

Introduzione

La presente tesi ha ad oggetto le presunzioni di pericolosità sociale contenute nell'art. 4bis dell'ordinamento penitenziario in materia di "ergastolo ostativo", figura peculiare del nostro ordinamento, che consiste nell'impossibilità per i condannati per delitti di particolare gravità, per lo più di matrice mafiosa e terroristica, di accedere ai benefici penitenziari ed alla liberazione condizionale in assenza di un'utile collaborazione con la giustizia, volta ad accertare ulteriori fatti e responsabilità.

Nella prima parte del lavoro, dedicata ai profili di incostituzionalità della disciplina, con particolare riferimento all'art.27, comma terzo, della Costituzione, sulla finalità rieducativa della pena, si cercherà di dimostrare l'insostenibilità costituzionale del complesso meccanismo presuntivo, passando in rassegna i diversi e a volte contrastanti orientamenti giurisprudenziali costituzionali e comunitari e le conseguenti proposte di riforma legislativa finalizzate a stemperare la rigidità del regime del 4 bis.

La seconda parte sarà incentrata sul complicato rapporto tra sicurezza pubblica e tutela dei diritti fondamentali, rapporto, reso ancora più difficile dall'ampliamento del novero dei reati ricompresi nel regime differenziato. Particolare attenzione sarà prestata anche all'annosa questione circa l'esistenza di un vero e proprio diritto alla sicurezza.

Verranno, in conclusione, poste al vaglio le possibili soluzioni idonee a garantire un corretto temperamento fra la funzione di tutela della sicurezza pubblica, chiamata a rispondere alle sempre più crescenti istanze di repressione e di difesa sociale contro il crimine, a volte confortate anche in modo propagandistico dal ceto politico, e la funzione rieducativa della pena, fortemente ridimensionata dalla necessità di riparare verso obiettivi securitari, cercando di capire in che modo il giudizio di bilanciamento potrebbe comunque far ritenere preponderante la finalità rieducativa rispetto alla garanzia della difesa sociale.

I CAPITOLO

L'ERGASTOLO OSTATIVO

1. Profili definitivi: l'art 4bis dell'ordinamento penitenziario

Il c.d. “ergastolo ostativo” trova la sua disciplina nell'art.4bis, aggiunto alla l. 354/1975 (norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella l. 12 luglio 1991 n. 203, e modificato in seguito al d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992 n. 356, nonché al d.l. 14 giugno 1993 n. 187, convertito nella l. 12 agosto 1993 n. 296. Tale figura di creazione dottrinale¹, peculiare del nostro ordinamento, introduce nel sistema di esecuzione delle pene detentive una sorta di “doppio binario”, nel senso che, per taluni delitti, ritenuti di particolare allarme sociale, (i c.d. “reati ostativi”, per lo più di matrice mafiosa o terroristica), il legislatore ha previsto un regime speciale che si risolve nell'escludere dal trattamento *extra-murario* i condannati, a meno che questi collaborino con la giustizia.

1.1. L'evoluzione normativa

Con il dl. 152/1991, convertito nella legge n. 203 del 1991, l'art. 4bis fa la sua comparsa nell'ordinamento penitenziario, ponendosi in netto contrasto con la precedente legge n. 663 del 1986, c.d. legge Gozzini, fortemente legata all'ideale rieducativo.

Assai numerose sono state le modifiche che a più riprese hanno interessato la disciplina in esame fino alla l. 172/2012 di ratifica della Convenzione di Lanzarote²

¹ Cfr. F. Di Caro, *Ergastolo “ostativo”: la “presunta” legittimità costituzionale del “fine pena mai” tra spinte riformatrici nazionali e sovranazionali* in giurisprudenza penale web, 2017,5

per la protezione dei minori contro gli abusi sessuali e lo sfruttamento, la quale ha ampliato il catalogo dei reati da ricomprendere all'interno della disciplina in esame³. Nella sua prima formulazione, l'art. 4-*bis* ord. pen. prevedeva una differenziazione del regime probatorio per accedere ai benefici penitenziari.

Esso, infatti, raggruppava i delitti in due distinte fasce: nella prima rientravano i delitti ritenuti di certa riferibilità al crimine organizzato; nella seconda, invece, quelli di elevata gravità, ma non direttamente riferibili a tale genere di criminalità.

Nel primo caso, si poteva accedere alle misure alternative soltanto se fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata e dopo l'espiazione di una parte di pena più consistente rispetto al regime ordinario, viceversa, per i delitti di seconda fascia, l'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari era <<condizionata al semplice rilievo oggettivo dell'assenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata⁴>> e solo dopo l'espiazione di una parte di pena più lunga rispetto a quella richiesta agli altri condannati.

