

## **“Eppur si muove”: l’ergastolo ostativo al vaglio delle due Corti.**

**Di Sara SPIEZIA\***

**SOMMARIO:** **1.** Premessa: le origini del doppio binario penitenziario; **2.** La genesi dell’art. 4 *bis* o.p.. L’evoluzione normativa; **3.** *Focus.* L’ergastolo ostativo prima dell’intervento della Corte Costituzionale del 22 ottobre 2019; **4.** Questioni di legittimità costituzionale dell’art. 4 *bis* o.p.; **4.1.** L’ergastolo ostativo al vaglio della Corte Costituzionale: l’ordinanza della Corte di Cassazione n. 57913 del 2018; **4.2.** *Segue.* L’ordinanza del tribunale di Sorveglianza di Perugia n. 135/2019; **4.3.** L’ergastolo ostativo al vaglio della CEDU: sentenza Viola c. Italia ricorso n. 77633/16; **4.4.** Il comunicato della Corte Costituzionale del 23 ottobre 2019; **5.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *With this article, the Author intended to trace the genesis and the evolution of art. 4 bis ord. pen. By investigating on the causes of the introduction of the double penitentiary system, the article focuses on the issues of constitutional legitimacy and conformity with the ECHR, raised to date.*

### **1. Premessa: le origini del doppio binario penitenziario.**

La pericolosità delle organizzazioni criminali costituisce un vero e proprio *vulnus* per lo Stato italiano. Tale assunto permette di legittimare, quanto meno in astratto, la natura derogatoria della legislazione antimafia e, nello specifico, del trattamento penitenziario. Sono, infatti, le istanze preventivo-repressive a essere sottese al peculiare regime detentivo, previsto per questa particolare categoria di detenuti. Non di meno, il forte allarme sociale suscitato dai gravi fatti di cronaca ha funto da impulso per la prospettazione di un sistema dell’esecuzione penale, che fosse rispondente all’eterogeneità delle situazioni concrete.

Le stragi di mafia, hanno, infatti, palesato l’inadeguatezza della normativa “ordinaria”, facendo, così, emergere l’esigenza di inasprire la legislazione penitenziaria per i detenuti ritenuti ad “alta pericolosità”.

La prospettiva progressista<sup>1</sup> che aveva informato la legge *Gozzini* – l. 10 ottobre 1986 n.663 – ha dovuto, quindi, fare i conti con la continua espansione di una criminalità spiccatamente eversiva, inducendo l'ordinamento penitenziario a piegarsi ai prioritari obiettivi di sicurezza sociale<sup>2</sup>.

In preda all'ondata emergenziale sorta con le stragi di mafia il legislatore ha, quindi, introdotto nel sistema penitenziario nostrano un "regime del doppio binario", consistente in un duplice atteggiarsi della pena a fronte di situazioni diverse. In particolare, con il reticolato di preclusioni e limitazioni al regime premiale delineato all'art 4-*bis* ord. pen., ha inteso fronteggiare, anche nel *post rem iudicatam*, il fenomeno in continua espansione della criminalità organizzata, con la previsione di un regime trattamentale differenziato, il cui *discrimen* verte, dunque, sui *nomina delicta* per cui è intervenuta la condanna<sup>3</sup>. Si registrano, infatti, nel testo originario della L. n. 354 del 1975 rubricata "*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*", delle distinzioni nel trattamento penitenziario per i condannati per i delitti di maggior allarme sociale anche sul fronte del ricorso alla premialità, proprio perché la reclusione, che di regola svolge funzione deterrente, non pareva garantire in modo esaustivo lo sradicamento dall'organizzazione criminale da parte del detenuto. D'altronde, dai lavori della

---

\* *Dottoressa in giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 L. 98/13 presso la Procura della Repubblica di Roma.*

<sup>1</sup> La legge *Gozzini* ha introdotto nel sistema penitenziario un ulteriore ventaglio di misure alternative alla detenzione estendendo i requisiti per l'accesso, a testimonianza del filone normativo che ritiene più efficace l'esecuzione della pena fuori dal carcere. Infatti, il programma di decarcerizzazione elaborato dalla legge sull'ordinamento penitenziario è stato poi implementato dalla legge sopra citata, la quale ha introdotto una molteplicità di strumenti volti da un lato ad ampliare l'uscita anticipata dall'istituto penitenziario e dall'altro ad evitare a monte l'ingresso. V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. MAIELLO, Giappichelli, Milano, p. 242.

<sup>2</sup> V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di Vincenzo Maiello, Giappichelli ed., Milano, p. 242. L'autore ricorda la legge 19 marzo 1990 n. 55, come uno dei primi interventi, che si instaurano in questa logica di rottura rispetto alla tendenza a favorire la finalità rieducativa. La legge in oggetto, infatti, introducendo il comma 1bis all'art 30-ter o.p. ha stabilito, che siano acquisiti elementi idonei ad escludere l'attualità del collegamento con l'organizzazione, ai fini della concessione dei permessi premio ai condannati per reati commessi con finalità di terrorismo, di eversione dell'ordinamento costituzionale.

<sup>3</sup> Ci si riferisce, in particolar modo, all'art 656 comma 9 c.p.p. che esclude per i "condannati per i delitti di cui all'art 4-bis della legge 26 luglio 1975 n. 354 e successive modifiche" la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5.

F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in AA.VV., *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. Romano, UTET, 2015.

commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della Mafia è emerso che, dal momento in cui il carcere è quasi sempre situato nei luoghi in cui i delittuosi vivono, questi possono mantenere il contatto con la famiglia e con la cosca, nonché possono "continuare a tessere le fila di altre criminose imprese"<sup>4</sup>.

