Laboratorio ergastolo e 41 *bis* o.p.

(coordinamento Avv. Michele Passione – Prof. Emilio Santoro)

Il laboratorio si è riunito il 31.1.2019, dopo numerosi scambi di idee e materiale tramite posta elettronica.

All'incontro hanno preso parte i due coordinatori, Letizia Lo Conte, Valentina Alberta, Davide Galliani, Daniela Lioce, Gustavo Leone, Simone Santoro, Annabella Capecchi, Annamaria Mori, Katia Poneti.

Tutti i componenti hanno ritenuto di proseguire nell'approfondimento delle questioni che verranno qui di seguito riassunte che, pur muovendo dalle riflessioni svolte da Alessandro Margara (sia in ordine all'ergastolo ostativo sia al regime differenziato), debbono oggi misurarsi con nuovi approdi giurisprudenziali ed interventi normativi.

Quanto all'ergastolo, ad esempio, l'indirizzo consolidato pare ormai pretermettere il tema della liberazione condizionale, quale istituto non compreso tra quelli di cui all'art.4 *bis*, comma 1, o.p., diversamente da quanto all'epoca addotto dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze con le qlc sollevate con le ordinanze del 29 giugno 2000, n.5217 (questa, integrata e rettificata con ordinanza n.5925 del 10 ottobre 2000) e 5 febbraio 2002, n.502.

Viceversa, com'è noto, pende oggi dinanzi alla Corte Edu il ricorso *Viola c. Italia (n.77633/16)*, che per la prima volta sottopone al giudizio della Corte alsaziana il regime dell'ergastolo ostativo (regime che riguarda circa il 72,5% degli ergastolani italiani), sotto il profilo della possibile violazione degli artt. 3 e 8 (quelli concernenti gli artt. 5, § 4 e 6, § 2 sono stati ritenuti inammissibili).

Di più; come ricordato autorevolmente in Dottrina[1], "*nel caso Viola – ma più in generale nel caso*

1 D. Galliani – A. Pugiotto, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*,

dell'ergastolo ostativo – letteralmente nulla quaestio: il Giudice costituzionale italiano mai si è espresso sulla violazione dell'art. 3 della Convenzione". Secondo quanto evidenzia l'Autore, peraltro (il che rileva per quanto si dirà *infra*)... "*piuttosto, è da valutare la possibile scelta della Corte Costituzionale di sospendere un proprio (eventuale e futuro) giudizio sull'ergastolo ostativo in attesa della decisione della Corte di Strasburgo*".

Come sappiamo, e come si dirà, oggi infatti il Giudice delle leggi è stato investito dalla Corte di Cassazione, Sez.I, con ordinanza n.4474/2018 del 20.11.2018 (sia pur sotto altro profilo) della questione di legittimità costituzionale dell'art.4 *bis* o.p., nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art.416 *bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio.

Non è dato sapere allo stato quali saranno i tempi di pronuncia della Corte europea, né se il caso verrà trattato con *relinquishment* alla Grande Camera, e tantomeno quanto l'*affaire* influenzerà i tempi per la calendarizzazione (e non solo) della udienza costituzionale (e viceversa).

Certo è che la questione devoluta alla Consulta (preceduta da una requisitoria scritta dal Sostituto Procuratore Generale e dalla memoria difensiva, disattesa sul primo profilo di ricorso dedotto, di cui si dirà) merita ulteriori approfondimenti, che in questa sede possono essere appena accennati.

Preliminarmente, deve però segnalarsi come oltre alla già accennata questione sollevata dalla Cassazione, ne risultino attualmente pendenti in Corte Costituzionale altre due che si misurano con il tema della "ostatività", che il laboratorio ritiene centrale anche per i futuri approfondimenti, non solo se riguardante l'ergastolo.

La prima è stata sollevata dalla Corte di Cassazione, Sez. I, con ordinanza n.32331, emessa il 10 luglio 2018, in relazione al divieto triennale di concessione della detenzione domiciliare speciale al condannato nei cui confronti sia stata disposta le revoca di una misura alternativa, ex art.58 *quater* o.p.

