

***Bertoldo e la presunzione assoluta di pericolosità sociale: entrambi impiccati a una
pianta di fragole? Un breve commento alla sentenza n. 253/2019 della Corte
Costituzionale****

di **Giacinto Cirioli** – *Dottore in Giurisprudenza*

ABSTRACT: With the judgment n. 253, 23rd october 2020, the italian constitutional Court has identified an alternative parameter to the collaboration with the judicial authorities to allow the prisoners under section 4 bis of the Prison Administration Act , that refuse to cooperate with the judicial authorities, to obtain a release on temporary licence (ROTL). This article wants to emphasize the fundamental core of the section 4 bis of the Prison Administration Act (ergastolo ostativo) following the guidelines provided by the European Court of Human Rights with the judgment *Marcello Viola v. Italy* n. 77633/16 and, also, it wants to verify if this new parameter can be applied.

SOMMARIO: 1. L'epitaffio della Corte Costituzionale a memoria della presunzione assoluta di pericolosità sociale. – 2. I profili della questione costituzionale: le ordinanze di rimessione. – 3. Questioni preliminari: i confini del *thema decidendum*. – 4. La decisione: la Corte costituzionale individua un criterio alternativo alla collaborazione. – 5. Il rapporto tra la sentenza n. 253/2019 Corte cost. e la sentenza *Viola c. Italia* della Corte edu. – 6. Bertoldo, la presunzione di pericolosità e una pianta di fragole. Alcune considerazioni pratiche.

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

1. L'epitaffio della Corte costituzionale a memoria della presunzione assoluta di pericolosità sociale

Con la sentenza n. 253/2019¹, la Corte costituzionale sembra aver posato una “pietra sepolcrale” sull’altare della presunzione assoluta di pericolosità sociale operante a carico sia dei soggetti condannati per aver commesso il delitto di partecipazione ad associazione mafiosa, sia nei confronti dei condannati per taluno dei reati cc.dd. di “contesto mafioso” in genere, nel caso in cui costoro manchino di collaborare con la giustizia ai sensi dell’art. 58-ter dell’ordinamento penitenziario (Legge n. 354/1974 s.m.i., da ora O.P.).

Sin da subito, occorre chiarire il problema giuridico di cui ci si occupa: la relazione automatica e assoluta tra il presupposto della mancata collaborazione del detenuto e la presunzione di persistenza del collegamento tra il medesimo e la criminalità organizzata. Quindi, al condannato per uno dei

¹ Corte costituzionale, sentenza n. 253 del 23 ottobre 2019 (dep. il 4 dicembre 2019), Pres. Lattanzi, Red. Zanon, in www.giurcost.org, con note di: M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale* (web), 12 dicembre 2019; S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, fasc. III, 18 dicembre 2019, p. 729; S. BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all’accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in *Sistema Penale* (web), 28 gennaio 2020; A. PUGGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell’ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (web), fasc. 1/2020, 4 febbraio 2020, p. 160; M. CERASE, *La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (web), fasc. 1/2020, 5 febbraio 2020, p. 175; M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, *Osservatorio AIC* (web), fasc. 1/2020, 4 febbraio 2020, p. 211; A. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell’art. 4 bis o.p., Nota a Corte cost. n. 253/2019*, in *Osservatorio AIC* (web), fasc. 2/2020, 3 marzo 2020, p. 307; S. BERNARDI, *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*, in *Osservatorio AIC* (web), fasc. 2/2020, 3 marzo 2020, p. 324; M. MENGOZZI, *Il meccanismo dell’ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, in *Osservatorio AIC* (web), fasc. 2/2020, 3 marzo 2020, p. 354; A. PUGGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC* (web), fasc. 1/2020, 20 marzo 2020, p. 501; G. DELLA MONICA, *La irragionevolezza delle presunzioni che connotano il modello differenziato di esecuzione della pena per i condannati pericolosi. Riflessioni a margine della sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale*, nella rivista *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2020, 4 aprile 2020, p. 986; J. MAZZUCA, *Reati ostativi e benefici premiali: l’emergere di un nuovo paradigma ermeneutico (Commento a C. Cost. 23 Ottobre 2019, n. 253)*, in *Federalismi.it*, fasc. 3/2020, 5 febbraio 2020, p. 84. Tutti i commenti qui elencati sono disponibili al seguente indirizzo: www.giurcost.org (consultato il 3 giugno 2020).

reati anzidetti² è preclusa in modo incondizionato la possibilità di accedere al beneficio dei permessi premio (e agli altri benefici penitenziari) in virtù del presupposto che vede nella collaborazione con la giustizia, prestata ai sensi dell'art. 58-ter O.P., l'unico strumento legalmente adatto a vincere la presunzione assoluta di pericolosità sociale. Con poca forma e buona sostanza, il ragionamento è presto fatto: se non diventi un collaboratore di giustizia si presume che tu sia ancora collegato con la criminalità, quindi pericoloso, e perciò non puoi avere accesso né al beneficio dei permessi premio, né agli altri benefici penitenziari.

