'ergastolano ad uno schiacciamento, normativo ed esistenziale, che attenta alla sua libertà morale. Una condotta del reo che possa aiutare l'attività investigativa può essere incentivata dal diritto, ma non può essere punita. Infatti, c'è differenza tra premiare la collaborazione e sanzionare la non collaborazione. La collaborazione richiesta dall'art.4-bis co.1 ord.penit. all'ergastolano ostativo non è rivolta a far conseguire un vantaggio al condannato, in un'ottica quindi premiale, ma ad evitargli uno svantaggio, ovvero la preclusione a qualsiasi misura penitenziaria extramuraria.

Infine, le ipotesi di collaborazione inesigibile ex art.4-bis co.1-bis ord.penit. non rendono relativa la presunzione legale prevista dal relativo co.1. Certo ne limitano l'ambito operativo, ma non c'è altra condotta, diversa da quella collaborativa ex art.58-ter ord.penit., che dia all'ergastolano ostativo la possibilità di essere valutato da un giudice rispetto alla rieducazione o alla pericolosità sociale. Così, l'obbligo di collaborazione previsto dall'art.4-bis ord.penit. configura come una presunzione legale *de jure* e *de facto* assoluta, che lede la libera



autodeterminazione del condannato, finalizzata ad ottenere la sua collaborazione.

#### **4. L'ergastolo ostativo e la separazione dei poteri.**

Di fronte ad un ergastolano ostativo, il legislatore usurpa il giudice del suo mestiere. A fronte di una persona non collaborante, che potrebbe però collaborare, il giudice non può concedere alcuna misura alternativa. In realtà il giudice non può valutare niente, perché il legislatore gli lega le mani. L'immagine è quella di un giudice dalle cui mani è sottratta la bilancia, al quale altro non rimane che sollevare la benda dagli occhi, per rendersi conto che tra le mani gli è rimasta solo la spada<sup>102</sup>. L'ergastolo, nel nostro ordinamento, non è costituzionalmente illegittimo, non perché anche gli ergastolani possono accedere, dal 1962, alla liberazione condizionale, ma perché la condizionale è decisa da un giudice<sup>103</sup>. Nell'ambito dell'ergastolo ostativo, invece, non è il giudice che decide sulla misura alternativa, bensì il legislatore, grazie alla presunzione assoluta. La separazione dei poteri ne esce in questo modo distrutta, martoriata. In una parola:

---

<sup>102</sup> D. GALLIANI, *Ponti non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Il diritto alla speranza, l'ergastolo del diritto penale costituzionale*, 2019, p. 184.

<sup>103</sup> Corte cost. sent. n. 264/1974.

violata. La separazione dei poteri, qui, si lega indissolubilmente con il principio della dignità umana, visto che solo il giudice ha l'obbligo costituzionale di motivare le sue sentenze, spiegando alla persona le sue valutazioni. Questo è un modo per trattare con eguale rispetto ogni essere umano, quale essere capace di comprendere. Che poi significa trattarli con dignità.

#### **5. L'ergastolo ostativo come pena conseguente a illegittimo automatismo normativo.**

La pena dell'ergastolo ostativo è rigidamente ancorata al tipo di reato commesso, in forza di un automatismo normativo a sua volta fondato su presunzioni legali assolute. Per questo motivo, si configura come un regime volto a soddisfare esigenze di retribuzione, prevenzione generale e difesa sociale, sollevando dubbi di compatibilità con i principi costituzionali della ragionevolezza legislativa (art.3 Cost.), della finalità rieducativa delle pene (art.27 co.3 Cost.), della responsabilità penale personale (art.27 co.1 Cost.) e di dignità umana della persona detenuta. L'attuale formulazione dell'art.4-bis ord.penit. è sorretta interamente da vere e proprie presunzioni legislative, infatti la commissione di un reato di tipo associativo incluso nell'elenco del co.1 comporta una doppia presunzione legale: una presunzione di pericolosità sociale e una

presunzione di permanenza del legame con l'organizzazione criminale, entrambe ostative alla concessione dei benefici penitenziari. Queste presunzioni sono superabili esclusivamente attraverso una condotta collaborativa, considerata a sua volta presunzione legale del sicuro ravvedimento del condannato.

Prima di tutto, ad essere violato è il criterio “costituzionalmente vincolante” di esclusione di “rigidi automatismi” normativi in materia penitenziaria<sup>104</sup>, in riferimento alla necessaria individualizzazione del trattamento e della finalità rieducativa della pena. Tale violazione è aggravata dall'assorbimento della riserva di giurisdizione. Infatti, l'art.4-bis ord.penet. è formulato in modo da non consentire al giudice di sorveglianza di tenere di conto delle peculiarità del caso concreto. In questo modo, risulta violato anche il principio di responsabilità penale personale, che rifiuta presunzioni assolute di pericolosità sociale tipiche di un diritto penale per tipi di autore, e la dignità umana del condannato, che impone di trattare la persona detenuta per ciò che realmente è e per i fatti realmente commessi, nella loro contestualità storica e sociale. La Corte costituzionale tende a giustificare l'automatismo normativo di cui all'art.4-bis ord.penet. facendo leva sulla natura associativa dei reati ostativi previsti nel suo co.1., nonostante la rigidità normativa del regime ostativo pare, in realtà, essere dettata da illegittime scelte di politica criminale. La concessione di qualunque beneficio penitenziario

---

<sup>104</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 436/1999.

e misura alternativa prevede di per sé un controllo sulla pericolosità sociale del detenuto, perciò sostituire la discrezionalità giurisdizionale con l'automatismo normativo dell'ostatività dimostra la volontà politica di sostituirsi alla magistratura di sorveglianza. Inoltre, l'effettivo distacco del reo dal sodalizio criminale può essere dimostrato attraverso molteplici comportamenti, per questo motivo considerare l'utile collaborazione come unico indizio in grado di provare la rottura del vincolo associativo rivela la scelta politica di trasformare il carcere in strumento dell'attività investigativa. Infine, l'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento è falsa, per cui considerare la collaborazione come unico comportamento ammesso dalla legge per dimostrare il sicuro ravvedimento non risponde al principio dell'*id quod plerumque accidit*, bensì ad una logica di politica criminale.

## **6. Ulteriori profili di illegittimità.**

L'ergastolo ostativo non collide soltanto con il principio della rieducazione del condannato, ma anche con altri principi costituzionali: il principio di eguaglianza (art.3 Cost.) e il principio di umanità della pena (art. 27 co.3 Cost.). Inoltre, integra una violazione di diritti costituzionalmente garantiti, tra i quali il diritto alla libertà morale (artt. 2 e 13 co.2 Cost.) e il diritto di difesa (art.24 Cost.).

L'ergastolo ostativo si pone in contrasto con il principio di eguaglianza-ragionevolezza (art.3 Cost.) in quanto impone un trattamento eguale di situazioni diverse: la situazione del condannato che non collabora perché effettivamente mantiene legami con l'organizzazione criminale di appartenenza e la situazione di chi, invece, non collabora per ragioni diverse, avendo abbandonato ogni scelta di vita criminale.

L'ergastolo ostativo mostra profili di incompatibilità con il diritto alla libertà morale (art. 2 Cost.), dato che la normativa pone il condannato davanti a questa alternativa: collaborare con la giustizia, con la conseguente possibilità di uscire dal carcere, o non collaborare, restando per sempre dietro le sbarre. La libertà morale è di ogni individuo per la sola ragione di appartenere al genere umano. Di conseguenza non può essere oggetto di alcuna violazione, restrizione, eliminazione. La libertà morale è espressione della dignità propria di ogni essere umano, perciò mai può acquistarsi per meriti e perdersi per demeriti<sup>105</sup>. L'ergastolo ostativo contrasta, così, con l'art.13 co.2 Cost., il quale punisce ogni violenza non solo fisica, ma anche morale sulle persone sottoposte a restrizione di libertà. Perciò, con tale normativa, l'ordinamento esercita sul detenuto una forma di violenza che è oggetto di un obbligo costituzionale di incriminazione<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> G. SILVESTRI, prefazione a C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, 2016.

<sup>106</sup> Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, 2018, p. 65.

La rigidità del meccanismo ostativo applicato all'ergastolo lede anche il diritto alla difesa, garantito dall'art.24 Cost. Escluse le ipotesi di collaborazione irrilevante, impossibile e inesigibile, a norma dell'art.4-bis co.1-bis ord.penit., se l'ergastolano non collabora sa di dover scontare una pena perpetua intramuraria, come sa che per sottrarsi a tale trattamento non ha altra scelta se non quella di trasformare il proprio diritto al silenzio nel suo contrario. Così, durante la fase di esecuzione della pena, il *nemo tenetur se detegere* si capovolge nell'*inquisitorio carceratus tenetur alios detegere*<sup>107</sup>. Attraverso il "ricatto" dell'esclusione dai benefici penitenziari, il diritto di difesa viene lesa sia prima che dopo la condanna. L'ergastolano ostativo deve scegliere se rendere o meno una confessione, subendo una riduzione del diritto alla difesa, inteso come diritto a non fornire elementi a proprio danno che include anche il rifiuto di rispondere o il ricorso alla menzogna. Quindi l'ostatività alle misure extramurarie si configura come una sorta di sanzione per la condotta processuale tenuta, nonostante questa sia legittima e garantita. Il diritto alla difesa deve essere garantito anche durante la fase di esecuzione della pena: contemplando ipotesi legittime di non-collaborazione, in quanto inesigibili, è chiaro che la normativa vigente intende il diritto di difesa come un prolungamento del diritto al silenzio. Perciò, imporre la collaborazione al condannato, come condizione indispensabile per poter ottenere la liberazione condizionale,

---

<sup>107</sup> A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, op. cit., p. 119.

appare lesivo dell'art.24 Cost. La Corte costituzionale, con la sent. n. 306/1993, aveva affermato che il diritto alla difesa sarebbe esercitabile solo entro il perimetro tracciato dalla legge, perciò "se essa vi oppone limiti o condizioni è gioco forza che sia solo in questo ambito che le ragioni difensive abbiano modo di esplicarsi". Alla luce di questa affermazione, il diritto alla difesa appare subordinato alla sua traduzione legislativa, quando invece la costituzione impone un rapporto gerarchico esattamente capovolto. Se, in fase di esecuzione della pena, la necessità di una collaborazione si traduce in una norma che pregiudica il pieno rispetto del diritto al silenzio dell'imputato, è la regola (legislativa) a dover cedere il passo al principio (costituzionale). Non viceversa.

Quanto poi al principio costituzionale di umanità della pena, enunciato, accanto al principio della rieducazione, nell'art.27 co.3 Cost., è opportuno rammentare l'art.3 CEDU, che impone il divieto di pene inumane, e l'art.117 Cost., che obbliga lo Stato italiano al rispetto degli obblighi derivanti dai vincoli internazionali. Sulla base proprio dell'art.3 CEDU, la Corte EDU parla di incompatibilità dell'ergastolo ostativo con il principio convenzionale. La Corte costituzionale, inoltre, poneva le premesse per dichiarare, oggi, l'illegittimità dell'ergastolo ostativo già nella storica sent. 21 novembre 1974, n.264. Con questa sentenza la Corte "salvava" l'ergastolo comune in base a due argomenti: la possibilità del condannato di accedere alla liberazione condizionale e la teoria polifunzionale della pena. Questi argomenti, però, non reggono in caso di ergastolo ostativo, perché la possibilità di accedere alla

liberazione condizionale è oggi negata all'ergastolano ostativo e la teoria polifunzionale della pena è stata abbandonata dalla Corte a partire dalla sent. 26 giugno 1990, n.313<sup>108</sup>.

## **7. Una pena perpetua fino alla morte.**

L'impossibilità di concedere anche il beneficio della liberazione condizionale, sottopone l'ergastolano ostativo ad una detenzione intramuraria perpetua violando in questo modo l'art.27 co.3 Cost. La corte costituzionale ha da sempre sostenuto la legittimità del carcere a vita, ritenendo che non si tratti di una condanna davvero *sine die*, dato che la possibilità di concedere la liberazione condizionale configurerebbe la porta d'uscita che "consente l'effettivo reinserimento anche all'ergastolano nel consorzio civile"<sup>109</sup>. In questo modo quella che l'art.22 c.p. configura come pena *de jure* perpetua potrebbe non esserlo più *de facto*. Tuttavia, tale argomento non vale per l'ergastolo ostativo: la possibilità di accedere alla liberazione condizionale è preclusa per legge, così il carcere a vita torna ad essere una pena effettivamente perpetua per il condannato che non collabora con la giustizia. L'ergastolano ostativo non collaborante viene, così, a trovarsi in una situazione analoga a quella già accertata come illegittima dalla

---

<sup>108</sup> E ribadito, di recente, nella sent. 6 giugno 2017, n. 179 in materia di stupefacenti e nella sent. 21 giugno 2018, n.149 in tema di ergastolo.

<sup>109</sup> Corte cost. sent. n. 264/1974.



sent. n. 161/1997, in occasione della quale la Corte costituzionale aveva affermato che “se la liberazione condizionale è l’unico istituto che in virtù della sua esistenza nell’ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell’ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca”. In particolare, con tale pronuncia, la Corte ha riconosciuto all’ergastolano, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, la possibilità di riaccedervi qualora ne sussistano nuovamente i presupposti, diversamente da quanto prevedeva l’art.177 co.1 c.p. La preclusione sancita a norma dell’art.4-bis ord.penit. pare invece accordarsi proprio con l’originaria preclusione dell’art.177 co.1 c.p., che escludeva definitivamente il reo dal percorso rieducativo finalizzato al suo reinserimento sociale, in violazione dell’art.27 co.3 Cost.

### **7.1. (Segue): La “pena di morte viva”.**

Per il reo non collaborante la condanna all’ergastolo ostativo si configura come una pena detentiva fino alla morte, violando, perciò, il divieto assoluto della pena di morte sancito dall’art.27 co.4 Cost. La pena capitale e la carcerazione a vita ex art.4-bis ord.penit. presentano la medesima natura eliminativa, in quanto entrambe si configurano come privazione di vita, cancellazione di futuro e azzeramento di ogni

speranza. L'ergastolo ostativo si rivela, così, una "pena di morte nascosta"<sup>110</sup>: una pena, cioè, effettivamente perpetua e non riducibile, che vede lo Stato appropriarsi della vita del reo, murandola in carcere. Per questo motivo, l'ergastolo ostativo si presta alle stesse obiezioni mosse già alla pena capitale, che poi indussero il legislatore ad abolirla dal nostro ordinamento. In primo luogo, è opportuno ricordare che nell'ordinamento processuale sussiste pur sempre l'eventualità di un errore giudiziario, ovvero il rischio di condannare un innocente. Perciò, nessuno dovrebbe essere punito in modo irrimediabile. In secondo luogo, entrambe le pene precludono al condannato la possibilità di intraprendere un percorso risocializzante, esprimendo, piuttosto, un assolutismo retributivo che esige la vita di chi ne ha soppressa un'altra o un bene giuridico di valore equivalente. In terzo luogo, sia la pena capitale che l'ergastolo ostativo si rivelano "pene esemplari", che strumentalizzano il condannato in nome di esigenze collettive di difesa sociale e per raggiungere obiettivi di politica criminale. Una simile previsione, in realtà, "è sicuramente da escludersi nel nostro sistema costituzionale"<sup>111</sup>, che promuove la tutela della dignità umana (artt. 2, 3 co.1, 13 co.4, 19, 21, 27 co.3 Cost.) e assicura lo sviluppo della personalità di ogni individuo in un'ottica di solidarietà (artt. 3 co.2, 4, 32, 34 Cost.). Infine, entrambe le pene sottopongono per lunghi anni il condannato "all'angoscia ed alla tensione crescente del vivere all'ombra

---

<sup>110</sup> Cfr. PAPA FRANCESCO, *Discorso rivolto alle delegazioni delle Associazioni internazionali di diritto penale*, 23 ottobre 2014.

<sup>111</sup> Corte cost. sent. n. 364/1988.

sempre presente della morte”<sup>112</sup>, configurandosi, così, come un trattamento inumano e degradante per il condannato, in violazione dell’art.117 co.1 Cost alla luce dell’art.3 CEDU.

### **8. Il rischio di una pena inumana e di un trattamento equivalente alla tortura per l’ergastolano.**

L’ergastolo ostativo, in quanto pena necessariamente perpetua, si pone in contrasto, secondo parte della dottrina, con un altro principio fondamentale ossia quello del divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti. Per questo motivo, il particolare regime di esecuzione della pena previsto dall’art. 4-bis ord. penit., traducendosi in carcere a vita senza contatti con il mondo esterno, potrebbe violare il principio sancito dall’art. 27 co. 3 Cost. prima parte, il quale sancisce che “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”. L’art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, ratificata dall’Italia nel 1989, prevede che: “Ogni atto con il quale viene intenzionalmente inflitto ad una persona un grave dolore o sofferenza, fisica o mentale, per propositi quali ottenere da essa o da un terzo informazioni o confessioni, punirlo

---

<sup>112</sup> Cfr. Corte EDU, 10 novembre 1988, *Soering c. Regno Unito*.

per un atto che lui o un terzo hanno commesso o di cui sono sospettati (...) è, per il diritto internazionale, tortura”. Inoltre, l’art. 3 CEDU stabilisce che: “Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o (trattamenti) inumani o degradanti”. In altre parole, il regime ostativo dell’art.4-bis co.1 ord.penit., applicato all’ergastolo, corrisponde ad un trattamento equivalente alla tortura, il cui divieto l’Italia è tenuta a rispettare quale regola costituzionale (art.13 co.4 Cost.), obbligo internazionale pattizio (art.117 co.1 Cost.) e norma consuetudinaria vincolante l’intera comunità internazionale (art.10 co.1 Cost.). La giurisprudenza della Corte Edu ha fornito delle utili indicazioni per accertare la violazione o meno del divieto di pene inumane. Prima di tutto, le modalità concrete di irrogazione della pena non devono pregiudicare la dignità umana dell’individuo che vi è sottoposto. A tale proposito, la Corte valorizza una serie di elementi come le condizioni specifiche di detenzione, l’età e le condizioni di salute del condannato, la durata della pena e la percezione soggettiva del carattere umiliante di una determinata pena. In relazione all’ergastolo ostativo il carattere della durata della pena diventa fondamentale. C’è da chiedersi se una pena effettivamente perpetua sia da considerarsi conforme alla CEDU. La risposta sembrerebbe essere negativa a seguito della sentenza della Grande Camera del 9 luglio 2013 (Vinter e altri c. Regno Unito). La Corte Edu nella sua composizione più autorevole, ribaltando il verdetto emesso dalla quarta sezione della stessa Corte, ha ammesso, con particolare riferimento alla legislazione britannica, che l’ergastolo senza

possibilità di revisione della pena è una violazione dei diritti umani, poiché l'impossibilità di scarcerazione è considerato un trattamento degradante e inumano contro il detenuto condannato in via definitiva alla pena a vita con violazione dell'art. 3 CEDU. Il meccanismo previsto dall'art. 4-bis ord. penit. non consente di valutare il percorso rieducativo del condannato dunque, in assenza di collaborazione, la pena dell'ergastolo sembrerebbe urtare con i principi pronunciati dalla Corte Edu. Ai sensi dell'art.4-bis co.1 ord.penit. lo scambio tra il binario morto di una reclusione integralmente intramuraria e perpetua, e il binario di un regime detentivo differenziato e dalla durata riducibile, scatta esclusivamente in presenza di una collaborazione fruttuosa con la giustizia: questa la condizione che, *ope legis*, preme sul condannato all'ergastolo ostativo, schiacciandone l'autodeterminazione<sup>113</sup>. La corte costituzionale si è sempre dichiarata, invece, di diverso parere. A parere della Corte, infatti, la condotta collaborativa sarebbe una scelta che il detenuto è libero di non adottare, escludendo quindi che la norma censurata “costringa alla delazione attraverso la minaccia di un trattamento punitivo deteriore”<sup>114</sup>. Nonostante le motivazioni adottate dalla Corte, il regime ostativo applicato all'ergastolo pare presentare tutti gli elementi che concorrono a configurare la nozione internazionale di tortura. L'ergastolano ostativo, infatti, è posto in una condizione di

---

<sup>113</sup> A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, op. cit., p. 121.

<sup>114</sup> Corte cost. sent. n. 39/1994; in senso conforme cfr. sentt. nn.135/2003 e 239/2014.

grave costrizione psico-fisica a causa della pressione esercitata sulla sua volontà da svariati fattori: la durata *sine die* della pena; il carattere esclusivamente intramurario della pena; la “pena accessoria” di un’astinenza sessuale definitiva, dato che all’ergastolano non collaborante non risulta concedibile neanche il permesso premio ex art.30-ter ord.penet.; la minaccia di una possibile sottoposizione al regime del carcere duro ex art.41-bis ord.penet.; infine, l’inasprimento del trattamento penitenziario per gli autori di reati ostativi di fascia più alta, attraverso restrizioni dei colloqui visivi e delle conversazioni telefoniche, e attraverso l’inserimento nel circuito di alta sicurezza. Questo tipo di trattamento pare mirare ad un unico obiettivo, ovvero quello di esercitare una pressione psico-fisica sul condannato al fine di indurlo alla collaborazione con la giustizia. Questo per quanto riguarda l’elemento materiale della tortura. Ma, analogamente, per quanto riguarda l’aspetto psicologico, il regime ostativo imposto al condannato all’ergastolo rispecchia l’*intentio legislatoris* di “incentivare, per ragioni investigative e di politica criminale generale, la collaborazione con la giustizia”<sup>115</sup>. Infine la pena dell’ergastolo presenta, della tortura, la stessa indeterminatezza temporale, in quanto di entrambe non è possibile prevedere la durata, che dipende dal grado di resistenza del soggetto passivo<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Corte cost. sent. n.239/2004.

<sup>116</sup> A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo*, op. cit., p. 122.

## CAPITOLO IV

### LA GIURISPRUDENZA DELLA CEDU IN TEMA DI PENA PERPETUA

SOMMARIO: 1. La convenzione europea dei diritti dell'uomo. - 1.1. L'art.3 CEDU: il divieto di trattamenti inumani o degradanti e il divieto di tortura. - 2. Il diritto europeo alla speranza: la pena perpetua nella giurisprudenza della Corte EDU. - 3. L'ergastolo comune alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. - 4. Fianto alla speranza: l'ergastolo ostativo finalmente a giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo (il caso *Viola c. Italia*). - 4.1. Le difese del Governo italiano. - 4.2. La decisione della Corte EDU e le novità della sentenza *Viola*. - 4.3. L'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek.

