



23.10.2019



[Domenico Pulitanò](#)

Problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona

[#carcere](#) [#CEDU](#) [#Corte costituzionale](#) [#esecuzione penale](#) [#pena](#) [#normativa](#) [#reo](#)



[Fascicolo 10/2019](#)

Pubblichiamo qui, per gentile concessione editoriale, il presente contributo tratto dal volume *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti, Atti del Seminario – Ferrara, 27 settembre 2019*, a cura di **Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto e Paolo Veronesi**, pubblicato in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, fasc. n. 10, 2019, pp. 154 ss.

Il contributo riproduce il contenuto della relazione tenuta dall'Autore [in occasione del Seminario sopracitato](#), tenutosi il 27 settembre u.s. presso l'Università degli Studi di Ferrara.

SOMMARIO: 1. Il giudizio sulla persona e il fattore tempo. – 2. La pretesa di collaborazione: il fattore tempo e i diritti della persona. – 3. L'illegittimità costituzionale della ostatività sanzionatoria, non solo per i condannati all'ergastolo. – 4. Problemi del discorso pubblico.

1. La questione dell'art. 4-bis comma 1 dell'ordinamento penitenziario arriva al giudizio della Corte costituzionale, rafforzata dalla non ammissione del ricorso del Governo italiano contro la sentenza Viola della Corte EDU. Vi arriva in un clima politico segnato da emozioni e preoccupazioni legate al problema mafia, sorrette da motivazioni moralmente apprezzabili, ma accompagnate da enfattizzazioni e strumentalizzazioni politiche, che travisano pesantemente il senso della sentenza Viola (*"I giudici di Strasburgo intimano all'Italia di dare permessi e benefici agli ergastolani"*, intitolata "il Fatto Quotidiano" del 9 ottobre) e della questione che sarà esaminata a Palazzo della Consulta.

La discussione sui c.d. *ergastolo ostativo* ha senso (il suo senso specifico) sul presupposto della legittimità (a certe condizioni) dell'ergastolo come pena edittale, e non incide sulle valutazioni di opportunità politica a favore del mantenimento della pena a vita per i massimi delitti. In discussione non è il complessivo *sistema 4-bis* (l'insieme delle preclusioni ivi previste) ma solo il comma 1, in forza del quale la mancata collaborazione con la giustizia e di per sé ostativa alla concessione di benefici penitenziari, a meno che un'utile collaborazione sia impossibile. Ostativa addirittura alla possibilità di uscire dal carcere anche solo occasionalmente (questione dei permessi premio, oggetto specifico delle due ordinanze di remissione).

La giurisprudenza costituzionale, fin dalla sentenza capostipite n. 306/1993, richiamandosi alla relazione ministeriale presentata al Senato sul decreto legge n. 306 del 1992, ha posto in rilievo come fulcro (non l'unico) dell'intervento legislativo il *contributo alle indagini che la collaborazione comporta*. Ha evidenziato che la scelta collaborativa può essere espressione della *volontà di emenda*, ma anche *frutto di mere valutazioni utilitaristiche e non anche segno di effettiva risocializzazione*, e la possibilità, e che possono esserci casi (per es., rischio di esposizione a gravi pericoli per sé o per propri familiari) in cui la mancata collaborazione non può essere *assunta come indice di pericolosità specifica*.

In questi termini il legislatore *"ha preso atto del peculiare significato che assume la collaborazione con la giustizia al fine di accertare la rottura dei collegamenti con le organizzazioni criminali di provenienza"* (sentenza n. 273/2001). È peraltro ben chiaro il riconoscimento che ciò che al legislatore interessa è il conseguimento del risultato utile per il contrasto alla criminalità, che si attende dalla collaborazione con la giustizia. Al di là dei riferimenti a profili probatori, la giurisprudenza costituzionale ha sempre ragionato sull'art. 4-bis comma 1 come fattispecie sostanziale autonoma, non già come presunzione assoluta di qualcosa d'altro (la pericolosità personale).

Nella sentenza Viola, la Corte EDU ha dato decisivo rilievo a un profilo temporale: *"la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso"* (§. 125), la legge italiana *"disponendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale ... collega la pericolosità dell'interessato al momento in cui i delitti sono commessi, invece di tener conto del percorso di inserimento e degli eventuali progressi compiuti dalla condanna"* (§. 128).