Sulla "lapide" della presunzione assoluta di pericolosità, la Consulta ha inciso un epitaffio dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1 dell'ordinamento penitenziario per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, della Costituzione "nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-bis del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordin. penit., 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". La dichiarazione di incostituzionalità è stata estesa (come indicato al n. 2 del dispositivo) anche alla preclusione operante nei confronti di altri condannati e detenuti per i restanti delitti contemplati nel comma 1 dell'art. 4-bis O.P.³.

² Il riferimento è a tutti i delitti previsti dall'art. 4-bis, co. 1, O.P. del quale, per chiarezza, si riporta integralmente il testo: «L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter della presente legge o a norma dell'articolo 323-bis, secondo comma, del codice penale: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 416-bis e 416-ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-octies e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-nonies e 17-bis del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni».

³ Tale estensione si è resa necessaria in quanto le disposizioni di cui all'art. 4-bis, co. 1, O.P., si applicano non solo ai detenuti per il delitto di cui all'art. 416-bis del codice penale e per tutti quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis 1 c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, ma anche ai

Pertanto, chiunque sia stato condannato per uno dei delitti afferenti alla sfera della criminalità organizzata, previsti dall'art. 4-bis, co. 1, O.P., può (*rectius*, potrà) usufruire dei permessi premio anche se dovesse rifiutarsi di collaborare con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter O.P., a condizione che siano stati acquisiti elementi tali da escludere, nell'ordine:

- a) “sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata”
- b) “sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti;”⁴.

Tuttavia, nonostante sia caducato il criterio di absolutezza della presunzione di pericolosità sociale in favore di una presunzione solo relativa, lo strumento “a duplice schema” individuato dalla Consulta desta alcune perplessità di ordine pratico. I dubbi sorgono riguardo all'utilizzabilità concreta dei criteri sopra indicati, che si profilano tali da ridurre l'incostituzionalità della presunzione assoluta di pericolosità sociale a una “sacra” ma mera affermazione di principio in quanto il profilo “pratico” della questione, e cioè quello che interessa la concreta possibilità per i detenuti di usufruire dei benefici penitenziari, sembra essere ancora sfuggente.

Ciò premesso, ai fini di una completa analisi dell'idea pratica che qui si vuole proporre, appare indispensabile ripercorrere, seppur brevemente, i profili storico-giuridici della vicenda esaminando i tratti principali della questione di costituzionalità sollevata con le ordinanze di rimessione della Corte di Cassazione e del Tribunale di Sorveglianza di Perugia⁵.

soggetti detenuti per altri tipi di delitti di matrice non “mafiosa”. Basti ricordare che l'art. 1, co. 6, lett. b), L. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. spazzacorrotti) ha reso ostativi alcuni delitti contro la pubblica amministrazione, segnatamente quelli di cui agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis. È legittimo, perciò, chiedersi se sia ragionevole subordinare il godimento dei benefici penitenziari alla condizione dell'avvenuta collaborazione anche per quei soggetti rei di delitti diversi da quelli afferenti all'ambito della criminalità organizzata. Sul punto, Pulitanò osserva che: «... una disciplina che differenzia fra collaboranti e non collaboranti, ai fini dell'accesso a benefici e misure alternative, ha senso con riguardo ad appartenenti a un mondo di criminalità organizzata, che si può supporre abbiano qualcosa da dire su quel mondo, al di là dei delitti per i quali siano sotto processo o già condannati (...) Ha senso, e può ritenersi conforme ai principi costituzionali, richiedere al condannato per corruzione o concussione o peculato la collaborazione post condanna come premessa per misure alternative e benefici penitenziari?». Per ulteriori approfondimenti sul tema v. D. PULITANÓ, *Tempeste sul penale: spazzacorrotti e altro*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2019, 26 marzo 2019, p. 242 (consultato il 3 giugno 2020).