La *ratio* della normativa in esame segue, dunque, due direttrici fondamentali: una rivolta al passato, funzionale alla disgregazione delle varie consorterie criminali e alla repressione dei delitti tipici di tali organizzazioni; la seconda, invece, orientata verso il futuro, rivolta, cioè, alla prevenzione delle attività criminose compiute a danno della collettività<sup>5</sup>.

Queste le ragioni per le quali il legislatore ha predisposto tutta una serie di limitazioni a tale, particolare, categoria di detenuti. Tra queste, in primo luogo, l'esclusione dalla concessione di misure alternative alla detenzione o di misure premiali, (che solo a determinate condizioni possono essere ottenute), oltre all'applicazione di restrizioni afflittive in presenza di determinati presupposti.

Al contempo ha poi previsto un regime di favore per chi, invece, decida di collaborare con la giustizia, rescindendo i legami con l'organizzazione criminale. In tal caso, infatti, viene meno lo scopo primario della differenziazione trattamentale, ossia evitare che il detenuto, mantenga i contatti con la cosca e persegua nell'esercizio di attività delittuosa.

La *condicio sine qua non* per usufruire dei benefici è, quindi, data dall'assenza di collegamenti attuali con l'organizzazione criminale evincibile, sia dalla collaborazione con la giustizia, sia dall'acquisizione di elementi idonei a provarla.

Il meccanismo così delineato è volto ad ottenere la collaborazione dei detenuti; questa, infatti, rappresentava, fino alla pronuncia della Corte Costituzionale del 22 ottobre 2019, la chiave di volta per l'accesso ai benefici penitenziari, specialmente per quanto riguarda i condannati alla pena dell'ergastolo, definito ostativo.

La disciplina prevista dal "diritto penale della criminalità organizzata", ivi compresa quella penitenziaria, non è stata scervra da riserve prospettate alla Corte Costituzionale, da ultimo ord. Cass. pen., sez. I, 57913/2019, e alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per quanto riguarda il paventato rischio del mancato rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento. Occorre, quindi,

---

<sup>4</sup> *Testo integrale della relazione della commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della Mafia*, Vol. I, 1973, Roma, pp. 75 e ss..

<sup>5</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Cedam, 2010, p. 34.

valutare se gli strumenti operanti sul piano penitenziario siano o meno rispettosi dei dettami della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e se sia legittimo che l'esecuzione della pena diventi uno strumento di lotta alla criminalità organizzata. La pena, in questo contesto, sembrerebbe aver assunto valenza punitiva più che rieducativa, partendo dal presupposto che il regime premiale viene concesso non in base ad un accertato recupero, ma in base alla sola scelta di collaborare con la giustizia, finendo quindi per svilire quella che è la portata del principio sancito dall'art 27 della Costituzione.

## **2. La genesi dell'art. 4 bis o.p.. L'evoluzione normativa.**

L'articolo 4-*bis* costituisce la norma cardine del regime del "doppio binario" penitenziario. Questo, frutto di una novella legislativa, è stato originariamente introdotto con il d.l. 13 maggio 1992 n. 152, convertito dalla l. 12 luglio 1991 n. 203, per essere poi oggetto di modifica in seguito a diversi interventi legislativi e giurisprudenziali.

Il suddetto articolo ha avuto il merito di aver apportato degli elementi di rilevante novità rispetto al precedente assetto normativo, caratterizzato dal perseguimento di una finalità interamente rieducativa. La disposizione, infatti, si presentava come una norma chiave, per l'assetto dei nuovi equilibri che si volevano instaurare tra l'ordinaria disciplina e quella, invece, da applicarsi con riguardo ai condannati per reati di criminalità organizzata<sup>6</sup>

Nella sua originaria formulazione<sup>7</sup>, l'art 4-*bis* raggruppava i delitti in due diverse fasce riconducibili al *genus* della criminalità organizzata. Nella prima vi

---

<sup>6</sup> V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, CEDAM, Padova, 1994, p. 7. Questi, infatti, descrive la norma come "una norma chiave per il sistema dei nuovi equilibri che all'inizio degli anni novanta si volevano 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>7</sup> La prima formulazione, leggibile in <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1991/07/12/091G0250/sg>, recitava: "Art. 4- *bis* (Accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti) L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI possono essere concessi ai condannati per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416- *bis* e 630 del codice penale e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, solo se sono stati

rientravano i reati direttamente riconducibili al crimine organizzato, mentre nella seconda, quei delitti che, pur non essendo espressamente riferiti alla malavita, venivano comunque considerati reati di elevata gravità.

Stando alla lettera originale dell'articolo, i condannati appartenenti alla prima fascia potevano accedere alle misure alternative, solo se si fossero acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la cosca. Per i condannati di seconda fascia, invece, l'accesso alle misure alternative era subordinato al semplice rilievo oggettivo dell'insussistenza di attuali collegamenti con il crimine organizzato<sup>8</sup>. Si richiedeva, dunque, una prova negativa<sup>9</sup> in un caso, positiva nell'altro.

Nel corso dell'anno successivo, l'articolo è stato oggetto di modifica con il decreto legge 8 giugno 1992 n. 306, il quale ha, innanzitutto, eliminato il richiamo, tra i delitti iscrivibili nella prima fascia, ai reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, incentrando il regime

---

acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. Quando si tratta di condannati per i delitti di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, del codice penale e all'articolo 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del predetto testo unico, approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, i benefici suddetti possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provinciale può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto.

Quando il comitato ritiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali, ne dà comunicazione al giudice e il termine di cui al comma 2 è prorogato di ulteriori trenta giorni al fine di acquisire elementi ed informazioni da parte dei competenti organi centrali".

<sup>8</sup> R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. CORSO, Monduzzi, 2013, p. 170.