#### **1. La convenzione europea dei diritti dell'uomo.**

La CEDU è un trattato internazionale stipulato all'interno del Consiglio d'Europa, finalizzato alla promozione della democrazia e dei diritti umani. La Convenzione è stata firmata a Roma il 4 novembre

1950 da 12 Stati<sup>117</sup> ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. Attualmente, gli stati firmatari sono 47<sup>118</sup> di cui 28 membri dell'Unione Europea. L'Italia ha ratificato la Convenzione con la l. 848/1955. La Convenzione vincola gli Stati contraenti in virtù dell'art. 1, che impone agli stessi l'obbligo di rispettare i diritti dell'uomo. Una volta esaurite le vie di ricorso interno, la CEDU offre la possibilità di presentare istanza alla Corte Edu, organo giurisdizionale che accerta la violazione di uno o più diritti sanciti dalla Convenzione e, in caso di violazione accertata, ne ordina la rimozione agli Stati firmatari.

## **1.2. L'art.3 CEDU: il divieto di trattamenti inumani o degradanti e il divieto di tortura.**

L'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo proibisce la tortura e il trattamento o pena disumano o degradante.

---

<sup>117</sup> I primi stati firmatari sono: Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia.

<sup>118</sup> Gli stati che aderiscono alla CEDU sono: Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia, Germania, Austria, Cipro, Svizzera, Malta, Portogallo, Spagna, Lichtenstein, San Marino, Finlandia, Ungheria, Polonia, Bulgaria, Slovenia, Lituania, Estonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Romania, Andorra, Lettonia, Albania, Moldavia, Macedonia, Ucraina, Russia, Croazia, Georgia, Armenia, Azerbaigian, Bosnia Erzegovina, Serbia, Monaco, Montenegro.



Il divieto di tortura e di trattamento inumano o degradante rappresenta uno dei traguardi più importanti delle società moderne. In passato, la tortura era la tecnica più diffusa per ricercare la prova all'interno del sistema processuale di tipo inquisitorio; i supplizi venivano attuati in un'ottica repressiva dei delitti, e in quest'ottica trovavano la loro giustificazione teorica. Infatti, l'interesse prioritario era la punizione del colpevole, mentre poco importava l'ingiustizia e inumanità dello strumento usato. Tale metodo si rivela ancora più atroce, se osservato alla luce del fenomeno della falsa testimonianza, infatti accadeva spesso che il prigioniero confessasse delitti non compiuti pur di porre fine ai supplizi, oppure, al contrario, poteva succedere che il colpevole fosse in grado di resistere alla sofferenza e venisse perciò scagionato, dando così prova di (falsa) innocenza<sup>119</sup>.

Oggi l'art. 3 della Convenzione è diventato un modello di tutela dei diritti dell'uomo richiamato in gran parte delle Costituzioni moderne e nelle più recenti Carte sui diritti umani come, ad esempio, la *Carta europea dei diritti dell'uomo* e la *Carta di Nizza*. La Corte ha più volte ribadito l'importanza del divieto definendolo "*un principio fondamentale delle società democratiche*". Questa espressione è stata utilizzata dai giudici di Strasburgo per la prima volta nel caso *Soering c. Regno Unito*<sup>120</sup>, relativo all'extradizione di un cittadino europeo,

---

<sup>119</sup> A. GORI, *L'art.3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, pubblicato sulla rivista [www.adir.unifi.it](http://www.adir.unifi.it), 2015.

<sup>120</sup> Corte, sentenza *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, riferimento n. 14038/88.

condannato per omicidio, negli Stati Uniti, dove avrebbe subito la condanna alla pena di morte. Nella sentenza, i giudici hanno definito l'art. 3 come *principio fondamentale*, riconoscendolo come standard accettato a livello internazionale, come si evince dal *Patto internazionale del 1966 sui diritti civili e politici* e dalla *Convenzione americana sui diritti umani 1969*.

É interessante notare che la norma in analisi, oltre ad essere una delle più scarse, è l'unica della Convenzione che non prevede eccezioni o deroghe, neppure in circostanze gravi quali la lotta al terrorismo o alla criminalità organizzata. Nella sentenza *Chahal c. Regno Unito*<sup>121</sup>, i giudici hanno affermato il principio secondo cui nessuna circostanza, comprese la minaccia di terrorismo o le preoccupazioni per la sicurezza nazionale, può giustificare una simile violazione dei diritti umani. Il governo del Regno Unito era intervenuto nel caso per cercare di opporsi al divieto assoluto di tortura e maltrattamenti, sostenendo che il diritto di una persona a non essere sottoposta a simili trattamenti all'estero dovesse comunque essere bilanciato con il rischio in cui, la stessa, aveva posto lo Stato che la stava allontanando. La Corte ha rigettato questa tesi sostenendo che la Convenzione europea proibisce, in ogni circostanza, l'espulsione verso Paesi in cui vi è il rischio di tortura e maltrattamenti, valorizzando in questo modo il carattere assoluto dell'art. 3.

---

<sup>121</sup> Corte EDU, sentenza *Chahal c. Regno Unito*, 07.07.1996, riferimento n. 22414/93.

Nel tempo la giurisprudenza ha intrapreso un percorso evolutivo della norma, anche grazie alla struttura duttile dell'articolo, che ha consentito di ricompredervi al suo interno ulteriori forme di tutela. Tuttavia, nella giurisprudenza della Corte Europea non si trovano specifiche indicazioni normative sulle nozioni di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, ma è possibile ricavare dei principi che consentono di valutare quali comportamenti potrebbero rientrare tra le condotte vietate dalle norme disposte a tutela della persona, soprattutto in materia detentiva. I trattamenti inumani o degradanti consistono nella inflizione di sofferenze, che però mancano di quella intensità che caratterizzano la tortura. La tortura, per converso, viene a connotarsi come qualsiasi atto attraverso cui vengono inflitte delle sofferenze psico – fisiche alla persona, al fine di ottenere da questa o da terzi informazioni o confessioni o di punirla, intimidirla o esercitare pressione per un atto che ella o la terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso<sup>122</sup>, tanto da raggiungere un livello minimo di gravità determinato in base alla durata del trattamento, alle sue conseguenze, all'età, al sesso o allo stato di salute della vittima.

Da qui, l'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale della Corte Europea in tema di pena perpetua.

---

<sup>122</sup> Cfr. Convenzione delle Nazioni Unite, 1984, contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani e degradanti, che sancisce il divieto di tortura in modo assoluto.

## **2. Il diritto europeo alla speranza: la pena perpetua nella giurisprudenza della Corte Edu.**

La più importante questione di ordine penale dell'odierna agenda europea è l'ergastolo<sup>123</sup>. Nella giurisprudenza della Corte Edu relativa alla pena perpetua il problema della sua compatibilità rispetto alla Convenzione viene affrontato soprattutto in relazione all'art.3 CEDU, ai sensi del quale “nessuno può essere sottoposto a tortura né a trattamenti inumani o degradanti”. Il parametro utilizzato dalla giurisprudenza di Strasburgo su questo tema è quello della “pena perpetua riducibile”, requisito essenziale affinché la pena perpetua possa considerarsi compatibile con l'art.3 CEDU. In una sentenza del 2008, relativa al caso *Kafkaris c. Cipro*, la Corte di Strasburgo afferma che l'ordinamento statale deve prevedere un qualsiasi meccanismo, anche affidato al potere esecutivo (come tale, sottratto a qualsiasi obbligo di motivazione), che consenta, *de jure e de facto*, al condannato la possibilità di tornare in libertà. Questo basterebbe affinché la pena possa considerarsi “riducibile”. In pratica, la Corte doveva verificare se l'ergastolano aveva una “prospettiva di rilascio”. Secondo lo *standard Kafkaris*, il fatto che il diritto statale riconosca la possibilità di rivalutare l'ergastolo,

---

<sup>123</sup> P. P. DE ALBUQUERQUE, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, in *Il diritto alla speranza*, a cura di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. P. DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, 2019, p. 221.

in vista della sua possibile commutazione, remissione, interruzione o della liberazione condizionale, sarebbe sufficiente ai fini dell'art.3. La Corte considerava allo stesso modo anche il rilascio anticipato a seguito di una decisione discrezionale del Capo dello Stato o della clemenza presidenziale, ovvero la grazia e la commutazione. Tale principio viene ribadito in diverse sentenze successive<sup>124</sup>, nelle quali si afferma che il condannato deve disporre di strumenti giuridici che ne rendano possibile la liberazione. A ciò si aggiunge che, ai fini della compatibilità convenzionale, la pena perpetua non deve essere “nettamente sproporzionata” rispetto alla gravità del reato. In pratica, a fronte di una pena di per sé eseguita nel rispetto dell'art.3 CEDU, ma che “non si lascia in nessun modo giustificare al metro della proporzione con la gravità del fatto commesso”<sup>125</sup>, la Sezione IV della Corte di Strasburgo ravvisa un trattamento inumano o degradante. Tuttavia, la Corte sottolinea che “netta sproporzione è un criterio stretto” e che “sarà integrato molto raramente”.

Nel 2013, pronunciandosi in via definitiva sul caso *Vinter c. Regno Unito*, la Corte Edu<sup>126</sup>, pur senza rinnegare i principi affermati nella sentenza *Kafkaris*, introduce tuttavia alcuni ulteriori, fondamentali

---

<sup>124</sup> Corte Edu, Sez. IV, 17 gennaio 2012, *Vinter c. Regno Unito*; Corte Edu, Sez. IV, 17 gennaio 2012, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 luglio 2012.

<sup>125</sup> F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art.3 Cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della corte di Strasburgo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 luglio 2012.

<sup>126</sup> Corte Edu, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 luglio 2013.

elementi di novità<sup>127</sup>. In particolare, la Corte ha riesaminato la questione di come determinare se, caso per caso, l'ergastolo possa dirsi riducibile, tenendo presente due scopi delle pene: prevenzione e risocializzazione. In linea generale si sostiene che la pena nei confronti di una persona capace di intendere e di volere possa avere uno o più dei seguenti scopi: (1) prevenzione speciale positiva (risocializzazione), ovvero preparare il reo, una volta tornato nella società, a condurre una vita rispettosa delle leggi; (2) prevenzione speciale negativa (incapacitazione), ovvero separare il reo dalla comunità, per impedire che infranga nuovamente la legge; (3) prevenzione generale positiva (rafforzare le norme violate), ovvero incrementare l'accettazione e il rispetto delle norme infrante; (4) prevenzione generale negativa (deterrenza), ovvero impedire future violazioni delle leggi da parte di altre persone; (5) retribuzione, ovvero espiazione della colpa del reo<sup>128</sup>. In *Vinter e altri*, la Grande Camera sostiene che l'ergastolo irriducibile viola irrimediabilmente l'art.3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto si pone in contrasto con lo scopo della risocializzazione. In questo modo, riferendosi a sentenze che comminano pene indeterminate, senza fine certa, oppure dalla durata determinata ma estremamente lunga o che addirittura eccede la normale prospettiva di vita di un individuo, la Corte equipara l'ergastolo irriducibile ad un trattamento inumano, alla luce

---

<sup>127</sup> E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni.*, op. cit., p. 37.

<sup>128</sup> P. P. DE ALBUQUERQUE, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, op. cit., p. 222.

degli effetti de-socializzanti e de-umanizzanti propri delle pene di lunga durata. Per prima cosa, senza comunque aggiungere innovazioni rispetto alle pronunce precedenti, la Corte Edu in *Vinter e altri* afferma che “per quanto riguarda le pene perpetue, l’articolo 3 esige che esse siano riducibili, ossia sottoposte a un riesame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l’esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione”. Di innovativo, invece, la Corte Edu afferma che il condannato all’ergastolo ha il diritto di sapere, sin dall’inizio della sua pena, “che cosa deve fare perché sia esaminata una sua possibile liberazione e quali siano le condizioni applicabili”. Inoltre, il condannato ha “il diritto di conoscere il momento in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto”. La Corte, poi, aggiunge che “dagli elementi di diritto comparato e di diritto internazionale, risulta che vi è una netta tendenza in favore della creazione di un meccanismo che garantisca un primo riesame entro un termine massimo di venticinque anni da quando la pena perpetua è stata inflitta, e poi, successivamente, dei riesami periodici”. In caso di esito positivo, deve essere assicurato che il condannato possa tornare in libertà. Infine, il provvedimento finale deve essere corredato da una motivazione e deve essere prevista la possibilità di proporre un ricorso giurisdizionale. Per la Corte Edu non bastano dunque le condizioni

evidenziate dalla precedente giurisprudenza<sup>129</sup>, bensì devono ricorrere ulteriori condizioni relative al momento in cui il condannato potrà chiedere che il suo percorso rieducativo venga esaminato e ai criteri in base ai quali verrà condotta questa analisi, alla forma del provvedimento finale, al ritorno in libertà qualora il riesame abbia avuto esito positivo e, infine, condizioni relative alla possibilità di presentare un ricorso giurisdizionale nel caso in cui il riesame abbia avuto esito negativo. Di conseguenza, qualora l'ordinamento statale non preveda alcun meccanismo concreto per attuare la rivalutazione di un ergastolano, la incompatibilità con l'art.3 sorge sin dal momento della imposizione e non da un momento successivo della detenzione<sup>130</sup>. Anche nel recente caso *Ocalan v Turchia n. 2*, la Corte si è ancora occupata della compatibilità con la Convenzione dell'ergastolo senza liberazione condizionale, imposto ad un reo capace di intendere e di volere, ma con due novità rispetto a *Vinter e altri*. Nel caso *Ocalan* la questione riguardava un leader di una organizzazione terroristica, detenuto in condizioni particolarmente restrittive che limitavano i contatti con i familiari e con gli avvocati e lo privavano totalmente di appropriate cure mediche. Dopo un esame complessivo delle condizioni materiali della detenzione, del regime di isolamento del ricorrente, dei contatti con l'ambiente esterno, inclusi i contatti con i familiari e gli avvocati, nonché l'accesso ai media e alle telefonate e delle possibilità del

---

<sup>129</sup> Ovvero la presenza nell'ordinamento di un qualsiasi strumento che consenta di verificare, nel corso dell'esecuzione, se la pena abbia conseguito i suoi scopi; una pena non nettamente sproporzionata rispetto alla gravità del reato.

<sup>130</sup> CEDU, Grande Camera, sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito*, § 122.



ricorrente di contattare i medici del carcere, la Corte ha concluso nel senso della violazione sostanziale dell'art.3 per quanto riguarda la detenzione, almeno in riferimento al periodo iniziale<sup>131</sup>. In questo modo, la Corte riconferma la giurisprudenza *Vinter e altri*, dichiarando che l'ergastolo irriducibile imposto al ricorrente viola l'art.3 e, di conseguenza, ordina allo Stato resistente di stabilire i necessari strumenti normativi che consentano di prevedere il meccanismo della liberazione condizionale, per valutare se, a livello penale, vi siano ancora motivazioni che giustifichino il proseguimento della detenzione del ricorrente. Alla luce sia di *Vinter e altri* sia di *Ocalan n. 2*, il passaggio logico successivo è domandarsi se l'ergastolo risulti essere in sé compatibile con l'art.3. Pur ammettendo la possibilità di una qualche correlazione tra la previsione dell'ergastolo e un basso tasso di criminalità, non parrebbe che la Convenzione ritenga ammissibile punire un individuo per meri scopi di deterrenza o per rafforzare l'autorità delle norme. Inoltre, volgendo lo sguardo al diritto comparato, è possibile osservare che molti paesi, europei e non europei, si sono negli anni attivati per abolire l'ergastolo, dando, così, prova che società in diversi continenti e con differenti culture possano continuare a sopravvivere anche senza tale pena<sup>132</sup>. I principi enunciati nella

---

<sup>131</sup> P. P. DE ALBUQUERQUE, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, op. cit., p. 223.

<sup>132</sup> In Europa si ricordano: Andorra, Bosnia ed Herzegovina, Croazia, Montenegro, Portogallo, San Marino, Serbia e Spagna. Al di fuori dell'Europa: Angola, Brasile, Bolivia, Capo Verde, Cina, Colombia, Costa Rica, Repubblica Domenicana, Timor Est, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Messico, Mozambico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Sao Tomé e Principe e Uruguay.

sentenza della Grande Camera *Vinter c. Regno Unito* sono stati riaffermati anche in diverse sentenze successive. Tra queste, alcune riguardano casi che coinvolgono l'extradizione: vertono cioè sulla compatibilità convenzionale dell'extradizione da uno Stato membro del Consiglio d'Europa verso uno Stato straniero nel quale l'estradata potrebbe essere condannato alla pena perpetua. Alla luce di *Vinter e altri*, di fronte ad una persona condannata all'ergastolo irriducibile, gli Stati devono predisporre un meccanismo di rivalutazione che, in raccordo con gli scopi penalistici della detenzione, ne giustifichino il proseguimento. In altri termini, la Convenzione garantisce al condannato un vero e proprio diritto di domandare la liberazione condizionale, diritto che deve valere anche per i condannati per i reati più gravi. Questo non significa che tutti i detenuti devono essere necessariamente rilasciati. La liberazione condizionale, infatti, non solleva dalla sentenza, ma consente agli Stati, decorsi certi termini, di intervenire sulla libertà delle persone, grazie alla vigilanza sulle loro vite. Se gli Stati parti della Convenzione hanno qualche discrezionalità nel regolare il meccanismo della liberazione condizionale, il loro margine di apprezzamento, di certo, rimane sotto il controllo della Corte. Altrimenti, una illimitata discrezionalità in capo agli Stati rischierebbe di vanificare gli obblighi internazionali previsti nei loro confronti al fine di garantire la possibilità di una liberazione condizionale. Pertanto, la Convenzione fissa tre fondamentali precondizioni per assicurare una effettiva tutela del diritto di domandare la liberazione condizionale. In

primo luogo, il meccanismo deve essere affidato ad un giudice o deve essere almeno soggetto al controllo giurisdizionale, per quanto riguarda gli elementi di fatto e di diritto della decisione assunta. Ogni meccanismo che riservi ad un'autorità governativa o amministrativa l'ultima parola sulla rivisitazione della pena significherebbe mettere la libertà della persona nelle mani dell'esecutivo, sottraendo al giudiziario la sua competenza, così affidando all'esecutivo poteri giurisdizionali, in violazione del principio della separazione dei poteri<sup>133</sup>. Quindi, la *review* affidata ad un Ministro o ad ogni altra figura dell'amministrazione non garantisce sufficientemente una indipendenza tale da poter affermare il rispetto degli *standard* universali ed europei, bensì sarebbe come farsi beffa di un ordinamento democratico in cui la restrizione della libertà personale non è compito dell'esecutivo ma dei giudici. Inoltre, occorrono idonee garanzie procedurali di fronte alla scelta di tenere o di far tornare un detenuto in carcere, come l'ascolto di persona e la possibilità di accedere ai documenti del caso. In secondo luogo, la *review* della pena deve avvenire entro un termine predeterminato e ragionevole e la previsione della riducibilità della pena deve essere in vigore già al momento della pronuncia della sentenza. Se tale termine non è previsto, i giudici della cognizione devono indicarlo, tenendo in considerazione che non può corrispondere ad un periodo temporale equivalente ad una impossibilità *de facto* di domandare la *review*, dovuta

---

<sup>133</sup> P.P. DE ALBUQUERQUE, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, op. cit., p.224.

all'età della persona, perché ciò equivarrebbe ad una pena irriducibile mascherata. Periodi minimi da scontare sopra i 20 anni<sup>134</sup> o i 25<sup>135</sup> sono comunque problematici. Nel caso in cui la possibilità di rivisitazione non venga espressa in origine, la situazione del detenuto deve essere riconsiderata in un intervallo di tempo ragionevole, non dopo troppo tempo. Anche chi torna in carcere deve poter beneficiare, nuovamente, di altre *review*, ad intervalli regolari di tempo. In terzo luogo, i criteri per la valutazione della liberazione condizionale devono essere stabiliti dall'ordinamento in modo chiaro e prevedibile e non possono limitarsi a considerare le patologie mentali o psichiche, nonché il sopraggiungere della morte del detenuto. Inoltre, tali criteri, devono basarsi primariamente su considerazioni riguardanti la prevenzione speciale e solo in via secondaria su quella generale, perché, da sole, considerazioni riguardanti la prevenzione generale non possono essere alla base di un rifiuto di liberazione condizionale, così come di un ritorno in carcere. Come detto, *Vinter e altri* ha effetti anche per quanto riguarda le estradizioni, le espulsioni e i trasferimenti verso paesi non europei. Nel 2014 la Corte di Strasburgo<sup>136</sup> si è pronunciata sul ricorso di un cittadino tunisino, condannato in Belgio per attività di terrorismo e successivamente estradato dal Belgio verso gli USA, nonostante la possibilità che egli venisse condannato, negli Stati Uniti, a una pena detentiva perpetua senza possibilità di liberazione. IN una nota

---

<sup>134</sup> Come previsto dal EU 2002/584 sul mandato di arresto.

<sup>135</sup> Ai sensi dell'art.110 dello Statuto della Corte penale internazionale di Roma.

<sup>136</sup> Corte Edu, Sez. V, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*.

diplomatica inviata alla Corte, le autorità statunitensi hanno confermato la possibilità dell'ergastolo senza liberazione condizionale, precisando, però, che nel loro ordinamento erano comunque previsti diversi strumenti che potessero rendere riducibile quella pena. In particolare, le autorità statunitensi si riferivano al meccanismo dell'utile collaborazione della persona nelle indagini e nell'esercizio dell'azione penale nei confronti di una o più terze persone, sempre sulla base di comprovate ragioni umanitarie. Infine, ai sensi della Costituzione statunitense, i detenuti possono domandare al Presidente la commutazione della pena o la grazia. La sentenza *Trabelsi c. Belgio* richiama, della sentenza *Vinter c. Regno Unito*, il diritto del detenuto a sapere fin dall'inizio che cosa dovrà fare per ottenere la liberazione e in quale momento ne potrà fare richiesta<sup>137</sup>. La Corte, perciò, si domanda se “le disposizioni della legislazione americana che prevedono la possibilità di riduzione di una pena perpetua e di grazia presidenziale soddisfino i criteri che essa ha posto per valutare la riducibilità di una pena perpetua e la sua conformità all'art.3 della Convenzione”. In risposta a tale quesito, la Corte osserva che nessuno degli istituti previsti dal diritto americano presenta il requisito necessario per garantire il rispetto dell'art.3 Cedu, infatti quella legislazione non contiene alcuna previsione in merito all'accertamento della situazione del condannato a pena perpetua da parte di un'autorità, secondo tempi e criteri prestabiliti

---

<sup>137</sup> D. GALLIANI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano.*, op. cit., p. 38.

e conoscibili al momento della condanna, che consenta di valutare se siano venuti meno tutti i “motivi legittimi relativi alla pena” che potrebbero giustificare il permanere in carcere. Per tali motivi, la Corte non ha accettato un doppio *standard* di valutazione, uno per gli ergastolani in Europa e un altro per le persone che potrebbero essere estradate al di fuori dell’Europa, con la prospettiva di essere condannati ad un ergastolo irriducibile. La Corte non può imporre i suoi *standard* a paesi non europei, ma in *Trabelsi* la Corte ha in realtà imposto i suoi *standard* solo ai paesi europei, richiedendo a questi di non procedere ad una estradizione, qualora la persona corra il rischio di subire la condanna ad un ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale. Nulla impone agli Stati non europei che richiedono l’extradizione. Di qui, la condanna del Belgio per aver concesso l’extradizione verso un Paese in cui l’estradata potrebbe essere sottoposto ad un ergastolo irriducibile e ad un trattamento inumano, in violazione dell’art.3 della Convenzione.