La seconda è stata sollevata dalla stessa Sezione della Corte di Cassazione (peraltro pronunciatasi su precedenti provvedimenti di inammissibilità e rigetto del reclamo proposto, ad opera del Magistrato e del Tribunale di Sorveglianza di Firenze, in materia di permesso premio), con ordinanza n.51877 del 16 novembre 2018, per contrasto dell'art. 4 *bis*, comma 1, o.p. con gli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui non si esclude dal novero dei reati ostativi ivi indicati anche il reato di cui all'art.630 c.p., ove per lo stesso sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità, *ex* sent. Corte Cost.n.68/2012.

Per correttezza, pur dovendosi ritenere apprezzabile quest'ultimo incidente proposto dal Giudice di legittimità, vi è da rilevare come anche nell'ordinanza citata si richiami il valore della collaborazione quale sintomo ed indice di sicuro "*comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini della prova che il condannato ha reciso i legami con l'organizzazione criminale di provenienza (sentt. n.273 del 2001 e n.135 del 2003)*".

Pur potendosi prevedere l'esito del giudizio, anche in ragione dell'arresto costituzionale citato da cui deriva, non può dunque ritenersi che esso si rivelerà risolutivo per il tema che ci occupa.

Prima di passare per sintesi all'esame dell'ordinanza avente ad oggetto l'ergastolo ostativo (per il divieto di concessione del permesso premio) ci pare utile evidenziare come dai precedenti citati si colga l'importanza del tema analizzato dal laboratorio; ed infatti, esperiti infruttuosamente i tentativi di riforma di cui all'art.1, comma 85, lett.e), L.n.103/2017, per la "*eliminazione di automatismi e preclusioni che impediscono […] la individualizzazione del trattamento rieducativo*", tanto più nella temperie controriformista agitata dalla nuova compagine di Governo, non resta che percorrere la (pur impervia) strada dell'incidente di costituzionalità, laddove l'opzione adeguatrice sia preclusa di volta in volta dalle rime obbligate.

* * *

Passando alla (breve) analisi dell'ordinanza n.4474/2018, vi è subito da segnalare come i parametri utilizzati per le censure costituzionali della norma ordinamentale siano l'art.3 e l'art.27 Cost (la requisitoria si riferiva al solo art.27, comma 3), e non già l'art.117, comma 1.

Il mancato aggancio alla giurisprudenza convenzionale, per il tramite del parametro sopra indicato, sembra dunque "liberare" ancor più la *quaestio* dall'esito del ricorso *Viola*, rendendo però per converso alla Corte più arduo il confronto con i *dicta* alsaziani .

Ma andiamo con ordine.

Una preliminare censura all'ordinanza di rimessione si appunta sull'aver ritenuto la Corte infondato il primo motivo di ricorso proposto, concernente l'operatività della preclusione prevista dall'art.4 *bis* o.p., comma 1, pur in assenza di contestazione formale dell'aggravante di cui all'art.7 del Dl n.152/'91.

La Corte ritiene di non condividere quanto dedotto dalla difesa affermando essere "*definitivamente superato il contrasto ermeneutico citato*" (così contrapponendo alla sentenza *Incognito*, del 6.5.2016, la speculare decisione *De Lucia*, del 13.6.2016, cui adde la sentenza *Ventura*, del 21.2.2017).

Non è così.

Ed infatti, si trascura di valutare (né si è offerta idonea motivazione sul punto) quanto già stabilito nella citata sentenza *Incognito*, cioè a dire l'evidenziata linea di displuvio ricavabile dall'entrata in vigore della decretazione di urgenza, né si tiene conto di quanto ivi sostenuto col richiamo al precedente di legittimità (sentenza *Parabita*, n.31636 del 9.5.2014), circa i limiti di rivalutazione posti in fase esecutiva ("*per i limiti intrinseci e strutturali che connotano la fase dell'esecuzione alla luce del principio di intangibilità del giudicato, l'attività interpretativa del Giudice resta rigorosamente circoscritta entro i confini invalicabili del fatto contestato nell'imputazione e accertato nella sentenza, come giuridicamente qualificato nella pronuncia passata in giudicato,* ***restando preclusa la possibilità di valutare e qualificare i fatti in modo difforme da quanto ritenuto dal Giudice di merito, atteso che ciò comporterebbe la non consentita rideterminazione della res iudicata***").