<sup>9</sup> La prova negativa consistente, secondo l'originaria formulazione, nella acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con l'associazione, era considerata dalla dottrina una *probatio diabolica*. In tal senso A. PRESUTTI, *Alternative al carcere, regime di preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di Presutti, Milano, 1994, p. 81.

di maggior rigore sulle fattispecie riconducibili alla criminalità organizzata<sup>10</sup>, introducendo, poi, la peculiare figura del c.d. "ergastolo ostativo".

Le interpolazioni legislative, che hanno avuto ad oggetto la norma in esame, non si sono esaurite nella sola legge n. 356/92, di conversione del decreto suddetto, ma si sono succedute copiosamente nel tempo, allo scopo di ampliare il catalogo dei reati ostativi e i "tipi di autore". Tali modifiche hanno finito per ricomprendere nel "tragico elenco"<sup>11</sup> particolari fattispecie associative, quali quelle finalizzate alla commissione di reati contro la personalità individuale e contro la libertà sessuale<sup>12</sup>, quelle dedite al contrabbando di tabacchi lavorati esteri<sup>13</sup> e all'immigrazione clandestina e taluni delitti contro l'onore<sup>14</sup>.

Un altro intervento di novella si è avuto, poi, con il d.l. n. 11 del 23 marzo 2009, conv. dalla legge n. 38 del 23 aprile dello stesso anno, recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori", che ha introdotto, tra i reati della prima fascia, alcuni già precedentemente previsti nella seconda.

Con la legge n. 99 del 23 luglio 2009, si è, invece, ulteriormente ampliato il catalogo dei reati preclusivi di seconda fascia, mentre con la legge n. 172 del 1 ottobre 2012, di ratifica della convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, anche conosciuta con il nome di Convenzione di Lanzarote, è stato inserito il comma 1-*quinquies*, che prevede tutta una serie di fattispecie criminali di tipo sessuale a danno dei minori.

L'ultima modifica legislativa risale all'art. 1, co. 6, lett. b), l. n. 3 9 gennaio 2019 c.d. *spazzacorrotti*, con cui si è esteso il regime *ex art. 4bis* o.p. a taluni delitti contro la Pubblica Amministrazione<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> C. Cost, 1/03/1995, n. 68, in *cortecostituzionale.it*.

<sup>11</sup> T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. online*, 2018, fasc. 3, p. 9.

<sup>12</sup> vd d.l. n. 341 del 24 novembre 2000, conv. in l. 19 gennaio 2001.

<sup>13</sup> vd. l. n. 92 del 2001 e L. n. 189 del 2002 che ha ricompreso tra i reati scopo dell'associazione per delinquere, i quelli di cui all'art 12 comma 3,3 bis e 3 ter t.u. 286/98 in tema di immigrazione clandestina.

<sup>14</sup> Legge 38 del 2006 ha inserito tra i reati gli artt. 600-*bis* comma 1, 600-*ter* comma 1 e 2, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609 -*octies* ed infine, come reato fine dell'associazione *ex art* 416 c.p., l'art 609-*ter* c.p..

<sup>15</sup> La legge c.d. *Spazzacorrotti* prevede l'inclusione dei reati di cui agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p..

La norma in esame è stata, quindi, oggetto di una stratificazione di interventi normativi di modifica, che ne hanno mutato la fisionomia, rendendone difficile la lettura.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> La norma in esame è stata, quindi, oggetto di una stratificazione di interventi normativi di modifica, che ne hanno modificato la fisionomia, rendendone difficile la lettura.

Allo stato attuale, dunque, l'articolo oggetto di analisi recita:

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

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

1-ter. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, secondo e terzo comma, 600-ter, terzo comma, 600-quinquies, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, all'articolo 291-ter del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, all'articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico, all'articolo 416, primo e terzo comma, del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del medesimo codice, e all'articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale e dall'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla

### **3. Focus: L'ergastolo ostativo prima dell'intervento della Corte Costituzionale del 22 ottobre 2019.**

Con l'espressione "Ergastolo ostativo" si allude ai casi in cui il reato per il quale è stata irrogata la pena dell'ergastolo osta alla concessione dei benefici penitenziari. Stando alla lettera originaria dell'art. 4-*bis*, come modificata dal d.l. n. 306 del 92, per questa particolare categoria di "ergastolani", la concessione dei benefici penitenziari è legislativamente subordinata alla

---

condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni.

1-*quater*. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 609-*undecies* del codice penale solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della presente legge. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano in ordine al delitto previsto dall'articolo 609-*bis* del codice penale salvo che risulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata.

1-*quinquies*. Salvo quanto previsto dal comma 1, ai fini della concessione dei benefici ai detenuti e internati per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*undecies* del codice penale, nonché agli articoli 609-*bis* e 609-*octies* del medesimo codice, se commessi in danno di persona minorenni, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'articolo 13-*bis* della presente legge.

2. Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provinciale può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto.

2-*bis*. Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1-*ter*, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni dal questore. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni.

3. Quando il comitato ritiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali, ne dà comunicazione al giudice e il termine di cui al comma 2 è prorogato di ulteriori trenta giorni al fine di acquisire elementi ed informazioni da parte dei competenti organi centrali.

3-*bis*. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi 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 competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3."



collaborazione con la giustizia. In assenza di questa condizione, dunque, la pena dovrà essere scontata per intero in carcere.<sup>17</sup>

L'art 15 comma 1 del suddetto decreto legge, infatti, attribuiva un peso rilevante alla collaborazione, statuendo che, per i condannati per uno dei delitti rientranti nella prima fascia, il requisito necessario per l'accesso ai benefici penitenziari fosse la collaborazione con la giustizia, a norma dell'art 58-ter ord. pen. In assenza di tale presupposto, stando alla lettera della disposizione in esame, la concessione dei benefici era assolutamente preclusa. Tale previsione è stata, poi, mitigata in sede di conversione dalla l. n. 356 del 1992, la quale ha stabilito che il divieto potesse essere superato, in presenza di determinate circostanze attenuanti, nell'ipotesi in cui la collaborazione risultasse oggettivamente irrilevante e vi fossero elementi idonei ad escludere la sussistenza dei collegamenti con l'organizzazione criminale.

