

Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*

di **Silvia Bernardi** – Dottoranda di ricerca in diritto penale nell'Università degli Studi di Milano

ABSTRACT: The Italian Constitutional Court declared that article 4-bis c. 1 ord. pen., which absolutely prohibits to grant penitentiary benefits to prisoners convicted of organized crime who don't cooperate with justice, is inconsistent with the equality principle and the reeducational principle stated by the Italian Constitution; the judgment follows the European Court of Human Rights' case *Viola v. Italy* (n. 2), in which the European Court ascertained a violation of article 3 of the Convention resulting from the application of the same prohibition to life prisoners. The article, after dwelling on the origins and the normative evolution of article 4-bis c. 1 ord. pen., analyzes the arguments used by the Italian Constitutional Court and focuses on the impact that both these important judgements can have on the Italian legal framework and on the penitentiary treatment of those convicted of crimes related to organized crime.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 4-bis ord. pen.: genesi e fondamento del "doppio binario". – 3. Le questioni sollevate dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia. – 4. La decisione della Consulta. – 5. Presunzioni in ambito penitenziario e rieducazione del

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

condannato: quel filo rosso tra Roma e Strasburgo. – 6. Alcune considerazioni conclusive: quale futuro per l’ostatività in materia penitenziaria?

1. Premessa

Con una pronuncia che a buon diritto può essere definita “storica”, la Corte costituzionale ha per la prima volta messo seriamente in discussione l’assolutezza di quel sistema noto come “doppio binario penitenziario”, voluto dal legislatore degli anni Novanta per differenziare il trattamento penitenziario dei condannati per reati di criminalità organizzata da quello dei detenuti “ordinari”. Ciò è avvenuto mediante la dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale (per contrasto con gli artt. 3 e 27 comma 3 della Costituzione) dell’art. 4-bis comma 1 della legge sull’ordinamento penitenziario, norma che preclude l’accesso alle misure alternative e premiali per quei soggetti che, condannati per reati di spiccata gravità e *tendenzialmente* legati alla criminalità organizzata, non collaborino con la giustizia. L’incompatibilità con la Costituzione concerne, nello specifico, l’impossibilità assoluta per costoro – a fronte della mancata collaborazione – di usufruire dei *permessi premio*, anche laddove siano stati acquisiti dalla magistratura di sorveglianza elementi tali da escludere in concreto tanto l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, quanto l’effettivo pericolo di ripristino degli stessi.

Sebbene, dunque, l’ostatività ai benefici penitenziari non sia stata integralmente rimossa, è certo che l’intervento del giudice delle leggi abbia assestato un duro colpo alla stabilità dell’intero sistema sorretto dall’art. 4-bis c. 1 ord. pen., chiamando direttamente in causa i fondamentali principi costituzionali che devono, alla luce della nostra Carta, imprescindibilmente presiedere all’esecuzione della pena detentiva, per qualunque tipo di reato essa sia stata irrogata: il principio di uguaglianza e il principio per cui la pena non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e deve *tendere* alla rieducazione del condannato. Non è irrilevante, peraltro, che la pronuncia qui in commento segua di soli pochi mesi quella con cui la Corte di Strasburgo ha condannato lo Stato italiano nel caso *Viola c. Italia*¹, riconoscendo che il c.d. ergastolo “ostativo” –

¹ Corte eur. dir. uomo, sentenza del 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16, Marcello Viola c. Italia (n. 2), definitiva dal 7 ottobre 2019. Per alcuni commenti a tale decisione può rimandarsi a E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna*

istituto a sua volta riconducibile alla norma ora parzialmente censurata dalla Corte costituzionale – è incompatibile con l’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

È tuttavia innegabile che il legislatore, nel coniare l’articolo 4-*bis* ord. pen., abbia assegnato a tale norma una funzione fondamentale nel contenere la pericolosità sociale dei soggetti legati alla criminalità organizzata, rispondendo a imprescindibili esigenze di tutela della sicurezza pubblica e della collettività². Per chiarire meglio l’effettiva portata della decisione della Corte e mettere in luce gli argomenti su cui essa si è fondata, allora, sarà utile contestualizzare tale pronuncia in una prospettiva storica, ricostruendo anzitutto la genesi e la *ratio* della norma in questione, la cui costituzionalità appare ora – in tutto o in parte – irrimediabilmente compromessa.

2. L’art. 4-*bis* ord. pen.: genesi e fondamento del “doppio binario”

Da ormai quasi trent’anni, l’esecuzione della pena detentiva è divenuta per il legislatore italiano un luogo privilegiato di contrasto alla criminalità organizzata. Fu in particolare con la legislazione antimafia dei primi anni Novanta – sull’onda del crescente allarme sociale alimentato dalle terribili stragi di mafia consumatesi nell’arco di tutto il decennio precedente – che si affermò definitivamente l’idea che tali fenomeni criminali, per la loro eccezionale gravità e pervasività,

per l’Italia: l’ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 2/2019, 925 ss.; D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *L’ergastolo ostativo non supera l’esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 4/2019, 191 ss.; V. MANCA, *Le dichiarazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia alla attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. (web)*, fasc. 2/2019, 1 ss.; M.S. MORI - V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n.2) in materia di ergastolo ostativo*, in *Giur. Pen. (web)*, 6/2019, 1 ss.; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell’ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDIBlog*, 21 giugno 2019; S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”*: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana, in *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2019.

² Come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale fin dalla sentenza dell’11 giugno 1993 (dep. 7 agosto 1993), n. 306, § 9. Proprio a ragione del particolare allarme sociale (giustamente) destato dalla forte presenza della criminalità organizzata nel nostro Paese, specialmente se di tipo mafioso, tanto la decisione della Consulta, quanto quella della Corte europea hanno provocato reazioni critiche in parte dell’opinione pubblica e della politica, allertate dalla caratura criminale dei soggetti cui esse potrebbero potenzialmente giovare. Critiche nei confronti della pronuncia qui in commento sono state poi mosse anche da alcuni noti esponenti della magistratura inquirente, specialmente di quella impegnata nel contrasto alla criminalità organizzata mafiosa e terroristica: a titolo d’esempio, può rimandarsi agli articoli pubblicati su *ilfattoquotidiano.it*, *Ergastolo ostativo*, Di Matteo: “Sentenza apre varco pericoloso. Spero che la politica sappia reagire ed eviti che si apra carcere a mafiosi”, 23 ottobre 2019; *roma.corriere.it*, *Ergastolo ostativo*, Gian Carlo Caselli: «Così c’è l’alto rischio che riprendano le loro attività criminali», 24 ottobre 2019; *ilfattoquotidiano.it*, *Ergastolo ostativo*, De Raho: “Capisco le critiche alla sentenza della Corte Costituzionale. Servono più risorse per monitoraggio continuo”, 30 novembre 2019.

richiedessero una risposta specifica e differenziata da parte dello Stato anche sul piano del trattamento penitenziario: più precisamente, si ritenne che preminenti esigenze di difesa della collettività imponessero che i principi cristallizzatisi dopo la riforma penitenziaria e volti a rendere l'esecuzione della pena detentiva maggiormente conforme ai dettami dell'art. 27 comma 3 Cost. (si pensi non solo alla legge sull'ordinamento penitenziario del 26 luglio 1975, n. 354, ma anche alle successive leggi di modifica al sistema penale del 24 novembre 1981, n. 689, e "Gozzini" del 10 ottobre 1986, n. 663) sostanzialmente "cedessero il passo" a una logica di più stretta *neutralizzazione* della pericolosità sociale del detenuto³.

A tal fine, il modello prescelto dal legislatore italiano, in controtendenza rispetto ai traguardi raggiunti negli anni precedenti sul piano della progressività del trattamento⁴, è stato quello di una pena detentiva per quanto più possibile *chiusa* all'interno del carcere⁵; e il primo passo in questa direzione venne mosso con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, che introdusse nella legge sull'ordinamento penitenziario il già richiamato art. 4-bis.

I reati cui questa disciplina restrittiva si applicava erano specificamente indicati dalla legge e venivano suddivisi in due categorie: coloro che fossero stati condannati per reati c.d. "di prima fascia" (delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività di associazioni mafiose, delitti di cui agli artt. 416-bis e 630 c.p. e all'articolo 74 TUS) avrebbero potuto accedere al lavoro all'esterno, a permessi premio o a misure alternative alla detenzione alla sola condizione

³ In questi termini, in particolare, E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 2015, 1659; sul concetto di neutralizzazione cfr. per tutti F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 2012, in particolare, per quanto attiene all'esecuzione della pena, 1343-1345.

⁴ Come osserva, tra gli altri, V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Padova, 1994, 3-4, il sentimento generalmente diffuso all'inizio degli anni Novanta con riferimento alle tematiche penitenziarie era ben diverso da quello che aveva accompagnato la pur poco recente riforma del 1986, registrandosi una vera e propria "inversione di tendenza" rispetto all'entusiasmo iniziale per le possibilità risocializzative del trattamento extramurario; in proposito si può rimandare anche a F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»*, *ibidem*, 73-89. Nondimeno, come mette in luce A. PRESUTTI, *"Alternative" al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 64 ss., l'idea che a una maggiore pericolosità sociale del detenuto debba accompagnarsi un trattamento detentivo più rigoroso non era affatto estranea rispetto allo schema della legge Gozzini.

⁵ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Milano, 2016, 82.

che venissero acquisiti «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva»; per gli autori di reati di “seconda fascia” (delitti di cui agli artt. 575, 628 c. 3 e 629 c. 2 c.p., oltre che delitto di cui all’art. 73 TUS aggravato ai sensi dell’art. 80 c. 2 TUS), invece, la legge imponeva l’assenza di «elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva»⁶.

A solo un anno di distanza, tuttavia, la nuova previsione fu immediatamente oggetto di modifica da parte del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modif. in l. 7 agosto 1992, n. 356, il quale riscrisse interamente il primo comma dell’art. 4-*bis*, subordinando la concessione di misure alternative e benefici penitenziari agli autori di reati di criminalità organizzata (ossia di delitti “di prima fascia”) al requisito dell’*effettiva collaborazione con la giustizia*. Il “doppio binario penitenziario” trovava in questo modo la sua conformazione definitiva, intrecciandosi con la disciplina del c.d. “carcere duro” di cui all’art. 41-*bis* c. 2 ss. ord. pen., introdotta dal medesimo decreto-legge⁷.