Più spesso la Corte si è pronunciata su ricorsi di cittadini di Stati membri del Consiglio d’Europa condannati nello Stato ad una pena detentiva perpetua, che lamentano una violazione del diritto a un trattamento conforme a connotati di umanità<sup>138</sup>. In una sentenza relativa alla Lituania<sup>139</sup> la Corte si concentra sul ruolo della grazia che il presidente della Repubblica lituana può concedere al condannato a pena perpetua.

---

<sup>138</sup> Nella recente giurisprudenza, cfr. Corte Edu, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*; Corte Edu, Grande Camera, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*; Corte Edu, Sez. II, 23 maggio 2017, *Matiosaitis c. Lituania*.

<sup>139</sup> Corte Edu, Sez. II, 23 maggio 2017, *Matiosaitis c. Lituania*.

In Lituania, un condannato a pena perpetua può presentare domanda di grazia una volta trascorsi “almeno dieci anni di pena eseguita”, termine ampiamente coerente con gli standard fissati dalla Corte in sede di interpretazione dell’art.3 Cedu. Tuttavia, i giudici di Strasburgo osservano che, in relazione alla domanda di grazia, l’ordinamento lituano attribuisce al Presidente della Repubblica lituana una totale e illimitata discrezionalità, rilevando, perciò, anche in questo caso una violazione del divieto di trattamenti inumani da parte della Lituania.

Dopo le considerazioni espresse dalla Corte in *Vinter e altri*, la Corte di Appello del Regno Unito ha emesso una sentenza, nella quale, esplicitamente, risponde in dettaglio alla Grande Camera di Strasburgo. In *R v. Newell e R v. McLoughling*, la Corte di Appello sostiene che, nonostante il *Lifer Manual* non sia stato riformato, l’ordinamento interno prevede espressamente che il ministro è tenuto all’esercizio dei propri poteri in modo compatibile con l’art.3 della Convenzione. Se una persona condannata ad un ergastolo irriducibile può dimostrare che sono sopravvenute “circostanze eccezionali” dopo l’imposizione della pena, il Ministro dovrà valutare se tali circostanze eccezionali giustifichino il rilascio sulla base di motivi umanitari. Indipendentemente da quanto previsto nel *Lifer Manual*, il Ministro deve considerare tutte le circostanze rilevanti, sempre in modo compatibile con l’art.3. Le decisioni del Ministro devono essere motivate, tenendo conto della peculiarità di ciascun caso e sono, infine, soggette al *judicial review*, al fine di chiarare i concetti di “circostanze eccezionali” e “motivi

umanitari”, come avviene normalmente in *common law*. In definitiva, l’ordinamento interno riconosce la speranza e la possibilità di rilascio solo qualora vi siano circostanze eccezionali tali da rendere non più giustificabile la detenzione di un condannato a pena perpetua. Così, la Corte di Strasburgo, basandosi unicamente su quanto affermato nel caso *R v. McLoughlin*, ha dichiarato il sistema inglese non più in violazione della Convenzione. È bastata un’oscura decisione di una rilevante composizione di un’autorevole corte inglese per arrestare il cammino intrapreso da *Vinter* in avanti<sup>140</sup>. Di recente, nel caso *Hutchinson v. Regno Unito*, 3 febbraio 2015, una Camera della Corte di Strasburgo ha accettato la interpretazione dei giudici inglesi, ritenendola sufficiente al fine di affermare la compatibilità con l’art.3. La questione non è se la Corte “deve accettare l’interpretazione che i giudici hanno dato di previsioni normative interne”, piuttosto punto se nel 2008 il ricorrente era “in grado di conoscere, dal momento iniziale della pena, cosa fare per essere rivalutato ai fini del rilascio e a quali condizioni, nonché quando la *review* sarebbe potuta avvenire o si sarebbe potuta domandare”, come affermato in *Vinter e altri*. Non è quindi chiaro se la Corte di Appello abbia espresso una fiducia *ex tunc* o una speranza *ex nunc* sul fatto che il Ministro era, è e sarà “vincolato ad esercitare i suoi poteri in modo compatibile con l’art.3”. Le affermazioni contenute in *R v. Newell e R v. McLoughlin*, al pari delle precedenti della stessa Corte,

---

<sup>140</sup> D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in *Il diritto alla speranza*, a cura di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. P. DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, op. cit., p. 133.



si fondano su problematiche linguistiche, logiche e giuridiche alquanto serie. Seguendo il ragionamento della Corte di Appello, il diritto del Regno Unito e del Galles prevede la riducibilità, dal momento in cui il “rilascio umanitario per motivi medici” (malattie terminali, persone incapaci di deambulare), previsto nel *Lifer Manual*, anche se “eccezionale” non è comunque così restrittivo. Infatti, nel common law esiste un “ampio significato che può essere delucidato sulla base dei singoli casi”. Possono sorgere, a questo punto, alcune domande<sup>141</sup>. Che cosa ha da spartire la “compassione” con la “valutazione del rischio”, la “prospettiva di risocializzazione del reo” o “l’assenza di motivi di ordine penale tali da giustificare il prosieguo della detenzione”? Il diritto inglese parla, esplicitamente, di compassione e motivazioni mediche, ma la giurisprudenza di Strasburgo fa riferimento a criteri completamente diversi. Infatti, per tenere una persona in carcere devono esserci necessariamente motivazioni di ordine penale. Per di più, i “motivi eccezionali”, richiamati dal diritto inglese in presenza dei quali una persona può essere rilasciata, hanno un “ampio significato” tale per cui non si capisce in che modo possano risultare compatibili con il principio in base al quale devono sussistere “obiettivi e prestabiliti criteri dei quali le persone devono avere piena conoscenza sin dal momento della imposizione dell’ergastolo”, al fine di avere una reale possibilità di riabilitarsi. Se il Ministro considera invalido il *Lifer*

---

<sup>141</sup> P. P. DE ALBUQUERQUE, *L’ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, op. cit., p. 227.

*Manual*, come sembra pensare la Corte di Appello, allora dovrebbe da subito emendarlo, ma siccome così non è stato, la conclusione potrebbe essere che, in realtà, la ritiene una buona normativa. Quindi, se in *Vinter e altri* il diritto inglese era apparso poco chiaro, adesso lo è ancora meno. La sentenza *Vinter* aveva affermato una volta per tutte che la pena dovesse essere compatibile con l'art.3, consentendo, in questo modo, di superare il problema della compatibilità *de facto* per concentrarsi sul *de jure*, ovvero sulla necessità di accantonare una pena meramente punitiva. In *Hutchinson*, invece, si ritorna indietro: il giudice può disporre l'ergastolo senza condizionale (che è una pena interamente punitiva) e il destino del detenuto è affidato ad eventi che forse, e solo forse, si potranno verificare in futuro, senza alcun riguardo per quelli che sono gli attuali scopi della pena. In pratica, dopo *Hutchinson*, il Regno Unito sembra velatamente sostenere che la commissione di determinati reati può giustificare il passaggio della vita del condannato dalle mani del giudice a quelle del Ministro. Oltre a questo, vi è qualcosa di più importante: l'orientamento della Corte di Strasburgo a seguito del caso *Hutchinson*, potrebbe avere ricadute non soltanto in riferimento alle garanzie riconosciute agli ergastolani nel Regno Unito, ma in ogni Stato parte della Convenzione europea. Il giudice Paulo Pinto de Albuquerque, nella sua dissenting in *Hutchinson* della Grande Camera, parla di "conseguenze sismiche", che riguardano sia la questione dell'ergastolo sia, più in generale, il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di Strasburgo è in crisi esistenziale, poiché avalla

l'idea che la Convenzione possa essere applicata a macchia di leopardo<sup>142</sup>. Per alcuni Stati ne vale una, per altri un'altra. La Corte di Strasburgo si inchina alla Corte d'Appello inglese e le sue decisioni finiscono per diventare mere raccomandazioni non vincolanti. I giudici statali hanno "tutto" il diritto di dissentire dalle decisioni europee, ed è primariamente compito dei giudici europei assicurare il rispetto delle garanzie e dei diritti umani, che poi significa, come sostiene il giudice Paulo Pinto, fare i giudici. Grazie ad una ricerca in corso, si stanno monitorando tutte le sentenze dei giudici inglesi che, dopo *Vinter*, hanno irrogato la pena dell'ergastolo senza condizionale. I primi risultati sono sconfortanti e dovrebbero preoccupare, prima di altri, proprio la Corte di Strasburgo. Dopo il 2013, quindi dopo *Vinter*, le *Sentencing Remarks* dei giudici inglesi, che motivano l'ergastolo senza condizionale, possono dividersi in differenti categorie<sup>143</sup>: 1) radicali: altra possibilità non vi è se non la morte in carcere<sup>144</sup>; 2) compassionevoli: al massimo si potrà andare a morire a casa<sup>145</sup>; 3) risolutive: non vi sono dubbi circa l'impossibilità di rieducazione<sup>146</sup>; 4) definitive: non si potrà mai più uscire di prigione<sup>147</sup>; 5) assolutorie: non vi è dubbio che il reo debba

---

<sup>142</sup> D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, op. cit., p. 137.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>144</sup> In *R. v. Stephen Port* e *R. v. Thomas Mair*, Central Criminal Court, 25 e 23 novembre 2016.

<sup>145</sup> In *R. v. Thomas Mair*.

<sup>146</sup> In *R. v. Michael Adebolajo and Michael Adebowale*, Central Criminal Court, 26 febbraio 2014.

<sup>147</sup> In *R. v. Andrews*, Court of Appeal, Crim. Div., 29 aprile 2015; in *The Queen v Cregan, Livesey, Gorman, Wilkinson, Ward & Ali*, Crown Court at Preston, 13 giugno 2013; in *R. v. Stephen Seddon*, Manchester Crown Court, 28 marzo 2013; in

stare in carcere per il resto della sua vita<sup>148</sup>; 6) finali: il reo deve stare in carcere per tutto il resto della sua vita e questo non è in alcun modo contrario all'art.3 della Convenzione<sup>149</sup>. A fronte di queste *Sentencing Remarks*, le alternative sono due: o i giudici inglesi non conoscono la giurisprudenza di Strasburgo, oppure, la conoscono bene e la violano altrettanto bene, avendo del resto avuto il via libera prima dalla Corte d'Appello in *McLoughlin* e ora anche dalla stessa Corte di Strasburgo in *Hutchinson*. Il contrasto di tale decisione con *Vinter* e con l'orientamento giurisprudenziale unanime conseguente è plateale nei casi in cui il giudice inglese parla di morte in carcere o, nell'eventualità in cui il Ministro utilizzi i suoi poteri, di morte a casa. Nella storica decisione della Corte di Strasburgo relativa al caso *Vinter*, vennero espressi dei dubbi proprio in riferimento al fatto che non si possa parlare di effettivo "release" se il detenuto ha la possibilità di lasciare il carcere solo per malattie terminali o serie incapacità fisiche. Condannare una persona a morire in carcere o permettere al detenuto di uscirvi solo per andare a morire a casa o in un ospedale è contrario alla Convenzione. Nonostante ciò, anche dopo *Hutchinson*, i giudici inglesi continuano a disporre l'ergastolo senza condizionale con la convinzione che il reo non abbia alcuna speranza. Per di più, la stessa Corte di Strasburgo si è

---

*R. v. David Oakes*, Chelmsford Crown Court, 11 maggio 2012; in *R. v. Stuart Hazell*, Central Criminal Court, 14 maggio 2013.

<sup>148</sup> In *The Queen v. Joanne Christine Dennehy, Gary John Stretch, Leslie Paul Layton, Robert James Moore*, Crown Court at Cambridge (sitting at the Central Criminal Court), 28 febbraio 2014.

<sup>149</sup> In *R. v. David Oakes* e in *The Queen v. Jamie Reynolds*, Crown Court at Stafford, 19 dicembre 2013.

mostrata favorevole a tali posizioni, per cui non ha tutti i torti chi sottolinea che si è alla presenza di uno spettacolo inconsueto, nel quale giudici inglesi e giudici di Strasburgo sferrano colpi bassi ai diritti umani degli ergastolani<sup>150</sup>. Il che apre scenari preoccupanti, ma fino ad un certo punto. Per fare l'esempio italiano, il nostro art.27, co.3, Cost. non ha nulla da invidiare all'art.3 della Convenzione e la Corte costituzionale italiana, se vorrà, potrà compiere passi di speranza per la tutela dei diritti umani da sé, indipendentemente da *Hutchinson* e dalla scarsissima propensione del legislatore ad adottare misure necessarie sebbene poco accettate dagli istinti primordiali degli esseri umani, ancora indirizzati dal poco costituzionale ma gratificante occhio per occhio, dente per dente. Prima di esaminare la giurisprudenza della Corte europea in materia di pena perpetua e, nella sua più feroce declinazione, di ergastolo ostativo nel sistema italiano, è interessante menzionare la recente decisione definitiva che ha modificato il sistema lituano a seguito di una sentenza di violazione. All'esito dell'esame dei progressi compiuti dal condannato dopo venti anni di detenzione, per adeguarsi alla Convenzione, è stata prevista la possibilità di commutazione della pena dell'ergastolo in una pena detentiva di durata determinata<sup>151</sup>. A parere della Corte, in Lituania la nuova disciplina dell'ergastolo è conforme alla Convenzione in quanto: la commutazione dell'ergastolo

---

<sup>150</sup> Cfr. C. APPLETON, D. VAN ZYL SMIT, *The paradox of reform: Life Imprisonment in England and Wales*, in *Life Imprisonment and Human Rights*, a cura di D. Vvan Zyl Smit, C. Appleton, Hart, Oxford e Portland 2016, p.230.

<sup>151</sup> Corte Edu, *Dardanskis e altri c. Lituania*, decisione 18 giugno 2019, §§ 23-31.

in pena detentiva di durata determinata è decisa dal giudice; la proposta dell'Amministrazione penitenziaria conseguente all'istanza del condannato può essere presa in considerazione dopo venti anni di detenzione, mentre la Corte ha in altri casi ritenuto ragionevole il termine di venticinque anni<sup>152</sup>; il condannato ha diritto di partecipare alla procedura che si concluderà con decisione motivata del giudice, contro la quale è ammesso ricorso in appello; i criteri che l'Amministrazione penitenziaria deve seguire per formulare la proposta al giudice e che il giudice deve, altresì, seguire nella sua decisione, sono espressamente indicati dalla legge, ovvero la personalità del condannato e il suo contesto sociale, il rischio di recidiva, l'effetto che l'esecuzione della pena ha avuto sulla personalità del condannato, la riparazione del danno o le ragioni che hanno impedito tale riparazione. Inoltre, nella sua proposta, l'Amministrazione penitenziaria deve specificare se il condannato ammette la sua colpevolezza e si pente del delitto commesso. La Corte europea ha ritenuto che, alla luce di questi criteri, è possibile valutare sufficientemente se il condannato merita la commutazione della pena e se “non vi sono più legittimi motivi penologici per continuare la detenzione”. Peraltro, dopo la commutazione della pena, il sistema lituano predispone programmi di reinserimento sociale volti a sfociare nella liberazione condizionale del detenuto, conformemente alle esigenze di cui all'art.3 della

---

<sup>152</sup> Cfr. *Vinter c. Regno Unito* § 120 e *Murray c. Paesi Bassi* § 99.

Convenzione, che richiede agli Stati di consentire agli ergastolani di riabilitarsi.

### **3. L'ergastolo comune alla luce della giurisprudenza della Corte Edu.**

Alla luce di questa giurisprudenza, ci si può domandare cosa potrebbe succedere se ad essere presentato alla Corte di Strasburgo fosse un ricorso in relazione all'Italia e, quindi, se la pena dell'ergastolo sia compatibile con la Convenzione. Qualora il ricorso venisse presentato da chi in Italia abbia subito una condanna all'ergastolo "comune" (e quindi, al di fuori delle ipotesi di cui all'art.4-bis, co.1 ord.penit.), il ricorso sembrerebbe non poter essere accolto per ragioni che riguardano, non tanto le condizioni di detenzione, quanto la pena perpetua. Vediamo perché. Per quanto riguarda il requisito della sproporzione tra ergastolo e gravità del reato, nel nostro ordinamento pare difficile parlare di ipotesi in cui la condanna all'ergastolo possa dirsi nettamente sproporzionata. Sappiamo, poi, che l'ergastolano può beneficiare tra l'altro della semilibertà, della liberazione anticipata e della liberazione condizionale. Ed è proprio alla luce della possibilità di accedere a tali benefici penitenziari, in particolar modo alla liberazione condizionale, che la Corte ha valutato l'ergastolo in Italia conforme allo *standard* della

sua riducibilità *de jure e de facto*<sup>153</sup>. Tuttavia, qualche questione rimane aperta e qualche dubbio parrebbe lecito, in riferimento, per esempio, alla compatibilità del termine di 26 anni di pena effettivamente scontata per poter chiedere l'accesso alla liberazione condizionale con l'imperativo della risocializzazione, così come in riferimento al termine di 21 anni previsto, invece, per la semilibertà.

Con la sentenza n. 264 del 1974 la Corte costituzionale ha giustificato la costituzionalità della pena dell'ergastolo in primis sulla base della “teoria polifunzionale della pena”, che ricomprende non solo la rieducazione, ma anche la retribuzione e la deterrenza. In secondo luogo, la Corte ha fatto leva sulla “comprimibilità in concreto” dell'ergastolo, che permette di trasformarlo in una pena non perpetua. Il condannato all'ergastolo, inoltre, conosce fin dall'inizio dell'esecuzione il termine entro il quale potrà chiedere la liberazione condizionale, ovvero dopo 26 anni, dai quali, ex art.54 ord.penit., potranno essere detratti 45 giorni per ogni semestre di pena scontata a condizione che egli dia prova di partecipazione all'opera di rieducazione. A tal proposito, l'art.176, co.1 c.p. prevede che, ai fini dell'accoglimento della domanda di accesso alla liberazione condizionale presentata dall'ergastolano, sarà valutato se il comportamento tenuto dal condannato durante l'esecuzione della pena, sia tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento (da intendersi, secondo l'insegnamento della Corte di Cassazione, come “una convinta revisione

---

<sup>153</sup> Si vedano *Scoppola*, n. 10249/03, decisione del 8 settembre 2005 e *Garagin*, n. 33209/07, decisione del 29 aprile 2008.



critica delle pregresse scelte criminali”). Il co.4 dell’art.176 c.p. richiede, inoltre, che il condannato abbia adempiuto a tutte le obbligazioni civili derivanti dal reato<sup>154</sup> (art.70, co.8 ord.penit.) e contro la quale può essere proposto ricorso per cassazione per violazione di legge (art.71-ter ord.penit.). Infine, ex art.177 c.p., una volta concessa la liberazione condizionale, se decorrono cinque anni senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca, la pena si estingue. Alla luce di tutti questi motivi, le condizioni richieste dalla Corte di Strasburgo affinché la pena perpetua possa dirsi compatibile con l’art.3 Cedu sembrano soddisfatte nell’ordinamento italiano in riferimento all’ergastolo “comune”.