Con la legge 7 agosto 1992 n. 356, si è, inoltre, previsto che le limitazioni all'accesso ai benefici valessero solo per le misure alternative alla detenzione, desumibili dal Capo VI della legge sull'ordinamento penitenziario, fatta salva la liberazione anticipata.

Il legislatore ha, quindi, previsto una presunzione legale di pericolosità sociale per questi detenuti, la cui *ratio* si ispira anche alla volontà di arginare i poteri discrezionali della magistratura di sorveglianza. La prova contraria, a tale presunzione relativa, era data dalla scelta esplicita di collaborare con la giustizia.<sup>18</sup>

Come autorevolmente affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 68 del 1995: "il mutamento di prospettiva è, dunque, evidente. Pur restando infatti sullo sfondo, quale generale presupposto per la concessione dei benefici, la verificata assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, il decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356 ha obliterato fino a dissolverli i parametri probatori alla cui stregua condurre un siffatto accertamento, per assegnare invece un risalto esclusivo ad una

---

<sup>17</sup> Questa peculiare forma di ergastolo è stata più volte oggetto di polemica, a causa del paventato rischio di illegittimità costituzionale, da ultimo con le ordinanze n. 59 e 135 del 2019.

<sup>18</sup> Si registra in dottrina un dibattito avente ad oggetto la valenza della condotta collaborativa dei detenuti.

Si individuano, in particolar modo, due orientamenti. Il primo, riconducibile a Presutti, ritiene che la scelta collaborativa sia indicativa della sola affidabilità oggettiva, non anche, dunque, di quella soggettiva. La motivazione addotta fa leva sulla circostanza che la condotta collaborativa non sembra provare il superamento della scelta criminale. Altra parte della dottrina, invece, ritiene che la scelta di collaborare possa fondare una ragionevole prognosi di non recidiva.

condotta - quella collaborativa - che si assume come la sola idonea a dimostrare, per *facta concludentia*, l'intervenuta rescissione di quei collegamenti. Si passa, pertanto, 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)".

La modifica ha finito, quindi, per incidere sulla *ratio* della disposizione, che è divenuta una norma volta ad incentivare la collaborazione con la giustizia e, per tale motivo, non è stata esente da critiche. L'art 4 *bis*, così come risultante dalla modifica, secondo la critica, sembrerebbe, infatti, essere plasmato sul brocardo *carceratus tenetur alios detergere*, alla luce del quale è necessaria la collaborazione con la giustizia, in relazione ai fatti per cui è intervenuta la condanna, per accedere ai benefici penitenziari.

Si è, quindi, avuto una rottura con il passato, tale per cui alcuni studiosi hanno affermato di poter parlare di una "controriforma carceraria"; altri hanno invece concordato che, gli interventi legislativi stratificati nel tempo, avrebbero realizzato una "restaurazione normativa", reintroducendo la categoria dei reati ostativi, prima espunta dalla Corte Costituzionale.<sup>19</sup>

Il reo, dunque, condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis* comma 1 che non collabori con la giustizia o per il quale non si verifichino le condizioni richieste dal comma 1 *bis*, non potrà, stando al tenore letterale della norma, accedere ai benefici penitenziari e, in particolare, alla liberazione condizionale.

Si è paventata, infatti, la violazione del diritto al silenzio, sussumibile nel brocardo *nemo tenetur se detegere*, essendo l'accesso ai benefici penitenziari subordinato alla necessaria collaborazione.

Si parla, dunque, di "fine pena mai", in quanto questa tipologia di detenuti, anche in presenza di un ravvedimento certo, non potranno tornare in libertà, neppure dopo aver espiato 26 anni di pena.

L'ergastolo ostativo, dunque, è stato oggetto di censure a livello costituzionale ed europeo.

#### **4. Questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* o.p..**

---

<sup>19</sup> L. CARACENI- C. CESARI, *Commento all'articolo 4-bis ord. pen.*, in AA. VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA- G. GIOSTRA, CEDAM, V ed., 2015, p. 52.

L'articolo 4-*bis* ord. pen. è stato sottoposto molteplici volte al vaglio della Corte Costituzionale, la quale, pur mostrando apprensione per la tendenza al diritto penale d'autore<sup>20</sup> che si rinveniva nella disciplina, ha avallato il regime penitenziario differenziato, eliminando solo le parti di maggiore asperità costituite dagli automatismi applicativi.

La pronuncia madre della giurisprudenza costituzionale è la sentenza n. 306 del 1993<sup>21</sup>, con cui la Consulta ha posto le fondamenta per la giurisprudenza successiva, ipotecendo, secondo quanto detto da alcuni autori, la portata dei successivi interventi.<sup>22</sup> Con tale sentenza, infatti, la Corte affronta molteplici punti, concentrandosi sul valore procedimentale della collaborazione e, sulle conseguenze che questa comporta sul trattamento penitenziario dei detenuti e degli internati.

Il primo aspetto critico della disciplina dell'esecuzione della pena, per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata, è rappresentato, infatti, dal legame causale tra collaborazione e accesso ai benefici penitenziari. Tale connessione, si presta a numerose censure<sup>23</sup>. Il dubbio in merito alla legittimità muove dalla circostanza che la concessione dei benefici penitenziari dipenda, non dall'accertamento di un progresso, sotto il profilo rieducativo, ma dalla prestazione di una collaborazione con la giustizia. Si paventa, così, il rischio che si vanifichi il percorso di risocializzazione e di rieducazione intrapreso dal detenuto che decida di non collaborare.