La neonata disposizione, nel giro di poco meno di un anno, era destinata ad essere oggetto di un nuovo intervento normativo che avrebbe avuto una forte incidenza sulla sua *ratio*. Sull'onda delle emozioni e dell'allarme sociale suscitato dalla morte del magistrato Giovanni Falcone, venne adottato il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, che ha modificato l'impianto dell'art. 4-*bis* ord. penit., intervenendo in modo significativo

² La Convenzione di Lanzarote, entrata in vigore il 1° luglio 2010, è il primo strumento internazionale in forza del quale si stabilisce che gli abusi sessuali contro i bambini siano considerati reati. La particolarità della Convenzione è che, oltre alla disciplina delle fattispecie di reato più diffuse in questo campo (abuso sessuale, prostituzione infantile, pedopornografia, partecipazione coatta di bambini a spettacoli pornografici), essa contempla anche i casi di *grooming* (adescamento attraverso internet) e di turismo sessuale .

³ Ampliamento a cui hanno contribuito anche i precedenti interventi legislativi, si pensi ad esempio al d.l. 11/2009 (convertito con la l. 38/2009 c.d. pacchetto sicurezza) che ha introdotto i c.d. I reati “*sex offenders*”, contenuti nell'art. 4-*bis* co. 1-*quater* c.p.

⁴ R. Del Coco, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. Corso (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Milano, 2015, cit. 170.

sulla disciplina riguardante i condannati ai reati di prima fascia, ossia inerenti la criminalità organizzata. Per questi soggetti la concessione dei benefici penitenziari verrà subordinata alla collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58 ter ord. penit. In questo modo la collaborazione diventava una *condicio sine qua non* per l'accesso a forme *extra-murarie* di esecuzione della pena.

È stata così prevista una rigida presunzione *ex lege* di pericolosità sociale di questi soggetti, superabile solo con la collaborazione, unica condotta ritenuta idonea a rompere il vincolo associativo⁵. In forza di queste presunzioni, la rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata è dimostrabile solo attraverso una esplicita scelta di collaborazione con la giustizia. Come ha avuto modo di chiarire la Corte costituzionale, si è avuto il passaggio <<da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)⁶>>. Tale modifica ha inciso sulla *ratio* di politica legislativa dell'art. 4-*bis* ord. penit., il quale da norma di selezione riguardo alle misure rieducative, si è trasformato in una norma di <<manifesta incentivazione verso i comportamenti di collaborazione con la giustizia, gli unici di per sé idonei a consentire il superamento del rigido divieto sancito dalla norma in esame⁷>>.

La rigidità della previsione è stata poi attenuata, in sede di conversione, dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, per il tramite della quale si è stabilito che il divieto di accedere ai benefici può essere superato nei casi in cui la collaborazione risulti oggettivamente irrilevante.

⁵ Cfr. A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale del 41-bis*, Giuffrè editore, 2012.

⁶ Corte cost. sent. n. 68 del 1995.

⁷ V. Grevi, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato, tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, 1994, cit., 10.

La nuova disciplina del 4 bis. se da un lato, snatura la norma e si pone, come cercheremo di dimostrare nei paragrafi a seguire, palesemente in contrasto con la logica della risocializzazione che permea l'ordinamento penitenziario, dall'altro risponde pienamente alle logiche della politica criminale di quegli anni. Come è noto, infatti, il legislatore incentrò buona parte della sua strategia di contrasto alla criminalità organizzata sul cosiddetto pentitismo⁸, ed è in questo solco che si colloca l'art. 4-*bis* ord. pen.⁹.

2. Profili di contrasto con la Costituzione

<<Nel nostro ordinamento esiste un punto fermo: l'ergastolo come pena perpetua e non abbreviabile, non è costituzionale, in quanto non contempla un percorso rieducativo e di risocializzazione del detenuto. L'istituto della liberazione condizionale, che dopo un certo periodo consente anche all'ergastolano di riconquistare la libertà è dunque un istituto necessario, non solo una scelta possibile nel nostro sistema. Anche se c'è la possibilità di riconquistare la libertà condizionale, tuttavia, per l'ergastolo ostativo, tale libertà passa necessariamente attraverso la scelta della collaborazione. Ed è proprio in questo contesto che emerge un conflitto tra logiche diverse; la prima logica è quella del diritto affinché il proprio percorso carcerario venga valutato e, se risulta un sicuro ravvedimento, di essere messo in libertà, l'altra logica è quella premiale, ossia quella logica che consente di dare un "premio" a chi offre un contributo per mezzo di una condotta collaborativa>>. In questo modo si esprime l'ex presidente della Corte costituzionale Valerio Onida, in

⁸ Cfr. B. Guazzaloca, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992 n. 3.

⁹ Cfr. L. Pace, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»* in Fascicolo 2/2015, i diritti dei detenuti, *Costituzionalismo.it*.

occasione del VII congresso di nessuno tocchi Caino¹⁰, con riferimento alla presunta incompatibilità costituzionale del c.d. ergastolo ostativo così come disciplinato dall'art 4 bis ord. penit., e precisando come <<Il punto cruciale della questione non sia tanto quello di dare un premio, quanto piuttosto di riconoscere un diritto alla rivalutazione del proprio percorso e al riconoscimento della possibilità di riconquistare la propria libertà, se non c'è questa possibilità allora l'ergastolo ostativo è incostituzionale¹¹>>.