A questo punto, però, è opportuno chiarire che, in realtà, la Corte costituzionale ha abbandonato da tempo la teoria polifunzionale in favore di una chiarissima impostazione orientata alla rieducazione. Ne consegue che i dubbi sulla compatibilità dell’ergastolo con il principio rieducativo siano ancora più marcati, in quanto non è chiaro quale sia il senso di mantenere in vita una pena perpetua che non è costituzionalmente illegittima solo perché le norme ammettono la possibilità di negarne la perpetuità. È interessante osservare l’orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n.168 del 1994, con la quale è stato dichiarato incostituzionale l’ergastolo nei confronti dei minori, nonostante la possibilità di concedere la

---

<sup>154</sup> Così Cass. Sez. I, 17 luglio 2012, n.34946, Somma, CED 253183.

liberazione condizionale. A sostegno di tale decisione, la Corte costituzionale osserva che vi è una incompatibilità insanabile tra la pena perpetua e la minore età, poiché la funzione rieducativa della pena assume particolare importanza rispetto ai minori e agli obblighi costituzionali di tutela dell'infanzia e della gioventù. Tuttavia, tale ragionamento è stato e continua ad essere riferito solo ai minori, mentre per gli adulti, nonostante gli obblighi enunciati in *Vinter*, la funzione rieducativa della pena pare ancora sacrificabile. Questioni ancora più delicate riguardano l'ergastolo ostativo che, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità, esclude dai benefici penitenziari il detenuto condannato per reati di stampo mafioso. Sicuramente le sentenze nn. 357/1994 sulla collaborazione impossibile, 68/1995 sulla collaborazione irrilevante e 161/1997 sulla possibilità anche per gli ergastolani di richiedere la liberazione condizionale dopo la sua revoca, così come la l. 23 dicembre 2002, n. 279, sulla collaborazione impossibile dovuta alla limitata partecipazione o il pieno accertamento dei fatti, hanno in qualche modo temperato la rigidità del regime ostativo. Tuttavia, le questioni di principio rimangono. È vero che la presunzione di cui all'art.4-bis non è né assoluta né permanente, dato che l'ergastolano, decidendo di collaborare, ha in qualsiasi momento la possibilità di cambiare la propria situazione, facendo venire meno la natura perpetua dell'ergastolo ostativo<sup>155</sup>. La questione è se questo

---

<sup>155</sup> P.P. DE ALBUQUERQUE, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, op. cit., p.229.

argomento sia compatibile con quanto affermato in *Vinter e altri* e in *Trabelsi*. In primo luogo, è possibile osservare che esistono delle situazioni nelle quali l'ergastolano potrebbe tornare nella società, ma non è disposto a collaborare con le autorità perché, per esempio, teme per sé o per la propria famiglia. Oppure, può accadere che l'ergastolano sia disposto a collaborare, confessando il crimine, senza però denunciare i componenti dell'organizzazione. È importante sottolineare, ancora una volta, che tale detenuto non collaborante non avrà alcuna speranza di accedere alla liberazione condizionale, nonostante lo *standard* elaborato in *Trabelsi* non abbia accettato un sistema di riduzione della pena sulla base di una utile collaborazione con la giustizia. In secondo luogo, dal momento in cui gli Stati hanno il compito di garantire la risocializzazione dei detenuti, gli stessi Stati hanno anche il compito aggiuntivo di comprendere per quale motivo gli strumenti messi in campo non abbiano funzionato. Per il solo fatto che una persona decida di non collaborare, lo Stato non può rinunciare allo scopo della risocializzazione. Alcuni sforzi sono stati compiuti per riformare il sistema delle pene detentive, come ad esempio il *progetto Riz della commissione giustizia del Senato* del 1966, il *progetto della commissione Grosso* del 1998, il *progetto della commissione Pisapia* del 2006 e il *progetto della commissione Palazzo* del 2013. Tutti progetti falliti. La commissione Palazzo aveva avanzato la proposta di introdurre una presunzione relativa in materia di ergastolo ostativo, consentendo al giudice di valutare caso per caso la situazione di quegli ergastolani che,

pur non avendo collaborato per il timore di possibili ritorsioni verso la propria persona o i propri famigliari, siano rieducati, a condizione che “siano stati acquisiti elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva”. Tale presunzione relativa consentirebbe di ammorbidire la rigidità dell’ergastolo ostativo, riavvicinando la sua disciplina a quella dell’ergastolo ordinario. Secondo la comune esperienza il “bisogno penale” diminuisce qualora la persona decida di collaborare, mentre cresce se questo non avviene. Secondo la proposta Palazzo non vi sarebbe alcuna automatica correlazione tra la mancata collaborazione e il “bisogno penale”, pertanto anche l’ergastolano può accedere alla liberazione condizionale pur non avendo collaborato, a condizione che il giudice metta in risalto l’avvenuta rieducazione. Il problema dell’ergastolo ostativo è reso particolarmente attuale da un ricorso presentato alla Corte di Strasburgo, caso *Viola c. Italia*, il primo dall’istituzione della Corte<sup>156</sup>. La domanda centrale, come formulata dalla stessa Corte nei confronti del Governo italiano, è questa: la possibilità di liberazione limitata a chi collabori con la giustizia soddisfa i criteri stabiliti dalla Corte per giudicare “riducibile” una pena perpetua?<sup>157</sup> Prima di analizzare la questione, sono opportune due brevi osservazioni. In primo luogo, ricondurre la mancata collaborazione all’assenza di progressi nel percorso rieducativo è una

---

<sup>156</sup> D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, op. cit.

<sup>157</sup> E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni.*, op.cit., p. 40.

presunzione assoluta priva di qualsiasi fondamento razionale. In secondo luogo, l'art.3 CEDU è posto a tutela della dignità della persona umana, della quale la libertà morale è componente fondamentale, per cui sanzionare la mancata collaborazione con la giustizia significa fare violare la libertà morale del condannato che è messo di fronte a questa alternativa: rimanere in carcere per tutta la vita oppure mettere a repentaglio la sicurezza, oltre che propria, dei familiari e di ogni persona a lui legata.

#### **4. Fiato alla speranza: l'ergastolo ostativo finalmente a giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo (caso *Viola c. Italia*).**

Finora la Corte europea dei diritti dell'uomo non si è mai pronunciata sulla compatibilità convenzionale dell'ergastolo ostativo. Le sentenze relative al carcere duro ex art.41-bis ord.penit. sono invece molte. Eppure carcere duro ed ergastolo ostativo presentano svariati punti in comune: in primo luogo, da un punto di vista storico, i due istituti nascono insieme; in secondo luogo, sotto il profilo giuridico, è possibile osservare che *de jure* i due regimi possono cumularsi e *de facto* questo avviene (oggi) una volta ogni quattro; infine, da un punto di vista

politico-criminale, carcere duro ed ergastolo ostativo sembrano presentare un medesimo scopo, poiché incentivano alla collaborazione con la giustizia<sup>158</sup>. Il 12 dicembre 2016 è stato presentato il ricorso *Viola v. Italia*, n. 77633/16 e la I sezione, il 30 maggio 2017, ha comunicato il caso al Governo. Il fatto che, dalla presentazione del ricorso, siano passati soli cinque mesi, denota che per la Corte la trattazione di tale questione sia prioritaria ed urgente, finendo così, la Corte, per accogliere la richiesta avanzata nello stesso ricorso sulla base della condizione del ricorrente (detenuto, ergastolano) e della natura strutturale del regime ostativo (considerato che il 72,5% degli ergastolani italiani è ostativo).

Il caso *Viola* può essere così sintetizzato. Il detenuto è in carcere ininterrottamente dal 1992. Nel 1995, è stato condannato in primo grado a 15 anni di reclusione per associazione a delinquere di stampo mafioso, con l'aggravante di esserne stato promotore e organizzatore. La sentenza è stata confermata in appello nel 1999, ma la pena è stata ridotta a 12 anni. In un secondo procedimento, invece, il ricorrente è stato condannato alla pena dell'ergastolo per reati di omicidio di matrice mafiosa. In primo grado l'ergastolo è stato irrogato nel 1999, confermato in secondo grado nel 2002 e definitivo nel 2004. La persona si è sempre professata innocente e nel 2011 e nel 2013 ha fatto richiesta di permesso premio, in entrambi i casi rigettata. Gli è stata invece riconosciuta la liberazione anticipata, pari a circa 5 anni. Nel marzo

---

<sup>158</sup> Cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, op. cit., p.166.

2015, il ricorrente richiede la condizionale al Tribunale di sorveglianza, confermando la propria innocenza. Il ricorrente sostiene che, proprio a causa di tale innocenza, gli è impossibile offrire una collaborazione, per cui tale condotta andrebbe dichiarata inesigibile. Chiede anche di sollevare questione di costituzionalità dell'art.4-bis, co.1, ord.penit. per contrasto con la funzione rieducativa della pena (art.27, co.3, Cost.) e per violazione dell'art.3 della Convenzione (assunto quale norma interposta ex art.117, co.1, Cost.). Ma l'istanza viene rigettata per inammissibilità e infondatezza perché, secondo i giudici, la professione di innocenza non rileva nella fase esecutiva e per l'accesso alla condizionale, non risultando, quindi, soddisfatte le condizioni previste dall'art.4-bis. Allora il ricorrente propone ricorso in Cassazione, ma anche questo giudice rigetta il ricorso e si rifiuta di sollevare la questione di costituzionalità<sup>159</sup>. Esperiti infruttuosamente i ricorsi interni<sup>160</sup>, le

---

<sup>159</sup> La Cassazione richiama due pronunce della Corte costituzionale: la n. 135/2003 sulla rieducazione e la n. 306/1995 sulla professione di innocenza.

<sup>160</sup> Cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, op.cit. p.167. Gli autori osservano che sia l'esito del giudizio di sorveglianza sia quello di legittimità erano ampiamente prevedibili, tanto da domandarsi se non fosse stato possibile ricorrere a Strasburgo anche prima della decisione della Cassazione. Inoltre, sebbene la mancata pronuncia della Corte costituzionale non costituisca mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, la Corte di Strasburgo ha più volte giudicato in violazione dell'art.6 della Convenzione l'assenza di motivazioni della Cassazione a fronte di un'istanza che chiedeva il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Il giudice italiano, che (eventualmente) rigetta senza motivazione l'istanza con la quale si chiede di sollevare la *quaestio*, non solo impedisce alla Corte costituzionale di esprimersi violando la legge (che prevede l'obbligo di un'adeguata motivazione), ma sta anche impedendo alla Corte di Strasburgo di valutare come il giudice delle leggi interpreta la sua giurisprudenza. Il giudice italiano può non sollevare la *quaestio*, non esistendo un obbligo (giuridico) contrario, tuttavia la differenza è enorme se il rigetto dell'istanza di parte contiene o no una (adeguata) motivazione, la quale ovviamente sarebbe anche utile al giudice europeo per comprendere se lo stesso giudice *a quo* si è espresso sopra un orientamento giurisprudenziale convenzionale.

doglianze vengono presentate alla Corte di Strasburgo, invocando la violazione di quattro articoli della Convenzione: [1] art.3: non aver collaborato con la giustizia ha comportato il mancato riesame della detenzione, confermato dal fatto che i giudici non hanno mai motivato nel merito il rigetto della condizionale; [2] art.5: nessuna valutazione nel merito è stata esperita a sostegno della legittimità della detenzione; [3] art.6: il diritto al silenzio è una conseguenza della presunzione di innocenza; [4] art.8: l'obbligo di collaborare con la giustizia viola l'integrità morale della persona e la pone in perenne conflitto con la propria coscienza<sup>161</sup>. Tuttavia, nella decisione, la Corte non stigmatizza in generale l'istituto dell'ergastolo, ritenuto nella decisione *Garagin c. Italia e Scoppola c. Italia* di per sé non incompatibile con l'art. 3 della Convenzione, ma solo il regime del carcere ostativo, in quanto basandosi su una presunzione automatica di pericolosità sociale del detenuto, non permetterebbe una valutazione sostanziale della sua situazione. Di qui, la condanna dell'Italia arrivata con sentenza del 13 Giugno 2019 (ricorso n. 77633/2016), per la riforma della disciplina dell'ergastolo ostativo che dovrebbe prevedere la possibilità di un riesame della pena, sulla scorta di una reale valutazione della condotta serbata dal detenuto, senza che la sua mancata collaborazione con la giustizia sia automaticamente indice di una presunzione di assoluta pericolosità, ostativa ad ogni sua possibilità di reinserimento sociale.

---

<sup>161</sup> D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, op.cit. pp.167-168.



#### 4.1. Le difese del Governo italiano.

Contro questa sentenza il Governo italiano ha presentato ricorso alla Grande *Chambre* della Corte. La prima eccezione sollevata dal Governo è quella relativa alla carenza della qualifica di vittima in capo al ricorrente e, in particolare, la carenza dell'esaurimento delle vie di ricorso interne in quanto il ricorrente, pur proclamandosi innocente, non avrebbe utilizzato lo strumento della revisione per far valere le proprie ragioni. Ma la Corte ha rigettato rapidamente l'eccezione, in quanto le caratteristiche di questo rimedio straordinario non si adattano in alcun modo alla situazione del ricorrente. Nel merito, le difese del Governo offrono sicuramente maggiori spunti<sup>162</sup>. In riferimento al fenomeno mafioso, la Corte europea non ha mai individuato violazioni convenzionali nell'esistenza in sé del regime differenziato ex art. 41 bis ord.penit. Inoltre, a fronte dei numerosi ricorsi presentati dai detenuti che lamentavano l'applicazione di un trattamento inumano e degradante

---

<sup>162</sup> M. S. MORI, V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo.*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2019.

per ragioni connesse al proprio stato di salute o alla prosecuzione del regime differenziato per una durata tale da configurare una violazione dell'art. 3, ha sempre respinto le doglianze, ritenendo non superata quella soglia di gravità richiesta per la violazione sostanziale dell'art.3. Anche le ulteriori doglianze, specificamente relative ai contatti con i familiari, alle perquisizioni o alla trattazione dei processi in videoconferenza sono sempre state respinte, perché ritenute dalla Corte misure proporzionate a garantire sicurezza a fronte di un fenomeno così pericoloso come quello mafioso. Il Governo constata, inoltre, che esiste una profonda differenza tra il regime del 41-bis e quello previsto dall'art.4-bis. Da un lato, la magistratura di sorveglianza aveva disposto la cessazione del regime differenziato, che dimostrava l'incapacità del reo di mantenere legami con l'organizzazione criminale, ma dall'altro l'art.4-bis richiederebbe comunque l'ulteriore prova positiva della rottura di ogni collegamento con l'organizzazione di appartenenza. Secondo il Governo tale distinzione sarebbe fondamentale, tanto più che il clan mafioso del quale il ricorrente è stato riconosciuto come uno dei capi, sarebbe ancora molto attivo. Inoltre, per quanto riguarda la natura dell'ergastolo previsto dall'art.4-bis, il Governo sostiene che l'ergastolo ostativo non sarebbe una pena incompressibile, poiché il condannato all'ergastolo potrebbe presentare domanda di liberazione condizionale, sulla base dei risultati del percorso rieducativo e sulla collaborazione, e avrebbe la possibilità di accedere anche agli altri benefici penitenziari in caso di collaborazione "impossibile" o "inesigibile". Il Governo poi

aggiunge che la possibilità di accedere a tali benefici debba ricollegarsi ad una libera scelta del condannato e non ad un automatismo legale. Solo la collaborazione sarebbe l'indicatore obiettivo del rifiuto dei valori criminali e ciò giustificherebbe la scelta del legislatore di privilegiare "esigenze di prevenzione generale e di protezione della società"<sup>163</sup>. Inoltre, il Governo segnalava due ulteriori alternative alla domanda di liberazione condizionale: la grazia presidenziale, ex art.174 c.p., e la possibilità di sospendere l'esecuzione per motivi di salute, ex artt. 147 e 148 c.p. E, infine, il Governo rimarcava come anche ai detenuti a pena perpetua ostativa sia offerta la possibilità di lavorare per il proprio inserimento, attraverso l'individualizzazione del trattamento penitenziario.

#### **4.2. La decisione della Corte le novità della sentenza *Viola*.**

La Corte osserva che la legislazione interna non vieta in modo assoluto l'accesso alla liberazione condizionale, ma lo subordina alla collaborazione. È notevole però lo sviluppo del ragionamento della sentenza. La Corte parte dal presupposto della gravità del fenomeno mafioso e dalla scelta legislativa di privilegiare le finalità di prevenzione

---

<sup>163</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, *Viola v. Italia* n.2, n. 77633/16, 13 giugno 2019, § 79.

generale, segnalando come le scelte dello Stato in materia di giustizia penale non siano di competenza della Corte, nemmeno quando si tratta di riesame della pena o di modalità di scarcerazione, purché il sistema non risulti incompatibile con la Convenzione. Partendo dalla sentenza 313 del 1990 della Corte Costituzionale e dalla funzione rieducativa della pena, la Corte ricorda che la tutela della dignità umana impedisce di privare una persona della propria libertà senza intervenire contemporaneamente per il suo reinserimento e senza fornire la possibilità concreta di essere un giorno rimesso in libertà<sup>164</sup>. Premesso che agli Stati è riconosciuta la possibilità di introdurre meccanismi presuntivi sulla base della pericolosità dei condannati per gravi reati, la Corte valuta se la necessità di dimostrare la rottura dei legami con associazioni criminose particolarmente “resistenti” attraverso la collaborazione non finisca per limitare eccessivamente la prospettiva di rilascio dell’interessato e la possibilità di domandare il riesame della pena. Il sistema penitenziario italiano si fonda sul principio della progressione trattamentale, secondo il quale la partecipazione attiva al programma individuale di rieducazione e il passare del tempo possono produrre degli effetti positivi sul condannato e promuovere il suo pieno reinserimento nella società<sup>165</sup>, fino al riconoscimento della possibilità di beneficiare di misure progressive destinate ad accompagnarlo nel suo

---

<sup>164</sup> Corte Edu, *Harakchiev e Tolumov v. Bulgaria*, nn. 15018/11 e 61199/12, § 264, 2014.

<sup>165</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia n.2*, §111.

“cammino verso l’uscita”<sup>166</sup>. Alla luce di tale osservazione, la Corte rileva che la diretta equivalenza tra mancata collaborazione e permanenza della pericolosità sociale comporterebbe una valutazione della pericolosità limitatamente al momento della commissione del fatto, senza perciò tenere conto dei progressi compiuti dal condannato durante l’esecuzione della pena. In relazione alla scelta di collaborare con la giustizia, “la Corte dubita della libertà della predetta scelta e anche dell’opportunità di stabilire un’equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato”, perché la scelta di non collaborare può dipendere dal timore di mettere a repentaglio la propria vita e quella dei propri famigliari. Di conseguenza, la mancata collaborazione non deriverebbe sempre da una libera e volontaria adesione ai valori criminali e non sarebbe sempre sinonimo di mantenimento di legami con l’organizzazione di appartenenza, come già affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 306/1993. Potrebbe accadere che il condannato collabori con le autorità, senza che vi sia stato un reale cambiamento o una reale dissociazione dall’ambiente criminale, in quanto l’interessato potrebbe agire in modo opportunistico al fine di ottenere i vantaggi previsti dalla legge. Di conseguenza, se altre circostanze o altre considerazioni possono spingere il condannato a non collaborare, o se la collaborazione può eventualmente essere offerta con uno scopo puramente opportunistico, allora l’automatica

---

<sup>166</sup> Il riferimento è alla declinazione della funzione rieducativa così come evocata nella sentenza *Murray* § 101.

equivalenza tra l'assenza di collaborazione e presunzione di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al reale percorso rieducativo del ricorrente. I rapporti di osservazione sul ricorrente davano atto di una evoluzione positiva della personalità. Infatti, il ricorrente non è mai stato sottoposto a sanzioni disciplinari e la sua partecipazione al programma di reinserimento aveva comportato anche la concessione di circa cinque anni di liberazione anticipata. Posto che la personalità di un condannato si evolve, e non rimane bloccata al momento della commissione del reato, con la possibilità di rivedere criticamente il proprio percorso criminale<sup>167</sup>, il detenuto ha il diritto di sapere a quali condizioni sia prevedibile una scarcerazione e cosa debba fare per ottenerla<sup>168</sup>. A parere della Corte il requisito dell'assenza di collaborazione costituisce una presunzione assoluta di pericolosità, che finisce col privare il ricorrente di qualunque realistica prospettiva di liberazione e che di fatto collega la pericolosità dell'interessato al momento della commissione dei delitti per i quali è stato condannato, senza alcuna valutazione del percorso di reinserimento e degli eventuali progressi ottenuti dopo la condanna, impedendo anche l'esame della domanda di liberazione condizionale. Infine, la Corte osserva che il Governo non è stato in grado di indicare un solo precedente di concessione della grazia presidenziale a persona detenuta in ergastolo ostativo. Per tali motivi, accertata la

---

<sup>167</sup> *Murray c. Paesi Bassi*, ric. 10511/10, 26 aprile 2016.

<sup>168</sup> Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. 66069/09, 130/10, 389610, 9 luglio.2013; *Trabelsi c. Belgio*, ric. 140/10, 4 settembre 2014.

violazione dell'art. 3 della CEDU, i giudici internazionali hanno rigettato il ricorso presentato dal Governo e hanno predisposto un riesame del regime dell'ergastolo ostativo da parte dell'ordinamento italiano, al fine di assicurare ai detenuti, sottoposti ad un regime di carcerazione perpetua, una possibilità reale di reinserimento e un'opportunità di recupero della propria libertà. In sostanza, l'auspicio di Strasburgo è che l'ordinamento italiano adotti una riforma che permetta alle autorità competenti di valutare caso per caso il percorso rieducativo compiuto dal detenuto, in vista di una possibile rivisitazione critica della sua condotta criminosa, tale da non rendere più necessario il mantenimento del regime detentivo. Ed altresì, consenta al detenuto, sin dall'inizio, di conoscere a quali condizioni e sulla base di quali presupposti potrà essere presa in considerazione la sua richiesta di accesso ai benefici penitenziari. La questione è, poi, di stretta lettura costituzionale perché, se è vero che l'art.27, co.3 Cost. prevede che le pene debbano tendere alla rieducazione del reo, allora il reo deve essere posto nella condizione, con il proprio comportamento, di partecipare all'opera rieducativa in fase di esecuzione della pena. Il combinato disposto dagli artt. 3 Cedu e 27 co. 3 Cost., impongono di riconoscere il diritto di autodeterminarsi alle persone detenute, ergastolani compresi, in modo da poter incidere con le azioni sul proprio futuro. Con la chiara precisazione, sottolinea la Corte EDU, che il diritto al riesame della pena perpetua non comporta "automaticamente" che venga ottenuta la scarcerazione immediata e incondizionata, specie ove sussistano

elementi che facciano ritenere che il detenuto costituisca ancora un reale pericolo sociale<sup>169</sup>. La Corte di Strasburgo, molto semplicemente, afferma che durante una detenzione ultradecennale è possibile che una persona cambi, perciò il giudice deve poter prendere atto del cambiamento. Il carcere ostativo nega l'accesso a qualunque beneficio penitenziario, dal permesso premio alla liberazione condizionale, a meno che il condannato collabori con la giustizia. Se non collabora, il condannato è considerato socialmente pericoloso sempre e comunque. L'ostatività che la Cedu ha abolito impediva al Magistrato di sorveglianza di valutare il detenuto, ai fini del necessario proseguimento o meno della sua detenzione. In tal senso, la Cedu vuole semplicemente restituire al giudice la possibilità di decidere<sup>170</sup>. L'intervento di correzione della previsione legislativa è urgente. Tra l'altro la violazione dichiarata dalla Corte europea, nei casi pertinenti, impedirebbe alle autorità giudiziarie degli altri Stati europei di autorizzare l'estradizione

---

<sup>169</sup> Come dimostrato anche dalla recente sentenza della Corte di Cassazione in riferimento al caso Brusca, con la quale, in data 7 ottobre 2019, la Suprema Corte ha rigettato la richiesta di concessione della detenzione domiciliare avanzata dal ricorrente. Brusca, pur essendo stato condannato per uno dei reati di stampo mafioso previsti dall'art.4-bis ord.penit., non sta scontando un ergastolo ostativo perché ha collaborato con la giustizia. Fino alla sentenza della CEDU relativa al caso *Viola*, la collaborazione con la giustizia era considerata l'unica condotta idonea a consentire l'accesso alle misure alternative alla detenzione. Nel caso Brusca, infatti, data la collaborazione offerta dal ricorrente, a fronte della richiesta di accesso alla detenzione domiciliare, la Direzione distrettuale antimafia aveva espresso alla Cassazione parere favorevole. Tuttavia, la Corte di Cassazione ha negato l'accesso a tale misura alternativa, ritenendo che non fosse stata acquisita la prova certa e definitiva del suo ravvedimento. Questo significa che, la possibilità di concedere un beneficio penitenziario, non implica necessariamente e automaticamente la sua concessione.