---

<sup>20</sup> Corte Costituzionale n. 306 del 1993, punto 11, cons. dir.: "appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa dei tipi di autore, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o non potrebbe essere perseguita".

<sup>21</sup> C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in AA.VV., *Diritto penale de giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, ESI, 2006, p. 153. Per l'autore tale sentenza deve essere considerata come "la pietra angolare del sub-sistema ermeneutico- costituzionale sulla filosofia della pena".

<sup>22</sup> In tal senso, M. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art 4-bis ord. pen.*, in *Cass. Pen.*, 1997, f. 5, 1256, afferma che "il salvataggio di tutto l'impianto normativo del comma 1 dell'art 4-*bis* ord pen, operato dall'iniziale approccio della Corte, per espresse ragioni di politica criminale, ha palesemente ipotecato la portata dei successivi interventi normativi".

<sup>23</sup> Oltre alla violazione dell'art 27 comma 3 della Costituzione, i giudici a quo hanno prospettato la lesione dell'art 24 comma 2. Il diritto di difesa, sarebbe violato, in quanto subordinando alla collaborazione il diritto all'accertamento e alla valutazione degli effetti rieducativi del trattamento, si vincolerebbe il soggetto a seguire una linea difensiva, negandogli il pieno esercizio del diritto di difesa. È stata, poi, evidenziata una lesione dell'art 3 Cost., come principio di ragionevolezza, dal momento in cui la norma accomunava due situazioni diverse, consistenti nella situazione di chi assume un atteggiamento di non collaborazione o di solidarietà con i correi e quella di chi non può prestare alcuna collaborazione.

Alla luce di quanto affermato dalla Corte<sup>24</sup>, la Costituzione assegna alla pena natura polifunzionale. Tra le finalità perseguite, (da un lato, di prevenzione generale e di difesa sociale, dall'altro di prevenzione speciale e di rieducazione), non può stabilirsi a priori una gerarchia rigida e assoluta, dovendo essere sempre bilanciate, senza che nessuna di queste risulti obliterata. In altri termini, si ammette, quindi, la possibilità che il legislatore faccia prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità.

Partendo, dunque, dal presupposto che, la normativa in esame è il frutto di scelte politico criminali precise<sup>25</sup>, la giurisprudenza costituzionale riconosce la sussistenza della necessità di contrastare la criminalità organizzata, giustificando, per altro, la scelta del legislatore di privilegiare le finalità di prevenzione generale<sup>26</sup>. Ora, sebbene rilevi che, la decisione di limitare fortemente l'accesso alle misure alternative comporti una compressione delle finalità rieducative della pena, si ritiene che questa sia, comunque, compatibile con il dettato dell'art 27 comma 3 Cost.. La Consulta, dunque, ha, in passato, considerato sostanzialmente legittima la presunzione di pericolosità sociale, in relazione ai detenuti per reati di cui al 4-*bis* ord. pen., affermando che, la collaborazione come presupposto per l'accesso ai benefici penitenziari, non sia costituzionalmente illegittima. Infatti, alla stregua di quanto affermato in più pronunce passate, solo da una condotta collaborativa è possibile desumere l'assenza di pericolosità sociale, sebbene abbia escluso, che ciò possa tradursi in una sorta di "costrizione" alla cooperazione.

Occorre tener presente, però, che la Consulta si è pronunciata nuovamente sul regime ostativo, delineato nella norma in esame, con una sentenza del 22 ottobre 2019, di cui si attende il deposito. In particolare, la Corte ha affrontato la questione della legittimità costituzionale della preclusione ai permessi premio, per i condannati all'ergastolo, che non collaborino con la giustizia.

---

<sup>24</sup> Corte Cost., sent. 11 giugno-8 luglio 1993, n. 306, punto 10, cons. dir., in *Cass. Pen.*, 1994, p. 837, con nota di A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, ivi, pp. 861 e ss..

<sup>25</sup> Tali scelte consistono nell'individuare tutta una serie di reati legati alla criminalità organizzata, per i quali è precluso l'accesso ai benefici penitenziari, salvo che questi non collaborino. Secondo, infatti, quanto affermato dal Ministro Guardasigilli "tale differenziazione (trattamentale) è il frutto di una scelta di politica criminale più che penitenziaria". L. GRILLI, *Benefici penale e penitenziari*, Milano, 1994, p. 153.

<sup>26</sup> Secondo la Corte, infatti, la scelta drastica del legislatore è dettata da episodi di particolare allarme sociale. Questa è ispirata a finalità di prevenzione generale e di tutela della società, nella convinzione che per contrastare il crimine organizzato, fosse necessaria una inversione di tendenza rispetto alla legge *Gozzini*.

#### **4.1. L'ergastolo ostativo al vaglio della Corte Costituzionale: l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 57913 del 2018.**

La Prima Sezione della Corte di Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione, dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen., 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 dell'associazioni ivi richiamate – che non abbia cooperato con la giustizia ex art. 58 *ter* ord. pen., possa beneficiare dei permessi premio di cui all'art. 30 *ter* ord. pen..

Il sistema così delineato, infatti, non consente al "giudice della rieducazione" (*rectius*: magistrato di sorveglianza) di riesaminare nel merito la posizione del detenuto, che abbia espiato una pena ben superiore rispetto ai limiti legali richiesti per l'accesso ai benefici penitenziari, sulla base di un positivo percorso trattamentale.<sup>27</sup>

Il caso di specie trae origine dalla conferma, con ordinanza n. 25/2018 ad opera del Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila, della dichiarazione di inammissibilità, pronunciata dal Magistrato di sorveglianza, avente ad oggetto la richiesta di permesso premio ex art. 30 *ter* ord. pen., avanzata da un condannato a titolo di ergastolo ostativo.