È [...] ben chiaro il riconoscimento che ciò che al legislatore interessa è il conseguimento del risultato utile per il contrasto alla criminalità, che si attende dalla collaborazione con la giustizia. Al di là dei riferimenti a profili probatori, la giurisprudenza costituzionale ha sempre ragionato sull'art. 4-bis comma 1 come fattispecie sostanziale autonoma, non già come presunzione assoluta di qualcosa d'altro (la pericolosità personale)

L'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek ha ravvisato (§. 8) un'ambiguità nell'uso della nozione di presunzione assoluta (di pericolosità). Si definisce presunzione assoluta non la premessa di un ragionamento probatorio, ma una regola di diritto che ricollega certe conseguenze giuridiche ad una fattispecie autonomamente costruita. Questa precisazione concettuale consente una corretta impostazione dei problemi relativi all'art. 4-bis, che distingue la fattispecie della mancata collaborazione, di cui al comma 1, da altre ipotesi centrate sulla questione della prova della pericolosità (della persistenza o cessazione del collegamento con la criminalità organizzata).

La lettura del comma 1 come presunzione assoluta è lo schema delle generalizzazioni presentate come valide in assoluto dalle critiche più drastiche (i giudici di Strasburgo *"non capiscono che un capomafia resta tale per tutta la vita"*, leggiamo in un'intervista del Procuratore dott. Gratteri). Un tale irrigidimento trasforma in verità fattuale incontrovertibile

un assunto che può essere un monito ragionevole relativo ai problemi di gestione del sistema 4-bis, che restano affidati alla magistratura.

L'origine del sistema 4-bis, nei primi anni '90, è collegata a un momento drammatico di delitti di mafia. Le restrizioni del regime penitenziario sono state pensate in vista di collaborazioni utili al contrasto alla mafia omicida nelle condizioni di quell'epoca. E per questo che il legislatore degli anni '90 ha costruito l'assenza di collaborazione come *fattispecie diversa* dalla fattispecie di pericolosità (la mancata prova del cessato collegamento con la criminalità organizzata), ma *equivalente negli effetti*: la preclusione di benefici e misure alternative. Correttamente la sentenza Viola parla di *equivalenza* tra l'assenza di collaborazione e la valutazione di pericolosità sociale.

“

L'origine del sistema 4-bis, nei primi anni '90, è collegata a un momento drammatico di delitti di mafia. Le restrizioni del regime penitenziario sono state pensate in vista di collaborazioni utili al contrasto alla mafia omicida nelle condizioni di quell'epoca. E per questo che il legislatore degli anni '90 ha costruito l'assenza di collaborazione come fattispecie diversa dalla fattispecie di pericolosità (la mancata prova del cessato collegamento con la criminalità organizzata), ma equivalente negli effetti: la preclusione di benefici e misure alternative

Non tener conto del percorso di inserimento e degli eventuali progressi compiuti dalla condanna, è il punto di contrasto con la CEDU, ravvisato dalla sentenza Viola. La medesima impostazione si ritrova nella giurisprudenza costituzionale, con particolare evidenza nella sentenza n. 149/2018: "la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile, ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento". Questa bella formulazione esprime un punto di vista normativo, la prospettiva cui guarda il principio della rieducazione del condannato, che la sentenza citata (relativa alla disciplina di un'ipotesi particolare di ergastolo) ha valorizzato come principio base della costruzione della pena detentiva quale percorso di un possibile cambiamento. "Una volta che il condannato all'ergastolo abbia raggiunto, nell'espiazione della propria pena, soglie temporali ragionevolmente fissate dal legislatore e abbia dato prova di positiva partecipazione al percorso rieducativo, eventuali preclusioni all'accesso a benefici penitenziari possono legittimarsi sul piano costituzionale soltanto laddove presuppongano valutazioni individuali da parte dei competenti organi giurisdizionali, relative alla sussistenza di ragioni ostative di carattere special-preventivo, sub specie di perdurante pericolosità sociale del condannato".

Lo scorrere del tempo viene dunque in rilievo per un giudizio sulla personalità *non congelato* al momento della sentenza di condanna, e finalizzato alla funzione rieducativa di cui all'art. 27 Cost., al "*principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*".