<sup>170</sup> D. GALLIANI, E. SANTORO, dall'articolo "*Rivedere l'ergastolo ostativo non significa rimettere i boss in libertà*", pubblicato su *Il foglio quotidiano*, 9 ottobre 2019, p.3.



in Italia di condannati all'ergastolo o imputati per delitti come quelli menzionati all'art. 4-bis o di dar corso all'esecuzione del mandato di arresto europeo per gli stessi reati<sup>171</sup>.

#### **4.3. L'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek.**

Da un altro angolo visuale, il Giudice Wojtyczek esprime la propria dissenting opinion: lo fa attraverso una prospettiva che si concentra prevalentemente sulle vittime del reato. Secondo il Giudice, l'art.2 CEDU impone agli Stati membri l'obbligo di assicurare un quadro giuridico che tuteli il diritto alla vita, nel quale rientra a pieno titolo anche la lotta contro la criminalità organizzata. Secondo il giudice Wojtyczek, “questo obbligo riguarda, in particolare, la protezione contro il crimine organizzato. Le Alte Parti contraenti hanno l'obbligo di adottare delle misure efficaci per smantellare le organizzazioni criminali che costituiscono una minaccia per la vita delle persone. Per raggiungere questo obiettivo, è cruciale distruggere la solidarietà tra i membri di tali organizzazioni e infrangere la relativa legge del silenzio. A tal fine, le autorità nazionali devono adottare delle misure idonee, tenuto conto

---

<sup>171</sup> V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, atti del seminario a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Ferrara, 27 settembre 2019, p. 26.

delle circostanze specifiche del loro paese”<sup>172</sup>. La decisione sul caso *Viola* non avrebbe tenuto adeguatamente in considerazione la necessità degli Stati membri di dissuadere gli individui, anche per mezzo di rigorosi sistemi sanzionatori, dalla commissione di atti che potrebbero ledere la vita umana. A sostegno di tale argomentazione, il giudice Wojtyczek richiama il § 107 della stessa decisione sul caso *Viola*, dove si legge che “la scelta degli Stati circa il regime complessivo della propria giustizia penale, ivi compreso il riesame della pena e le modalità di liberazione, sfugge in linea di principio al controllo europeo esercitato dalla stessa Corte, purché il sistema non disconosca i principi della Convenzione”. Per quanto riguarda la collaborazione, il Giudice parte dall’osservazione del Tribunale di sorveglianza dell’Aquila, il quale aveva rilevato come la cosca alla quale apparteneva il ricorrente fosse ancora molto attiva sul territorio di Turianova e che egli deteneva informazioni che avrebbero potuto aiutare le autorità italiane a sfaldare l’organizzazione e a salvare vite umane. Tuttavia, il ricorrente si era rifiutato di collaborare. Il Giudice ritiene che la decisione della Corte non contenga un approfondimento adeguato circa la posizione del ricorrente rispetto alla sua scelta di non collaborare. Nella sua decisione, la Corte EDU (§118) sostiene che “la mancanza di collaborazione potrebbe essere non sempre legata ad una scelta libera e volontaria”: a tal proposito, il Giudice Wojtyczek ritiene che la Corte, a fronte di un

---

<sup>172</sup> S. ROMICE, *L’opinione del giudice Wojtyczek nel caso Viola c. Italia.*, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it), 2019, p. 3.

ricorso individuale, non debba preoccuparsi di sapere se la scelta di collaborare sia sempre libera e volontaria, ma piuttosto se la scelta concreta del detenuto interessato sia libera e volontaria. È possibile che Wojtyczek ritenga, in tal modo, che il vero oggetto della decisione sia più la legislazione italiana nel suo complesso, che la posizione del condannato Viola, anche se poi, nell'accogliere il ricorso, la CEDU condanna lo Stato Italiano a risarcire il ricorrente<sup>173</sup>. La Corte EDU, dopo aver sottolineato che la mancata collaborazione potrebbe non essere sempre sintomo di una scelta libera e volontaria, esclude l'automatica equivalenza tra collaborazione e rieducazione, ritenendo che “in effetti, non è escluso che la dissociazione con l'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia”. Sul punto il Giudice Wojtyczek prende una posizione molto chiara, affermando che “per raggiungere l'obiettivo di smantellare le organizzazioni criminali è essenziale distruggere la solidarietà tra i membri di una siffatta organizzazione e infrangere la legge del silenzio ad essa collegata”. Peraltro, per quanto riguarda quegli “altri elementi” diversi dalla collaborazione che consentano di valutare il progresso del detenuto, il Giudice ritiene che la Corte non sia stata sufficientemente esaustiva, non essendo stati precisati con abbastanza chiarezza. Infatti, a tal proposito, la Corte ha fatto riferimento alla “evoluzione della personalità” o ai “risultati positivi del percorso di risocializzazione”,

---

<sup>173</sup> S. ROMICE, *L'opinione del giudice Wojtyczek nel caso Viola c. Italia.*, op. cit., p. 4.

lasciando tuttavia aperto, a detta del giudice, il grave problema di stabilire precisamente come e con quali prove, un ergastolo condannato per gravi delitti di mafia che non abbia prestato alcuna collaborazione, possa dimostrare di essere cambiato<sup>174</sup>. Altro aspetto delle critiche del giudice Wojtyczek, riguarda la funzione della pena accolta dalla decisione della CEDU, la quale lascia quasi intendere che la risocializzazione sia il solo scopo legittimo della pena, ribaltando tacitamente la giurisprudenza *Hutchinson*<sup>175</sup>. A parere del Giudice, nonostante la risocializzazione del criminale sia un obiettivo fondamentale, la pena ha pure una funzione retributiva, che mira a dare un senso di giustizia alla società e alla vittima, e una funzione deterrente. Invertendo tacitamente alcuni principi enunciati nella sentenza *Hutchinson*, la sentenza sul caso *Viola* rivelerebbe una giurisprudenza della Corte in materia di ergastolo “sempre meno leggibile e sempre più imprevedibile”<sup>176</sup>. Ulteriori critiche hanno riguardato quella parte della

---

<sup>174</sup> Cfr. *Amicus Curiae - Università degli studi di Milano (Dipartimento di studi internazionali, giuridici e storico-politici)*, in *Il diritto alla speranza, l'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. P. DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, 2019, p. 240. Secondo il Dipartimento di studi internazionali giuridici e storico politici dell'Università degli Studi di Milano, l'ergastolano non collaborante potrebbe riabilitarsi attraverso una esplicita dissociazione dal gruppo criminale, prendendo pubblicamente posizione contro ogni tipo di criminalità e violazione della legalità e manifestando il “proprio rimorso nei confronti delle vittime adoperandosi nei loro confronti adempiendo a tutte le obbligazioni derivanti dal reato”.

<sup>175</sup> Sentenza *Hutchinson* n. 57592/08, § 42, 17 gennaio 2017: “Per essere compatibile con l'articolo 3, tale pena deve essere riducibile de jure e de facto, ossia deve offrire una prospettiva di scarcerazione e una possibilità di riesame. Tale riesame deve basarsi, in particolare, su una valutazione dell'esistenza di motivi penali legittimi che giustificano il mantenimento del detenuto in carcere. Gli imperativi di punizione, deterrenza, protezione pubblica e reinserimento sono tra questi motivi”.

<sup>176</sup> S. ROMICE, *L'opinione del giudice Wojtyczek nel caso Viola c. Italia.*, op. cit., p. 13: “È probabile che egli si riferisca alla necessità che una pena trovi pur sempre giustificazione anche in una funzione retributiva; a partire da *Vinter* la Corte EDU ha sviluppato l'idea che vi sia almeno un diritto al riesame del proprio caso e, in una

sentenza *Viola* che afferma che “la possibilità per un detenuto che sconti la pena dell’ergastolo di beneficiare della grazia o della rimessione in libertà per motivazioni umanitarie, legate ad un problematico stato di salute, a invalidità fisica o all’età avanzata, non corrisponde al significato dell’espressione prospettiva di rilascio”<sup>177</sup>. Tuttavia, nella sentenza *Harakchiev e Tolumov*, la Corte aveva ritenuto che l’assenza di precedenti che dimostrino che un condannato all’ergastolo possa, in determinate condizioni, ottenere una sospensione della pena, non è sufficiente a provare che l’ergastolo sia *de facto* non riducibile. Di conseguenza, non potrebbe risultare decisivo l’argomento secondo cui il Governo “non ha fornito alcun esempio di condannato alla pena perpetua di questo tipo che abbia ottenuto una sospensione della pena in virtù di una grazia presidenziale”<sup>178</sup>. Il giudice Wojtyczek, in linea con gli argomenti addotti dal Governo italiano, ritiene sufficiente, ai fini della compatibilità dell’ergastolo ostativo con l’art. 3 della Convenzione, che il condannato abbia la possibilità di richiedere, la grazia e la sospensione della pena. Infine, le critiche del giudice Wojtyczek hanno riguardato anche il riferimento della Corte ad una inammissibile presunzione assoluta di pericolosità in materia penale. La

---

certa misura, il diritto ad essere messi alla prova dall’ordinamento, una volta che la pena abbia però esaurito la sua funzione retributiva, puramente sanzionatoria; la giurisprudenza della CEDU sottolinea come la funzione della pena, nel corso della sua esecuzione, non indica un concetto statico, ma subisce un progressivo spostamento dalle funzioni retributiva e general-preventiva alla funzione specialpreventiva, o più propriamente rieducativa; questo passaggio argomentativo costituisce, di fatto, il presupposto per l’imposizione di un obbligo di revisione della condanna nei confronti dello Stato”.

<sup>177</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), §133.

<sup>178</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), § 135.

strategia argomentativa della maggioranza “è centrata sull'idea che il sistema si basa su una presunzione inconfutabile di pericolosità sociale di un detenuto che rifiuta di collaborare con le autorità. Il termine presunzione inconfutabile ha generalmente una connotazione negativa in materia penale. Esso a prima vista lascia pensare che una persona potrebbe essere vittima di una situazione ingiusta dovuta all'impossibilità di dimostrare il contrario”. Pur nella consapevolezza che in materia penale le presunzioni assolute siano inammissibili, il giudice osserva come nel caso in questione il riferimento che la Corte fa alla pericolosità presunta del condannato non collaborante è fuorviante, poiché la non collaborazione in realtà non è indice di pericolosità ma è indice di giustificazione della pena a lui inflitta<sup>179</sup>. In altre parole, secondo il giudice, sarebbe errato ragionare nei termini indicati dalla CEDU<sup>180</sup>, perché la mancata collaborazione non sarebbe qualcosa che incide sulla pericolosità del soggetto, ma piuttosto qualcosa di insito alla funzione stessa della pena, dato che, per i reati di mafia, è proprio la mancata collaborazione a legittimare la pena<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> S. ROMICE, *L'opinione del giudice Wojtyczek nel caso Viola c. Italia.*, op. cit., p. 18.

<sup>180</sup> Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito*, § 129: “Il ricorrente si trova nella impossibilità di dimostrare che non vi è più alcun motivo legittimo di ordine penologico a giustificazione del suo mantenimento in detenzione e che, pertanto, ciò è contrario all'articolo 3 della Convenzione, dato che, disponendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale, il regime in vigore collega in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i delitti sono stati commessi, invece di tener conto del percorso di reinserimento e degli eventuali progressi compiuti dalla condanna”.

<sup>181</sup> In tal modo, il giudice sembra comprendere pienamente le ragioni che hanno spinto l'ordinamento italiano ad introdurre quel c.d. doppio binario penitenziario, che distingue le pene inflitte ai condannati che hanno commesso reati comuni, dalle pene inflitte ai condannati che hanno commesso reati nell'ambito della criminalità

---

organizzata ed eversiva, e caratterizzato da incentivi premiali al fine di sollecitare il distacco dall'ambiente criminale.

## CAPITOLO V

### LA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ALLE PRESE CON LE NOVITÀ DELLA SENTENZA *VIOLA*

SOMMARIO: 1. Spunti per un possibile allineamento tra Roma e Strasburgo per un mutamento costituzionale dell'ostatività: le sentenze nn. 149/2018 e 188/2019 della Corte costituzionale. - 2. Il caso *Cannizzaro*. - 3. L'art. 4-bis al vaglio della Corte costituzionale: la sentenza n.253/2019. - 3.1. Le ricadute sistematiche e i possibili "seguiti" legislativi della pronuncia costituzionale.

#### **1. Spunti per un possibile allineamento tra Roma e Strasburgo per un mutamento costituzionale dell'ostatività: le sentenze nn. 149/ 2018 e 188/2019 della Corte costituzionale.**

L'introduzione dell'art. 4-bis ord. penit. portava con sé l'intento di recuperare una funzione "neutralizzatrice" della pena in generale (e dell'ergastolo in particolare), volta ad escludere l'accesso ai benefici penitenziari per coloro che fossero stati condannati con sentenza irrevocabile per reati di stampo mafioso, in assenza di una collaborazione con la giustizia. Questa rigida scelta del legislatore è



stata però in buona parte “disinnescata” dalla Corte costituzionale, la quale, attraverso svariate pronunce, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di quegli automatismi dell’art. 4-bis ord. penit. collegati alla mancata collaborazione con la giustizia per contrasto con l’art. 27, co. 3, Cost., rilevando come la sanzione debba essere ispirata ai canoni della progressività trattamentale e della flessibilità della pena<sup>182</sup>, sino ad approdare ai più recenti svolgimenti di cui alla sentenza n. 149/2018. Per effetto di questa sentenza, il quadro della giurisprudenza costituzionale si è repentinamente rischiarato. Con la sentenza del 21 giugno 2018, n. 149 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla particolare forma di ergastolo prevista all’art.58- quater, co.4 ord.penit., ovvero su quei casi in cui la condanna sia pronunciata per sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione o per sequestro di persona a scopo di estorsione seguiti dalla morte della vittima (art. 289- bis, co.3 c.p. e art.630, co.3 c.p.). Per la prima volta la Corte pronuncia una dichiarazione di illegittimità costituzionale che investe una forma di ergastolo. A sostegno della propria decisione, la Corte porta argomenti che coinvolgono congiuntamente i principi di eguaglianza e della rieducazione del condannato (artt. 3 e 27, co.3 Cost.), che in particolare vanno a valorizzare proprio questo secondo principio. Nello specifico, gli argomenti sviluppati dalla Corte sono tre. In primo luogo, la Corte fa leva sull’appiattimento dell’unica e indifferenziata soglia di ventisei

---

<sup>182</sup> Qui il riferimento è alle sentenze nn. 255 e 257 del 2006, 239 del 2014, 76 del 2017 della Corte Costituzionale.

anni per accedere alle misure alternative di cui al co.1 dell'art.4-bis ord.penet. In questo modo, l'art.58-quater, co.4 ord.penet. sovvertirebbe irragionevolmente il principio di progressione trattamentale sul quale dovrebbe, invece, basarsi l'ordinamento penitenziario, che guarda al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alla semilibertà come tappe di un processo destinato a concludersi nella liberazione condizionale. In secondo luogo, la Corte argomenta le sue motivazioni alla luce della qualità che dovrebbe essere riconosciuta alla misura della liberazione anticipata, come strumento fondamentale per incentivare la partecipazione del detenuto al trattamento rieducativo. In tal senso, osserva la Corte, l'art.58-quater, co.4 ord.penet. andrebbe ad annullare, per un lungo arco temporale, proprio quegli effetti motivanti che la caratterizzano. Il terzo argomento addotto dalla Corte riguarda il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso dei benefici penitenziari per i condannati all'ergastolo ex art.58- quater, co.4 ord.penet., che preclude la possibilità di valutare l'eventuale percorso rieducativo intrapreso dal condannato durante l'esecuzione della pena. In particolare, la Corte costituzionale ha affermato che “una volta che il condannato all'ergastolo abbia raggiunto, nell'espiazione della propria pena, soglie temporali ragionevolmente fissate dal legislatore, e abbia dato prova di positiva partecipazione al percorso rieducativo, eventuali preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari possano legittimarsi sul piano costituzionale soltanto laddove presuppongano pur sempre valutazioni individuali, da parte dei competenti organi giurisdizionali,

relative alla sussistenza di ragioni ostative di ordine special preventivo, sub specie di perdurante pericolosità sociale del condannato”. La Corte ha poi aggiunto che tali preclusioni assolute, anche se finalizzate a lanciare un forte segnale di deterrenza, possono essere prese in considerazione dal legislatore al momento della comminazione della pena ma “non possono fondare presunzioni assolute nella fase di verifica del grado e dell’adeguatezza delle misure cautelari durante il processo”<sup>183</sup>, così come non possono “nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all’imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima”. Tutti questi argomenti sono stati sviluppati dalla Corte costituzionale come corollari del principio della rieducazione del condannato, spingendosi, la stessa Corte, fino ad affermare “il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena”<sup>184</sup>. In virtù di una simile affermazione, la sentenza n.149/2018 si colloca agli antipodi di quel filone giurisprudenziale e dottrinale che, in nome della polifunzionalità della pena, riteneva che il fondamento, inteso come giustificazione, della pena potesse essere offerto indistintamente da l’una o dall’altra funzione. Le affermazioni di principio contenute in questa sentenza aprono nuove prospettive anche per le altre forme di ergastolo. In particolare, le considerazioni della

---

<sup>183</sup> In ordine all’illegittimità costituzionale degli automatismi di cui all’art. 275, comma 3, c.p.p., cfr. Corte cost., sentt. nn. 265 del 2010, 164 e 231 del 2011, 110 del 2012, 57, 213 e 232 del 2013, 48 del 2015.

<sup>184</sup> E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni.*, in *Il diritto alla speranza*, op.cit., p. 35.

Corte in tema di “progressività trattamentale e flessibilità della pena”, considerate nella sent.149/2018 come diretta attuazione del principio rieducativo sancito nella Costituzione, comporterebbero per il legislatore l’obbligo di predisporre tutta una serie di istituti che incentivino il condannato ad intraprendere un percorso rieducativo e che, allo stesso tempo, consentano al giudice di verificare i suoi progressi. Per quanto riguarda poi la previsione di preclusioni all’accesso a misure alternative sulla base del titolo di reato, la sentenza sottolinea una tendenziale incompatibilità con il principio della rieducazione e valorizza il ruolo essenziale dell’ autorità giudiziaria nella concreta valutazione del percorso rieducativo del condannato. Il segnale trasmesso dalla Corte costituzionale acquista il significato di monito a difesa, per l’oggi e per il domani, di un diritto penale che faccia salvi i fondamentali principi di civiltà, al centro dei quali si collocano proprio quelli enunciati nell’art.27, co.3 Cost.<sup>185</sup>

Gli ultimi approdi cui è giunta la Corte costituzionale risultano coerenti con quelli a cui è pervenuta la stessa Corte EDU nel caso *Vinter e altri c. Regno Unito* e, da ultimo, proprio in relazione all’ergastolo ostativo, nel caso *Viola c. Italia n.2*. In quest’ultima decisione, riferendosi proprio a quanto già sostenuto dalla Corte costituzionale con la sent. n. 306/1993, è stato affermato che “la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata

---

<sup>185</sup> Ibidem, p. 36.

soltanto dalla persistenza dell'adesione ai valori criminali e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza", potendosi rintracciare la ragione di tale scelta, piuttosto, in un'intima convinzione personale oppure nella necessità di non esporre l'interessato o i suoi famigliari a possibili ritorsioni. D'altra parte, sempre secondo il giudice di Strasburgo, la collaborazione può, a sua volta, non corrispondere alla volontà di "correzione" del condannato o alla sua dissociazione effettiva dal mondo della criminalità organizzata, dato che potrebbe agire per fini meramente opportunistici<sup>186</sup>. Da qui, sarebbe esclusa "l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale", non essendo, peraltro, possibile valutare in alcun modo gli eventuali progressi compiuti dal detenuto<sup>187</sup>. Il giudice di Strasburgo ha in parte tratto gli spunti necessari per mettere in discussione la presunzione assoluta di pericolosità sociale proprio dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 149/2018, condannando lo Stato italiano a "scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali" necessarie e a fornire direttive precise per rimediare a quello che è stato ritenuto un "problema strutturale", mettendo a punto una riforma dell'ergastolo ostativo che consenta un riesame della pena da parte delle autorità competenti. Ciò posto, ci si potrebbe chiedere se l'evocazione, da parte dei giudici rimettenti, dei soli parametri di cui agli artt. 3 e 27,

---

<sup>186</sup> CEDU, sentenza *Viola c. Italia n.2*, §§ 118 e 119.

<sup>187</sup> *Ibidem*, §§ 120 e 121.

co. 3 Cost., sia sufficiente a orientare la Corte costituzionale nell'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionali prospettate o se sarebbe stato più opportuno invocare, tra le altre, la violazione dell'art. 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 3 della CEDU. Il richiamo esplicito a quest'ultimo parametro avrebbe forse spianato maggiormente la strada ad una declaratoria d'illegittimità della norma censurata<sup>188</sup>. Nella sentenza n.149/2018 la Corte costituzionale non avrebbe potuto riferirsi, nelle ordinanze di rimessione, alla decisione della Corte EDU sul caso *Viola*, essendo a queste successive, tuttavia appare comunque coerente con altre numerose pronunce della Corte EDU che hanno sempre ribadito la necessità di garantire ai condannati a pena perpetua un trattamento penitenziario compatibile con l'obiettivo di risocializzazione e di individualizzazione della pena da scontare, quindi anche la recente decisione sul caso *Viola* avrebbe potuto trovare spazio nelle ordinanze di rimessione. Inoltre, visto che la pronuncia sul caso *Viola* si atteggia a "sentenza-pilota" e che la ragione della sua definitività è dovuta ad un rigetto del ricorso presentato dal Governo e non ad un semplice decorso dei termini per l'impugnazione, sembra offrire alla Corte costituzionale la possibilità di un richiamo alla stessa, essendo supportata, peraltro, dal fatto che nella sent. n. 149 del 2018 il giudice delle leggi ha fatto, forse per la prima volta, autonomo richiamo alla giurisprudenza di Strasburgo, in particolare al caso *Vinter*.

---

<sup>188</sup> F. BAILO, *L'ergastolo ostativo al vaglio della Corte costituzionale: un dialogo possibile con la Corte EDU?*, op.cit., p. 30.