Il soggetto, infatti, era stato condannato, per delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. e molteplici altri delitti contro la persona, all'isolamento diurno per un anno ed era recluso, ininterrottamente, dal 1998.

La motivazione addotta dal Tribunale, nell'ordinanza di rigetto del reclamo, concerne la circostanza che, nonostante la pena irrogata sia esclusivamente riferibile a delitti ostativi ex art. 4-*bis* ord. pen., il reo non abbia tenuto condotte collaborative ex art. 58 *ter* ord. pen..

Il Collegio, infatti, rifacendosi alla giurisprudenza in materia, ha ritenuto l'art. 4-*bis* ord. pen. conforme al dettato costituzionale, non configurandosi come un'ipotesi di preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari, potendo, il condannato, superare tale divieto attraverso una scelta collaborativa.

Il detenuto, a fronte di tale pronuncia, ha proposto ricorso per Cassazione, la quale ha affrontato la questione inerente alla legittimità costituzionale della

---

<sup>27</sup> E. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

subordinazione dell'accesso ai benefici penitenziari (*rectius*: permessi premio), alla previa cooperazione con la giustizia.

Con tale ordinanza, la Suprema Corte non ha inteso mettere in discussione il regime dell'ergastolo ostativo in sé, né discute il meccanismo della collaborazione; ciò che si mette in dubbio è "la ragionevolezza dell'equiparazione assoluta tra la mancata collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. pen. e la condizione di perdurante pericolosità sociale del condannato"<sup>28</sup>, specie per quanto concerne l'accesso ai permessi premio.

La *quaestio iuris* riguarda, dunque, il meccanismo automatico in base al quale la collaborazione con la giustizia funge da unico criterio di superamento della presunzione assoluta di pericolosità sociale.

La questione affrontata, infatti, trova la sua *ratio* giustificatrice nell'idea che il magistrato di sorveglianza, in qualità di organo demandato alla valutazione del percorso rieducativo intrapreso dal condannato, abbia una autonomia decisionale di cui non possa essere privato. Con il meccanismo automatico delineato dall'art. 4-*bis* ord. pen., invece, si finisce per privare il "giudice della rieducazione" di tali compiti istituzionali con riferimento a soggetti, la cui osservazione intramuraria e il controllo di legalità in funzione di risocializzazione, dovrebbe costituire la priorità.<sup>29</sup>

La Prima sezione, dunque, richiamando molteplici pronunce, afferma la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 4-*bis* ord. pen. in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost..

Con riguardo alla prima censura, i giudici di legittimità sostengono l'irragionevolezza del regime ostativo, alla luce dell'art. 3 Cost., in quanto applica il criterio collaborativo a condotte tra loro eterogenee, finendo per pregiudicare il principio di eguaglianza.

Il secondo profilo di incostituzionalità, invece, riguarda la natura peculiare della misura del permesso premio; questo, infatti, presenta una connotazione di contingenza tale da non consentire l'integrale assimilazione alle restanti misure alternative alla detenzione, neppure sotto il profilo delle valutazioni necessarie al loro conferimento.

Partendo da tale assunto, la Corte afferma che l'applicazione del meccanismo automatico di preclusione ai benefici penitenziari in assenza di collaborazione, senza alcuna possibilità di apprezzamento in concreto, non tiene conto della

<sup>28</sup> Cass. Pen., Sez I, ord. 20 dicembre 2018, C.S., 9

<sup>29</sup> A. SALERNO, *Ergastolo ostativo e diritto alla rieducazione. La necessità di una riflessione "fuori" dal carcere*, in *Ind. pen.*, 2019, fasc. 1, pp. 59 ss..

diversità strutturale del permesso premio. Tutto ciò finisce per condizionare negativamente il trattamento penitenziario, in violazione del principio di rieducazione della pena *ex art. 27 Cost.*.

In sintesi, la Suprema Corte afferma che: "appare priva di ragionevolezza una disposizione che assimili condotte delittuose così diverse tra loro, precludendo ad una categoria così ampia e diversificata di condannati il diritto di rivedere un trattamento penitenziario rivolto alla risocializzazione, senza che sia data al giudice la possibilità di verificare in concreto la permanenza o meno di condizioni di pericolosità sociale tali da giustificare percorsi penitenziari non aperti alla realtà esterna".<sup>30</sup>

Se è vero, infatti, che, chi collabora con la giustizia dà prova di un effettivo distacco dalla organizzazione criminale d'appartenenza, ciò non significa che abbia anche intrapreso un percorso di ravvedimento personale, né che sia immune da recidiva.

Con tali argomentazioni, dunque, la Prima sezione rimette al giudice delle leggi la questione *de qua*.

#### **4.2. *Segue*: L'ordinanza del tribunale di Sorveglianza di Perugia n. 135/2019.**

Di poco successiva rispetto all'ordinanza succitata della Corte di Cassazione, l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Perugia sottopone alla Consulta la medesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* ord. pen., con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui esclude dalla fruizione di un permesso premio il condannato all'ergastolo per delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione a delinquere, *ex art. 416 bis* cod. pen., della quale sia stato partecipe.

Rispetto all'ipotesi oggetto d'esame della Corte di Cassazione, la posizione del condannato è, qui, diversa. Le risultanze processuali – ormai irrevocabili – attestano, infatti, la posizione apicale del condannato all'ergastolo ostativo con isolamento diurno di anni due e otto mesi.