La pena dell'ergastolo ostativo, sin dal momento della sua introduzione, ha dato adito a molteplici critiche massimamente incentrate sul paventato rischio di configurare una nuova ipotesi di “ergastolo senza fine¹²”, di “una pena di morte viva¹³”, palesemente in contrasto con la finalità rieducativa della pena costituzionalmente garantita all'art 27, co.3.

Ed è proprio a causa di queste critiche che si sono fatte sempre più insistenti le richieste di espungere tale previsione normativa dall'ordinamento penitenziario, al fine di evitare che <<lo Stato potente diventi prepotente rendendo impotente la Costituzione dietro le sbarre¹⁴>>.

¹⁰ V. Onida , www.radioradicale.it/scheda/528326/vii-congresso-di-nessuno-tocchi-caino, 16 dicembre 2017.

¹¹ V. Onida , *Ibidem*.

¹² M. Lamanuzzi ; *Percorsi di carcere e di giustizia “ L'ergastolo ostativo. Una pena in contrasto con la dignità”*, in rivista: *Dignitas* ,30 agosto 2015[<http://hdl.handle.net/10807/102069>].

¹³ v. “Una giornata di dialogo contro la pena di morte viva” in rivista ristretti orizzonti , Padova, 20 gennaio 2017, <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/padova-20-gennaio-2017-una-giornata-di-dialogo-contro-la-pena-di-morte-viva>.

¹⁴ A. Pugiotto, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*,in Rivista trimestrale n.4/2016, Diritto Penale Contemporaneo, 13 luglio 2016, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4890-come-e-perche-eccepire-l-incostituzionalita-dell-ergastolo-ostativo>.

La disciplina in apparenza desumibile dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. e dall'art. 2, co. 1, d.l. n. 152/1991¹⁵, manifesta risvolti particolari e drammatici nel caso di condanna all'ergastolo; verrebbe, infatti, a configurare l'unica ipotesi, nell'ordinamento penale vigente, in cui l'ergastolo, pur ove gli esiti del trattamento penitenziario fossero da valutarsi in modo positivo, precluderebbe non soltanto il *fine pena*, ma addirittura qualsiasi mutamento del regime di esecuzione, nonché qualsiasi uscita anche molto breve per effetto di un *permesso-premio*, dalle mura del carcere. Nello specifico ciò che viene in considerazione, è l'impossibilità, derivante dalla richiamata lettura dell'impianto normativo, di operare un qualsiasi giudizio rilevante per il diritto circa gli eventuali percorsi risocializzativi dei condannati all'ergastolo, i quali non abbiano collaborato ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. Preclusione, quest'ultima, che potrebbe, tra le altre cose, ostacolare tali percorsi, risultando controproducente dallo stesso punto di vista general-preventivo.

Una lettura come quella in esame degli artt. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. e 2, co. 1, d.l. n. 152/1991 solleverebbe pertanto, in rapporto alla pena dell'ergastolo, evidenti problemi di compatibilità col dettato costituzionale¹⁶.

¹⁵ In base a questa norma si stabilisce che << I condannati per i delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici ivi indicati. Si osservano le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354>>.

¹⁶ Cfr. L. Eusebi, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art 4-bis, co.1, ord. Penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, 2. profili di contrasto con la Costituzione, rivista Cassazione penale 2012, docenti.unicatt.it/ita/luciano_eusebi.

2.1. La giurisprudenza interna sull'art. 4bis in rapporto con l'art. 27 co.3 Cost.

Le pronunce giurisprudenziali che esamineremo, sono massimamente incentrate sul travagliato rapporto tra la disciplina normativa di cui all'art. 4 bis dell'ord. penit. in tema di collaborazione dell'ergastolano ostativo e l' art. 27, co.3, della Costituzione, il cui dettato costituzionale¹⁷, evidenzia marcatamente il mutamento di concezione del Costituente rispetto al sistema previgente, poiché introduce un nuovo fine a cui la sanzione penale deve tendere, ossia la rieducazione del reo ed il reinserimento dello stesso nella società.

Questo radicale cambiamento della finalità della pena dovette fare i conti con l'ostilità palesata in un primo momento dalla stessa giurisprudenza costituzionale, la quale cercò di limitarne la portata, valorizzando l'inciso "tendere" e dandogli un significato di realizzazione ipotizzabile, per cui la rieducazione poteva essere solo una delle funzioni da attribuire alla pena¹⁸. Si giunse, addirittura, al punto di attribuire all'art 27, co.3, una funzione meramente programmatica.

E' solo con l'inizio degli anni 70 che si afferma appieno la funzione rieducativa, assumendo il ruolo di principio ispiratore della riforma dell'ordinamento penitenziario e accompagnando anche un'evoluzione del cammino giurisprudenziale della Corte¹⁹.