2. Il corso del tempo ha rilievo non solo per il percorso 'rieducativo' del condannato ma anche come fattore di progressivo affievolimento degli interessi cui può servire la collaborazione con la giustizia. Quanto più cresce la distanza temporale dai delitti per i quali v'è stata condanna, tanto meno la collaborazione possibile mantiene interesse per esigenze attuali di contrasto alla criminalità.

Nei casi in cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, le condanne riguardano delitti lontani del tempo (20 anni e più): la guerra fra cosche della 'ndrangheta nel territorio reggino alla fine degli anni '80; delitti commessi fra il 1996 e il 1998. I periodi di detenzione hanno superato i 20 anni. Ha senso collegare, oggi, la concedibilità del permesso premio all'assenza di una collaborazione con la giustizia, in ragione dell'ipotetica utilità che potrebbe oggi avere?



Credits to Pixabay.com

A proposito di collaborazione con la giustizia, è d'interesse un confronto fra l'art. 4-bis comma 1 e l'esperienza del contrasto al terrorismo degli anni di piombo, negli anni '80 del XX secolo. Un contributo importantissimo alla dissoluzione delle bande armate venne dalla collaborazione di 'pentiti', favorita da una normativa *premiata* molto spinta, seriamente discussa ma ragionevolmente difendibile sul piano della legittimità costituzionale, e di fatto rivelatasi funzionale.

A battaglia vinta, una normativa speciale di favore fu pensata anche per la dissociazione senza collaborazione (legge 18 febbraio 1987, n. 34): una scelta politicamente sofferta (era sentita l'esigenza di non riconoscere i dissociati dal terrorismo come interlocutori politici), improponibile e di fatto mai proposta sul fronte del contrasto alla criminalità comune organizzata. Anche quella scelta (premiare la dissociazione dal terrorismo in quanto tale) fa parte del quadro con cui confrontare la scelta operata nell'art. 4-bis.

La struttura del sistema 4-bis è ben diversa dalla struttura della legislazione antiterrorismo degli anni '70 e '80. Non è premiata (il profilo premiata sta nell'art. 58-ter). L'art. 4-bis, giusto al contrario, pone preclusioni all'accesso a benefici e misure alternative: preclusione di percorsi dell'esecuzione penitenziaria, previsti in via generale dall'ordinamento penitenziario, ma preclusi per il caso di mancata risposta alla sollecitazione a collaborare veicolata dall'art. 4-bis comma 1.

Dentro il sistema che legittimamente dà rilievo ostativo al mantenimento di rapporti con la criminalità organizzata, la preclusione del comma 1 cade in concreto sul *dissociato non collaborante*. Una linea di maggiore severità, diametralmente opposta *al favor* per i dissociati dal terrorismo nella legislazione speciale degli anni '80.

Può definirsi *ostatività sanzionatoria*? Non essendo posto un obbligo formale di collaborazione con la giustizia, l'effetto ostativo dell'assenza di collaborazione non rientra nella definizione di sanzione quale reazione all'inottemperanza a un obbligo. È perciò, nei contenuti e nelle finalità, una *restrizione di diritti a supporto di una pretesa di collaborazione con la*

giustizia. La disciplina dell'art. 4-bis, comma 1, funziona come prospettazione di una perdita di diritti, per il caso che la collaborazione possibile ed utile non venga prestata. È il modo in cui funzionano le sanzioni. *Ostatività sanzionatoria* non è una bella definizione, ma coglie la sostanza della disciplina.



Può definirsi ostatività sanzionatoria? Non essendo posto un obbligo formale di collaborazione con la giustizia, l'effetto ostativo dell'assenza di collaborazione non rientra nella definizione di sanzione quale reazione all'inottemperanza a un obbligo. È perciò, nei contenuti e nelle finalità, una restrizione di diritti a supporto di una pretesa di collaborazione con la giustizia



3. È costituzionalmente legittima la pretesa di collaborazione, sotto pena di preclusione dell'accesso a benefici e misure alternative?

Un problema di analoga struttura, assai più inquietante, è stato posto in discussioni successive agli attentati epocali dell'11 settembre 2001: è accettabile l'uso della tortura per ottenere informazioni che consentano di disinnescare la bomba? Se sostituiamo alla tortura la preclusione di benefici penitenziari, quale strumento di pressione per ottenere collaborazioni utili (di comprovata possibilità per il condannato), una tale prospettiva può essere non irragionevolmente sostenibile, là dove il condannato possa dare un contributo informativo importante per il contrasto attuale contro associazioni criminose attualmente operanti, cioè per la neutralizzazione di pericoli attuali di delitti particolarmente gravi. Sarebbe un ambito assai più ristretto dell'ambito di applicazione dell'art. 4-bis.