In base alla normativa da ultimo vigente (senza per ora tenere conto dell’intervento della Consulta qui in commento), il soggetto condannato per uno dei reati “ostativi” elencati dall’art. 4-*bis* c. 1 ord. pen. è tenuto a determinarsi tra due possibili strade: se collabora con la giustizia⁸

⁶ Per una descrizione dettagliata della disciplina del 1991 si può rimandare a V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., 4-6, il quale mette in luce come la regola probatoria prevista per i delitti di “prima fascia”, imponendo l’accertamento di un elemento negativo, ossia l’assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, rischiasse di configurarsi già di per sé come *probatio diabolica*; in merito cfr. anche F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell’ordinamento penitenziario*, cit., 101-106. Occorre peraltro ricordare che, tra i delitti di “prima fascia”, l’art 58-*quater* ord. pen. (introdotta dal medesimo d.l. 152 del 1991) riservava, al comma 4, una disciplina ulteriormente speciale per gli autori di reati di sequestro di persona a scopo di terrorismo, di eversione o di estorsione (artt. 289-*bis* e 630 c.p.) che avessero altresì cagionato la morte del sequestrato: a costoro era *in ogni caso* preclusa la possibilità di godere dei benefici di cui all’art. 4-*bis* c. 1 ord. pen. prima che avessero effettivamente espiato i due terzi della pena irrogata o, nel caso di condanna all’ergastolo, almeno ventisei anni di pena. È a tale previsione che fanno riferimento le due pronunce di illegittimità costituzionale n. 149 del 2018 e 229 del 2019, su cui torneremo prossimamente.

⁷ L’ulteriore ricorso alla decretazione d’urgenza da parte dell’allora esecutivo scaturì certamente dal clima di allarme innescato dalla strage di Capaci del 23 maggio 1992, che sollecitò un nuovo intervento improntato a maggior rigore contro la criminalità organizzata; il regime di cui all’art. 41-*bis* c. 2 ord. pen., in particolare, mirava a irrigidire significativamente le condizioni detentive per coloro che, condannati per reati già oggetto della disciplina ex art. 4-*bis* c. 1, apparissero effettivamente in grado di mantenere contatti con il gruppo criminale di appartenenza persino dal carcere. In proposito, si rimanda, per tutti, all’accurata trattazione di A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit.

⁸ Ossia si *adopera* per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o *aiuta* concretamente l’autorità giudiziaria a raccogliere elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti, l’individuazione degli altri autori di reato o la loro cattura: così in base all’art. 58-*ter* ord. pen. La collaborazione, secondo quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, deve essere piena, utile ed esigibile; essa non deve necessariamente coincidere con un’ammissione di responsabilità da parte del condannato, ma deve possedere carattere innovativo e concernere fatti e

ottiene la possibilità di usufruire delle misure alternative e premiali persino in deroga ai limiti stabiliti in generale dall'ordinamento penitenziario, in base a quanto previsto dall'art. 58-ter c. 1 ord. pen.⁹; la possibilità di accedere ai benefici sussiste, ma senza alcun trattamento di favore, altresì nei casi in cui la collaborazione deve essere *ex lege* reputata irrilevante, inesigibile oppure impossibile¹⁰. Se però il condannato non collabora con la giustizia, tutti gli strumenti di cui l'ordinamento penitenziario dispone al fine di favorire il reinserimento sociale del detenuto divengono in assoluto inapplicabili, a eccezione della sola liberazione anticipata¹¹; così come inapplicabile è, ai sensi dell'art. 2 c. 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, l'istituto della liberazione condizionale di cui all'art. 176 c.p.: previsione che acquisisce una rilevanza del tutto eccezionale laddove la pena oggetto di esecuzione sia quella dell'ergastolo, che in questo modo diviene pena a

responsabilità comunque connessi rispetto al delitto ostativo in questione, non potendo essere generica. È ammessa anche la collaborazione tardiva. In proposito, con una rassegna anche dei principali interventi della Suprema Corte sul punto, si può rimandare a L. CARACENI, sub Art. 4-bis. *Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Milano, 2019, 65 ss.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 62 ss.

⁹ Ai sensi dell'art. 58-ter c. 1 ord. pen., infatti, ai condannati per i delitti di cui al 4-bis che collaborino con la giustizia non si applicano i limiti di pena previsti in materia di lavoro all'esterno, di permessi premio e di semilibertà dagli artt. 21 c. 1, 30-ter c. 4 e 50 c. 2 ord. pen., il che significa che costoro possono godere immediatamente di tali misure, senza dover previamente scontare una parte della pena irrogata. Si ricorda poi che i collaboratori di giustizia possono altresì accedere a misure e programmi speciali di protezione secondo le procedure previste all'art. 9, c. 3 del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. con modif. in l. 15 marzo 1991, n. 82, più recentemente novellate dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45 e attuate dal decreto interministeriale del 7 febbraio 2006, n. 144 (Regolamento in materia di trattamento penitenziario di coloro che collaborano con la giustizia).

¹⁰ In base all'art. 4-bis c. 1-bis ord. pen. la preclusione non opera «nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale». Mentre il riferimento alla collaborazione irrilevante esiste fin dalla versione dell'art. 4-bis coniata nel 1992, l'intervento del legislatore in materia di collaborazione inesigibile od oggettivamente impossibile è stato preceduto da una duplice declaratoria di illegittimità costituzionale, con le sentenze Corte cost. del 19 luglio 1994, n. 357 e del 22 febbraio 1995, n. 68.

¹¹ Tale istituto, che comporta una riduzione di pena per il condannato che dia prova di effettiva partecipazione al trattamento rieducativo (pari a 45 giorni per ogni semestre), è infatti espressamente escluso dal campo di applicazione dell'art. 4-bis c. 1 ord. pen.; la Corte costituzionale nella sentenza dell'11 giugno 1993, n. 306 ha infatti rifiutato l'alternativa lettura restrittiva della norma in questione, volta a precludere l'applicazione della liberazione anticipata anche nei confronti dei detenuti ex art. 4-bis c. 1 collaboranti con la giustizia.

È nondimeno evidente come la funzione propria di questo strumento – che è quella di incentivare il detenuto a partecipare all'opera di rieducazione – sia inevitabilmente indebolita allorché il condannato non possa comunque accedere a misure alternative e premiali. Peraltro, la liberazione anticipata appare radicalmente inutile nel caso dei soggetti condannati all'ergastolo “ostativo”; in proposito può rimandarsi per tutti alle considerazioni di L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, imm modificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in Cass. pen., 4/2012, 1228-1229.

tutti gli effetti perpetua¹². È a questo proposito che si parla, per l'appunto, di *ergastolo ostativo*¹³, proprio per accentuarne la – sostanziale – differenza rispetto all'ergastolo “comune”.

La collaborazione con la giustizia si carica dunque di un significato che fino al 1992 non le apparteneva: da elemento cui ancorare speciali vantaggi conseguibili dal condannato, secondo un modello propriamente premiale, diviene una sorta di “onere” imposto al detenuto che voglia dar prova della propria effettiva partecipazione al percorso rieducativo; in dottrina non si è peraltro mancato di sottolineare fin da subito come in questo modo il legislatore abbia nei fatti subordinato le funzioni della pena a esigenze di carattere investigativo, servendosi del sistema penitenziario «non solo come strumento di neutralizzazione (...), bensì anche come strumento di orientamento di tali condannati verso scelte di collaborazione con la giustizia»¹⁴. A fondamento di questa soluzione starebbe l'adesione all'*assioma* – non confutabile neanche in sede di valutazione della personalità del detenuto da parte della magistratura di sorveglianza – secondo cui la collaborazione del condannato “ostativo” è condizione *necessaria* per dimostrare in via diretta il suo distacco dall'organizzazione criminale di provenienza, elemento a sua volta senz'altro imprescindibile per dare significato a qualsiasi tentativo di rieducazione. La legge, pertanto, presume senza possibilità

¹² Si ricorda che, per effetto delle riforme realizzate con la l. 25 novembre 1962, n. 1634 (che include l'ergastolo nel campo di applicazione della liberazione condizionale, scontati ventotto anni di pena, oggi ridotti a ventisei) e con la citata legge Gozzini del 1986 (che ammette l'ergastolano al lavoro all'esterno, alle misure alternative, alla liberazione anticipata), l'ergastolo ha oggi perso gli originali connotati di pena perpetua, il che ha supportato la stessa Corte costituzionale, a partire dalla storica sentenza del 21 novembre 1974, n. 264, nel sostenere la legittimità dell'ergastolo pur a fronte del principio per cui la pena deve tendere alla rieducazione del condannato di cui all'art. 27 c. 3 Cost. Per una completa trattazione dei problemi che tuttora circondano il tema dell'ergastolo si può rimandare, per tutti, a E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in A.A.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 11 ss., oltre che in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2018, 1 ss.

¹³ È soprattutto con riferimento al tema dell'ergastolo ostativo che il problema della compatibilità dell'art. 4-bis c. 1 ord. pen. con i principi costituzionali e convenzionali emerge in tutta la sua complessità; problema che è stato recentemente affrontato “di petto” dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Viola c. Italia* (n. 2), ma che invero non è direttamente oggetto della pronuncia della Corte costituzionale qui in commento, come si spiegherà nel dettaglio più avanti. Il tema è particolarmente caro alla dottrina penalistica italiana, che anche di recente vi ha dedicato numerosi studi e contributi: possiamo qui brevemente richiamare, per un'efficace visione d'insieme, i lavori dei molti illustrissimi Autori pubblicati in *Ergastolo 'ostativo': profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito. Contributi al seminario di studi svoltosi il 16 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Milano*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 2017, 1495 ss., e in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti. Atti del Seminario. Ferrara, 27 settembre 2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, fasc. 10/2019. Si vedano poi anche le opere di C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, e più recentemente A.A.VV., *Il diritto alla speranza*, cit.

¹⁴ Così, tra i primi commentatori, V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., 14; similmente anche A. PRESUTTI, *“Alternative” al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, cit., 91.

di prova contraria che il soggetto non collaborante sia in perdurante collegamento con il gruppo criminale cui attiene il reato ostativo commesso, considerandolo automaticamente socialmente pericoloso.

Per lungo tempo, la stessa Corte costituzionale ha ritenuto di poter aderire a una simile ricostruzione, “salvando” la norma in esame da diverse censure di illegittimità. Fin dalla sentenza n. 306 del 1993, la Consulta – pur riconoscendo che «la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione» e che la scelta fatta dal legislatore italiano comporta «una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena»¹⁵ – ha valorizzato proprio come la collaborazione con la giustizia sia di per sé indicativa della rottura dei legami con la criminalità organizzata e come il legislatore abbia scelto di «privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività». Similmente, la sentenza n. 273 del 2001 ha considerato corretto intendere la mancata collaborazione del soggetto condannato per reati ostativi come un «indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato»¹⁶. Va certamente ricordata, poi, la sentenza n. 135 del 2003, con cui la Corte, espressamente chiamata a valutare la legittimità ai sensi dell’art. 27 Cost. dell’ergastolo ostativo¹⁷, ha ritenuto l’infondatezza della questione, valorizzando come la perpetuità *de facto* della pena detentiva non derivi automaticamente dalla legge, bensì da una *scelta* del condannato, che non collabora pur essendo nelle condizioni di farlo (nei casi di collaborazione impossibile o inesigibile, infatti, la preclusione non opera)¹⁸.