Tuttavia, nonostante l'ormai riconosciuta finalità rieducativa della pena di cui all'art.27, quello che si evince, come vedremo dall'analisi delle pronunce dei giudici di merito e costituzionali, è che la disciplina normativa di cui all'art 4 bis, è stata sostanzialmente fatta salva sulla base dell'assunto per cui <<l'ergastolo ostativo non

¹⁷ "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

¹⁸ v. sentenza n. 12/1966 della Corte costituzionale.

¹⁹ v. sentenze 167/1972 e 204/1974 della Corte costituzionale.

è *de jure* una pena perpetua, ma soltanto *de facto*, essendo ciò imputabile all'ergastolano che preferisce la morte dietro le sbarre ad una collaborazione esigibile²⁰>>.

2.2. La sentenza n. 306 /1993 c.d. “sentenza pilota” ed i relativi profili di criticità

La prima pronuncia della Corte sui profili di legittimità costituzionale della disciplina normativa oggetto della nostra indagine, è stata la sentenza n. 306 del 1993, cosiddetta “sentenza pilota”.

Al vaglio costituzionale verrà, nello specifico, sottoposto l'art 4 bis della l. 354/1975, come risultante dalla formulazione contenuta nell'art 15 del d.l. 306/1992, il quale prevede come *condicio sine qua non* per la concessione dei benefici penitenziari, la collaborazione utile di cui all'art 53 ord. penit.

L'art. 15 introduceva poi un meccanismo di revoca del beneficio concesso prima dell'entrata in vigore della normativa, nei confronti di chi non avesse assunto una condotta collaborativa²¹.

Molteplici saranno le censure sollevate dai giudici rimettenti; nello specifico si rilevava come la collaborazione trovi la sua sede naturale e venga di norma prestata all'interno del processo, prima della condanna e comunque prima che inizi l'esecuzione della pena, in quanto resta confinata al tempo dell'accertamento dei reati

²⁰ G. Silvestri, *Ergastolo ostativo: “il vero fine pena mai”*. Articolo di A. Saldarelli con riferimento alla prefazione al volume “*La dignità umana, come non si acquista per meriti, non si perde per demeriti*”, 20 luglio 2016, <https://avvertenze.aduc.it>.

²¹ La disciplina di cui all'art 15 del d.l. 306 del 1992 subirà un temperamento, in sede di conversione del decreto, con l'introduzione della possibilità di concedere i benefici penitenziari a coloro che, pur avendo prestato una collaborazione oggettivamente irrilevante, avessero goduto del riconoscimento delle attenuanti ex artt. 62 n. 6), 114 e 116 comma II c.p., e che avessero dimostrato l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

e delle loro conseguenze e dal momento che la stessa collaborazione è possibile ad esecuzione iniziata solo se tale fase di cognizione non si è ancora esaurita.

Sarebbe, peraltro, “sostanzialmente mistificatorio” il collegamento tra la collaborazione ed il cammino della rieducazione-riabilitazione che deve sempre connotare il processo di esecuzione della pena, dato che la prima è “un'opzione pratica” che nasce dalla valutazione della convenienza processuale ed è fortemente condizionata dall'andamento delle indagini e del processo, mentre il secondo corrisponde invece ad un percorso di rivisitazione dei propri valori, delle proprie condizioni di vita ed alla creazione, nella fase riabilitativa, di valori e condizioni che favoriscano un corretto reinserimento sociale.

Ragion per cui, se da un lato sarebbe di fatto possibile collaborare senza interessarsi veramente ad intraprendere un serio cammino riabilitativo, dall'altro lato, questo potrebbe essere compiuto correttamente anche quando non si sia in condizione di collaborare. Gli stessi giudici rimettenti rivolgono in seguito l'attenzione su tutta quella serie di situazioni in cui la collaborazione è addirittura impossibile; <<da quella in cui la flagrante constatazione o, comunque, la rapida ricostruzione dei fatti abbia già portato al completo chiarimento delle responsabilità che vi sono connesse ed alla rimozione della loro conseguenza; a quella in cui la partecipazione di secondo piano al delitto non consente di conoscere fatti e condotte dei partecipi di livello superiore; a quello, ancora, del soggetto il cui ingresso nel processo avvenga quando ciò che poteva dire o su cui poteva incidere è già stato detto o fatto, fino ad arrivare al caso, estremo ma pur sempre possibile (stante la previsione normativa dell'errore giudiziario: artt. 643 ss. cod. proc. pen.), di chi non sia responsabile del delitto per cui è stato condannato e non possa perciò prestare alcuna collaborazione. Inoltre, quanto più ci si distacca dal momento dei fatti, tanto più la collaborazione può risultare non verificabile o non praticabile: sicché la norma impugnata, applicandosi indifferentemente a tutte le situazioni, comprese quelle in cui la collaborazione è

impraticabile, si risolve in una inammissibilità pura e semplice al sistema di interventi penitenziari alternativi alla detenzione²²>>.