Fuori d'un tale ristretto ambito, una *pretesa* di collaborazione con la giustizia non può essere sorretta da tecniche sanzionatorie. Con riguardo a fatti (anche delitti gravissimi) del passato, il condannato mantiene i diritti di parola e di silenzio – che vanno riconosciuti a chiunque. Non è questione di diritto di difesa, ma di diritto della persona. Un diritto di libertà che non è intaccato da incentivi premiali, ma è invece intaccato se una scelta in esso rientrante viene 'sanzionata' con la perdita di diritti.

L'essere stato condannato non fa venire meno l'esigenza di rispetto della personalità cui è collegato il diritto al silenzio. La collaborazione con la giustizia può essere legittimamente premiata, ma la mancata collaborazione non può essere 'sanzionata' con la perdita di diritti, la preclusione di percorsi finalizzati alla rieducazione (un fine *non sacrificabile sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*). Può essere valutata nell'ambito del giudizio sulla persistenza di legami con la criminalità organizzata, ma non in termini di presunzione assoluta di pericolosità. Appunto questo è il ragionamento della Corte EDU nella sentenza Viola.



La collaborazione con la giustizia può essere legittimamente premiata, ma la mancata collaborazione non può essere 'sanzionata' con la perdita di diritti, la preclusione di percorsi finalizzati alla rieducazione (un fine non sacrificabile sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena)



Ad una considerazione d'insieme sul problema collaborazione, la legittimità del trattamento *premiante* per scelte di collaborazione utili *fa sistema* con l'illegittimità di un trattamento '*sanzionatorio*' (preclusione di diritti altrimenti spettanti) prospettato quale strumento di pressione. Parametri costituzionali, gli articoli 2, 3, 27 Cost.: sono in gioco diritti inviolabili della persona (di *parola e silenzio*, nella dimensione esistenziale), e l'uguaglianza di trattamento dei condannati nella prospettiva della c.d. rieducazione.

Il crescere della distanza dal tempo del commesso delitto affievolisce, fino ad azzerarlo, il valore di eventuali dichiarazioni rispetto ad esigenze attuali di contrasto alla criminalità. Ciò rende più evidente l'implausibilità e più grave l'inaccettabilità della *pretesa di collaborazione supportata da un meccanismo sostanzialmente sanzionatorio*.

In questi termini, il problema di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 si pone non solo per i condannati all'ergastolo, ma anche per i condannati a pene detentive temporanee. Per questi ultimi l'effetto delle preclusioni è meno drammatico, e meno giustificabile; la recente inserzione di delitti contro la P.A. nel sistema 4-bis (legge c.d. Spazzacorrotti del gennaio 2019) appare un caso limite di irragionevolezza intrinseca.

Per gli ergastolani viene in rilievo anche il diritto alla speranza: illegittimità di un carcere a vita del quale sia stata gettata via la chiave.

Nella disciplina generale dell'ergastolo, il fattore tempo è preso nella dovuta considerazione. L'accesso al lavoro all'esterno e a permessi premio è consentito dopo 10 anni; per le misure alternative (diverse dalla liberazione anticipata, non toccata nel sistema 4-bis) i tempi sono assai più lunghi. 10 anni è un tempo ragionevolmente sufficiente sia per scongelare il giudizio sulla personalità del condannato alla luce del percorso penitenziario, sia per il giudizio su possibilità ed esigenze di una ipotetica collaborazione attuale con la giustizia – ricollegabile ad esigenze attuali di contrasto con la criminalità – da parte di un condannato che *non* abbia mantenuto legami con il mondo della criminalità organizzata.

Per ciascun istituto compreso nel sistema 4-bis, i principi costituzionali pertinenti sono i medesimi. L'insensatezza dell'ostatività sanzionatoria appare più evidente con riguardo al lavoro esterno e ai permessi premio, che hanno una peculiare *connotazione di contingenza* (così l'ordinanza della Cassazione nel caso Cannizzaro). Più vistosi – quantitativamente più gravi – gli effetti del blocco di misure alternative, che dovrebbero essere il normale passaggio verso il pieno recupero della libertà.