Le argomentazioni addotte dal Tribunale seguono quelle utilizzate dalla Corte Suprema e muovono dal presupposto che, il fatto di estendere il ragionamento anche a condotte apicali, non sia stato escluso dalla Corte di Cassazione, la quale ha, comunque, ritenuto irragionevole la previsione dell'art. 4-*bis*, co. 1 ord. penit., nella parte in cui richiede, come prova legale per il superamento

---

<sup>30</sup> Cass. pen., Sez. I, (ord.) 20 dicembre 2018, C.S., 9.

della presunzione assoluta di pericolosità sociale, la collaborazione con la giustizia.

### **4.3. L'ergastolo ostativo al vaglio della CEDU: sentenza *Viola c. Italia* ricorso n. 77633/16.**

La Corte Europea dei diritti dell'uomo, il 13 giugno 2019, si è pronunciata sul regime del doppio binario penitenziario e, in particolare, sull'ostatività dell'ergastolo all'accesso ai benefici penitenziari, per la prima volta contro l'Italia.

Il caso concerne il ricorso alla Corte EDU di un cittadino italiano, detenuto a titolo di ergastolo ostativo con isolamento diurno pari a due anni e due mesi, per aver commesso, nei primi anni novanta, una serie di delitti di sangue, ritenuti dalle Corti di merito finalisticamente collegati alla criminalità organizzata. Il reo, cui è riconosciuta la circostanza aggravante di aver ricoperto un ruolo nella consorteria criminosa, vedendosi rigettate, in tutti i gradi di giudizio, le istanze<sup>31</sup> di accesso ai benefici penitenziari, a causa della mancata collaborazione con la giustizia *ex art. 58 ter ord. pen.* e dell'asserita mancanza di prova circa la positiva recisione dei collegamenti con la criminalità organizzata d'appartenenza, presenta un ricorso alla Corte EDU.

Il ricorso alla Corte di Strasburgo evidenzia l'impossibilità di riesame della posizione personale, attesa la mancata collaborazione con la giustizia – a causa della rivendicazione dalla propria innocenza per tutto l'arco temporale del processo – ritenuta ancora efficacemente praticabile per il ruolo attivo attribuito all'interno dell'organizzazione criminale.

La Corte, dunque, chiamata a valutare la compatibilità del regime ostativo all'accesso ai benefici penitenziari con i dettami della CEDU, ha affermato l'incompatibilità con l'art. 3 CEDU dell'istituto dell'ergastolo ostativo, in quanto la pena, così delineata, risulta inumana e degradante, essendo irriducibile sia *de facto* che *de jure*.

Nell'affermare ciò, la Corte ha analizzato la difesa del Governo italiano che, muovendo le basi argomentative dalla *ratio* sottostante la previsione del regime differenziato per queste particolari categorie di detenuti, ritiene non ostativo in senso assoluto il regime delineato all'art. 4 *bis* ord. pen..

L'ordinamento, infatti, secondo la tesi difensiva avallata dal Governo, non inibisce, agli ostativi, l'accesso ai benefici penitenziari *in toto*, dovendosi

---

<sup>31</sup> In particolare di accesso al permesso premio e alla liberazione condizionale.



considerare la valvola del meccanismo della collaborazione, con i correttivi della collaborazione “impossibile” o inesigibile” e le ulteriori previsioni normative residuali, quali la grazia presidenziale e il differimento dell’esecuzione della pena per motivi di salute.

La tesi governativa, in sintesi, muove dall’idea secondo cui la collaborazione è un rilevante indice di dissociazione dal sodalizio criminoso di appartenenza.

La Corte di Strasburgo, tuttavia, mette in discussione la correttezza e l’opportunità dell’equazione tra non collaborazione e pericolosità sociale, prevista dalla legislazione italiana come una presunzione assoluta inconfutabile che ha, quale effetto, quello di privare il ricorrente di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione. Si aggiunga che, nel sistema convenzionale in materia detentiva, una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata solo laddove relativa, specie se il parametro di riferimento è l’art. 3 CEDU.

La Corte, allora, afferma che la lotta al flagello della criminalità organizzata non possa, comunque, giustificare deroghe alle disposizioni *ex art. 3 CEDU*, il quale vieta in termini assoluti pene inumane e degradanti.

Pertanto, seguendo i precedenti giurisprudenziali<sup>32</sup>, la Corte europea ha ritenuto di qualificare come irriducibile la pena dell’ergastolo ostativo, atteso che, il soggetto che non collabori – e al quale non possa essere riconosciuta nemmeno la collaborazione “impossibile” e/o “inesigibile” – sconta una pena che *de facto* non può essere ridotta. La sua posizione, infatti, non può comunque essere esaminata nel merito sulla scorta di altri indici individuali di ravvedimento, a causa della preclusione assoluta di pericolosità imposta dal legislatore.

Appare lapalissiano, dunque, che il regime dell’ergastolo ostativo, delineando una pena irriducibile, si ponga in contrasto con il principio uniformante il sistema convenzionale: la dignità umana. Tale principio “impedisce di privare una persona della libertà con la costrizione senza operare, al contempo, per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà”.<sup>33</sup>

La Corte, pertanto, richiede un intervento normativo diretto al superamento della preclusione assoluta di pericolosità sociale inserita, come unico criterio legale al comma 1 dell’art. 4-*bis* ord. pen., per l’accesso ai benefici

---

<sup>32</sup> vd. in particolare: *Vinter c. Regno Unito e Murray c. Olanda*.

<sup>33</sup> cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N. 2), ric. n. 77633/16, § 113.

penitenziari. Sicché si chiede che venga restituito al giudice dell'esecuzione il potere di controllo del percorso rieducativo individuale del detenuto.