Dunque, la norma impugnata, <<in quanto prevede la revoca dei benefici penitenziari già in corso da tempo e perciò modifica profondamente il regime della pena per coloro che vi sono già sottoposti²³>>, ad avviso dei giudici rimettenti, violerebbe anche il principio di irretroattività della legge penale, garantito dall'art. 25 co. 2 , rispetto alla previsione legale non solo della fattispecie di reato, ma anche della pena.

Tale revoca, infatti finirebbe per rendere irrilevante il già compiuto percorso rieducativo-riabilitativo ed inammissibile il riesame del suo sviluppo, finalizzato alla ricognizione che la pena abbia o meno raggiunto il fine che le è proprio.

In questa decisione, la Corte rammenta che alla pena la Costituzione assegna una natura polifunzionale²⁴, avendo essa, da un lato, finalità di prevenzione generale e difesa sociale e, dall'altro, finalità di prevenzione speciale e di rieducazione; e fra queste finalità non può istituirsi una rigida gerarchia, dovendo queste sempre essere bilanciate, senza che l'una possa, in assoluto, obliterare l'altra. Chiarito ciò, la Consulta riconosce la concreta necessità di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa e, pertanto, giustifica la scelta del legislatore di privilegiare le finalità di prevenzione generale (attribuendo determinati vantaggi ai soli detenuti che collaborano con la giustizia), ma, allo stesso tempo, rileva che la scelta di restringere

²² v. sentenza n.306 del 1993.

²³ *Ibidem*.

²⁴ <<Va innanzitutto ribadito, al riguardo, che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena - da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo - non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione >> v. sent. n.306 del 1993.

fortemente l'accesso alle misure alternative comporta una compressione delle finalità rieducative della pena²⁵.

Nonostante questa preoccupazione, la Corte considera sostanzialmente legittima la presunzione di pericolosità sociale dei soggetti che commettono determinati tipi di reato e, pertanto, conclude per la non incostituzionalità della collaborazione quale presupposto per accedere ai benefici e alle misure alternative. Solo da quest'ultima, infatti, si desume l'assenza di pericolosità sociale, poiché viene considerata l'unico elemento dal quale dedurre con un certo grado di certezza l'interruzione dei contatti con la criminalità organizzata.

Sulla scorta di quanto detto, si ritiene irragionevole solo l'altra presunzione, risultante implicitamente dalla revoca automatica del beneficio, ossia la mancata collaborazione quale indice presuntivo della persistente pericolosità sociale.

Il giudice delle leggi riconosce, infatti, che la mancata collaborazione può essere incolpevole, poiché può essere causata da altri fattori indipendenti dalla volontà dell'individuo e pertanto non è idonea a costituire un valido indice di pericolosità specifica²⁶.

Inoltre, secondo la Corte, il principio rieducativo sarebbe fatto salvo dall'introduzione della collaborazione oggettivamente irrilevante, purché coadiuvata dalla concessione delle attenuanti di cui agli artt. 60 co.6, 144 e 116 co.2 c.p. e dall'accertamento dell'inesistenza di collegamenti con la criminalità organizzata²⁷.

²⁵ <<In questo quadro appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia. Non si può tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario>>. v. sent. n. 306 del 1993.

²⁶ Cfr. L. Pace "L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale» in *Fascicolo 2/2015, i diritti dei detenuti*, Costituzionalismo.it.

Sulla suddetta pronuncia non sono state lesinate critiche neanche da parte della dottrina; si è, infatti, evidenziato come <<nell'ambito di pur discutibili letture polifunzionali del ruolo svolto dalla pena nella stessa fase esecutiva, non potrà mai ritenersi costituzionalmente ammissibile un regime giuridico che annulli gli effetti di una rieducazione effettivamente realizzatasi²⁸>>.

L'art. 4 bis si sarebbe preoccupato di subordinare l'accesso ai benefici penitenziari ad un requisito di natura e carattere diverso rispetto a quello concernente la partecipazione al trattamento, di cui i benefici penitenziari sono elemento indispensabile, consentendo il superamento delle presunzioni di pericolosità sociale solo in vista della condotta collaborativa, piena o attenuata, e negando l'attuazione di quei principi che il Giudice delle leggi aveva proclamato nella sentenza 204/1974²⁹, ossia il diritto del condannato al riesame della pena sulla base di presupposti di natura soggettiva.

<<In questo modo la regola processuale del *nemo tenetur se detergere* resta sconosciuta, almeno per i reati di cui all'art. 4-bis ord. penit., nella fase dell'esecuzione penale, dove vige, all'opposto, l'incivile brocardo *carceratus tenetur alios detegere*, per cui al detenuto che voglia usufruire dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario è imposto l'onere della collaborazione

²⁷ Cfr. L. Eusebi, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art 4-bis, co.1, ord. Penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, 2.profilo di contrasto con la Costituzione, rivista Cassazione penale 2012, docenti.unicatt.it/ita/luciano_eusebi.

²⁸ Cit. L. Eusebi, *Ibidem*.

²⁹ v. sent. 204/1974 Corte cost.

processuale³⁰>>.