In altre parole, la mancata menzione, come motivo di possibile incostituzionalità, della violazione dell'art. 117 Cost. in rapporto all'art. 3 della Convenzione non sembra poter impedire alla Corte costituzionale di considerare comunque la giurisprudenza della Corte europea e l'orientamento interpretativo della Convenzione che emerge dalla sentenza *Viola*. La mancata evocazione del parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost. parrebbe, dunque, solo un "falso problema", potendosi rintracciare già nelle maglie della stessa giurisprudenza costituzionale<sup>189</sup>, circa la chiave di lettura da questa fornita degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost., spunti per l'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale così prospettate, anche attraverso un efficace dialogo con la Corte di Strasburgo che consenta un "allineamento" della giurisprudenza europea e nazionale.

In una prospettiva tutta interna, è utile richiamare anche quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 188 del 2019. La questione aveva ad oggetto la preclusione ostativa in riferimento al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione attenuato dalla particolare lievità del fatto. La questione è stata affrontata partendo dal presupposto che questa particolare sotto fattispecie di reato ostativo non sarebbe espressiva di criminalità organizzata e, quindi, rispetto ad essa sarebbe

---

<sup>189</sup> Peraltro, merita menzione anche l'ordinanza n. 117/2019, la quale ha posto l'enfasi sul silenzio nel diritto di difesa considerandolo "corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24 Cost.". Proprio quest'ultima pronuncia, comporterebbe l'impossibilità di utilizzare il silenzio come una colpa, tanto da far scattare il divieto della concessione dei benefici di legge nel caso dell'ergastolano ostativo non collaborante.

irragionevole la preclusione ai benefici penitenziari. La Corte prendendo atto dell'evoluzione legislativa dell'art. 4-bis, ha ritenuto che ormai la presunzione, e la sua funzione ostativa, siano svincolate dalla dimensione associativa ed organizzata dei reati in essa elencati, ritenendo piuttosto che essa si configuri come un mero inasprimento sanzionatorio per tipologie criminose caratterizzate da un allarme sociale particolarmente elevato. La sentenza n. 188/2019 testualmente recita: “al tempo presente, l'unica adeguata definizione della disciplina di cui all'art. 4 bis ord. penit. consiste nel sottolinearne la natura di disposizione speciale, di carattere restrittivo, in tema di concessione dei benefici penitenziari a determinate categorie di detenuti o internati, che si presumono socialmente pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato per il quale la detenzione o l'internamento sono stati disposti.” La sentenza n. 188/2019 non si rivela pienamente persuasiva e non dovrebbe pertanto interferire più di tanto nella *quaestio legitimitatis* dell'ergastolo ostativo. Infatti, la sentenza finisce semplicemente per assecondare la tendenza legislativa ad incrementare il catalogo dei reati di cui all'art.4-bis ord.penit. sulla base dell'allarme sociale, di per sé incerto, privo di qualunque dignità costituzionale e suscettivo di un impiego generalizzato e incontrollato<sup>190</sup>. Pur ammettendo che l'allarme sociale possa giustificare quel tipo di inasprimento sanzionatorio, la sentenza sembra ignorare che la struttura normativa della preclusione è

---

<sup>190</sup> F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in *Per sempre dietro le sbarre?*, op.cit., p. 13.



razionalmente incongrua rispetto allo scopo: di regola, l'accesso alle misure alternative è legato a un comportamento del condannato che presuppone la dimensione associativa o concorsuale del reato ostativo, ma in realtà l'elenco dei reati di cui all'art.4-bis ord.penit. è ormai pieno di fattispecie che possono essere realizzate anche monosoggettivamente, al di fuori di qualunque realtà associativa. Rispetto a queste fattispecie, la preclusione si rivela pertanto incongrua.

Per completare il dialogo iniziato dalla Corte EDU per fare in modo che il principio della dignità umana venga preso in maggiore considerazione nel regime penitenziario, rimettendo all'autorità giurisdizionale (e non ad una presunzione legislativa assoluta) il compito di verificare "in concreto" la sussistenza di una pericolosità sociale del reo, non resta che analizzare la più recente sentenza del 22 ottobre 2019, n. 253 della Corte costituzionale.

## **2. Il caso *Cannizzaro*.**

Con ordinanza del 20 novembre 2018, n. 57913 la prima sezione della Cassazione dichiara rilevante e non manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 27

della Costituzione, dell'art. 4-bis, co.1 ord.penit., nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-ter ord.penit., possa beneficiare dei permessi premio di cui all'art. 30-ter ord. penit.

Il caso riguarda un soggetto condannato per delitti di cui all'art. 416-bis c.p. Il ricorrente, condannato all'ergastolo con isolamento diurno per un anno, aveva proposto al Tribunale di sorveglianza di L'Aquila un reclamo contro il decreto del Magistrato di sorveglianza che aveva in precedenza dichiarato inammissibile la sua richiesta di permesso premio. Ma tale reclamo era stato rigettato dal Tribunale in quanto per ottenere un simile beneficio penitenziario, trattandosi di delitti ostativi ex art.4-bis ord.penit., sarebbe stata necessaria una condotta collaborativa che in concreto non era stata prestata. Peraltro, sempre in riferimento alla sospetta incostituzionalità dell'art.4-bis ord.penit. nella parte in cui subordina la concessione di un permesso premio alla collaborazione con la giustizia, il Tribunale di sorveglianza riteneva che tale disposizione non poteva ritenersi "un'ipotesi di preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari, essendo rimessa al condannato la

possibilità di superare il divieto normativo attraverso una scelta collaborativa, rilevante ai sensi dell'art. 58-ter ord.penit.”<sup>191</sup>.

Il detenuto, allora, ha proposto ricorso per Cassazione lamentando due motivi di doglianza. Da un lato, il ricorrente riteneva che il Tribunale di Sorveglianza, nel dichiarare inammissibile il ricorso presentato al fine di ottenere la concessione di un permesso premio, non aveva tenuto conto del fatto che nei suoi confronti non era mai stata contestata l'aggravante speciale di cui all'art.7 del decreto legislativo n.152 del 1991, che comporta l'aumento da un terzo alla metà della pena prevista per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo, commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art.416-bis c.p. A tal proposito, il ricorrente richiamava quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il divieto di concessione di benefici penitenziari previsto dall'art.4-bis ord.penit. può operare solo se la sentenza di condanna riconosca tale aggravante. Tuttavia, la Cassazione respinge questo primo motivo di ricorso invocando la più recente giurisprudenza di legittimità secondo la quale la preclusione di cui all'art.4-bis ord.penit. opera, nei confronti dei condannati all'ergastolo per uno dei delitti previsti dall'art.416-bis c.p., anche qualora l'aggravante di cui all'art.7 del decreto legislativo n.152 del 1991 “non sia stata formalmente

---

<sup>191</sup> M. C. 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), 28 gennaio 2019.

contestata, ma ne venga riscontrata la sussistenza attraverso l'esame del contenuto della sentenza di condanna".

Con il secondo motivo di doglianza, invece, il ricorrente riproponeva alla Corte di Cassazione la questione della sospetta incostituzionalità dell'art. 4-bis, co. 1 ord.penit., per violazione degli artt. 27, comma 3 e 117 Cost., in relazione all'art. 3 Cedu. Secondo il ricorrente, prevedendo una preclusione assoluta, l'art.4-bis "si pone in contrasto con la funzione rieducativa della pena, costituzionalmente garantita, sia perché impedisce il raggiungimento delle finalità riabilitative proprie del trattamento penitenziario, sia perché appare disarmonica rispetto ai principi affermati dall'art. 3 Cedu; quest'ultima norma, infatti, impone agli Stati membri di prevedere dei parametri temporali certi in base ai quali, in presenza di una condanna all'ergastolo, al detenuto è garantita la possibilità di ottenere, in conseguenza del suo percorso rieducativo, la revisione della condanna".

La Cassazione, con ordinanza n. 57913, ritiene rilevante e non manifestamente infondata tale questione di costituzionalità dell'art. 4-bis, co. 1 ord.penit., in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione. L'ordinanza di rimessione non considera incostituzionale l'intera disciplina dell'ergastolo ostativo di cui all'art. 4-bis, co.1 ord.penit., ma intraprende una strada diversa. L'ordinanza si concentra sul particolare caso del ricorrente, ovvero sulla richiesta di permesso premio da parte di un condannato all'ergastolo ostativo, per uno dei delitti di cui all'art.416-bis c.p., che non abbia collaborato con la giustizia a norma

dell'art.58-ter ord.penet. La Cassazione parte dal presupposto che l'art. 30-ter ord.penet. riconosce la possibilità di concedere il permesso premio all'ergastolano che abbia scontato almeno 10 anni di reclusione, abbia tenuto una condotta regolare e non sia socialmente pericoloso. Per i condannati di cui all'art.4-bis ord.penet., la valutazione di pericolosità non sarebbe in concreto possibile, perché lo stesso art.4-bis impedisce la concessione di benefici penitenziari in assenza di collaborazione. I giudici di legittimità rilevano nell'art.4-bis una sorta di presunzione assoluta di pericolosità che si presta a seri dubbi di irragionevolezza. L'ordinanza richiama due recenti sentenze nelle quali la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 275, co. 3, c.p.p. Nella prima pronuncia, sent. n. 57 del 2013, è stata affermata l'incostituzionalità dell'art. 275, co. 3, secondo periodo c.p.p., “nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure”<sup>192</sup>. Nella seconda sentenza, n. 48 del 2015, è stata invece dichiarata incostituzionale la disciplina dell'art. 275, co. 3, secondo

---

<sup>192</sup> Corte cost. sent. n. 57/2013.

periodo c.p.p. “nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-bis c.p., è applicata custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, rispetto al concorrente esterno nel suddetto delitto, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure”<sup>193</sup>. Queste due sentenze, pronunciandosi in merito alla presunzione di adeguatezza della custodia in carcere per gli indagati nei reati di criminalità organizzata e in merito al giudizio di presunta pericolosità, distinguono le diverse posizioni soggettive che possono emergere. In pratica, i soggetti indagati per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art.416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste e i concorrenti esterni nel delitto di cui all'art.416-bis c.p. non possono essere equiparati, quanto a pericolosità, a coloro che sono sospettati di aver commesso un delitto di cui agli artt.416-bis e 416-ter c.p. che implica necessariamente un legame con un'organizzazione criminale mafiosa<sup>194</sup>. In tale prospettiva, la Cassazione ha rilevato la criticità dell'art.4-bis ord.penit. in quanto, precludendo in modo assoluto l'accesso al permesso premio ai condannati per delitti ostativi che non hanno collaborato con la giustizia, non distingue gli effettivi affiliati di un'associazione criminale e gli

---

<sup>193</sup> Corte cost. sent. n. 48/2015.

<sup>194</sup> M. C. UBIALI, op. cit., 2019.

autori di delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. Per questo motivo, l'art.4-bis ord.penit. contrasta con quanto affermato dalla Corte costituzionale nelle due sentenze, con le quali è stata affermata l'illegittimità delle presunzioni di pericolosità quando applicate, senza distinzione, anche a quei soggetti che abbiano commesso delitti di cui all'art.416-bis c.p. senza però avere legami con un'associazione mafiosa.

L'ordinanza della Cassazione richiama poi un secondo gruppo di sentenze costituzionali che hanno finito per ampliare il campo di applicazione di alcuni benefici penitenziari, restringendo, perciò, la preclusione di cui all'art. 4-bis, co. 1 ord.penit. Si tratta delle sentenze nn. 239/2014 e 76/2017.

Con la sentenza n. 239 del 2014, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord.penit. nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies ord.penit. e quella della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), a favore della madre di prole di età non superiore ad anni dieci, della donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente e del padre di prole di età inferiore ad anni dieci quando la madre sia deceduta o sia assolutamente impossibilitata ad assistere la prole, a condizione che sia stata accertata l'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti. Con questa decisione, la Corte costituzionale ha affermato che la concessione dei

benefici penitenziari può essere subordinata al sicuro ravvedimento del condannato solo se si tratta di misure alternative finalizzate alla rieducazione del reo e non quando oggetto della tutela sia un interesse esterno, ovvero quello del minore. Con la sentenza n. 76 del 2017 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47-quinquies, co. 1-bis ord.penit., nella parte in cui preclude l'accesso a tale detenzione domiciliare speciale alle madri di prole di età inferiore agli anni dieci, condannate ex art. 4-bis, co. 1 ord.penit. La Corte ha ribadito l'inammissibilità di presunzioni assolute, che impediscono al giudice di valutare la pericolosità sociale e che sacrificano totalmente l'interesse del minore. La Cassazione trae quindi spunto da queste pronunce per affermare la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art.4-bis, co.1 ord.penit. avanzata dal ricorrente, in merito alla possibilità di concessione di un permesso premio ex art.30-ter ord.penit. nonostante la mancata collaborazione con la giustizia. Secondo la Cassazione, tale previsione contrasterebbe prima di tutto con l'art.3 Cost. perché, prevedendo che tutti i condannati ex art.4-bis possono accedere alle misure alternative in presenza di una condotta collaborativa, equipara irragionevolmente e sottopone allo stesso trattamento situazioni molto diverse tra loro. In questo modo la possibilità di ricevere un trattamento penitenziario orientato alla risocializzazione verrebbe negato ad una categoria molto ampia di detenuti, senza che il giudice abbia la possibilità di valutare l'effettiva pericolosità sociale che giustifichi la permanenza in carcere. Pur



ammettendo che la collaborazione con la giustizia, prevista dall'art.58-ter, possa essere un'idonea manifestazione di distacco dall'organizzazione criminale, i giudici di legittimità escludono che la rottura dei legami con il gruppo criminale possa essere dimostrata solo attraverso tale condotta.

Concentrandosi, poi, sulla particolare natura del permesso premio ex art.30-ter ord.penit., i giudici di legittimità hanno sottolineato come tali permessi non si prestano ad una equiparazione con le altre misure alternative. Tali benefici, infatti, sono finalizzati alla cura degli interessi affettivi, culturali e di lavoro, finendo per soddisfare esigenze anche molto limitate. Pertanto, anche le valutazioni necessarie ai fini di una loro concessione sono diverse rispetto a quelle necessarie per l'affidamento in prova al servizio sociale e per le altre misure alternative. La considerazione della collaborazione ex art.58-ter come prova legale del ravvedimento e dell'assenza di pericolosità sociale del reo, senza alcuna valutazione della sua condizione specifica, prevista per le altre misure alternative, non sembra tenere di conto della diversità strutturale del permesso premio, degradando il trattamento del detenuto in violazione del principio di rieducazione di cui all'art.27 Cost. Con la recente sentenza n. 149/2018, seppur in riferimento ai soli delitti di cui agli artt. 630 (sequestro di persona a scopo di estorsione) e 289-bis c.p. (sequestro di persona a scopo di terrorismo ed eversione), che abbiano cagionato la morte del sequestrato, la Corte costituzionale aveva giustificato il sacrificio della funzione rieducativa solo in virtù di

esigenze di prevenzione speciale verificate sulla base di una valutazione individualizzata del percorso del condannato. Tuttavia, nel caso di specie, il combinato disposto dagli artt. 4-bis e 30-ter ord.penit. impedisce qualsiasi valutazione concreta della pericolosità del detenuto anche ai fini della concessione di un permesso premio, caratterizzato da struttura e finalità diverse rispetto alle altre misure alternative, sacrificandosi, in questo modo, quella funzione rieducativa che, invece, era stata ritenuta preminente dalla Corte costituzionale nella sentenza 149/2018. Con l'ordinanza di rimessione n. 57913, allora, la Cassazione sembra chiedere alla Corte costituzionale di valorizzare questa diversità al fine di temperare, almeno parzialmente, il meccanismo di preclusione all'accesso dei benefici di cui all'art. 4-bis, co. 1 ord.penit. "Parzialmente" perché la questione rimessa alla Corte costituzionale riguarda esclusivamente quegli ergastolani ostativi condannati per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art.416-bis c.p. che richiedono la concessione di un permesso premio nonostante la mancata collaborazione con la giustizia ex art.58-ter ord.penit.

**3. L'art. 4-bis, co.1 ord.penit. al vaglio della Corte costituzionale: la sentenza n.253/2019.**

Con sentenza 23 ottobre 2019, n.253 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.4-bis, co.1 ord.penit. “nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti di cui all'art.416-bis c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art.58-ter ord.penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti”. La Corte ha esteso in via consequenziale tale dichiarazione di incostituzionalità anche ai detenuti per gli altri delitti previsti dall'art.4-bis, co.1 ord.penit., alla luce dell'attuale configurazione della norma quale insieme disomogeneo di fattispecie criminose, non tutte necessariamente connotate dall'affiliazione a un gruppo criminale (si pensi, per esempio, alla recente introduzione di alcuni reati contro la Pubblica Amministrazione a opera della legge n. 3/2019, c.d. “legge spazza-corrotti”, i quali possono implicare anche condotte monosoggettive).

La sentenza n. 253/2019 riguarda esclusivamente la preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari, in particolare al permesso premio, per il condannato che non abbia prestato alcuna collaborazione con la giustizia. Si tratta di una preclusione che impedisce al magistrato di sorveglianza di operare una qualsiasi valutazione di pericolosità del condannato, negando a priori la concessione di un qualsiasi beneficio

penitenziario. Perciò con tale sentenza, pronunciandosi proprio sulla costituzionalità della presunzione assoluta, la Corte afferma il diritto – dovere del Magistrato di fare il proprio mestiere, non essendo più impedito allo svolgimento del suo ruolo da tale presunzione<sup>195</sup>. Diversamente da quanto trattato e deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Viola c. Italia* con sentenza 13 giugno 2019, qui la Corte costituzionale non discute l'istituto dell'ergastolo ostativo, perché la questione non riguarda la preclusione alla liberazione condizionale all'ergastolano che non collabora e che abbia già scontato ventisei anni di pena in carcere. Piuttosto, la questione riguarda i condannati per reati ostativi a pena perpetua o temporanea che non possono accedere ai permessi premio perché non hanno reso un'utile collaborazione con la giustizia, ovvero una collaborazione inesigibile, impossibile o oggettivamente irrilevante. Quindi, salvo i casi di collaborazione inesigibile, impossibile o oggettivamente irrilevante, in base all'art.4-bis, co.1 ord.penit. “la scelta di collaborare con la giustizia viene correlativamente assunta come la sola idonea a rimuovere l'ostacolo alla concessione dei benefici indicati, in ragione della sua valenza rescissoria del legame con il sodalizio criminale”. Così, dalla mancata collaborazione con la giustizia consegue la presunzione assoluta del permanente collegamento con l'organizzazione criminale e della permanente pericolosità del condannato. La Corte non considera tale

---

<sup>195</sup> M. PASSIONE, dal video *Consulta da 10, ma senza lode*, in [www.l'asterisco.net](http://www.l'asterisco.net), 2019.

presunzione in sé costituzionalmente illegittima. Infatti, ciò che appare irragionevole non è tanto la presunzione del mantenimento di collegamenti con il gruppo criminale da parte del condannato non collaborante, quanto, piuttosto, pretendere che la presunzione “non possa essere vinta da prova contraria”. Insomma, è incostituzionale il carattere assoluto della presunzione, che produce conseguenze afflittive ulteriori per il detenuto non collaborante e che non consente alla magistratura di sorveglianza di valutare il percorso da lui svolto durante l’esecuzione penale. Tale presunzione deve quindi essere relativa. Nessuna contestazione è stata mossa contro l’istituto della collaborazione con la giustizia: la Corte ritiene, infatti, pienamente legittima l’opzione del legislatore di inserire nel contesto esecutivo penitenziario un meccanismo che mira ad incentivare le collaborazioni con la giustizia e che ha, come controaltare, il divieto assoluto di accesso ai benefici penitenziari (a eccezione della liberazione anticipata) per chi non collabora. Ciò che il Giudice delle leggi ritiene illegittimo, invece, è che la scelta di non collaborare non sia neutra rispetto al regime esecutivo, bensì “foriera di un trattamento punitivo che non ha attinenza, dal punto di vista penologico, con la tipologia del reato commesso ma sanziona il rifiuto del condannato di offrire la propria collaborazione, così penalizzando una condotta che dovrebbe, invece, trovare tutela, quale espressione del diritto di difesa, anche nella fase dell’esecuzione

penale”<sup>196</sup>. La Corte sottolinea che “è giusto premiare chi collabora, ma non si può punire chi non collabora”, perché altrimenti si aggiungerebbe una ulteriore afflizione alla pena, si punirebbe lo pseudo-reato della non collaborazione, e si irrogherebbe dunque una pena disumana<sup>197</sup>. Un passaggio interessante della sentenza 253/2019, infatti, è proprio quello sulla libertà di non collaborare, “sorella del diritto al silenzio”<sup>198</sup>. Così come configurata dall’art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., “la mancata collaborazione infligge ulteriori conseguenze negative, che non hanno diretta connessione con il reato commesso, ma derivano unicamente, appunto, dal rifiuto del detenuto di prestare la collaborazione in parola, nella sostanza aggravando le condizioni di esecuzione della pena già inflittagli al termine del processo”<sup>199</sup>. Per tale motivo, la Corte esprime tutta la sua consapevolezza circa il fatto che la formulazione dell’art.4-bis, co.1 ord.penit. “opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell’art. 58-ter ord.penit., che certo l’ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto”. La libertà di non collaborare è garantita nel processo come vero e proprio diritto, espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, ma in fase di esecuzione della pena si trasforma in un “gravoso onere di collaborazione” che da un lato richiede la denuncia a carico di terzi e

---

<sup>196</sup> F. FIORENTIN, *La Consulta rimodella solo l’istituto previsto per i delitti “ostativi”*, articolo pubblicato sulla rivista *Il Sole 24 Ore*, 18 gennaio 2020, p. 81.

<sup>197</sup> E. NOVI, *“Che coraggio, la Consulta: sul 4bis ha ricordato che la pena non è vendetta”*, intervista a Giovanni Maria Flick pubblicata sulla rivista *Il dubbio*, 6 dicembre 2019, [www.ristretti.org](http://www.ristretti.org).

<sup>198</sup> D. GALLIANI, in *L’ergastolo e il regime ostativo, ovvero la speranza presa sul serio*, articolo pubblicato su *Ristretti orizzonti*, 19 dicembre 2019.

<sup>199</sup> Corte cost. sent. n. 253/2019, § 8.1 considerato in diritto.

dall'altro rischia di determinare autoincriminazioni per fatti non ancora giudicati, violando gli artt.3 e 27 Cost. In particolare, alla luce dell'art.27, co.3 Cost che vieta i trattamenti inumani e degradanti, il meccanismo in base al quale la richiesta del permesso premio debba essere dichiarata inammissibile sin dall'inizio, senza che il magistrato di sorveglianza possa valutare in concreto la condizione del detenuto, di fatto, ha l'effetto di frenare sul nascere il percorso risocializzante del detenuto. Effetto in contrasto con la funzione rieducativa della pena<sup>200</sup>.