L'insensatezza dell'ostatività sanzionatoria appare più evidente con riguardo al lavoro esterno e ai permessi premio, che hanno una peculiare connotazione di contingenza [...]. Più vistosi – quantitativamente più gravi – gli effetti del blocco di misure alternative, che dovrebbero essere il normale passaggio verso il pieno recupero della libertà



4. Di fronte al convergere, nel discorso pubblico, di giuste emozioni e preoccupazioni e di aggressiva (e mendace) propaganda, la critica dell'ergastolo ostativo ha la responsabilità di parlare anche alla gente comune: *dare conto delle ragioni che aprono alla possibilità e giustizia di trattamenti differenziati, a tempo debito, senza pericolo per la sicurezza attuale, e nel rispetto dovuto alle vittime*.

Attenti a togliere l'ergastolo ai boss, e intitolato un articolo (*L'Espresso*, 6 ottobre 2019) che ravvisa nella norma in discussione uno dei punti fermi del contrasto alle mafie. L'ergastolo ai boss, per gli omicidi aggravati commessi, resta la pena prevista dalla legge (da disciplinare in modi costituzionalmente accettabili).

In questi stessi giorni, ha fatto notizia e suscitato discussioni la richiesta di detenzione domiciliare di un capo mafia che avendo collaborato con la giustizia ha avuto la pena di 30 anni, ne ha finora passati in carcere 23, e ha già beneficiato di numerosi permessi premio, e degli sconti di pena, c.d. liberazione anticipata. La scadenza della pena sarebbe a novembre 2021. Tanto clamore per due anni residui, dopo i 23 passati in carcere? Il rigetto della richiesta, che aveva avuto il parere favorevole del Procuratore nazionale antimafia, mostra – comunque lo si valuti – che anche in assenza di disposizioni ostative rigide le esigenze di tenuta della risposta al delitto trovano adeguato riconoscimento.

I diritti di vittime e carnefici, è il titolo di un articolo (*la Repubblica*, 6 ottobre 2019) che registra opinioni contrapposte, e chiude facendosi portavoce delle vittime: *“Chi ha visto cadere i propri cari per mano mafiosa ha diritto di veder scontare una pena rigorosa. Che si può interrompere, come prevede oggi la legge, ma solo dopo comportamenti che azzerano il passato criminale”*. Dobbiamo farci carico del fatto che sono in gioco *diritti di carnefici*: di responsabili di delitti all'apice della scala di gravità.

La Corte costituzionale, continuando nella serie di sentenze che stanno rimodulando il sistema sanzionatorio, potrà spiegare che *rivedere l'ergastolo ostativo non vuol dire rimettere i boss in liberta* (così il bel titolo scelto da *Il foglio*, 9 ottobre 2019). Dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 significa riconoscimento di diritti non di carnefici in quanto tali, ma in quanto condannati che hanno la dignità propria di qualsiasi persona umana, e hanno diritto a percorsi penitenziari aperti alla speranza *se hanno rotto i collegamenti con la criminalità organizzata*. Per l'ordinamento penitenziario, sarebbe un recupero di razionalità. Per tutti noi, comprese le vittime di delitti, un orizzonte di civiltà preferibile a quello della vendetta e della paura.

Al tempo aurorale della civiltà della *polis* è stato messo in scena il mito della trasformazione delle Erinni, dee della vendetta di sangue, in Eumenidi, ministre di una giustizia della misura. Oggi abbiamo la responsabilità di spiegare che una giustizia costruita da un buon legislatore ed affidata a sagge Eumenidi può (talora deve) essere molto severa, ma non ha bisogno di meccanismi come l'ergastolo ostativo per mancata collaborazione, e tanto meno di previsioni di ostatività sanzionatoria rispetto ai normali percorsi penitenziari, per i condannati per delitti non della massima fascia di gravità.

“

Dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 significa riconoscimento di diritti non di carnefici in quanto tali, ma in quanto condannati che hanno la dignità propria di qualsiasi persona umana, e hanno diritto a percorsi penitenziari aperti alla speranza se hanno rotto i collegamenti con la criminalità organizzata. Per l'ordinamento penitenziario, sarebbe un recupero di razionalità. Per tutti noi, comprese le vittime di delitti, un orizzonte di civiltà preferibile a quello della vendetta e della paura

—