Un altro profilo di criticità può essere mosso con riguardo alle motivazioni addotte dalla Corte a sostegno dell'illegittimità della revoca automatica dei benefici già concessi, prima dell'entrata in vigore del d.l. 306/1992, ai condannati per i delitti di cui all'art.4 bis, qualora non avessero posto in essere una condotta collaborativa, ai sensi dell'art. 15 comma 2 dello stesso decreto. In quell'occasione il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità della norma laddove prevede, come causa di revoca, la sola assenza di collaborazione, senza che vi sia l'accertamento circa la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata³¹. Se questo è pacifico in sede di revoca del beneficio, perché al momento della concessione del beneficio, si deve tener conto della sola sussistenza dell'elemento collaborativo?!

2.3. Le successive pronunce della Corte

Alla cosiddetta “sentenza pilota” hanno fatto seguito le pronunce nn. 357/1994 e 68/1995 sulla collaborazione inesigibile.

Se da un lato la precedente pronuncia aveva in parte attenuato il rigore dell'art 4bis, permettendo l'accesso ai benefici anche nei confronti di coloro che non possono rendere una collaborazione oggettivamente rilevante, purché avessero goduto del riconoscimento delle attenuanti ex artt. 62 n. 6), 114 e 116 comma II c.p., e

³⁰ Così L.Filippi - G. Spangher, Manuale di diritto penitenziario, i quali evidenziano in tale prospettiva come verrebbe attribuita alla pena inflitta «una funzione di incentivo alla collaborazione processuale che esorbita dalla finalità rieducativa costituzionalmente imposta», con violazione ulteriore dell'art. 188 c.p.p., laddove preclude l'impiego per finalità processuali di «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione», 3^a ed. Milano, 2011, pag 237 e ss.

³¹ In merito, la Corte cost.: “È ben vero che la collaborazione consente di presumere che chi la presta si sia dissociato dalla criminalità e che ne sia perciò più agevole il reinserimento sociale. 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.”In <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia>”.

dimostrato l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, dall'altro lato, lasciava aperto il caso dell'impossibilità di rendere una collaborazione da parte del condannato a causa della limitata partecipazione al fatto criminoso o per sua incolpevole condotta.

Con la pronuncia n. 357 del 1994 è stata dunque dichiarata, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, primo comma, secondo periodo, della legge 26 luglio 1975 n. 354, nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

Il Giudice delle leggi motiva la sua decisione sulla base dell'assunto per cui la norma impugnata discrimina irragionevolmente, ai fini dell'ammissione ai benefici penitenziari, il condannato che, per il suo limitato patrimonio di conoscenze di fatti o persone, al di là dei casi di applicazione degli artt. 62, n. 6, 114 e 116, secondo comma, cod. pen., non sia in grado di prestare un'utile collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord.pen.³².

La successiva pronuncia n. 68/1995 aggiunge un *quid pluris* alla disciplina, contribuendo ad abbattere ulteriormente il "muro" dell'elemento collaborativo, mitigandone il rigore dei presupposti.

Facendo leva sulla precedente pronuncia con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 4 bis, nella parte in cui non prevedeva la concessione del beneficio al soggetto che, a causa della limitata partecipazione al fatto criminoso, non avrebbe mai potuto prestare una collaborazione utile e piena, la Corte ha ritenuto che la stessa

³² v. sent. Corte cost. n. 357/1995.

ratio dovesse essere applicata anche nei confronti di quel soggetto che, pur essendo disposto a collaborare, non avrebbe mai potuto fornire una collaborazione rilevante in quanto fatti ed elementi fossero già stati accertati con sentenza definitiva.

Il dato da cui sono state prese le mosse è costituito dal rilievo in virtù del quale il detenuto può essere indotto a collaborare qualora concretamente si presenti uno spazio per collaborare, in modo tale da avere la possibilità di dimostrare la “volontà di emenda”.

Qualora tale spazio manchi, gli effetti della norma finiscono per porsi all’opposto rispetto alla funzione rieducativa della pena, la quale si precisa, deve essere riconosciuta come valore insopprimibile³³.

Sulla stessa strada battuta dalle precedenti pronunce, si incanala la sentenza n. 504 del 1995, per il tramite della quale è stata dichiarata l’illegittimità dell’art 15 del d.l. 306/1992, nella parte in cui prevedeva il divieto di concessione di permessi premio qualora il condannato non avesse posto in essere una condotta collaborativa, ai sensi dell’art. 58 ter, anche quando ne avesse beneficiato in precedenza e non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

Viene in questo modo avvalorata la funzione pedagogico-propulsiva del permesso premio, il quale determina una progressione trattamentale che può essere interrotta

³³ <<Essendo la funzione rieducativa della pena valore insopprimibile che permea l’intero trattamento penitenziario, in tanto è possibile subordinare ad una determinata condotta l’applicazione di istituti che di quel trattamento sono parte integrante, in quanto la condotta che si individua come presupposto normativo risulti oggettivamente esigibile, introdurre quindi, come presupposto per l’applicazione di istituti funzionali alla rieducazione del condannato un comportamento che obiettivamente non può essere prestato perché nulla aggiungerebbe a quanto è stato già accertato con la sentenza irrevocabile, equivale evidentemente ad escludere arbitrariamente una serie importante di opportunità trattamentali con chiara frustrazione del precetto sancito dall’art 27 della Costituzione e senza alcuna “contropartita” sul piano delle esigenze di prevenzione generale>>. E’ l’aspetto centrale della motivazione della sentenza 22 febbraio 1995 n.68, Corte costituzionale.

solo per condotte addebitabili al condannato, e non perché non ha posto in essere una condotta collaborativa³⁴.