La questione, per come risolta, rischia di sortire sul punto un'acritica adesione, essendo contenuta in un provvedimento che ha il pregio (sia pur con i limiti di cui si dirà) di sollevare il velo degli

irragionevoli ostacoli per la concessione dei benefici penitenziari; evidente la necessità di riproporla.

Tra l'altro, non si è tenuto conto che la più recente giurisprudenza è assolutamente conforme nell'affermazione per cui "*il Tribunale di Sorveglianza, in funzione dell'applicazione dei benefici dell'ordinamento penitenziario: a) può autonomamente apprezzare se un delitto sia stato commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art.416 bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività di tale tipo di associazioni solo se lo stesso sia stato commesso prima del 13 gennaio 1991; b) per i delitti commessi dopo tale giorno, dal Giudice della cognizione non ritenuti aggravati dall'art.7 della legge n.2013 del 1991 (sia perché tale, contestata aggravante, non sia stata ritenuta sussistente; sia, a fortiori, perché l'aggravante stessa non sia stata neppure contestata), tale autonoma facoltà di apprezzamento non sussiste*" (Cass. Sez.I, 27.6.2017, n.39280; Cass. Sez.I, 22.11.2017, n.16353)

Proseguendo, la Corte richiama le numerose sentenze di costituzionalità, che hanno un po' per volta ripulito l'art.275, comma 3, secondo periodo, del codice di rito dalle presunzioni assolute in materia cautelare.

Un riferimento, questo, che pur animato di buoni propositi, e sebbene utilizzato dalla stessa Consulta in più occasioni in fasi procedimentali differenti, si presta ad analogie da maneggiare con cura, per evitare involontarie eterogenesi dei fini, dovendosi ribadire con forza l'assoluta distinzione ontologica tra pena e cautela[2]

Ancora.

Meno convincente risulta il parallelismo disegnato (per come trattato) con le pronunce nn. 239 del 2014 e n.76 del 2017, perché in quei casi il sacrificio derivante dalle rigidità scrutinate ridondava negativamente in capo al superiore interesse dei minori.

Del tutto pretermesso il richiamo (invece condiviso dalla Procura) proposto dalla difesa in relazione

---

2 Cfr. Corte Cost, 7 luglio 2010, n.265, secondo la quale "*il principio enunciato dall'art.27, secondo comma, Cost., rappresenta, in altre parole, uno sbarramento insuperabile ad ogni ipotesi di assimilazione della coercizione processuale penale alla coercizione propria del diritto penale sostanziale, malgrado gli elementi che le accomunano*"

alla pronuncia n.291 del 2013, in materia di prevenzione, viceversa convincente.

Più che condivisibile, invece, il richiamo alla sentenza n.149 del 2018, che ha nuovamente valorizzato la "*filosofia della risocializzazione della pena"*, a discapito della teoria polifunzionale della stessa; ciononostante, i Giudici di legittimità non colgono il richiamo ivi contenuto alla sentenza *Vinter*, né utilizzano il parametro del 117/1 Cost., che dunque non potrà guidare la Corte nello scrutinio richiesto, per come già evidenziato.

A pg. 9 dell'ordinanza la Corte richiama la ratio dell'art. 4 *bis*, comma 1, o.p., cioè a dire "*valorizzare la scelta collaborativa, come momento di rottura e di definitivo distacco dalle organizzazioni criminali, anche nei confronti di detenuti non inseriti in contesti associativi*".

Messo da parte quest'ultimo riferimento, su cui si tornerà alla fine, vale la pena evidenziare come detta finalità si distingua, a tacer d'altro, da quella sottesa al regime differenziato, viceversa strutturato "*con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento*", ex art.41 *bis*, comma 2 *quater*, lett.a), o.p.

E', questa, una differenza sostanziale, attorno alla quale (ri)costruire la distinzione tra i due istituti, che condividono solo in parte la loro finalità di contrasto alla criminalità, laddove il primo costituisce il presupposto del secondo, senza che però questo ne mutui le finalità, visto il particolare rigore delle regole di sospensione del percorso trattamentale.