La sentenza n. 253 del 2019 testimonia dunque un radicale mutamento nell’atteggiamento del giudice delle leggi in questa materia: una “svolta” che, come si vedrà, potrebbe comunque

¹⁵ Corte cost., sentenza dell’11 giugno 1993 (dep. 7 agosto 1993), n. 306, §§ 9 e 11.

¹⁶ Corte cost., sentenza del 5 luglio 2001 (dep. 20 luglio 2001), n. 273, § 5.

¹⁷ La questione concerneva infatti l’art. 4-bis c. 1 ord. pen. «nella parte in cui impedisce, in assenza della collaborazione con la giustizia a norma dell’art. 58-ter del medesimo ordinamento, l’ammissione alla liberazione condizionale dei soggetti condannati all’ergastolo per taluno dei delitti indicati nel medesimo comma 1, primo periodo, dell’art. 4-bis».

¹⁸ La questione, dunque, non viene accolta, considerato che «la disciplina censurata non impedisce in maniera assoluta e definitiva l’ammissione alla liberazione condizionale, ma ancora il divieto alla perdurante scelta del soggetto di non collaborare con la giustizia; scelta che è assunta dal legislatore a criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare il “sicuro ravvedimento” del condannato (sentenza n. 273 del 2001). A condizione, beninteso, che la scelta se prestare o meno la collaborazione sia oggettivamente e giuridicamente possibile»: cfr. Corte cost., sentenza del 9 aprile 2003 (dep. 24 aprile 2003), n. 135, § 4.

considerarsi *preannunciata*, alla luce di alcuni importanti arresti con cui questa Corte aveva recentemente reso esplicito il desiderio di prendere particolarmente “sul serio” il principio di rieducazione del condannato e tutti i corollari che ne discendono¹⁹.

Non bisogna peraltro trascurare che lo stesso art. 4-bis ord. pen. ha, negli anni, significativamente mutato il proprio aspetto e campo di applicazione. Anche solo a voler prendere in considerazione i reati “di prima fascia” di cui al comma 1²⁰, l’elenco ora contemplato dalla norma è ben diverso da quello originale, essendosi arricchito di *fattispecie* tra di loro *eterogenee* e di per sé non sempre riconducibili a contesti di criminalità organizzata: dai delitti contro la personalità individuale, ai delitti di sfruttamento sessuale di minori, al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, fino, da ultimo, ai delitti contro la pubblica amministrazione²¹. Ne risulta così modificata la stessa *ratio* della preclusione normativa in parola, atteso che, come recentemente riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, «allo stato attuale, non esaurisce affatto la descrizione di tale *ratio* il riferimento alla necessità di riservare un trattamento penitenziario di particolare asprezza ai condannati per reati di criminalità organizzata. Se questa poteva essere la *ratio* iniziale della disposizione, essa si è andata progressivamente perdendo. Al tempo presente, l’unica adeguata definizione della disciplina di cui all’art. 4-bis ordin. 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

¹⁹ Il riferimento è, in particolare, alla sentenza n. 149 del 21 giugno 2018, con cui la Consulta ha solennemente sancito «il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena» (§ 7). Anche la vicina condanna subita dall’Italia nel caso *Viola c. Italia*, del resto, poteva indurre a prendere seriamente in considerazione un sensibile cambio di passo da parte del nostro giudice delle leggi.

²⁰ L’attuale formulazione dell’art. 4-bis, peraltro, ormai contempla ben cinque “fasce”, cui corrispondono differenti percorsi trattamentali; poiché un’illustrazione della disciplina delle ipotesi non interessate dalla pronuncia di legittimità costituzionale qui in commento appare superflua, rimandiamo in proposito a L. CARACENI, sub Art. 4-bis., cit., 46; A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 89 ss.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 63 ss.

²¹ L’ultima modifica, in particolare, è stata attuata con la c.d. legge “Spazzacorrotti” del 9 gennaio 2019, n. 3, che ha incluso tra i reati ostativi di cui all’art. 4-bis c. 1 ord. pen. anche i delitti peculato, concussione e corruzione, subordinando l’accesso a misure alternative e benefici alla collaborazione a norma dell’art. 323-bis c. 2 c.p. La nuova previsione è stata già oggetto di diverse questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte d’appello di Lecce, dall’Ufficio GIP di Napoli e dalla prima sezione della Corte di cassazione; anche la dottrina ha denunciato l’illegittimità dell’estensione del campo di applicazione della norma *de qua*: in particolare può farsi riferimento a V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2019.

pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato per il quale la detenzione o l'internamento sono stati disposti»²².

3. Le questioni sollevate dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia

Come già da tempo buona parte della dottrina penalistica auspicava²³, l'art. 4-bis c. 1 ord. pen. è stato da ultimo fatto nuovamente oggetto di censure di legittimità costituzionale. Le questioni che hanno condotto alla sentenza n. 253 del 2019 sono state sollevate rispettivamente dalla prima sezione della Corte di cassazione, con ordinanza del 20 novembre 2018²⁴, e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, con ordinanza del 28 maggio 2019²⁵. Esse, riunite nel giudizio davanti al giudice delle leggi, presentano degli evidenti caratteri comuni, poiché entrambe interessano la disciplina dell'art. 4-bis c. 1 ord. pen. in relazione all'impossibilità per il detenuto non collaborante di fruire di permessi premio ed entrambe indicano quali parametri di legittimità costituzionale gli artt. 3 e 27 della Costituzione²⁶. Nell'uno e nell'altro caso, inoltre, si fa riferimento alla situazione

²² Con queste parole Corte cost., sentenza del 5 giugno 2019 (dep. 18 luglio 2019), n. 188, § 3. La questione di legittimità della norma in parola era stata in quel caso sollevata «nella parte in cui non esclude dal novero dei reati ostativi, ivi indicati, il reato di cui all'art. 630 cod. pen., ove per lo stesso sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità, ai sensi della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2012».

²³ Pur concentrandosi soprattutto sui presunti profili di incostituzionalità dell'ergastolo ostativo, come già si è osservato: può a tal proposito farsi riferimento, per tutti, alla già citata opera di C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., oltre che ad A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2016, 17 ss., successivamente pubblicato anche AA.VV., *Il diritto alla speranza*, cit., 101 ss.

²⁴ Cass. pen, Sez. I, ordinanza del 20 novembre 2018 (dep. 20 dicembre 2018), n. 57913, per cui può rimandarsi al commento di 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 *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2019.

²⁵ Trib. sorveglianza Perugia, ordinanza del 28 maggio 2019, pubblicata in G.U. Rep. Ita., I serie speciale, n. 34, 21 agosto 2019, 37 ss.

²⁶ Non vengono richiamati, in proposito, ulteriori parametri di cui la dottrina si è spesso servita per argomentare l'illegittimità della disciplina dell'ostatività ai benefici penitenziari, in generale, e dell'ergastolo ostativo, in particolare: non solo l'art. 117 c. 1 Cost., con riferimento all'art. 3 Cedu, avuto riguardo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di principio di necessaria riducibilità della pena perpetua (in merito alla quale cfr. per tutti D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza*, cit., 169 ss., oltre che in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 15 novembre 2017, 28 ss.), ma anche gli artt. 2 e 13 c. 4 Cost., con riferimento al diritto alla libertà morale delle persone detenute, e l'art. 24 Cost., con riguardo al diritto di difesa (cfr. M. BONTEMPELLI, *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborazione*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 4/2017, 1527 ss.; E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., in AA.VV., *Il diritto alla speranza*, cit., 24 ss.; ID, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 4/2017, 1500 ss.;

di soggetti condannati alla pena dell'ergastolo per reati definibili "di contesto mafioso" (ossia delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività di associazioni mafiose), ma solo la questione sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Perugia attiene specificamente alla condizione penitenziaria del *partecipe* – appunto, non collaborante – di tali organizzazioni criminali²⁷.

Ambedue i giudici *a quibus* si erano trovati a decidere in ordine a due richieste di permessi premio provenienti da soggetti che stavano scontando la pena dell'ergastolo per reati ostativi. Tali istanze, tuttavia, non potevano essere valutate nel merito, stante la preclusione assoluta di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen., trattandosi di soggetti che non avevano collaborato con la giustizia; la disciplina in questione impedisce difatti in radice la possibilità per la magistratura di sorveglianza di riconoscere l'eventuale assenza di pericolosità sociale del detenuto, che ai sensi dell'art. 30-ter ord. pen. costituisce requisito per la concessione dei permessi premio²⁸. L'unico modo per procedere a un apprezzamento nel merito, perciò, risiedeva nell'eliminazione della presunzione assoluta di pericolosità sociale incarnata dalla norma censurata: di qui, pertanto, la rilevanza della questione, a prescindere dall'effettiva meritevolezza del beneficio invocato nei casi concreti.

Per quanto riguarda poi la non manifesta infondatezza delle questioni, il nucleo argomentativo delle due ordinanze è in gran parte assimilabile, seppure con alcune significative differenze.

La Corte di cassazione, nello specifico, muove dalla considerazione che il problema della legittimità di presunzioni assolute di pericolosità legate alla commissione di reati di criminalità organizzata è stato in passato direttamente affrontato dalla Consulta, benché nella diversa materia

A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., 65 ss.).

²⁷ Per la precisione, mentre la Suprema Corte denuncia l'incompatibilità dell'art. 4-bis c. 1 ord. pen., con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., «nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio», il Tribunale di sorveglianza di Perugia censura la norma «nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo per delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione a delinquere ex art. 416-bis cod. pen. della quale sia stato partecipe, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio».

²⁸ La norma così recita: «Permessi premio. 1. Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del successivo comma 8 e che non risultano socialmente pericolose, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione. (...)».

cautelare, con le sentenze n. 57 del 2013²⁹ e n. 48 del 2015³⁰. In queste occasioni, il giudice costituzionale ha avuto modo di chiarire che, in linea generale, le presunzioni assolute limitative di diritti fondamentali si pongono in contrasto con l'art. 3 Cost. laddove siano *arbitrarie e irrazionali*, ossia non rispondano a «dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»; servendosi di siffatto criterio, dunque, la presunzione contenuta nell'art. 4-bis c. 1 ord. pen. viene tacciata dalla Suprema Corte di *irragionevolezza*, considerato come tale norma, nel precludere interamente l'accesso ai benefici penitenziari a tutti i condannati per reati ostativi non collaboranti, non si curi di distinguere tra i soggetti effettivamente affiliati a un'organizzazione criminale di tipo mafioso e gli altri, per i quali la mancata collaborazione acquisirebbe un significato meno pregnante.