Infine, la Corte rivolge la propria attenzione sulla generalizzazione che sta alla base della presunzione assoluta sottesa all'art.4-bis, co.1 ord.penit.: se il condannato per il delitto di associazione mafiosa o per delitti di "contesto mafioso" non collabora con la giustizia, *ergo* egli è tuttora collegato al sodalizio criminale di provenienza. La Corte non si nasconde le ragioni su cui si fonda una tale generalizzazione, legate alla particolare natura dell'associazione mafiosa e alla forza intimidatrice che tali sodalizi impongono ai propri affiliati e ammette che il legame con la consorteria mafiosa non soffra, in linea di principio, alcun affievolimento per il mero trascorrere del tempo. Osserva però che perfino in sede cautelare, nell'immediatezza dei fatti, e pur in presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di associazione mafiosa, la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari legate a tale appartenenza non è assoluta bensì relativa, potendo essere vinta

---

<sup>200</sup> P. MACIOCCHI, dall'articolo Permessi ai mafiosi, non si può dire no in modo automatico, pubblicato sulla rivista Il sole 24 Ore, 31 dicembre 2019.

dall'acquisizione di elementi dai quali risulti che tali esigenze, nel caso specifico, non sussistono (art.275, co.3 c.p.p.). Nella disciplina cautelare, tuttavia, se i legami con la consorterìa mafiosa sono stati accertati, il sistema pone una presunzione assoluta che la pericolosità derivante da tale persistente collegamento malavitoso non possa essere fronteggiata se non con la custodia in carcere. Nel contesto dell'esecuzione della pena, invece, il trascorrere del tempo non è una variabile indifferente, poiché può indurre mutamenti sia del contesto esterno (il sodalizio criminale può cessare di esistere) sia della personalità del detenuto, sensibile alle sollecitazioni del trattamento rieducativo. Tale considerazione induce la Corte a riconoscere carattere relativo alla presunzione di pericolosità posta alla base del divieto di concessione del permesso premio. Lo scorrere del tempo a partire dalla commissione del reato esige, in altri termini, che vi sia una valutazione del giudice di sorveglianza, portata in concreto e sull'attualità della situazione che riguarda il condannato, per verificare se il vincolo associativo sia rimasto inalterato, si sia affievolito o, addirittura, sia venuto meno. Un assetto normativo che precluda un tale riesame nel merito sulla posizione del condannato (affiliato o mero "agevolatore") contrasta sia con il canone della ragionevolezza ex art.3 Cost., sia con il principio rieducativo che esige il costante adeguamento del trattamento



esecutivo allo sviluppo e alle modificazioni della personalità del condannato<sup>201</sup>.

Dalla decisione della Corte, è possibile comprendere che, per quanto la presunzione sia relativa, il procedimento che porterà alla concessione del permesso premio al condannato per delitti di stampo mafioso sarà alquanto complesso. Infatti, la Corte precisa che la presunzione potrà essere contraddetta “a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto”. La presunta pericolosità sociale del detenuto non collaborante non potrà essere superata “in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell’acquisizione di altri, congrui e specifici elementi”. La Corte precisa che devono essere elementi tali da escludere sia “l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata” sia “il pericolo di un loro ripristino”<sup>202</sup>. Peraltro, “grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l’onere di fare specifica allegazione” di tali elementi, che comporta una inversione dell’onere probatorio circa la rescissione dei rapporti con il gruppo criminale, in

---

<sup>201</sup> F. FIORENTIN, *La Consulta rimodella solo l’istituto previsto per i delitti “ostativi”*, op. cit., p. 82.

<sup>202</sup> Vi è il timore che la prova di elementi tali da escludere non solo l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata ma anche il pericolo di un loro ripristino, pur non configurandosi come una vera e propria prova legale, sia comunque qualcosa di difficile dimostrazione per vincere in sede di domanda di permesso premio o di altro beneficio penitenziario. In tal senso, cfr. D. GALLIANI, dal video *Consulta da dieci, ma senza lode*, op. cit., 2019.

quanto sarà il detenuto a dover dimostrare di essere una persona diversa da quella che era al momento del commesso reato<sup>203</sup>. In questo modo, viene introdotto un regime probatorio rafforzato<sup>204</sup>, nel quale la magistratura di sorveglianza dovrà compiere le sue valutazioni “non solo sulla base delle relazioni della pertinente autorità penitenziaria ma, altresì, delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica competente”. Inoltre, l’art.4-bis, co.3-bis ord.penit. prevede che i permessi premio non possono essere concessi quando il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il Procuratore distrettuale comunica, d’iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica, l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. A fronte di un loro parere negativo, “incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno”. Per acquisire un corredo così corposo di elementi di valutazione, il giudice di sorveglianza dovrà confrontarsi non soltanto con l’équipe del carcere in relazione al versante penitenziario dell’indagine, ma anche con il comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica competente e, con riguardo al contesto esterno, con le forze dell’ordine del territorio di operatività della consorceria mafiosa, le competenti Dda e il Pna. Una

---

<sup>203</sup> M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.

<sup>204</sup> A tal proposito la Corte costituzionale richiama la giurisprudenza della Cassazione sulla collaborazione impossibile o inesigibile, ovvero le sentenze della Corte di cassazione, Sez. I prima penale, 12 ottobre 2017, n. 77044, 8 luglio 2019, n. 29869, 13 agosto 2019, n. 36057.

particolare attenzione dovrà essere dedicata all'accertamento del profilo economico e patrimoniale, tradizionale indice-spia della persistente attività della cosca e dell'eventuale affiliazione del condannato (in questa prospettiva risulterà preziosa la collaborazione della Guardia di Finanza). Il nuovo assetto probatorio delineato dalla sent. 253/2019 implica non solo che l'atto di iniziativa da parte dell'interessato si collochi necessariamente a monte dell'attivazione del giudice di sorveglianza, ma anche che, qualora tale onere non venga soddisfatto, la domanda non supererà il doveroso vaglio sull'ammissibilità della medesima che costituisce un ineliminabile passaggio procedimentale di ogni istanza veicolata alla magistratura di sorveglianza (art.666 c.p.p.). Inoltre tale assetto sottintende che, in prima battuta, il potere/dovere di assunzione probatoria che si pone in capo alla magistratura di sorveglianza si indirizzerà principalmente nella prospettiva di verificare la consistenza delle allegazioni prodotte dalla parte interessata, pur restando riservata all'apprezzamento del giudice l'eventuale estensione dell'indagine a profili, pur non direttamente afferenti alle allegazioni prodotte dall'interessato, utili a completare il quadro probatorio. La Corte precisa che, qualora le informazioni pervenute dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica depongano in senso negativo, spetta al condannato fornire veri e propri elementi di prova idonei a controbattere i pareri forniti da tali organi. Si tratta di una novità assoluta nel campo della procedura di sorveglianza, ove la peculiarità della posizione del condannato ha indotto la giurisprudenza

a escludere che sussista a carico dell'interessato un vero e proprio onere della prova, ravvisando in capo a quest'ultimo un mero onere di allegazione degli elementi di sostegno dell'istanza. Nell'ambito del procedimento per la concessione del permesso premio potranno interloquire il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il Procuratore distrettuale con lo strumento della "segnalazione" dell'attualità dei collegamenti del soggetto con la criminalità organizzata. In tali casi, i permessi premio non possono essere concessi se non con motivazione particolarmente approfondita ed esaustiva della decisione assunta dalla magistratura di sorveglianza (tale soluzione pare obbligatoria a salvaguardia delle attribuzioni del giudice di sorveglianza). A tal proposito, si osserva che il coinvolgimento del Pna ben può essere sollecitato su iniziativa della magistratura di sorveglianza, quale fonte privilegiata di informazioni dettagliate sulla eventuale sussistenza di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata. Sul piano operativo, per i delitti indicati nel co.1 dell'art.4-bis, dall'esame del titolo di condanna il giudice di sorveglianza dovrà trarre l'indicazione se trattasi di reato monosoggettivo, nel qual caso, esclusa la necessità di acquisire elementi probatori in ordine all'affiliazione associativa (sempre che non sia stata applicata l'aggravante del "metodo mafioso" o dell'"agevolazione mafiosa"), rileveranno unicamente i profili afferenti all'attualità di contatti del soggetto con la criminalità organizzata o eversiva e del pericolo di reiterazione di reati.

In definitiva, l'acquisizione di elementi probatori ai fini del superamento della presunzione, ora relativa, di sussistenza dell'attualità di collegamenti del soggetto con la criminalità organizzata e di conseguente pericolosità sociale incompatibile con l'accesso ai permessi premio dovrà necessariamente riguardare i seguenti profili: 1) Permanenza in capo al condannato di attuali collegamenti con il sodalizio criminale di appartenenza; 2) Pericolo che l'eventuale concessione dei permessi premio possa favorire il ripristino di tali collegamenti; 3) Pericolo che il soggetto, se ammesso ai permessi premio, possa commettere nuovi reati (l'esigenza di prevenzione speciale è, infatti, sottesa a ogni valutazione sulla concessione di benefici penitenziari). Attraverso una verifica stringente dell'assenza di attuali collegamenti del soggetto con la criminalità organizzata e del pericolo di reiterazione dei reati si realizza, nella visione della Corte, quel necessario contemperamento tra le esigenze preventive e quelle volte alla rieducazione del condannato che, al contrario, l'attuale esistenza della presunzione assoluta inevitabilmente comprometteva, sbilanciando l'assetto a totale detrimento delle seconde.

### **3.1. Le ricadute sistematiche e i possibili “seguiti” legislativi della pronuncia costituzionale.**

Uno dei risvolti pratici della sentenza 253/2019 attiene sicuramente al profilo probatorio. Infatti, per quanto riguarda l'esclusione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata e del pericolo di un loro ripristino, sussiste a carico del condannato che richiede il permesso premio l'onere di specifica allegazione di fatti e circostanze rilevanti. Tale assetto implica, a pena di inammissibilità (ex art. 666 c.p.p.), che l'atto di iniziativa da parte dell'interessato sia antecedente rispetto all'attivazione del Giudice di Sorveglianza. Quindi, la Magistratura è chiamata, in prima battuta, a verificare le allegazioni prodotte dalla parte interessata, mentre l'approfondimento officioso del quadro probatorio resta confinato a mera facoltà (pur fortemente incoraggiata alla luce del monito della Corte che vuole un accertamento fondato su stringenti riscontri probatori)<sup>205</sup>. Sotto questo aspetto, inoltre, è opportuno segnalare una novità nell'ambito della procedura di sorveglianza: qualora le informazioni pervenute dal Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica depongano in senso negativo, spetta al condannato fornire veri e propri elementi di prova a sostegno della propria istanza, mentre finora la giurisprudenza ravvisava un onere di mera allegazione. In pratica la Corte si spinge, nella motivazione e non nel dispositivo, a descrivere e tracciare il percorso probatorio e ad assegnare specifiche attività istruttorie, specificando chi deve provare cosa. Sul detenuto richiedente ricade sia l'onere di allegare

---

<sup>205</sup> L. CATTELAN, articolo pubblicato sulla rivista *Il penalista*, giurisprudenza commentata del 13 gennaio 2020.

e provare gli elementi tali da escludere i collegamenti con la criminalità organizzata e il pericolo di un loro ripristino, sia l'onere di allegare elementi tali da confutare l'eventuale opinione sfavorevole del Comitato provinciale. Finora, la giurisprudenza si era mostrata un po' più morbida rispetto agli oneri nel procedimento di sorveglianza, perché considerava ragionevolmente che una delle parti del procedimento di sorveglianza era una persona detenuta, quindi una attività di allegazione di prova sarebbe stata una pretesa un po' esosa. Parte della dottrina allora si chiede se invece la ricostruzione che la Corte effettua nella motivazione possa cambiare la ricostruzione degli oneri probatori ai fini della concessione del permesso premio. Alcuni rispondono in senso negativo<sup>206</sup>, perché, a detta loro, ci sarebbero buone ragioni per ritenere che il richiedente al permesso premio ha certamente un onere di allegazione. Si tratterebbe, per così dire, di un onere anche di fatto, se si considera che, data la specificità delle circostanze che si richiede di indicare, il giudice non avrebbe la conoscenza dei fatti e delle circostanze che potrebbero portare a formulare il giudizio di non sussistenza del collegamento o del pericolo di ripristino. Molte volte, per esempio, potrebbero essere le situazioni patrimoniali dei familiari ad offrire quel contributo significativo al fine di valutare la rescissione dei legami con il sodalizio, quindi il detenuto questi fatti e questi elementi ha certamente l'onere di allegarli. Ma questa espressione circa l'onere

---

<sup>206</sup> P. BRONZO, dal convegno *L'ergastolo ostativo alla luce delle pronunce delle corti interne ed internazionali*, a cura di *Pantheon*, Roma 27 gennaio 2020, [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it).

di prova usata nella sentenza 253/2019, a parere degli stessi, andrebbe intesa in modo conforme all'onere probatorio nel processo penale, nel quale l'onere di prova posto a carico dell'imputato indica soltanto la parte che resta svantaggiata nel caso in cui il fatto che si deve provare resti non provato. Indica una cosa che attiene alla decisione e non all'istruzione, una cosa che servirà al giudice all'esito del processo. Non configurerebbe esattamente un onere in senso tecnico. Piuttosto potrebbe essere definito un onere "imperfetto", cioè un onere che può essere supplito da un intervento soccorrevole del giudice. Nel senso che, se la parte non riesce a provare del tutto e il giudice trova la lacuna e prova che questa sia colmabile, allora il giudice ha il potere e il dovere di colmarla nella misura in cui sia possibile. L'ipotesi si avvicinerrebbe a quella che i civilisti chiamano "*semiplena probatio*", ovvero basterebbe un principio di prova. Quindi, una volta indicati in modo specifico gli elementi da cui presumere la rescissione dei legami e il pericolo del ripristino, la prova di questi elementi il detenuto la darà come può e spetterà poi al giudice colmare questa lacuna. E questo a maggior ragione nel procedimento di sorveglianza che, diversamente da quello penale nel quale il giudice è in qualche misura estromesso dai compiti attivi in materia di prova, è caratterizzato da un certo nella ricerca degli elementi di fatto ai fini della decisione. E tale assetto



cooperativo, secondo parte della dottrina, andrebbe mantenuto anche dopo la sentenza 253/2019 della Corte costituzionale<sup>207</sup>.

Si pone, poi, una ulteriore questione. La sentenza in commento esige esplicitamente che, in rapporto al superamento della presunzione (ora relativa) indicata nel co. 1 dell'art. 4-bis ord. penit., sia accertata, con particolare rigore probatorio, non solo l'assenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche l'insussistenza del pericolo di ripristino di tali collegamenti. Solo il positivo superamento di un tale giudizio consente lo "sblocco" dell'ammissibilità dell'istanza di permesso. Alla luce di quanto appena detto e per quanto riguarda la valenza per il condannato ostativo delle procedure, pur non formalmente affrontate nella motivazione della Corte, relative al riconoscimento delle ipotesi di collaborazione "inesigibile", "impossibile" o "irrilevante", la questione si pone in quanto si potrebbe sostenere che non vi sia più alcun interesse concreto del condannato ad ottenere la declaratoria di collaborazione impossibile/inesigibile dal momento che le ipotesi "sucedanee" alla collaborazione positiva di cui al co. 1-bis, dell'art. 4-bis ord. penit., sembrano aver perso autonomo rilievo, per confondersi nella fattispecie unitaria di "collaborazione non prestata" speculare alla "collaborazione prestata" ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. Tuttavia, tale tesi, per quanto plausibile, non appare del tutto persuasiva<sup>208</sup>. Prima di tutto è

---

<sup>207</sup> P. BRONZO, op.cit.

<sup>208</sup> F. FIORENTIN, *Condizioni stringenti per la concessione dei permessi premio*, articolo pubblicato sulla rivista *Il Sole 24 Ore*, 18 gennaio 2020, p. 86.

opportuno evidenziare come in capo all'interessato sia previsto un diverso e meno gravoso onere probatorio nell'ipotesi in cui richieda l'accertamento della collaborazione "impossibile", "inesigibile" o "irrelevante", dato che, in caso di giudizio positivo, non dovrà neanche allegare quegli elementi idonei a sostenere l'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e l'assenza del pericolo del loro ripristino. Sarà sul Magistrato di Sorveglianza, chiamato a decidere nel merito la richiesta di permesso premio, che graverà l'onere di provvedere d'ufficio alle manchevolezze istruttorie dell'istante. Invece, nella diversa ipotesi in cui il beneficio di cui all'art. 30-ter ord. penit. venga richiesto dal condannato che non abbia positivamente collaborato con la giustizia o che non abbia allegato la sussistenza di ipotesi "sucedanee", sull'interessato incombe l'onere di allegare elementi a sostegno dell'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e dell'assenza di pericolo di un ripristino dei medesimi. Inoltre, nel caso in cui le acquisizioni istruttorie disposte dal Giudice di Sorveglianza smentiscano le allegazioni dell'istante, incombe su quest'ultimo un vero e proprio onere di provare gli elementi a contrasto di tali acquisizioni. Infine, solo se all'esito di tale procedura il Magistrato accerti l'avvenuto superamento della presunzione relativa, l'istanza potrà essere valutata nel merito.

Perciò il co.1 dell'art.58-ter continua ad avere senso, perché in esso viene valorizzato un elemento trattamentale e rieducativo fondamentale, ovvero la disponibilità a collaborare. La collaborazione

impossibile, succedanea alla collaborazione utilmente prestata, è caratterizzata da una offerta a collaborare che ha un significato enorme perché espone la persona disposta a collaborare a rischi personali molto elevati. Addirittura, la disponibilità a collaborare, paradossalmente ha di per sé l'effetto di recidere il vincolo con il sodalizio criminale. Quindi, a seguito della sentenza 253/2019, si configurerebbero tre diversi regimi: 1) Istanza di permesso premio annessa alla allegazione di collaborazione utilmente prestata ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit.; 2) Domanda di permesso premio accompagnata dalla allegazione di collaborazione "impossibile", "inesigibile" o "irrilevante"; 3) Istanza di permesso premio presentata dal condannato che non allega né la collaborazione utilmente prestata né alcuna delle ipotesi "succedanee" di cui al comma 1-bis dell'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario.

Secondo parte della dottrina<sup>209</sup>, il secondo regime va mantenuto perché è un regime più agevole per il detenuto. Infatti, avvalendosi di una giurisprudenza che legittima l'intervento officioso del giudice, il detenuto che ha dimostrato la collaborazione impossibile non dovrà provare altro, ovvero non deve provare la non attualità dei collegamenti e il pericolo di un loro ripristino. Peraltro, il co.1-bis dell'art. 4-bis ord. penit. rimane l'unico applicabile a chi, non in concreto ma in astratto, non è in grado di offrire una collaborazione,

---

<sup>209</sup> P. BRONZO, op.cit.

per esempio per tutte quelle condotte e fattispecie monosoggettive nelle quali i margini per una collaborazione non ci sono<sup>210</sup>.

Un secondo elemento di criticità introdotto dalla sent. 253/2019 riguarda la competenza relativa all'accertamento dell'assenza attuale di collegamenti con la criminalità nel caso di istanza di permesso premio presentata dal condannato che non alleghi né la collaborazione utilmente prestata né alcuna collaborazione impossibile/inesigibile/irrelevante. Secondo un primo indirizzo l'organo incaricato della decisione sarebbe il Tribunale di Sorveglianza, dato che le valutazioni di cui al 58-ter (collaborazione “utile”) e 4-bis, co.1-bis (collaborazione “sucedanea”) sono riservate proprio alla cognizione del Collegio. A sostegno di tale impostazione, peraltro, vi sarebbe l'argomento per cui, data la sua particolarità, la decisione da assumere dovrebbe essere sottoposta al prudente esame di un collegio che sia espressione di plurime professionalità (di rilievo, in questo senso, sarebbe il ruolo dell'esperto nominato ex art. 80 ord. penit.). D'altro canto, invece, si pone il diritto vivente formatosi in relazione alle ipotesi di collaborazione “sucedanea” rispetto a quella utilmente prestata, secondo cui in sede di valutazione di permesso premio la cognizione spetterebbe al Magistrato di Sorveglianza. Secondo questo orientamento, l'estensione della competenza al Magistrato di Sorveglianza sarebbe coerente con il diritto attualmente applicato nelle aule di giustizia e, oltretutto, consentirebbe

---

<sup>210</sup> P. BRONZO, *op.cit.*

all'interessato la possibilità di appellare la decisione sfavorevole innanzi ad un altro organo di merito (eventualità che l'attribuzione della competenza all'organo collegiale inevitabilmente precluderebbe), offrendo perciò una maggiore tutela delle esigenze difensive. Tutto considerato, e tenuto conto che, nelle materie attribuite alla giurisdizione di sorveglianza, la previsione di un secondo grado di merito non è criterio costituzionalmente necessario, la soluzione preferibile, anche per l'opportunità di evitare sovraesposizioni del singolo magistrato in una materia delicatissima, dovrebbe individuarsi nella prima tra quelle sopra illustrate<sup>211</sup>. In altre parole, è stato detto che la responsabilità della decisione affidata a semplici giudici di sorveglianza gli esporrebbe a intimidazioni, minacce e pressioni esercitate da mafiosi condannati all'ergastolo ostativo. Da qui la richiesta di allocare le competenze in capo ad un organo collegiale, preferibilmente unico a livello Nazionale, anche ai fini di garantire una uniformità giurisprudenziale in materia di concessione dei benefici penitenziari agli ergastolani ostativi non collaboranti. Secondo parte della dottrina<sup>212</sup>, tale argomento "allarmistico" sembra ignorare che la Magistratura di sorveglianza è da sempre esposta a questi rischi, per esempio quando decide sulla natura ostativa della pena inflitta in sede di cognizione, o sull'esigibilità o meno della collaborazione, o sulla concessione dei benefici penitenziari ai

---

<sup>211</sup> F. FIORENTIN, *Condizioni stringenti per la concessione dei permessi premio*, op.cit., p. 88.