Tornando all'assunto di cui a pg. 9, particolarmente acuto si rivela il passaggio secondo il quale, pur riconoscendosi il significato che la collaborazione può assumere rispetto al distacco dal sodalizio criminale, essa non costituisce (non può costituire) l'unica pietra angolare sulla quale appoggiare la valutazione da parte della Magistratura di Sorveglianza.

Tuttavia, come condiviso dai componenti del laboratorio, pur apprezzando lo sforzo compiuto dal rimettente, non pare che i ravvisati dubbi di costituzionalità possano arrestarsi alla soglia del permesso premio, di cui all'art.30 *ter* o.p.

Ovviamente, attesa la domanda posta dal ricorrente, la rilevanza della *quaestio* non poteva spingersi oltre (salvo immaginare un'apotropaica decisione consequenziale, ex art.27, L.n.87/'53, in relazione

ad altre misure).

Meno convincente ci pare l'inciso (pg.11) secondo il quale "*anche una concessione premiale per una finalità limitata e contingente potrebbe sortire l'effetto di incentivare il detenuto a collaborare con l'istituzione carceraria*", ciò che contrasta con le peculiari finalità dell'istituto tratteggiate in precedenza dalla Corte.

* * *

Qualche ulteriore considerazione sparsa.

Detto che "*il criterio della gradualità nella concessione dei benefici penitenziari, pur non costituendo una regola assoluta e codificata, risponde ad un razionale apprezzamento delle esigenze rieducative e di prevenzione cui è ispirato il principio stesso del trattamento penitenziario*" (Cass. Sez., 14.12.2010, n.2704, *Giovannini*), e che dunque non è possibile assumere la gradualità come passaggio obbligato (la riflessione sul disvalore del proprio agito è infatti frutto di tante, diverse variabili, endogene ed esogene), le medesime conclusioni tratte dalla Corte di legittimità in ordine al dubbio di costituzionalità dell'art. 4 *bis*, comma 1, o.p., ben potrebbero riferirsi alla semilibertà, a tacer d'altro.

Quanto alla liberazione condizionale, essa andrà definitivamente liberata dal suo richiamo al presupposto del "sicuro ravvedimento" (non a caso oggetto del progetto di riforma esperito sul punto, sia nel corso degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale che nelle Commissioni ministeriali), siccome assolutamente carente sotto il profilo della tassatività che deve contraddistinguere ogni istituto di matrice penale.

* * *

Così passata velocemente in esame l'ordinanza *Cannizzaro*, possiamo qui richiamare alcune considerazioni svolte da autorevolissima Dottrina[3], sulle quali non possiamo che convenire, nel tentativo di porle alla base di approfondimenti e ulteriori questioni che il laboratorio si propone di svolgere.

3 A. Pugiotto, *op. cit., 16*

Eccole.

A sostegno dell'impossibilità di legare l'assenza di pericolosità (presupposto del permesso premio) alla collaborazione prestata viene citata la sent. 445/1997, secondo la quale "*il maturarsi di positive esperienze non potrà non generare un ulteriore passaggio nella scala degli istituti di risocializzazione*", valorizzando (sono parole dell'Autore) "*un graduale tragitto unitario, plasmato sulla specifica condotta del detenuto*".

Ancora, l'Autore richiama la fondamentale sentenza n.204/'74, la quale riconobbe "*il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo*"

A guardar bene, con quarantadue anni di anticipo, è quanto serve per approcciarsi a *Viola* in maniera corretta.

Ed allora, venendo al cuore di ogni questione che si pone in ambito penitenziario, vogliamo raccogliere appieno (provare a farlo, per lo meno) l'invito a riflettere su ciò che costituisce l'ostacolo per affrontare in modo ordinato, laico e costituzionalmente orientato il difetto strutturale di ogni regime ostativo.

Si allude, com'è ovvio, alle preclusioni legislative che "*amputano la discrezionalità giudiziale*".