Oltre a ciò, il giudice *a quo* ricorda l'importanza rispetto alla preclusione in parola delle sentenze nn. 239 del 2014³¹ e 76 del 2017³², con cui la Consulta ha aperto anche ai detenuti non collaboranti la possibilità di accedere a quelle particolari forme di detenzione domiciliare previste dalla legge nell'interesse della prole minore; particolare rilevanza, poi, viene attribuita alla più recente sentenza n. 149 del 2018, con cui il giudice costituzionale – riconoscendo l'illegittimità della speciale preclusione di cui all'art. 58-*quater* c. 4 ord. pen., che si applicava a condannati già sottoposti al

²⁹ Cfr. Corte cost., sentenza del 25 marzo 2013 (dep. 29 marzo 2013), n. 57, con cui la Consulta ha riconosciuto l'illegittimità dell'art. 275 c. 3 c.p.p. nella parte in cui considerava la misura della custodia cautelare in carcere quale l'unica adeguata a soddisfare le esigenze cautelari anche nel caso di indagato o imputato per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività di associazioni mafiose (ossia di un soggetto comunque estraneo rispetto alla compagine associativa criminale). In proposito può rimandarsi al commento di G. LEO, *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, in *Dir. pen. cont.*, 7 aprile 2013.

³⁰ Cfr. Corte cost., sentenza del 25 febbraio 2015 (dep. 26 marzo 2015), n. 48, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per i soggetti indagati o imputati per concorso esterno in associazione mafiosa, di cui all'art. 275 c. 3 c.p.p. Sul punto, può rinviarsi ancora al commento di G. LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015.

³¹ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 239, con cui la Consulta ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis c. 1 ord. pen. nella parte in cui includeva «fattispecie e misure alternative tra loro eterogenee» e più precisamente non escludeva dalla preclusione in parola la detenzione domiciliare speciale ex art. 47-*quinqües* ord. pen. per le madri di prole di età inferiore ai dieci anni e quella di cui all'art. 47-*ter* c. 1 lett. a) e b) per le donne incinte o le madri o i padri di prole di età inferiore ai dieci anni: in proposito cfr. 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 *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014.

³² Corte cost., sentenza dell'8 marzo 2017 (dep. 12 aprile 2017), n. 76, con cui, similmente, veniva considerata illegittima la non concedibilità della detenzione domiciliare ex art. 47-*quinqües* c. 1-bis ord. pen. alle detenute madri; cfr. in merito G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017.

doppio binario *ex art. 4-bis*³³ – ha chiarito la centralità, in materia di esecuzione penale, dei principi di *progressività trattamentale e flessibilità della pena*, entrambi desumibili direttamente dall’art. 27 c. 3 Cost.

Il richiamo a queste pronunce permette alla Suprema Corte di sostenere ulteriormente l’irragionevolezza del divieto assoluto di accesso ai benefici penitenziari per il non collaborante, non solo in quanto applicabile a condotte delittuose tra loro eterogenee e differenti, ma anche per l’impossibilità di condividere l’equiparazione assoluta fatta dalla legge tra la mancata collaborazione con la giustizia e la condizione di perdurante pericolosità sociale del condannato. Viene infatti sottolineato che «le ragioni che possono indurre un condannato all’ergastolo ostativo a non effettuare una scelta collaborativa *ex art. 58-ter* ord. pen. non risultano univocamente dimostrative dell’attualità della pericolosità sociale e non necessariamente coincidono con la volontà di rimanere legato al sodalizio mafioso di provenienza», potendo essere anzi fondarsi su una *pluralità di fattori differenti*, quali «il rischio per l’incolumità propria e dei propri familiari; il rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di un congiunto o di persone legate da vincoli affettivi; il ripudio di una collaborazione di natura meramente utilitaristica»³⁴.

I rintracciati dubbi di costituzionalità, peraltro, a giudizio della Cassazione aumentano ulteriormente prendendo in considerazione il *peculiare fondamento del permesso premio* di cui all’art. 30-ter ord. pen., che, a differenza delle misure alternative, assolve a una funzione limitata e contingente, ossia quella di consentire al detenuto di curare specifici interessi affettivi, culturali o

³³ Cfr. Corte cost., sentenza del 21 giugno 2018 (dep. 11 luglio 2018), n. 149, oggetto di diversi commenti: E. DOLCINI, *Dalla corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018; M. PELLISERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 3/2018, 1359 ss.; A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all’inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 3/2018, 405 ss.; S. TALINI, *La valorizzazione dei termini “pena” al plurale e condannato al “singolare” anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Consulta online*, fasc. 3/2018, 505 ss. Con tale pronuncia, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 58-quater c. 4 ord. pen. nella parte in cui precludeva l’accesso ai benefici penitenziari nei confronti dei soggetti condannati all’ergastolo per sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero di terrorismo o eversione che avessero cagionato la morte del sequestrato che non avessero effettivamente espiato almeno ventisei anni di pena; più di recente, peraltro, la Corte costituzionale, con sentenza del 9 ottobre 2019 (dep. 8 novembre 2019), n. 229, ha dichiarato l’illegittimità di tale norma anche nella parte in cui precludeva l’accesso ai benefici ai soggetti condannati a pena temporanea per i medesimi reati prima che avessero effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata: in proposito si può rimandare a S. BERNARDI, *Dalla Consulta un’ulteriore affermazione dei principi di flessibilità e progressività nell’esecuzione della pena detentiva: definitivamente smantellata la disciplina dell’art. 58-quater, co. 4 ord. penit.*, in *Sist. pen.*, 21 novembre 2019.

³⁴ Cass. pen, Sez. I, ordinanza del 20 novembre 2018 (dep. 20 dicembre 2018), n. 57913, § 4.

lavorativi. Secondo la Suprema Corte, infatti, «l'innalzamento della scelta collaborativa a prova legale non solo di ravvedimento ma anche di assenza di pericolosità, senza alcuna possibilità di apprezzamento in concreto della situazione del detenuto alla stregua del criterio di individualizzazione del trattamento, non tiene conto della diversità strutturale del permesso premio *ex art. 30-ter* ord. pen., dalla natura contingente, rispetto alle misure alternative alla detenzione, condizionando negativamente il trattamento del detenuto in violazione dell'art. 27 Cost.»³⁵.

Anche il Tribunale di sorveglianza di Perugia argomenta la possibile illegittimità della disciplina in questione rispetto ai principi di uguaglianza-ragionevolezza e rieducazione del condannato sulla base della citata giurisprudenza costituzionale in materia di concessione della detenzione domiciliare al genitore detenuto per un reato ostativo e, soprattutto, dei principi affermati dalla sentenza n. 149 del 2018, a seguito della quale una valutazione individualizzata della situazione specifica di ciascun detenuto appare ancor di più imprescindibile. A differenza della vicenda concreta portata davanti alla Suprema Corte, però, in questo caso il giudizio *a quo* concerneva il ricorso di un soggetto che era stato riconosciuto quale *partecipe* di un'associazione mafiosa ai sensi dell'art. 416-*bis* c.p.: ciò nondimeno, il giudice di sorveglianza considera comunque incompatibile la preclusione in esame con gli artt. 3 e 27 Cost., in quanto i principi costituzionali invocati, come interpretati dalla più recente giurisprudenza costituzionale, impongono «valutazioni soltanto individualizzate che accolgano l'elemento della collaborazione con la giustizia quale segnale eminente della rescissione del vincolo con il contesto criminale organizzato di appartenenza, ma non esclusivo, con l'obiettivo di garantire alla magistratura di sorveglianza lo spazio per un vaglio approfondito e globale del percorso rieducativo eventualmente condotto dall'istante»³⁶.

Intervenuta nel giudizio innanzi alla Corte costituzionale, la difesa statale ha di contro sostenuto l'infondatezza delle questioni sollevate. Secondo quanto addotto dall'Avvocatura dello Stato, la scelta del legislatore espressa nella norma oggetto di censure assolverebbe a fondamentali finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività e sarebbe frutto di una *valutazione discrezionale di politica criminale* secondo cui la collaborazione è, per i detenuti di cui all'art. 4-*bis* c. 1 ord. pen., l'unico mezzo idoneo a dimostrare l'assenza di pericolosità sociale, ossia l'effettiva rescissione dei legami con la criminalità organizzata. La sua validità, pertanto, non risulterebbe

³⁵ *Ibidem*, § 4.1.

³⁶ Trib. sorveglianza Perugia, ordinanza del 28 maggio 2019, pubblicata in G.U. Rep. Ita., I serie speciale, n. 34, 21 agosto 2019, p. 44.

nemmeno compromessa dalla particolare natura del permesso premio, atteso che la *ratio* specifica della norma è quella di «di evitare l'uscita dal carcere – anche solo per poche ore – di condannati verosimilmente ancora pericolosi, in particolare in ragione dei loro persistenti legami con la criminalità organizzata»³⁷.

4. La decisione della Consulta

A fronte di questioni così formulate, la Corte costituzionale avverte anzitutto l'esigenza di chiarire i limiti del suo potere decisionale nel giudizio in esame, delimitando il *thema decidendum*³⁸. Per prima cosa, il giudice costituzionale specifica che oggetto delle questioni sollevate *non* è la legittimità costituzionale del c.d. ergastolo ostativo: non solo, infatti, i giudici *a quibus* non hanno richiamato quale parametro costituzionale il combinato dell'art. 117 Cost. e dell'art. 3 Cedu (norma su cui si fonda la condanna della Corte di Strasburgo nella citata sentenza *Viola c. Italia*), ma nemmeno hanno esteso le proprie censure all'art. 2 c. 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, che, come si è detto sopra, impedisce di concedere la liberazione condizionale al condannato per reati ostativi, così trasformando «la pena perpetua *de iure* in una pena perpetua *de facto*»³⁹.

Le questioni in esame, piuttosto, attengono non tanto alla condizione del solo ergastolano, quanto alla situazione di chiunque abbia subito una condanna per *reati di partecipazione ad associazione mafiosa e di "contesto mafioso"*, nella misura in cui l'art. 4-bis c. 1 ord. pen. impedisce loro l'accesso ai *permessi premio* disciplinati dall'art. 30-ter ord. pen. in assenza di

³⁷ Cfr. § 2 della sentenza in commento.