Il fulcro argomentativo della sentenza in esame ben si collega, dunque, con le questioni di legittimità costituzionale sottoposte al vaglio della Consulta, sebbene avente ad oggetto una diversa misura alternativa.

#### **4.4. Il comunicato della Corte Costituzionale del 23 ottobre 2019.**

Il 22 ottobre 2019 la Consulta ha discusso la questione di legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo, con specifico riferimento alla concessione di permessi premio per il condannato che non abbia collaborato con la giustizia.

Ad oggi, la Corte si è limitata ad emettere il comunicato in cui preannuncia: "l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4-*bis*, comma 1, dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. Sempre che, ovviamente, il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo.

In questo caso, la Corte – pronunciandosi nei limiti della richiesta dei giudici rimettenti – ha quindi sottratto la concessione del solo permesso premio alla generale applicazione del meccanismo "ostativo" (secondo cui i condannati per i reati previsti dall'articolo 4 bis che dopo la condanna non collaborano con la giustizia non possono accedere ai benefici previsti dall'Ordinamento penitenziario per la generalità dei detenuti).

In virtù della pronuncia della Corte, la presunzione di "pericolosità sociale" del detenuto non collaborante non è più assoluta ma diventa relativa e quindi può essere superata dal magistrato di sorveglianza, la cui valutazione caso per caso deve basarsi sulle relazioni del Carcere nonché sulle informazioni e i pareri di varie autorità, dalla Procura antimafia o antiterrorismo al competente Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica.

#### **5. Conclusioni.**

In uno Stato di Diritto come quello nostrano, che ha adottato un'accezione mista del principio di legalità, è pacifico che sia necessaria un'interpolazione legislativa finalizzata ad adeguare l'ordinamento giuridico al mutare sociale in

fieri, in un'ottica di bilanciamento tra l'esigenza garantista e utilitaristica del diritto.

È per questo, che le pronunce che si sono susseguite fino a oggi, assumono una valenza particolare.

Sebbene in un ordinamento di civil law, la giurisprudenza non dovrebbe assurgere a fonte del diritto, questa ugualmente esercita una rilevante ascendenza sul potere legislativo, specie laddove provenga dalle Corti sovranazionali.

In questa chiave, dunque, vanno lette le novità introdotte dalla Consulta nella sentenza del 22 ottobre 2019 – di cui si attende il deposito – e la pronuncia *Viola c. Italia* della Corte di Strasburgo.

Queste, infatti, introducono importanti novità nell'assetto dell'ordinamento penitenziario, da sempre caratterizzato dal c.d. doppio binario.

Alla luce delle richiamate pronunce, la mancata cooperazione non può essere addotta a indice del mantenimento dei legami con il sodalizio criminoso, specie se l'esistenza di tali collegamenti sia stata esclusa in altro modo. La stessa, infatti, può essere la conseguenza di valutazioni, non ragionevolmente rimproverabili, quali l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari.

La diversificazione trattamentale per i detenuti "alta pericolosità sociale" deve, dunque, alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, essere letta nell'ottica del principio rieducativo della pena, sancito dall'art 27 comma 3 Cost. e dall'art. 1 ord. pen., ai sensi del quale, anche se la fase esecutiva appare come un luogo fertile per il contrasto alla criminalità organizzata, il trattamento penitenziario non deve perdere di vista l'obiettivo primario dell'espiazione della pena, consistente nella risocializzazione e rieducazione del detenuto.

Ci si è resi, dunque, conto che, nell'ordinamento penitenziario, coesistono, con ineluttabili frizioni interne, l'istanza rieducativa e di risocializzazione con quella di tutela della pubblica sicurezza, che, già dai primi anni novanta del secolo scorso, ha teso a prendere il sopravvento, e che la risposta carcerocentrica adottata dalla politica criminale è destinata a produrre un progressivo sovraffollamento carcerario che può giungere a livelli intollerabili.<sup>34</sup> È per tale motivo, dunque, che si rende necessario superare le barriere normative che impediscono la concessione delle misure alternative alla detenzione.

---

<sup>34</sup> G. GIOSTRA, *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in Rivista semestrale "Questione giustizid", F. 2, 2015.

In quest'ottica si inserisce la sentenza della Corte Costituzionale con cui è stata introdotta una "conquista di civiltà", che elimina, almeno con riferimento alla concessione di permessi premio, gli automatismi.

È stata, dunque, restituita dignità al ruolo della magistratura di sorveglianza, il cui compito preminente è di valutare il percorso rieducativo intrapreso dal condannato ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari (*rectius*: permessi premio). La Consulta, infatti, stando al tenore letterale del comunicato rilasciato, perimetra l'illegittimità costituzionale del meccanismo di presunzione assoluta di pericolosità ai soli permessi premio, senza estendere la medesima declaratoria alle restanti misure alternative alla detenzione.

Pur perseguendo, dunque, una logica d'incentivo alla collaborazione, la Corte Costituzionale, allo scopo di limitare la vanificazione dei percorsi rieducativi intrapresi dai detenuti, ha tentato di mitigare la scelta di rigore effettuata dal legislatore, intraprendendo un'opera di "sgretolamento della valenza dell'elemento collaborativo, fondata sulla valorizzazione dell'art 27 Cost."<sup>35</sup>, specie per il tramite del correttivo della collaborazione "impossibile o inesigibile".

Nell'attesa di un intervento legislativo sul punto, auspicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si può concludere che, solo rimuovendo le preclusioni e gli automatismi normativi, appare possibile attuare il programma di risocializzazione individualizzato, dando effettiva attuazione al "diritto alla rieducazione".<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> P. CORVI, *op. cit.*, p. 295.

<sup>36</sup> Documento finale Stati Generali dell'esecuzione penale, p. 71.