Ne consegue, dunque, che la negazione dell'accesso ai permessi premio, senza che siano stati accertati elementi che dimostrino la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata e quando, invece, vi siano elementi che facciano ritenere l'assenza di pericolosità del condannato, dimostrati sia dalla condotta posta in essere nel corso del programma di trattamento che, come nel caso di specie, in occasione dei precedenti permessi premio, non fa altro che interrompere il trattamento rieducativo e, di conseguenza, negare il diritto alla rieducazione³⁵.

La Corte, nel dichiarare l'illegittimità della disposizione, oltre a richiamare le sentenze precedenti che hanno operato uno "sgretolamento" dell'elemento collaborativo, ricorre ad una *fictio iuris* nell'equiparazione della revoca alla concessione *ex novo*, rendendo possibile l'applicazione della medesima *ratio* utilizzata nella sentenza 306/1993³⁶.

Di una certa rilevanza è anche la pronuncia n.137 del 1999 con riguardo al diniego di permessi premio nei confronti del condannato che, prima dell'entrata in vigore del d.l. 306/1992, aveva cominciato un percorso rieducativo, interrotto poi dall'assenza di una condotta collaborativa.

Il giudice *a quo* solleva la questione di legittimità costituzionale, lamentando la violazione dell'art. 27 comma III Cost.

³⁴ v. sent. Corte cost. n. 504 del 1995 www.cortecostituzionale.it, ove il permesso premio viene definito come "strumento cruciale ai fini del trattamento", perché può rivelarsi "funzionale in applicazione del principio di progressività all'affidamento in prova".

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Cfr. M.R. Coppetta, *il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4 bis Ord. Penit.*, in *Cass. Pen., fasc.5, 1997*, in cui si precisa come «L'assimilazione tra revoca e negazione del beneficio, a parere della Consulta, troverebbe lo snodo cruciale nella natura stessa del permesso premio: la valenza premiale nella progressività del trattamento comporta che il divieto di una sua ulteriore concessione al condannato, che si sia dimostrato meritevole, realizzi una brusca interruzione del percorso rieducativo intrapreso, realizzando una situazione analoga alla revoca dei benefici già concessi, ritenuta dalla Corte, nella sentenza 306/1993, incompatibile ai principi costituzionali.>>».

La Corte, nel suo *iter* logico, ripercorre le pronunce precedenti, in quanto si limita a ribadire che interrompere il trattamento penitenziario nei confronti di un condannato che abbia mostrato un certo grado di rieducazione, contrasti con la funzione rieducativa della pena.

E precisa che per la concessione della misura, non basta averne già usufruito in precedenza o comunque avere già intrapreso un percorso rieducativo, ma occorrono ulteriori valutazioni, tra cui la verifica della sussistenza o meno dei collegamenti con la criminalità organizzata³⁷.

Meritevole di nota è soprattutto la sentenza n. 135 del 2003, in occasione della quale viene sollevata la questione di legittimità costituzionale <<sulla base del fatto che la preclusione contenuta nell'art. 4-bis ord. penit., negando all'ergastolano non collaborante con la giustizia l'accesso alla liberazione condizionale, renderebbe in concreto perpetua la sanzione penale, con conseguente possibile violazione del principio rieducativo scolpito nell'art. 27 co. 3 Cost., poiché al soggetto condannato non rimane alcuna prospettiva di decarcerizzazione e di effettivo reinserimento sociale³⁸>>.

Il giudice rimettente, nei motivi dell'impugnazione, aveva proceduto a fare un'equiparazione tra il divieto di concessione della liberazione condizionale al detenuto ergastolano che non collabora con la giustizia e la questione esaminata dalla Corte con la sentenza n. 161 del 1997, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, primo comma, ultimo periodo, del codice penale³⁹, nella parte in cui non

³⁷ v. sentenza n.137/1999 www.cortecostituzionale.it.

³⁸ v. sentenza n.135/2003 www.cortecostituzionale.it.

³⁹ L'art. 177 co. 1 c.p. prima dell'intervento della Corte, non permetteva di riesaminare la posizione del condannato dopo la revoca della liberazione condizionale, dunque per il condannato non c'era una possibilità di scelta per evitare le conseguenze prescritte dalla legge.

prevede che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio ove ne sussistano i relativi presupposti, perché tale disciplina determinava appunto una esclusione permanente e assoluta dal processo rieducativo, in violazione dell'art.27, terzo comma, Cost⁴⁰.