³⁸ Come è stato accertamente messo in luce dalla dottrina (cfr. specialmente F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., 12), la portata decisoria di una pronuncia di accoglimento avrebbe potuto rivestire ampiezze differenti in considerazione di tre distinte variabili: in primo luogo, la Consulta, stante il tenore letterale delle questioni sopra esaminate, poteva o meno scegliere di limitare il proprio sindacato alla sola situazione degli ergastolani "ostativi", senza prendere in considerazione i problemi connessi all'applicazione della preclusione in parola a soggetti condannati a una pena temporanea; in secondo luogo, la Corte poteva ritagliare la propria decisione sulla sola misura specificamente contemplata dai giudici *a quibus*, i permessi premio, ovvero estendere la propria valutazione a tutte le misure alternative e premiali precluse ai sensi dell'art. 4-bis c. 1 ord. pen.; infine, la Corte doveva chiarire se avrebbe riferito la propria decisione ai soli reati espressamente oggetto di giudizio nei casi di specie (cioè quelli di "contesto mafioso") ovvero a tutti i reati cui deve per legge applicarsi la disciplina in esame. Come si vedrà, la Corte ha adottato la soluzione estensiva con riferimento alla prima e alla terza variabile, mentre ha prescelto la soluzione restrittiva per quanto riguarda la seconda.

³⁹ Cfr. § 5.2 della sentenza in commento.

collaborazione con la giustizia. Si anticipa però che, al fine di evitare il sorgere di una «paradossale disparità», all’esito della propria valutazione la Corte riterrà comunque necessario estendere in via consequenziale la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma con riferimento a *tutti i delitti ivi contemplati*, ossia anche a quelli estranei al contesto mafioso⁴⁰.

Passando al merito, la Corte prende dichiaratamente in considerazione le sole questioni sollevate dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, osservando che quest’ultime, riferendosi alla posizione del soggetto condannato sia per partecipazione in associazione mafiosa, sia per reati di “contesto mafioso”, assorbirebbero – se fondate – quelle proposte dalla Corte di cassazione.

Quindi, la Consulta – dopo aver ripercorso la genesi e l’evoluzione normativa dell’art. 4-bis ord. pen. – mette in luce che la norma oggetto di censure si sostanzia in una *presunzione legislativa* di attualità di collegamenti con la criminalità organizzata per il condannato per i delitti ivi elencati che non collabori con la giustizia, presunzione che si configura come *assoluta* in quanto non superabile da altro se non dalla collaborazione stessa. Non si tratterebbe, in questo senso, di un vero e proprio automatismo normativo⁴¹, poiché l’inaccessibilità ai benefici penitenziari non discende automaticamente dalla legge, bensì è frutto di una scelta del condannato (come già messo in luce da Corte cost. n. 135 del 2003): ciò nondimeno, il giudice delle leggi ritiene necessario, perché presumere che il condannato non collaborante mantenga integri i legami con il proprio gruppo criminale di appartenenza non sia costituzionalmente illegittimo, che «si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria»⁴².

A giudizio della Corte, infatti, è l’*assolutezza* della presunzione in parola a contrastare con i principi costituzionali invocati dai giudici *a quibus*, e ciò sotto tre distinti, ma complementari profili.

In primo luogo, il giudice costituzionale riscontra che la disciplina in esame risponde a *esigenze estranee* rispetto a quelle che devono sottostare all’esecuzione della pena, quali esigenze propriamente investigative, di politica criminale e di pubblica sicurezza; scopo della medesima è, invero, realizzare una sorta di “scambio” tra informazioni utili a fini investigativi e possibilità per il detenuto di accedere al normale trattamento penitenziario, aggravando la condizione del non

⁴⁰ Cfr. § 12 della sentenza in commento.

⁴¹ Espressione invece spesso utilizzata in dottrina: così ad es. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo*, cit., 29.

⁴² Cfr. § 8 della sentenza in commento; corsivi nostri.

collaborante rispetto a quella dei detenuti per reati non ostativi e, di rimando, introducendo in favore del collaborante elementi premiali aggiuntivi rispetto alla disciplina ordinaria. Su questo aspetto, però, la Corte costituzionale non fa concessioni: «un conto è l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presti una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l'inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante»⁴³. Mentre appare ragionevole attribuire valore “premile” alla collaborazione, cioè, la mancata collaborazione non può essa sola giustificare una “sanzione ulteriore” in capo al condannato che si rifletta sulle concrete modalità di esecuzione della pena: a giudizio della Corte, difatti, a ciascun detenuto deve essere riconosciuta la *libertà di non collaborare*, tutelata nel processo nella forma di vero e proprio diritto a non autoincriminarsi, ma certamente imprescindibile anche in fase di esecuzione della pena⁴⁴.

In secondo luogo, la presunzione assoluta contrasta con l'art. 27 c. 3 Cost. perché impedisce di valutare il concreto percorso detentivo del condannato in sede di concessione del permesso premio. Come recentemente indicato dalla Consulta nella già richiamata sentenza n. 149 del 2018, infatti, è la stessa Costituzione a imporre una *valutazione individualizzata e caso per caso* nella materia dei benefici penitenziari, pena il contrasto con i principi di rieducazione, di proporzionalità e di individualizzazione della sanzione penale⁴⁵. La preclusione di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen., tuttavia, bloccando in radice la possibilità di valutare la richiesta di permesso premio del non collaborante, impedisce qualsiasi verifica secondo criteri individualizzati, non consentendo nemmeno alla magistratura di sorveglianza di valutare in concreto le ragioni che hanno indotto il detenuto al silenzio.

⁴³ Cfr. § 8.1 della sentenza in commento.

⁴⁴ *Ibidem*: «(...) questa Corte non può esimersi dal rilevare che l'attuale formulazione dell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., anche in nome di prevalenti esigenze di carattere investigativo e di politica criminale, opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-ter ordin. penit., che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto. Garantita nel processo nella forma di vero e proprio diritto, espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, la libertà di non collaborare, in fase d'esecuzione, si trasforma infatti – quale condizione per consentire al detenuto il possibile accesso all'ordinario regime dei benefici penitenziari – in un gravoso onere di collaborazione che non solo richiede la denuncia a carico di terzi (*carceratus tenetur alios detegere*), ma rischia altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati».

⁴⁵ Nella pronuncia in questione, infatti, si legge chiaramente che «una volta che il condannato (...) 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 possono dunque legittimarsi sul piano costituzionale soltanto laddove presuppongano pur sempre valutazioni individuali, da parte dei competenti organi giurisdizionali, relative alla sussistenza di ragioni ostativo di ordine specialpreventivo – sub specie di perdurante pericolosità sociale del condannato» (cfr. Corte cost., sentenza del 21 giugno 2018 (dep. 11 luglio 2018), n. 149, § 7).

Da ultimo, la presunzione assoluta *de qua* viola il principio di uguaglianza in quanto *irragionevole*, non risultando sempre rispondente al criterio dell'*id quod plerumque accidit*; come si è già osservato sopra, invero, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo chiarito che il criterio per valutare l'illegittimità di una presunzione legale che non lasci adito a prova contraria risiede nella possibilità di «formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»⁴⁶. Per quanto riguarda la disciplina in esame, la “generalizzazione” in questione consiste per l'appunto nell'assunto secondo cui “il soggetto condannato per reati ostativi che non collabori con la giustizia non ha rescisso i legami con l'organizzazione criminale e per questo è socialmente pericoloso”: assunto che tuttavia, a giudizio della Corte, non tiene conto del fatto che «il decorso del tempo della esecuzione della pena esige una valutazione in concreto, che consideri l'evoluzione della personalità del detenuto», né di possibili mutamenti del contesto esterno al carcere (ad esempio nell'ipotesi in cui l'associazione criminale di appartenenza del detenuto sia già stata integralmente sgominata o si sia estinta). Ciò permette di desumere «l'irragionevolezza – nonché, anche sotto questo profilo, il contrasto con la funzione rieducativa della pena – di una presunzione assoluta di pericolosità sociale che, a prescindere da qualsiasi valutazione in concreto, presupponga l'immutabilità, sia della personalità del condannato, sia del contesto esterno di riferimento».

Nonostante la portata “rivoluzionaria” di queste affermazioni, la Consulta dimostra comunque di aver preso attentamente in considerazione le particolari esigenze di tutela alla base della previsione di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. Essa, infatti, si cura di precisare che la presunzione di attualità di collegamenti con la criminalità organizzata – che da assoluta diviene relativa, nei limiti in cui opera la pronuncia in esame – può essere superata solo in base a *valutazioni particolarmente rigorose*, che non si limitino alla regolare condotta carceraria, alla mera partecipazione al percorso rieducativo o a semplici dichiarazioni di dissociazione del detenuto; viene messo in rilievo, in proposito, che già la prima versione dell'art. 4-*bis* c. 1 ord. pen. prevedeva che l'accesso alle misure alternative e premiali per i reati di prima fascia fosse subordinato all'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva», requisito tuttora necessario ai sensi del c. 1-*bis* dell'articolo in parola per i casi di collaborazione inesigibile, impossibile o irrilevante. La magistratura di sorveglianza, pertanto, secondo quanto indicato dalla Corte non

⁴⁶ Cfr. § 8.3 della sentenza in commento.

dovrà solo svolgere una seria verifica della condotta penitenziaria del detenuto, ma dovrà altresì considerare il *contesto sociale esterno*, acquisendo dettagliate informazioni per il tramite del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente; viene ricordato, poi, che ai sensi del comma 3-*bis* dello stesso art. 4-*bis* ord. pen. tutti i benefici in questione non possono mai essere concessi allorché il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il Procuratore distrettuale evidenzino l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

L'acquisizione di rigorose informazioni circa la consistenza del legame tra detenuto e organismo criminale di riferimento – in termini tanto di persistenza di collegamenti, quanto di pericolo di un loro ripristino – appare dunque un «criterio costituzionalmente necessario» per sostituire la presunzione assoluta oggetto di censure; la prova delle condizioni a supporto della concessione dei benefici, peraltro, ricadrebbe in parte sullo stesso condannato che presenti richiesta di permesso premio, il quale sarebbe tenuto a fare specifica allegazione degli elementi (*negativi*) capaci di sostenere la sua istanza⁴⁷.

Alla luce di quanto sopra considerato, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 4-*bis* c. 1 ord. pen. nella parte in cui non prevede la concessione dei permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia «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»; e ciò tanto con riferimento ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste da tale articolo o per agevolare le associazioni ivi contemplate, quanto, in via consequenziale, con riguardo ai condannati per tutte le altre fattispecie «ostative» previste dalla norma censurata.