Ciò che viene in rilievo anche oggi, sempre di più (si pensi alla limitazione della libertà personale, perfino dopo aver dato luogo a soccorsi in mare, per effetto di provvedimenti – addirittura impliciti, e non per atto scritto – di fonte ministeriale) è impedire "l*a funzione di garanzia imposta dall'habeas corpus dell'art.13 Cost*".

E' lì, ci pare, che occorre puntare la barra, chiarendo definitivamente che in materia di libertà personale non basta la riserva di legge, ma occorre preservare (e valorizzare) la funzione giurisdizionale, che consenta al Giudice di compiere le sue valutazioni individualizzate, caso per caso, e non imbrigliato in rigidi schemi ed automatismi preclusivi.

Sarà pure "*un conflitto mascherato da quaestio*"[4], ma è qui che si gioca la partita.

In questo settore non vale solo il richiamo allo scrittore praghese[5], ma all'indefettibile ruolo del Giudice dell'esecuzione e di Sorveglianza[6]

* * *

Note a margine, in ordine sparso.

Mai pago del panpenalismo, il Legislatore ha recentemente introdotto nuove figure di reato tra quelle assolutamente ostative, con l'art.1, comma 6, della L.n.3/2019.

Un vero e proprio diritto penale del nemico, che individua nei delitti contro la Pubblica Amministrazione il nuovo fronte di guerra, con eliminazione dalla vita pubblica (si pensi anche a quanto previsto per le pene accessorie, ed alla rinnovata procedura per la riabilitazione) di coloro i quali abbiano riportato condanne per le ipotesi introdotte con la novella.

Non potendo in questa sede dilungarsi altrimenti, ci limitiamo al rinvio a due primi commenti[7]

Nei contributi citati, molto opportunamente, si evidenziano le tante aporie che contraddistinguono l'opzione normativa; l'assenza di una disposizione transitoria, tra le altre cose, non potrà che favorire un nuovo interpello del Giudice delle leggi (questa volta utilizzando il parametro adatto), anche alla luce delle indicazioni della giurisprudenza convenzionale (sent. *Scoppola c. Italia*, per l'interpretazione in termini sostanziali della pena ridotta con il rito abbreviato, tale da non poter trovare divieti applicativi retroattivi *in malam partem* per effetto di *ius superveniens;* sent. *Del Rio Prada c. Spagna,* per ritenuta qualificazione sostanziale, ex art.7 Cedu, del beneficio penitenziario spagnolo della *redencion de penas por trabajo,* e conseguente violazione dell'art.5, modificata dalla *Dottrina Parot*[8] ; sentt. *M c. Germania, Kallweit c. Germania, Schummer c. Germania, Mautes c. Germania*, per ritenuta violazione degli artt. 5, § 1, 7 Cedu, ove si afferma il divieto di irretroattività

---

4 A. Pugiotto, *op. cit.*, 19

5 F. Kafka, in *Patrocinatori*, "*ovunque cercavo un difensore, il quale dappertutto è necessario*"

6 D. Galliani, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 2017, fasc.9, 977, nota 23

7 V. Alberta, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co.1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2; V. Manca, *Anticorruzione: gli interventi in materia penitenziaria*, in *il Penalista*, 22 gennaio 2019

8 F. Mazzacuva, *La grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevol*i, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 ottobre 2013

sfavorevole della misura di sicurezza).

Tutti sanno che una cosa è impossibile da realizzare, finché arriva uno sprovveduto che non la sa, e la inventa.

E' il famoso aforisma di Einstein, che deve indurci a non desistere.

Così, anche di fronte alla perdurante interpretazione corrente, per cui l'esecuzione della pena è soggetta al principio del *tempus regit actum* (chissà poi perché; provate a chiedere a un detenuto, magari a un ergastolano ostativo, cos'è la pena vera), mentre, invece, la riserva di legge è anche modo di disciplina, e concerne tutte le forme (tempi e modi) dell'esecuzione, occorre fingersi matti, e provarci, andando controcorrente.[9]

Michele Passione

9 G. Giostra, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 8 settembre 2014;; G. Flora, *Il diritto penale del contratto (di Governo)*, in discrimen.it 22 novembre 2018