La Corte costituzionale rigetta la questione di legittimità, ritenendo non contrastante con la Costituzione l'art. 4-bis ord. penit., nella parte in cui rende necessario il requisito della collaborazione con la giustizia ai fini della concessione della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo. Secondo il Giudice delle leggi, la preclusione all'ammissione alla liberazione condizionale non è equiparabile al divieto che era previsto dall'art. 177 ,co. 1, c.p., prima dell'intervento della sentenza n. 161 del 1997, essendo stato che, nel caso concreto, il condannato avrebbe potuto fornire il proprio apporto collaborativo nell'accertamento dei fatti e delle responsabilità altrui ed aveva invece scelto di non farlo.

Da ciò, la stessa Corte trae la conclusione che, a differenza della situazione valutata dai giudici costituzionali con la sentenza del 1997, la preclusione prevista dall'art. 4-bis ord. penit. non è assoluta e permanente poiché al condannato all'ergastolo è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta, collaborando, con conseguente cessazione del carattere effettivamente perpetuo dell'ergastolo senza liberazione condizionale. Si ritiene, dunque, che se la collaborazione possa essere fornita utilmente, e non si versi in ipotesi di collaborazione impossibile, la scelta effettuata dal condannato rappresenta un "criterio legale di valutazione di un comportamento" che rileva ai fini dell'accertamento del requisito del "sicuro ravvedimento" del reo, richiesto dall'art. 176 c.p., per la concessione della liberazione condizionale⁴¹.

⁴⁰ v. sent. n. 135/2003.

⁴¹ *Ibidem.*

In breve, nella summenzionata pronuncia, la collaborazione oggettivamente esigibile svolgerebbe un ruolo principe in un ottica di reinserimento sociale del reo, poiché unica condotta idonea a rimuovere la preclusione dell'art. 4 bis ord. penit.

Il profilo di criticità che viene mosso in riferimento alla pronuncia si fonda sul presupposto che <<la Corte abbia sostanzialmente ritenuto che la scelta della collaborazione, essendo una scelta libera, comporta per l'ergastolano ostativo una possibilità di riconquistare la libertà. E tuttavia, il difetto di tale ragionamento sarebbe quello di considerare la scelta della collaborazione come unico indice di ravvedimento⁴²>>. L'unica possibilità di tornare alla vita libera, per tali condannati è la collaborazione con la giustizia che, come in parte affermato anche dalla Corte costituzionale, non vuol dire sempre ravvedimento, in quanto essa può essere talvolta il frutto di valutazioni utilitaristiche o una mera scelta di opportunità al fine di accedere ad un diverso e meno rigido regime detentivo.

Il tema della collaborazione esigibile lascerebbe peraltro aperta un'altra questione, ossia <<il caso specifico del soggetto che, seppur condannato con sentenza passata in giudicato ha sempre negato la sua colpevolezza, ragion per cui la pretesa di una collaborazione nei confronti di chi si è sempre proclamato innocente configurerebbe un'ipotesi di attentato alla sua libertà morale⁴³>> .

Di conseguenza, sanzionando la condotta non collaborante con la giustizia, si finirebbe con il punire il soggetto per l'esercizio di un diritto di espressione della propria libertà morale, ossia il diritto al silenzio, riconosciuto dalla stessa giurisprudenza della Corte.

La scelta del silenzio da parte del reo corrisponde, infatti, all'esercizio di un diritto umano, che, proprio in quanto tale non può essere oggetto di gradazione o addirittura

⁴² Intervento di Valerio Onida, in occasione del VII Congresso di Nessuno tocchi Caino.

⁴³ V. Onida, *Ibidem*.

eliminazione, ma deve ritenersi sempre garantito, tanto in fase processuale, e cioè prima di una eventuale sentenza di condanna, quanto nella successiva fase esecutiva.

Tra le pronunce della Corte che si sono susseguite in materia di ergastolo ostativo una delle più recenti è la n.76 del 2017, in virtù della quale, il Giudice delle leggi dichiara fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal giudice rimettente, con riguardo all'art. 47-quinquies, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, (norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui impedisce alle madri condannate per i delitti di cui all'art. 4-bis della medesima legge, l'accesso alle modalità di espiazione della pena ivi previste.

La disposizione censurata stabilisce che, ad eccezione delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-bis, l'espiazione di un terzo della pena, o di almeno quindici anni in caso di condanna all'ergastolo, (minimi di pena richiesti per accedere alla detenzione domiciliare speciale prevista nel comma 1 del medesimo art. 47-quinquies), può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. Essa prevede inoltre che, in caso d'impossibilità di scontare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espciata nelle case famiglia protette, ove istituite.

Secondo il rimettente, la preclusione all'accesso a tali modalità agevolate di espiazione della pena per le madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, in quanto ispirata dalla volontà di far prevalere la pretesa punitiva statale rispetto alle esigenze, che pur dovrebbero essere preminenti, di tutela della maternità e del minore.