⁴⁷ In questo senso si è difatti espressa la giurisprudenza di legittimità con riferimento alla disciplina del richiamato comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. pen., in materia di collaborazione irrilevante, impossibile o inesigibile: in proposito la stessa Consulta richiama alcune recenti pronunce della Suprema Corte, quali la n. 36057 del 13 agosto 2019, la n. 29869 del 2019 e la n. 47044 del 12 ottobre 2017. La presunzione relativa, in sostanza, si tradurrebbe nell'imposizione dell'onere della prova a carico del condannato.

5. Presunzioni in ambito penitenziario e rieducazione del condannato: quel filo rosso tra Roma e Strasburgo

I tre profili sotto i quali la Consulta ha considerato l'illegittimità costituzionale della preclusione di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen. vanno intesi, si è già detto, come *complementari* tra di loro. Sotto il primo profilo, viene affermata la libertà del detenuto – qualsiasi detenuto – di non collaborare con la giustizia, senza che tale sua scelta possa essere di per sé causa di un trattamento deteriore, potendo la legge far dipendere dall'eventuale collaborazione del condannato esclusivamente l'applicazione di misure premiali; in base al secondo, viene ribadita la necessità che la concessione o il diniego degli strumenti propri del trattamento penitenziario facciano seguito a una valutazione individualizzata, caso per caso, della condotta del detenuto; infine, viene sancita l'irragionevolezza di una presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato “non collaborante”.

Ci pare che tra questi tre argomenti sia il terzo quello che maggiormente coglie il cuore del problema sottoposto alla Consulta, potendo rivestire una portata *assorbente* rispetto agli altri: lo scoglio che il giudice costituzionale doveva superare per giungere a una declaratoria di illegittimità della norma, infatti, risiedeva proprio nell'esame della *ragionevolezza* della convinzione secondo cui la scelta di non collaborare con la giustizia, compiuta da chi abbia la possibilità di farlo, è “secondo quanto ordinariamente (*plerumque*) accade” indice del perdurante rapporto del condannato con il sodalizio criminoso⁴⁸.

Laddove siffatta presunzione fosse stata considerata ragionevole, invero, assai verosimilmente la Corte avrebbe rintracciato nella preclusione in parola non una “sanzione” per la mancata collaborazione del reo, ma piuttosto la naturale conseguenza del riconoscimento – effettuato una volta per tutte dal legislatore – della persistente pericolosità sociale del condannato, da cui l'immeritevolezza del beneficio; allo stesso tempo, ci pare che ammettere la ragionevolezza della presunzione assoluta avrebbe avvalorato la scelta del legislatore di sostituirsi alla valutazione individualizzata del giudice, avendo la legge ormai predeterminato un unico e attendibile criterio per vagliare la pericolosità del soggetto condannato per reati ostativi.

⁴⁸ Di questa opinione anche F. BIONDI, *La collaborazione con la giustizia all'esame della Corte: le difficoltà della decisione*, in www.ilsole24ore.it, 19 ottobre 2019.

In questo senso deponeva, del resto, la precedente giurisprudenza della Corte costituzionale, che in passato ha più volte avallato la scelta del legislatore di attribuire alla collaborazione con la giustizia la valenza di criterio *esclusivo* di accertamento della rottura dei rapporti con la criminalità organizzata da parte del reo (e perciò di criterio unico di valutazione dei risultati del suo percorso rieducativo)⁴⁹. Proprio su tale aspetto si è peraltro focalizzato l'intenso dibattito pubblico che ha seguito – con accenti spesso fortemente critici – la decisione della Consulta, facendo leva sull'addotta *impossibilità* di rieducare quei mafiosi ed esponenti della criminalità organizzata che non accettino di collaborare con la giustizia⁵⁰.

Occorre nondimeno ricordare che nella recente sentenza n. 188 del 2019 la Consulta ha messo in luce come il collegamento con la criminalità organizzata (specialmente mafiosa o terroristica) non sia più un elemento caratterizzante la condizione di tutti i soggetti condannati per reati ostativi, a fronte dell'introduzione all'interno dell'art. 4-bis c. 1 ord. pen. di fattispecie tra loro estremamente eterogenee⁵¹. Ciò però significa anche che la *ratio* della presunzione assoluta di pericolosità contenuta nella norma in questione non può più essere ancorata – come da tradizione – alla persistenza di legami con sodalizi criminali, quanto meno con riferimento a quei soggetti sottoposti dalla legge al regime ostativo pur non avendo in concreto intrecciato relazioni con la criminalità organizzata, o avendolo fatto in maniera solo episodica in occasione della commissione del reato.

Simili considerazioni avrebbero forse potuto spingere la Corte a restringere il campo di operatività della preclusione in questione, vagliando l'opportunità di discernere tra i casi in cui il

⁴⁹ Considerazioni di tal genere sono state peraltro avanzate anche da alcune voci in dottrina, le quali hanno sottolineato che «se lo scopo della pena deve essere quello di rieducare il condannato e assicurarne quindi un'onesta convivenza all'interno della società libera, la scarcerazione dovrebbe avvenire nell'eventualità in cui sia accertato il venir meno del sodalizio con l'associazione criminale, in quanto ciò che minaccia la società è già la sola adesione dell'individuo al *pactum sceleris*: la collaborazione con un organo giurisdizionale, invero, costituisce un indice rilevante in tal senso, essendo l'unico parametro capace di provare la rinuncia, da parte del detenuto, al rispetto del vincolo criminale»: in questo senso, in particolare, G. PALOMBINO, *Ergastolo ostativo e funzione "variabile" della pena: una prospettiva costituzionale ed europea*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2/2017, 10, il quale pertanto reputava la disciplina di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen. compatibile con l'art. 27 c. 3 Cedu.

⁵⁰ Possiamo qui richiamare, per tutti, la dura presa di posizione di G.C. CASELLI, *Ergastolo ostativo, i mafiosi usano la Carta solo quando fa comodo. Come un paio di ciabatte*, in *ilfattoquotidiano.it*, 24 ottobre 2019, secondo il quale parlare di rieducazione ai sensi dell'art. 27 Cost. «ha un senso solo quando si tratta di condannati che mostrano di volersi reinserire o almeno fanno sperare che prima o poi ci proveranno. Non è assolutamente il caso dei mafiosi "irriducibili", che cioè non si sono pentiti. I mafiosi, infatti, giurano fedeltà perpetua all'associazione; e chi non si pente conserva lo status di "uomo d'onore" fino alla morte. Questa "identità mafiosa" è ontologicamente incompatibile con ogni prospettiva di recupero, salvo che il mafioso – pentendosi – dimostri concretamente di voler disertare dall'organizzazione criminale, cessando di esserne strutturalmente parte».

⁵¹ Come già messo in luce *supra*, § 2.

titolo di reato ascritto al condannato rifletta effettivamente l'esistenza di uno stabile rapporto con un gruppo criminale organizzato e i casi in cui in cui ciò invece non avvenga⁵². Non è però questa la strada prescelta dalla Consulta, la quale, sollecitata dalla questione sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, ha invece soppesato la ragionevolezza della presunzione *de qua* prendendo direttamente in considerazione la posizione del condannato per *partecipazione* in associazione di tipo mafioso, ipotizzando che ciò che vale in questo caso valga, a maggior ragione, anche con riferimento a tutti gli altri reati ostativi: e la sua conclusione è stata, per l'appunto, nel senso dell'*irragionevolezza* di siffatta presunzione assoluta, la quale non terrebbe conto (a) della possibilità che dopo la commissione del reato il contesto sociale esterno al carcere possa mutare, né (b) del fatto che il decorso del tempo trascorso in detenzione possa incidere sull'evoluzione della personalità dell'individuo.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, la Corte fornisce l'esempio del caso in cui l'associazione criminale di riferimento del condannato «non esista più, perché interamente sgominata o per naturale estinzione»⁵³; si tratta, in effetti, di un'eventualità non irrealizzabile⁵⁴, la quale farebbe certamente venire meno la possibilità di considerare il condannato pericoloso in ragione di collegamenti *attuali* con l'organizzazione criminale (non più esistente), a prescindere dall'utilità che una sua collaborazione con la giustizia potrebbe comunque rivestire.

Rispetto alla seconda ipotesi, la Corte si limita invece a evidenziare la necessità di analizzare in maniera individualizzata gli effetti concreti dell'esecuzione della pena sulla personalità del detenuto, dimostrando di non credere nell'affermazione per cui la collaborazione con la giustizia sarebbe l'unica manifestazione attendibile del distacco del condannato dal proprio sodalizio criminale⁵⁵. Siffatta convinzione, a ben guardare, era stata già esplicitata in passato dal giudice delle

⁵² Come si è visto, verteva in questo senso la questione di legittimità sollevata dalla prima sezione della Corte di cassazione, la quale arguiva l'irragionevolezza dell'equiparazione, nell'ambito della disciplina in esame, tra aderenti a un'associazione di tipo mafioso e soggetti estranei a tali sodalizi che si fossero limitati a porre in essere reati di "contesto mafioso".

⁵³ Cfr. § 8.3 della sentenza in commento.

⁵⁴ Si può pensare, ad esempio, all'estinzione di un'articolazione periferica di un'associazione di tipo mafioso, "delocalizzata" rispetto al tradizionale territorio di radicamento dell'organizzazione criminale. Sul concetto di "mafie delocalizzate" in giurisprudenza cfr. per tutti L. NINNI, *Alle Sezioni Unite la questione della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso con riguardo ad articolazioni periferiche di un sodalizio mafioso in aree "non tradizionali"*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2019, 23 ss.

⁵⁵ Così la sentenza in commento, § 8.3, osserva che «È certo possibile che il vincolo associativo permanga inalterato anche a distanza di tempo, per le ricordate caratteristiche del sodalizio criminale in questione, finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, quale quella che – in particolare, ma non esclusivamente, secondo la ratio stessa

leggi, che fin dalle prime decisioni aventi a oggetto l'art. 4-bis ord. pen. ha ammesso che la collaborazione può essere considerata un valido indice di dissociazione del condannato dal proprio gruppo criminale, ma «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale: tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa»⁵⁶; è sulla base di tale affermazione, infatti, che la Consulta ha negato l'applicabilità retroattiva della preclusione assoluta introdotta nel 1992, consentendo a chi fosse stato fino a quel momento reputato meritevole di godere dei benefici penitenziari pur in assenza di collaborazione di continuare il proprio percorso trattamentale⁵⁷.