<sup>212</sup> A. PUGIOTTO, video del Convegno "*Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?*", registrato a Cassino il 20 gennaio 2020, [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it).

condannati per uno dei reati di cui al 4-bis o sul reclamo circa l'applicazione e la proroga del 41-bis, sia pure in un giudice unico a Roma. Tale dottrina aggiunge, poi, che costituzionalmente quella dei Magistrati di sorveglianza è e deve rimanere una giurisdizione di prossimità, perché presuppone l'osservazione del detenuto e una costante interlocuzione con gli operatori penitenziari. La creazione di un unico Tribunale nazionale ad hoc, in realtà, cela una sostanziale sfiducia nei confronti della Magistratura di sorveglianza, proprio per la sua natura diffusa capace per questo di assumere decisioni contrarie ad aspettative securitarie dell'opinione pubblica e forse di qualche Pubblico Ministero.

Vi è poi un ulteriore problema devoluto al giudice delle leggi. Il problema qui è dato dal termine di appena ventiquattro ore entro il quale, a fronte di un provvedimento del Magistrato di sorveglianza che concede o nega il permesso premio, il Pubblico ministero o il detenuto possono proporre reclamo. Non a caso, la Cassazione, sezione prima penale, ha di recente sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 30-bis, co. 3, ord. penit., in relazione all'art. 30-ter, co. 7, ord. penit., “nella parte in cui prevede che il termine per proporre reclamo è pari a 24 ore”, indicando come possibile termine “alternativo” quello di quindici giorni previsto dall'art. 35-bis ord. penit. per il reclamo giurisdizionale avverso gli atti dell'Amministrazione penitenziaria

ritenuti lesivi di diritti. Parte della dottrina<sup>213</sup> ha rilevato come l'eventuale accoglimento della questione gioverebbe non solo al detenuto che, a legislazione vigente, abbia presentato tardivamente reclamo, ma anche al Pubblico ministero per l'ipotesi di concessione del permesso premio da parte del magistrato di sorveglianza. È probabile che il giudice delle leggi intervenga su tale regola prevedendo un termine più ampio. Nel frattempo, a cose invariate, alcuni hanno sottolineato la necessità di un database delle informazioni detenute dai Magistrati di sorveglianza che siano visionabili dai difensori. Può accadere, infatti, che un'udienza non sia partecipata, il termine per impugnare sia di sole 24 ore e che il Magistrato non consenta l'accesso alle carte. A fronte di un tale problema, sarebbe intanto opportuno consentire una certa interlocuzione tra avvocati e Magistrati di sorveglianza<sup>214</sup>.

La questione più delicata che interessa il possibile seguito della sent. n. 253 del 2019 riguarda il mancato riferimento alla liberazione condizionale. Dato che non pare in alcun modo possibile estendere in via interpretativa la pronuncia della Corte all'istituto della liberazione condizionale, una strada, alla luce della valorizzazione che è stata data alla finalità rieducativa della pena all'interno della sentenza, potrebbe essere quella di introdurre per via legislativa una presunzione relativa

---

<sup>213</sup> M. RUOTOLO, op.cit., p. 5.

<sup>214</sup> M. PASSIONE, dal convegno *L'ergastolo ostativo alla luce delle pronunce delle corti interne ed internazionali*, a cura di *Pantheon*, Roma 27 gennaio 2020, [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it).

anche per questa misura alternativa, analogamente a quanto previsto per i permessi premio. Ciò anche al fine di evitare una possibile dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2, co. 2, del d.l. n. 152 del 1991 che, in virtù del richiamo all'art. 176 c.p., preclude l'accesso alla liberazione condizionale al condannato all'ergastolo che non abbia collaborato con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni effettivi di pena in carcere. Se, invece, si procedesse ad un inasprimento delle condizioni richieste per accedere alla liberazione condizionale o si estendessero le ipotesi di ostatività, si andrebbe contro la ratio della sentenza n. 253/2019 e la pronuncia di incostituzionalità diverrebbe possibile e probabile. Allora tale sentenza della Corte costituzionale diventerebbe un precedente sufficiente per sostenere l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Nel bilanciamento tra valori o interessi contrapposti, le esigenze di difesa sociale, specie se riferite al fenomeno mafioso, possono giustamente assumere un peso particolarmente consistente fino a giustificare limitazioni al perseguimento della finalità rieducativa. Tali limitazioni, però, non possono spingersi fino a comportarne la totale compromissione, perché si esporrebbero a possibili dichiarazioni di illegittimità. Così come eventuali "inasprimenti" dell'attuale disciplina legislativa, che limitino ulteriormente il perseguimento della finalità rieducativa, non farebbero altro che contribuire al superamento di quel confine.

Volgendo lo sguardo al futuro, parte della dottrina ipotizza che la sent. n.253/2019 potrà fungere da matrice per tante sentenze "fotocopia"



quante sono le misure alternative oggi ancora precluse ai non collaboranti. La sua *ratio decidendi*, infatti, non è strettamente costruita sulla peculiarità del permesso premio e tutti i benefici penitenziari sono assimilati nella logica della preclusione assoluta. Caduta questa per il permesso premio, cadrà anche per gli altri, liberazione condizionale compresa, in linea peraltro con il *dictum* della Corte di Strasburgo, che si impone come norma interposta in forza dell'art.117, co.1 Cost. Del resto è lo stesso principio costituzionale di progressività trattamentale a imporlo. Se restassero precluse tutte le altre misure alternative, il solo permesso premio si rivelerebbe incapace di sviluppare la sua funzione pedagogico-propulsiva.

Infine, se come scrive la Corte nella sent. 253/2019 “la rieducatività della pena va intesa come recupero del reo alla vita sociale”, allora davvero “il fine della pena esige la fine della pena”<sup>215</sup>. Dunque, alla domanda se a seguito della sentenza n.253/2019 ci stiamo avviando verso il superamento dell’ergastolo ostativo, parte della dottrina risponde in senso affermativo, fiduciosa che ormai sia solo questione di tempo<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> A. PUGIOTTO, video del Convegno “*Verso il superamento dell’ergastolo ostativo?*”, op.cit.

<sup>216</sup> Ibidem.

## CONCLUSIONI

La sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale rappresenta una svolta storica per il sistema penitenziario e per la valutazione della presunzione di pericolosità sociale. Essa segna il passaggio epocale da una presunzione di natura assoluta ad una presunzione relativa. A parere della Corte, ad essere incostituzionale è proprio il carattere assoluto di tale presunzione, che produce conseguenze afflittive ulteriori per il detenuto non collaborante e che non consente alla magistratura di sorveglianza di valutare il percorso da lui svolto durante l'esecuzione penale. La Corte sottolinea che “è giusto premiare chi collabora, ma non si può punire chi non collabora”, perché altrimenti si aggiungerebbe una ulteriore afflizione alla pena, si punirebbe lo pseudo-reato della non collaborazione, e si irrogerebbe dunque una pena disumana. Così, la sentenza in discorso ha riaffermato il principio di umanità della pena nella misura in cui ha ricordato che la pena non può mai essere priva di speranza, altrimenti è appunto disumana e contraria alla dignità, in linea peraltro con quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Viola c. Italia*.

Tuttavia, le argomentazioni spese dovrebbero tranquillizzare, piuttosto che allarmare. Infatti, il giudizio sulla concessione dei permessi premio non ha una strada spianata, anzi, il varco aperto dalla Corte per l'accesso

ai benefici, a fronte della delicatezza degli interessi in gioco, per assurdo finisce per rendere del tutto analitica e per niente scontata la valutazione del magistrato di sorveglianza. In primo luogo, si assiste ad una vera e propria inversione dell'onere probatorio circa la rescissione dei rapporti con il gruppo criminale, in quanto sarà il detenuto a dover dimostrare di essere una persona diversa da quella che era al momento del commesso reato, provvedendo all'allegazione di quegli elementi che escludano l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e il pericolo di un loro ripristino. In questo modo, viene introdotto un regime probatorio rafforzato, dove la Magistratura di sorveglianza sarà obbligata a svolgere un'attenta analisi finalizzata alla stesura di una motivazione rafforzata in ordine alla pericolosità e alla sussistenza dell'attualità dei legami con l'ambiente criminale. Ciò vuol dire che non sarà per niente facile ottenere decisioni dall'esito favorevole in assenza delle condizioni appena dettate dalla Consulta.

Altrettanto significativi sono i limiti operativi della pronuncia, più volte ribaditi dalla Corte nello svolgimento motivazionale. Tra questi, un motivo di delusione per quanti auspicavano una sentenza che ricalcasse le tracce della decisione della Cedu sul caso *Viola c. Italia* è dato dalla presa d'atto che la sentenza n. 253/2019 non segna il superamento definitivo dell'ergastolo ostativo. In effetti, la Corte costituzionale ha più volte ribadito che nella sentenza in esame non è discusso l'istituto dell'ergastolo ostativo, perché la questione sottoposta a giudizio non riguarda la preclusione alla liberazione condizionale all'ergastolano che

non collabora e che abbia già scontato ventisei anni di pena in carcere. Piuttosto, la questione riguarda i condannati per reati ostativi a pena perpetua o temporanea che non possono accedere ai permessi premio perché non hanno reso un'utile collaborazione con la giustizia, ovvero una collaborazione inesigibile, impossibile o oggettivamente irrilevante. Così, per avere anche nel nostro ordinamento una “sorella” di *Viola* sarà, dunque, necessario attendere il probabile sciame di sentenze destinato a seguire, che potrebbe erodere progressivamente la presunzione assoluta presente nell'articolo 4-bis, comma 1, dell'ordinamento penitenziario anche per la liberazione condizionale. E così dovrà essere perché, se come scrive la Corte nella sent. 253/2019 “la rieducatività della pena va intesa come recupero del reo alla vita sociale”, allora davvero “il fine della pena esige la fine della pena”.

Detto questo sul piano esegetico, è parso ad alcuni che la decisione della Corte necessiti di un adeguamento sul piano normativo. Attualmente dibattuta è la decisione di affidare la valutazione dell'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e del pericolo di un loro ripristino all'organo collegiale o monocratico. È stato detto che la responsabilità della decisione affidata a semplici giudici di sorveglianza gli esporrebbe a intimidazioni, minacce e pressioni esercitate da mafiosi condannati all'ergastolo ostativo. Da qui la richiesta di allocare le competenze in capo ad un organo collegiale, preferibilmente unico a livello Nazionale, anche ai fini di garantire una uniformità giurisprudenziale in materia di concessione dei benefici penitenziari agli

ergastolani ostativi non collaboranti. Secondo parte della dottrina, tale argomento “allarmistico” sembra ignorare che la Magistratura di sorveglianza è da sempre esposta a questi rischi, sottolineando come la creazione di un unico Tribunale nazionale ad hoc, in realtà, parrebbe celare una sostanziale sfiducia nei confronti della Magistratura di sorveglianza.

## BIBLIOGRAFIA

ALBERTA V., *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art.4-bis, co.1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giurisprudenza penale*, 2019.

ALBERTA V., GALLIANI D., PASSIONE M., dal video *Consulta da 10, ma senza lode*, in [www.l'asterisco.net](http://www.l'asterisco.net), 2019.

APPLETON C., VAN ZYL SMIT D., *The paradox of reform: Life Imprisonment in England and Wales*, in *Life Imprisonment and Human Rights*, a cura di D. Vvan Zyl Smit, C. Appleton, Hart, Oxford e Portland 2016, p.230.

BAILO F., *L'ergastolo ostativo al vaglio della Corte costituzionale: un dialogo possibile con la Corte EDU?*, in *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, atti del seminario a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Ferrara, 27 settembre 2019, p. 30.

BRONZO P., dal convegno *L'ergastolo ostativo alla luce delle pronunce delle corti interne ed internazionali*, a cura di Pantheon, Roma 27 gennaio 2020, [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it).

CARACENI L., CESARI C., in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, Cedam, 2019

CASAROLI G., *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto penale*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 15

CATTELAN L., articolo pubblicato sulla rivista *Il penalista*, giurisprudenza commentata del 13 gennaio 2020.

DE ALBUQUERQUE P. P., *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, in *Il diritto alla speranza*, a cura di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. P. DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, G. Giappichelli, 2019.

DEL COCO R., *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. CORSO, Bologna, 2011, 167.

DELLA BELLA A., in *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, a cura di S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, Milano, 2009, 438.

DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli idealismi della scommessa anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di GREVI, Padova, 1994, p. 90.

DELLA CASA F., *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir., Ann.*, III, p. 828.

DE MINICIS F., *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Diritto penale e processo*, 11/2014, p. 1273.

DE VITO R., *L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2017, n.1, p.40.

DOLCINI E., *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni.*, in *Il diritto alla speranza, l'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P.P. DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, G. Giappichelli, 2019.

DOLCINI E., FASSONE E., GALLIANI D., DE ALBUQUERQUE P. P., PUGIOTTO A., *Amicus Curiae - Università degli studi di Milano (Dipartimento di studi internazionali, giuridici e storico-politici)*, in *Il diritto alla speranza, l'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, G. Giappichelli, 2019, p. 240.

FIORENTIN F., *La Consulta dichiara incostituzionale l'art.4-bis ord.penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione*

*domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 ottobre 2014, § 2.

FIorentin F., *La Consulta rimodella solo l'istituto previsto per i delitti "ostativi"*, articolo pubblicato sulla rivista *Il Sole 24 Ore*, 18 gennaio 2020.

FIorentin F., *Condizioni stringenti per la concessione dei permessi premio*, articolo pubblicato sulla rivista *Il Sole 24 Ore*, 18 gennaio 2020, p. 86.

FIorio C., *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la collaborazione come presupposto per i benefici*, in *G. cost.*, vol. 38, 1993, p. 2507.

GALLIANI D., PUGIOTTO A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Il diritto alla speranza, l'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. P. DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, G. Giappichelli, 2019.

GALLIANI D., *Ponti non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Il diritto alla speranza, l'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, G. Giappichelli, 2019, p. 184.

GALLIANI D., *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in *Il diritto alla speranza, l'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. P. DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, G. Giappichelli, 2019.

GALLIANI D., SANTORO E., dall'articolo *"Rivedere l'ergastolo ostativo non significa rimettere i boss in libertà"*, pubblicato su *Il foglio quotidiano*, 9 ottobre 2019, p.3.

GALLIANI D., in *L'ergastolo e il regime ostativo, ovvero la speranza presa sul serio*, articolo pubblicato su *Ristretti orizzonti*, 19 dicembre 2019.

GIOSTRA G., *Sovraffollamento carcerari: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *R. It. d. proc. pen.*, 2013.



GORI A., *L'art.3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, pubblicato sulla rivista [www.adir.unifi.it](http://www.adir.unifi.it), 2015.

GREVI V., *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994, 3.

GUAZZALOCA B., in AA.VV., *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Atti della giornata di studio, Macerata, 13 Maggio 1993, a cura di G. GIOSTRA e G. INSOLERA, Milano 1995, pp. 141 ss.

GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992.

IOVINO F.P.C, *Brevi note sul d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 1991*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 440.

LO GIUDICE M., *Limiti e condizioni di accesso ai benefici penitenziari per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di M. ROMANO, G. TINEBRA, Milano, 2013, p.374.

MACIOCCHI P., dall'articolo *Permessi ai mafiosi, non si può dire no in modo automatico*, pubblicato sulla rivista *Il sole 24 Ore*, 31 dicembre 2019.

MALAVASI G., *Il problema del permesso premio ai condannati per fatti gravi pur senza la collaborazione con la giustizia*, in *Archivio penale 2020*, n. 1.

MARGARITELLI M., *“Limitata partecipazione al fatto criminoso” e accesso ai benefici penitenziari*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3212.

MARGARITELLI M., *La “politica penitenziaria” della Corte Costituzionale: una progressione lenta ma inesorabile*, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 3695.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2018, p. 65.

MAUGERI D., *Il doppio binario dell'art.4-bis: fallimento di una scommessa o insidioso pragmatismo?*, in [www.Diritto.it](http://www.Diritto.it), 2017, p.1.

MORI M. S., ALBERTA V., *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo.*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2019.

MOSCONI G., *La controriforma carceraria*, in *Delitti e pene*, 1991, fasc. 2, p. 143 ss.

PACE L., *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2015.

PALAZZO F., *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in *Per sempre dietro le sbarre?*, in *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, atti del seminario a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Ferrara, 27 settembre 2019, p. 13.

PAPA FRANCESCO, *Discorso rivolto alle delegazioni delle Associazioni internazionali di diritto penale*, 23 ottobre 2014.

PASSIONE M., dal convegno *L'ergastolo ostativo alla luce delle pronunce delle corti interne ed internazionali*, a cura di Pantheon, Roma 27 gennaio 2020, [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it).

PUGIOTTO A., *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Il diritto alla speranza, l'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. P. DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, G. Giappichelli, 2019.

PUGIOTTO A., video del Convegno “*Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?*”, registrato a Cassino il 20 gennaio 2020, [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it).

PULVIRENTI A., *Una visione d'insieme della normativa penitenziaria in tema di criminalità organizzata: dalla legislazione di emergenza alla legislazione di settore*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di M. ROMANO, G. TINEBRA, Milano, 2013, pp. 324-325.

ROMICE S., *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4-bis O.P.*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2016.

ROMICE S., *L'opinione del giudice Wojtyczek nel caso Viola c. Italia.*, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it), 2019.

RUOTOLO M., *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.

SANTORO E., *Amicus curiae – L'altro diritto onlus*, Corte europea dei diritti umani, I Sezione, *Viola c. Italia n.2*, n. 77633/16, 13 giugno 2019.

SILVESTRI G., prefazione a C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, 2016.

SOFRI A., *Gli uomini ombra che moriranno in carcere*, in *la Repubblica*, 24 settembre 2012.

UBIALI M. C., *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), 28 gennaio 2019.

VALENTINO N., *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Sensibili alle foglie, Roma, 2012, p. 98.

VIGANÒ F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art.3 Cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della corte di Strasburgo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 luglio 2012.

ZAGREBELSKY V., *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, atti del seminario a cura

di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Ferrara, 27 settembre 2019, p. 26.

## **GIURISPRUDENZA ITALIANA**

Cass. Sez. I, 20 settembre 1993, Ruga n.1768.

Cass. Sez. I, 13 maggio 1994, Solinas, n.1630.

Cass. I, n. 6492 dd.19/11/1997, Rv. 209371, *CED*.

Cass., sez. I penale, 13/02/1997, n. 973.

Cass., I sezione penale, 9 maggio 2012, n. 26890.

Cass. Pen. Sez. I n. 45978/2012.

Cass. Sez. I, 17 luglio 2012, n.34946, Somma, CED 253183.

Cass. Pen. Sez. I n. 15982/2013.

Cass. Sez. I, 4 marzo 2014, n.18206, Grassonelli, in [www.cassazione.it](http://www.cassazione.it).

Cass. Sez. I, 20 novembre 2018, n. 57913.

Corte Cost. sent. n. 12/1966.

Corte. Cost. sent. n. 264/1974.

Corte cost. sent. n. 364/1988.

Corte cost. sent. n. 39/1993.

Corte cost. sent. n. 306/93.

Corte cost. sent. n.39/1994.

Corte cost. sent. n. 357/1994.

Corte cost., sent. n. 68/1995.

Corte cost., sent. n. 376 del 1997.

Corte cost. sent. n. 436/1999.

Corte cost. sent. n. 273/01.

Corte cost. sent. n. 135/2003.

Corte cost. sent. n.239/2004.

Corte cost. sent. n. 139/10.

Corte cost. sent. n. 189/2010.

Corte cost. sent. n. 265/2010.

Corte cost. sent. n. 164/2011.

Corte cost. sent. n. 231/2011.

Corte cost. sent. n. 110/2012.

Corte cost. sent. n. 57/13.

Corte cost. sent. n. 213/2013.

Corte cost. sent. n. 232/2013.

Corte cost. sent. n. 279/2013.

Corte cost. sent. n. 239/14.

Corte cost. sent. n. 48/15.

Corte cost. sent. n. 90/2017.

Corte cost. sent. n. 179/2017.

Corte cost., sent. n. 188/2019.

Corte cost. sent. n. 253/2019.

Tribunale di sorveglianza di Firenze, r.o. n. 550.

Tribunale di sorveglianza di Firenze, r.o. n. 552/1993.

Trib. sorv. Milano, 20 febbraio 2006, in Foro ambrosiano, 2006 con nota di P. COMUCCI. Cfr. F. FIORENTIN, *Permessi straordinari per la tutela del legame parentale tra minore e genitore detenuto: un'interpretazione secundum consistutionem*, in *Giur. merito*, fasc. 6, p. 1664.

Trib. sorv. Perugia, 15 febbraio 2012.

## **GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU**

Corte EDU, 10 novembre 1988, *Soering c. Regno Unito*.

Corte EDU, sentenza *Chahal c. Regno Unito*, 07.07.1996, riferimento n. 22414/93.

Corte Edu, *Scoppola c. Italia*, n. 10249/03, decisione del 8 settembre 2005.

Corte Edu, *Garagin c. Italia*, n. 33209/07, decisione del 29 aprile 2008.

Corte Edu, Sez. IV, 17 gennaio 2012, *Vinter c. Regno Unito*.

Corte Edu, Sez. IV, 17 gennaio 2012, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 luglio 2012.

Corte Edu, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 luglio 2013.

Corte Edu, Sez. V, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*.

Corte Edu, *Harakchiev e Tolumov v. Bulgaria*, nn. 15018/11 e 61199/12, § 264, 2014.

Corte Edu, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*.

Corte Edu, Grande Camera, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*.

Corte Edu, Sez. II, 23 maggio 2017, *Matiosaitis c. Lituania*.

Corte Edu, *Dardanskis e altri c. Lituania*, decisione 18 giugno 2019, §§ 23-31.

Corte Edu, Sez. I, *Viola v. Italia n.2*, n. 77633/16, 13 giugno 2019.

*R. v. Thomas Mair*.

*R. v. David Oakes*, Chelmsford Crown Court, 11 maggio 2012.

*R. v. Stephen Seddon*, Manchester Crown Court, 28 marzo 2013.

*R. v. Stuart Hazell*, Central Criminal Court, 14 maggio 2013.

*The Queen v Cregan, Livesey, Gorman, Wilkinson, Ward & Ali*, Crown Court at Preston, 13 giugno 2013.

*R. v. David Oakes* e in *The Queen v. Jamie Reynolds*, Crown Court at Stafford, 19 dicembre 2013.

*R. v. Michael Adebolajo and Michael Adebowale*, Central Criminal Court, 26 febbraio 2014.

*The Queen v. Joanne Christine Dennehy, Gary John Stretch, Leslie Paul Layton, Robert James Moore*, Crown Court at Cambridge (sitting at the Central Criminal Court), 28 febbraio 2014.

*R. v. Andrews*, Court of Appeal, Crim. Div., 29 aprile 2015.

*R. v. Stephen Port* e *R. v. Thomas Mair*, Central Criminal Court, 25 e 23 novembre 2016.