Quest'ultimo aspetto avrebbe però forse meritato un'elaborazione ulteriore da parte del giudice costituzionale, trattandosi – a nostro giudizio – del nodo maggiormente controverso di tutta la questione sottopostagli. La Consulta, ad esempio, non chiarisce quali possano essere gli ulteriori indici, differenti dalla collaborazione, capaci di dimostrare l'effettiva dissociazione del condannato dal sodalizio mafioso, né si sofferma sui possibili fattori che possano indurre il soggetto che effettivamente abbia reciso ogni legame con l'associazione criminale di provenienza a non collaborare comunque con la giustizia, che pure avevano costituito un argomento importante nelle ordinanze dei giudici *a quibus*⁵⁸; si tratta, nondimeno, di questioni di fatto, più che di diritto, che la Corte potrebbe aver scientemente lasciato alla valutazione individuale dei magistrati di sorveglianza, i quali possono certamente avvalersi di una ricca esperienza maturata nel campo dell'osservazione della personalità del detenuto.

di questa pronuncia – è espressa dalla collaborazione con la giustizia. (...) Ma, in disparte simili vicende, il decorso del tempo della esecuzione della pena esige una valutazione in concreto, che consideri l'evoluzione della personalità del detenuto. Ciò in forza dell'art. 27 Cost., che in sede di esecuzione è parametro costituzionale di riferimento».

⁵⁶ Corte cost., sentenza dell'11 giugno 1993 (dep. 7 agosto 1993), n. 306, § 13.

⁵⁷ Così nella sentenza n. 306 del 1993 la Corte, pur ritenendo l'infondatezza della questione di legittimità ex artt. 3 e 27 Cost. relativa all'art. 4-bis ord. pen., ha dichiarato l'illegittimità della norma del d.l. n. 306 del 1992 che disponeva la revoca delle misure alternative alla detenzione fino a quel momento concesse ai condannati per reati ostativi non collaboranti. Cfr. altresì Corte cost., sentenza dell'11 dicembre 1995 (dep. 14 dicembre 1995), n. 504; del 16 dicembre 1997 (dep. 30 dicembre 1997), n. 445; del 14 aprile 1999 (dep. 22 aprile 1999), n. 137.

⁵⁸ Tale aspetto viene infatti richiamato dalla Consulta solo incidentalmente, laddove osserva che la mancanza della possibilità di una valutazione individualizzata da parte della magistratura di sorveglianza della situazione del detenuto che richieda la concessione di un beneficio comporta innanzitutto che questi non possa nemmeno «valutare le ragioni che hanno indotto il detenuto a mantenere il silenzio» (§ 8.2). Diverse esemplificazioni in proposito sono però da tempo proposte anche dalla dottrina penalistica: cfr. per tutti E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 23-24; L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis*, cit., 1222; A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., 30.

Se possiamo tuttavia permetterci un'ulteriore battuta, in considerazione di quanto finora osservato, ci sembra invero che il richiamo al criterio dell'*id quod plerumque accidit* sia almeno in parte *fuorviante* all'interno del ragionamento svolto dalla Corte. Quest'ultima, infatti, non si è in realtà preoccupata di stabilire se la regola di giudizio assunta dal legislatore a titolo di presunzione assoluta corrisponda a ciò che nella realtà avviene "ordinariamente", o "nella grande maggioranza dei casi", ma ha piuttosto attribuito rilevanza alla *possibilità* che si presentino *eccezioni* a tale regola⁵⁹: è perciò la possibilità che si ricada nell'eccezione, a prescindere dal grado di probabilità che ciò accada, a mettere in crisi la validità della presunzione legale assoluta e a far prevalere le esigenze della rieducazione, che impongono anzitutto l'individualizzazione del giudizio di pericolosità. La presunzione assoluta di pericolosità è irragionevole, cioè, perché è irragionevole ritenere che l'inferenza che essa svolge sia veritiera nella totalità dei casi, in quanto il principio di rieducazione del condannato – il quale esige che il trattamento penitenziario sia ritagliato sulla situazione del singolo detenuto, per garantire che l'esecuzione della pena segua efficacemente i suoi progressi nel percorso rieducativo – apparirebbe irrimediabilmente violato tutte le volte in cui essa risulti in concreto errata.

Letta in questi termini, la soluzione data alla questione dalla Consulta ci sembra certamente condivisibile. Del resto, non ci pare che possano sussistere ragionevoli dubbi rispetto alla *possibilità* che un soggetto condannato per mafia possa comunque avviare un positivo percorso di rieducazione in carcere, distanziandosi dal proprio passato criminale, anche qualora scelga di non prestare la propria collaborazione: magari perché ciò (nonostante la possibilità offerta dalla legge di usufruire di programmi di protezione) esporrebbe lui o i suoi familiari a gravi pericoli di ritorsioni da parte dello stesso gruppo criminale, ovvero perché collaborare gli imporrebbe di consegnare alla giustizia i propri figli, fratelli, genitori⁶⁰.

⁵⁹ O, detto nel linguaggio della stessa Corte, «ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa».

⁶⁰ Se non altro perché, come sensibilmente messo in luce in dottrina, ciò che nella realtà «*normalmente* accade è che ogni uomo è diverso, ogni storia è differente, ogni percorso penitenziario è singolare (...). L'esperienza, se insegna qualcosa, è che chi ha diretto l'associazione per decenni non è uguale a chi vi è entrato poco prima del processo; chi ha pianificato stragi non è uguale a chi ha ucciso in uno scontro a fuoco fra bande avversarie; chi ha dei figli a cui è molto legato e che metterebbe in pericolo con le sue dichiarazioni non è uguale a chi ha rinnegato i famigliari e giurato loro vendetta perché hanno collaborato»: così S. CARNEVALE, *Diritto al giudice e habeas corpus penitenziario: l'insostenibilità delle presunzioni assolute sui percorsi individuali*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., 61-62.

Sotto questo profilo, peraltro, la pronuncia della Consulta si dimostra in stretta continuità con quella emessa dalla Corte di Strasburgo nel più volte richiamato caso *Viola c. Italia*, con la quale – si è già detto – la Corte europea ha ritenuto che l’ergastolo “ostativo” viola l’art. 3 Cedu perché inadeguato a garantire al condannato una concreta “prospettiva di liberazione”⁶¹. A fronte dell’obiezione opposta dal Governo italiano secondo cui la pena dell’ergastolano ostativo non poteva dirsi *de facto* irriducibile, potendo costui scegliere in qualunque momento di prestare la propria collaborazione, i giudici di Strasburgo hanno difatti ribattuto che «la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell’adesione ai “valori criminali” e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza»; e che, pertanto, «se altre circostanze o altre considerazioni possono spingere il condannato a rifiutarsi di collaborare, o se la collaborazione può eventualmente essere proposta a uno scopo meramente opportunistico, l’immediata equivalenza tra l’assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al percorso reale di rieducazione del ricorrente»⁶².

⁶¹ Non è purtroppo questo il luogo adatto per dar conto dello sviluppo giurisprudenziale della Corte europea in tema di art. 3 Cedu e pena perpetua; ci limiteremo pertanto a ricordare che, a partire dalla sentenza della Grande Camera del 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, la Corte ha costantemente ribadito il principio per cui la pena dell’ergastolo, di per sé non incompatibile con la Convenzione, ammonta tuttavia a trattamento inumano e degradante in tutti i casi in cui l’ordinamento interno non assicuri al condannato nessuna reale prospettiva, *de iure* o *de facto*, di essere rimesso in libertà una volta che la protrazione della detenzione non appaia più sorretta da nessuna ragione giustificatrice, né di ordine punitivo, né di ordine preventivo. Vero *leading case* in questa materia è un’ulteriore pronuncia della Grande Camera, emessa il 9 luglio 2013 nel caso *Vinter e a. c. Regno Unito*, con cui la Corte ha censurato per incompatibilità con la Convenzione l’istituto del *whole life order* inglese, affermando la necessità che l’ordinamento interno assicuri al condannato a pena perpetua la possibilità, trascorso un congruo periodo di detenzione, di chiedere e ottenere una revisione della propria situazione in vista di una possibile liberazione. Dei medesimi principi è stata successivamente fatta applicazione più volte da parte della Corte europea – ricordiamo, tra tutte, due ulteriori sentenze della Grande Camera, emesse il 26 aprile 2016, nel caso *Murray c. Paesi Bassi*, e il 17 gennaio 2017, nel caso *Hutchinson c. Regno Unito* – da ultimo, per l’appunto, con la pronuncia *Viola c. Italia*. Per una più accurata trattazione su questo tema di può rimandare, per tutti, a D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., in AA.VV., *Il diritto alla speranza*, cit., 169 ss., e a P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *L’ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza*, cit., 221 ss., già apparso in lingua inglese in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 29 maggio 2015.

⁶² Così Corte eur. dir. uomo, sentenza del 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16, *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), §§ 118 e 120. Alla luce di quanto sopra, la Corte europea conclude (§ 127) che «l’assenza di “collaborazione con la giustizia” determin[a] una presunzione inconfutabile di pericolosità, che ha l’effetto di privare il ricorrente di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione (...). Questi rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo, e rischia altresì di appesantirsi ancora di più con il passare del tempo». Ancora, la Corte riconosce espressamente che, sebbene la disciplina dell’ergastolo ostativo sia stata predisposta per contrastare il fenomeno della criminalità organizzata, specialmente di tipo mafioso, «la lotta contro questo flagello non può giustificare deroghe alle disposizioni dell’articolo 3 della Convenzione, che vieta in termini assoluti le pene inumane o degradanti. Pertanto, la natura dei reati addebitati al ricorrente è priva di pertinenza ai fini dell’esame del presente ricorso dal punto di vista del suddetto articolo 3»; si tratta di un’affermazione che, tuttavia, lascia alcune perplessità, in quanto in questo punto la Corte di Strasburgo tralascia di considerare che nel caso dei reati di criminalità

Anche secondo il giudice europeo, quindi, l'inconfutabile equivalenza tra scelta di non collaborare e pericolosità sociale del condannato stabilita dall'art. 4-bis c. 1 ord. pen. non poggia su dati empirici e razionali sufficienti a evitare che, nel singolo caso, la preclusione normativa possa in concreto trascurare e frustrare gli effettivi progressi fatti dall'individuo nel corso della pena. Sta in questo, a nostro giudizio, l'evidente *fil rouge* che lega la decisione presa a Roma con quella presa a Strasburgo; e di questo il nostro ordinamento è oggi tenuto, doppiamente, a tenere conto, per eliminare le incompatibilità riscontrate tanto con la Costituzione, quanto con la Cedu.

Per concludere, all'esito dell'intervento della Consulta la presunzione assoluta di pericolosità propria del regime ostativo, reputata priva di un sufficiente fondamento razionale e perciò in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., deve essere sostituita da una presunzione solamente *relativa*. Non viene dunque smentito il presupposto secondo cui il condannato per reati di criminalità organizzata (e per reati ostativi in generale) che rifiuti di collaborare con la giustizia non abbia abbandonato il proprio gruppo criminale, ma lo si apre alla possibilità di una *prova contraria*, permettendo al singolo detenuto di dimostrare che il proprio caso fa eccezione alla regola⁶³; il potere di decidere circa il concreto sviluppo del trattamento penitenziario del condannato – *rectius*: circa la possibilità per costui di accedere o meno al permesso premio – viene così (ri)trasferito dal legislatore alla magistratura di sorveglianza, chiamata a valutare individualmente le peculiarità di ogni caso specifico.

6. Alcune considerazioni conclusive: quale futuro per l'ostatività in materia penitenziaria?

La pronuncia appena esaminata, come già evidenziato, ha una portata limitata rispetto all'intero campo di applicazione dell'art. 4-bis c. 1 ord. pen.; la presunzione assoluta di pericolosità, infatti, è venuta meno solo con riferimento alla concedibilità al condannato – a pena temporanea o perpetua, per uno qualsiasi dei reati ostativi ai sensi della norma in questione – dei *permessi premio*, ma allo

organizzata la pericolosità sociale del detenuto si atteggia diversamente rispetto a reati di altro genere, traendo la propria linfa proprio dal legame con il gruppo criminale.

⁶³ Prova che, nondimeno, appare particolarmente ostica, o *diabolica* (così, tra gli altri, G.M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie* e G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 4/2017, 1505 ss. e 1510 ss.), incentrandosi sull'accertamento di un elemento negativo – l'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e del pericolo di ripristino di tali collegamenti – che lo stesso istante, come precisato dalla Consulta, ha l'onere di allegare con precisione.

stato opera ancora in relazione alle altre misure oggetto di preclusione per il non collaborante: il lavoro all'esterno, le misure alternative alla detenzione, la liberazione condizionale.

Le fondamenta del sistema ostativo, tuttavia, appaiono ormai pericolanti. I principi sulla cui base la Corte costituzionale ha accolto le questioni di legittimità nella sentenza n. 253 del 2019, invero, sembrano prescindere dalle peculiarità dei permessi premio *ex art. 30-ter* ord. pen. (pur particolarmente rimarcate dai giudici *a quibus*) e potrebbero senza difficoltà essere nuovamente chiamati in causa per rimuovere suddetta preclusione assoluta anche con riguardo alle diverse misure preposte al trattamento rieducativo del reo. Un passo in questa direzione, del resto, è già stato mosso con la di poco successiva sentenza n. 263 del 2019, con cui la Consulta ha riconosciuto come costituzionalmente illegittimo – per contrasto con gli artt. 27 c. 3 e 31 c. 2 Cost. – l'art. 2 c. 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, il quale prevedeva che ai fini della concessione delle misure penali di comunità, dei permessi premio e del lavoro esterno ai condannati *minorenni* si applicasse la disciplina di cui all'art. 4-*bis* cc. 1 e 1-*bis* ord. pen. La Corte ha infatti osservato come la sentenza n. 253 del 2019 abbia già riscontrato, sia pure limitatamente ai permessi premio, che «il meccanismo introdotto dall'art. 4-*bis*, anche laddove applicato nei confronti di detenuti adulti, contrasta con gli artt. 3 e 27 Cost.», mettendo poi in luce che nel caso dell'esecuzione della pena da parte di detenuti minorenni «il contrasto di questo modello decisorio con il ruolo riconosciuto alla finalità rieducativa del condannato si pone in termini ancora più gravi»⁶⁴.

Non deve poi dimenticarsi la sentenza *Viola c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo, che con riguardo all'ergastolo ostativo ha indubbiamente riscontrato un *vizio strutturale* dell'ordinamento italiano: il nostro Stato ha pertanto l'obbligo di adottare misure di carattere generale idonee a rimuovere la perdurante violazione dell'art. 3 Cedu rappresentata dalla semplice esistenza di tale istituto, restituendo il “diritto alla speranza” anche all'ergastolano ostativo non collaborante⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. Corte cost., sentenza del 5 novembre 2019 (dep. 6 dicembre 2019), n. 263, § 4.1.

⁶⁵ È la stessa Corte di Strasburgo che, al § 143 della sentenza in questione, considera che «La natura della violazione riscontrata dal punto di vista dell'articolo 3 della Convenzione indica che lo Stato deve mettere a punto, preferibilmente su iniziativa legislativa, una riforma del regime della reclusione a vita che garantisca la possibilità di un riesame della pena, il che permetterebbe alle autorità di determinare se, durante l'esecuzione di quest'ultima, il detenuto si sia talmente evoluto e abbia fatto progressi tali verso la propria correzione che nessun motivo legittimo in ordine alla pena giustifichi più il suo mantenimento in detenzione, e al condannato di beneficiare così del diritto di sapere ciò che deve fare perché la sua liberazione sia presa in considerazione e quali siano le condizioni applicabili. La Corte considera, pur ammettendo che lo Stato possa pretendere la dimostrazione della “dissociazione” dall'ambiente mafioso, che tale rottura possa esprimersi anche in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia e l'automatismo legislativo

In un simile quadro, ci sembra che nel prossimo futuro possano prefigurarsi due diversi scenari.

In base al primo scenario, potrebbe essere la stessa Corte costituzionale a tornare nuovamente sul comma 1 dell'art. 4-bis ord. pen., completando l'opera intrapresa con la sentenza n. 253 del 2019; ciò presupporrebbe la presentazione di una o più questioni di legittimità costituzionale volte a far emergere il contrasto di quella parte della norma finora non toccata dalla Corte con i medesimi artt. 3 e 27 Cost., oltre che eventualmente con l'art. 117 Cost., in riferimento all'art. 3 Cedu, per quanto concerne l'applicabilità della liberazione condizionale all'ergastolano ostativo. Si tratta di una prospettiva estremamente probabile, tenuto conto dello squilibrio derivante dalla parzialità dell'intervento della Consulta: pare infatti facile immaginare che le pronunce della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo stimoleranno un vasto numero di soggetti condannati per reati ostativi a presentare istanza di ammissione ai diversi benefici penitenziari, così fornendo ai giudici di sorveglianza l'occasione – in assenza di modifiche legislative della disciplina in questione – per adire nuovamente il giudice delle leggi.

La seconda prospettiva, però, è che sia il legislatore a prendere in mano la situazione e a correggere il sistema predisposto dall'art. 4-bis ord. pen. Tale operazione, per risultare conforme alla Costituzione e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dovrebbe necessariamente importare la rimozione della presunzione assoluta di pericolosità dei soggetti non collaboranti, con conseguente eliminazione della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari: la collaborazione con la giustizia, pertanto, non può più essere – salvo i casi di collaborazione impossibile o irrilevante – l'unico criterio per la concessione delle misure alternative, del lavoro all'esterno e della liberazione condizionale.

Essendo altamente improbabile (e a nostro giudizio nemmeno auspicabile) che il legislatore si risolva a eliminare *tout court* il doppio binario, una strada possibile potrebbe essere quella già suggerita dalla proposta elaborata nel 2013 dalla Commissione Palazzo⁶⁶, attualmente all'esame

attualmente vigente». Sul concetto di vizi di carattere strutturale e sugli obblighi di adottare misure di carattere generale discendenti dall'art. 46 Cedu cfr. per tutti P. PIRRONE, *Art. 46 CEDU*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

⁶⁶ *Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2 comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203. (Revisione delle norme che vietano la concessione di benefici nei confronti di detenuti o internati 'non collaboranti')*, redatta dalla Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, consultabile su *Dir. pen. cont.*, 19 febbraio 2014.

della Commissione Giustizia della Camera⁶⁷, tesa proprio a superare il c.d. ergastolo ostativo e «a trasformare l'attuale presunzione di non rieducatività in assenza di collaborazione da assoluta in relativa»⁶⁸; in base a tale proposta, la preclusione di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. pen. verrebbe meno, oltre che nei casi di collaborazione impossibile o irrilevante, «altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati» (periodo che si prevede vada aggiunto al comma 1-*bis* della norma in questione). Il legislatore potrebbe però altresì scegliere di “trasporre su carta” le indicazioni fornite dalla stessa Corte costituzionale, attribuendo rilevanza all'acquisizione di «elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti» in luogo della collaborazione con la giustizia, ossia sostanzialmente riportando la norma alla sua versione originale coniata dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152.

Qualsiasi sia la soluzione formale adottata, è certo che ciò che si richiede al legislatore è di restituire ai giudici di sorveglianza il potere di vagliare le peculiarità dei singoli casi concreti, andando oltre il dato rappresentato dalla mera collaborazione con la giustizia: dato che in ogni caso rivestirebbe, *nel merito*, una rilevanza certamente preminente, benché non esclusiva. Ciò che sicuramente *non è auspicabile*, invece, è che il legislatore – come prospettato, all'indomani della decisione della Consulta, persino da alcuni esponenti dell'attuale Esecutivo – decida scientemente di contrastare o di aggirare quanto stabilito dalla Corte costituzionale, nell'intento di difendere il “doppio binario penitenziario” come finora lo abbiamo conosciuto a tutti i costi⁶⁹.

⁶⁷ Tale proposta è stata infatti recepita nella proposta di legge C.1925 della XVIII Legislatura, dal titolo «Modifiche agli articoli 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, in materia di revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia», presentata dall'on. Vincenza Bruno Bossio.

⁶⁸ Così F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014.

⁶⁹ Piuttosto, laddove si ritenga che relativizzare la presunzione di pericolosità dei condannati per reati di criminalità organizzata non collaboranti possa essere foriero di rischi per la sicurezza pubblica o per l'incolumità individuale degli stessi magistrati di sorveglianza (che potrebbero essere più facilmente esposti a pressioni e violenze da parte dei gruppi criminali in questione), lo sforzo che ci pare dovrebbe essere fatto è quello volto a introdurre ulteriori *garanzie* nel procedimento decisionale, individuando criteri o procedure capaci di assistere i giudici nella loro valutazione. A titolo d'esempio: potrebbero essere individuati dalla legge indici e criteri idonei a guidare la valutazione del giudice, a partire dalle indicazioni fornite dalla stessa Corte costituzionale (che, si ricorda, ha specificato che gli elementi idonei a superare la presunzione di pericolosità del non collaborante non possono attenersi solamente alla condotta del detenuto); potrebbe essere disciplinata la procedura di scambio di informazioni tra il giudice di sorveglianza e il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, così come con gli organi investigativi competenti e, in particolare, con

la Procura distrettuale e la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo, affrontando anche il problema delle informazioni eventualmente coperte da segreto investigativo; potrebbe essere vagliata la possibilità di istituire apposite commissioni di valutazione; potrebbe essere attribuita la competenza decisionale al Tribunale di sorveglianza anche nei casi in cui la legge prevede l'intervento del magistrato di sorveglianza (es. artt. 21 c. 4 e 30-*ter* ord. pen.).