⁴ Cfr. Corte Cost. sent. n. 253/2019, in www.cortecostituzionale.it.

⁵ Per un ulteriore esame dei medesimi profili M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, *Osservatorio AIC* (web), fasc. 1/2020, 4 febbraio 2020, p. 211.

2. I profili della questione costituzionale: le ordinanze di rimessione

Prima di proseguire nell'analisi delle ordinanze di rimessione, si vuole, nuovamente, ricordare il problema di cui ci si occupa: un soggetto che sia stato condannato per aver commesso uno dei reati contemplati dall'art. 4-*bis*, co. 1, O. P., non può accedere ad alcun beneficio penitenziario se non accetta di collaborare con la giustizia. Ciò perché il condannato viene ritenuto, per presunzione, socialmente pericoloso in quanto l'unico strumento idoneo a ribaltare il meccanismo presuntivo è la collaborazione stessa (*ex art. 58-ter O.P.*).

Passando al profilo delle ordinanze di rimessione, la Suprema Corte di Cassazione, con il provvedimento del 20 dicembre 2018⁶, è stata la prima a sollevare la questione di costituzionalità – nel senso ricordato appena ricordato – relativamente ai principi sanciti negli articoli 3 e 27 della Costituzione⁷. Il caso di specie riguardava un soggetto condannato alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per la durata di un anno, irrogatagli per aver commesso – tra il 1996 e il 1998 – alcuni delitti c.d. di “contesto mafioso”⁸.

Durante il periodo di detenzione il proposto aveva presentato al Magistrato di Sorveglianza dell'Aquila un'istanza di permesso premio *ex art. 30-ter O.P.* la quale veniva dichiarata inammissibile per carenze del requisito della collaborazione *ex art. 58-ter O.P.*.

Il relativo decreto di inammissibilità veniva impugnato dinanzi al Tribunale di Sorveglianza dell'Aquila che, a sua volta, emetteva un consequenziale provvedimento di rigetto anch'esso fondato sulla mancanza del requisito della collaborazione con la giustizia poiché trattavasi di reati enucleati dall'art. 4-*bis*, comma 1, O.P.⁹.

⁶ Iscritta al Registro Ordinanze n. 59 del 2019, come indicato nella parte introduttiva della sentenza in commento.

⁷ Cfr. Cass. pen., 20 novembre 2018, n. 59. Il testo integrale dell'ordinanza è disponibile in allegato 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 *Diritto Penale Contemporaneo* (web), 28 gennaio 2019 (consultato il 3 giugno 2020).

⁸ I c.d. delitti di contesto mafioso, commessi dal reo, erano i seguenti: omicidio, soppressione di cadavere, porto e detenzione illegale di armi. Tali reati sarebbero stati realizzati al fine di affermare l'egemonia e il prestigio dell'associazione mafiosa denominata clan Santapaola e, pertanto, le condotte incriminate risultavano, di fatto, ascrivibili alla categoria dei reati commessi con l'esercizio del metodo mafioso, nonostante l'assenza di una contestazione formale dell'aggravante speciale di cui all'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, conv. in Legge n. 203/1991 (oggi art. 416-*bis* 1, c.p.). Cfr. Cass. pen., 20 novembre 2018, n. 59 in allegato a M. C. UBIALI, *op. cit.*

⁹ È da sottolinearsi che, nel caso di specie, non vi era stata alcuna contestazione formale riguardante l'aggravante di cui all'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, co. in Legge n. 203/1991 (oggi art. 416-*bis* 1 c.p.), per cui non

Nello stesso atto di gravame il ricorrente si doleva dell'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, O.P. perché costituente la base legale per l'operatività di una presunzione assoluta di pericolosità sociale a danno dei condannati all'ergastolo ostativo. Tale ultima questione veniva ritenuta infondata dal Tribunale di Sorveglianza dell'Aquila in quanto anche i condannati all'ergastolo per un delitto ostativo avrebbero potuto avere accesso ai benefici penitenziari – nello specifico il beneficio del permesso premio *ex art. 30-ter* O.P. – proprio in virtù dello strumento della collaborazione con la giustizia. In sintesi, si concludeva per l'assenza di una preclusione assoluta alla concessione del beneficio in quanto la stessa collaborazione avrebbe permesso al detenuto “ostativo” di poter godere dei benefici penitenziari.

La pronuncia di rigetto, emessa dal Tribunale di Sorveglianza, diveniva oggetto di ricorso per Cassazione con due motivi¹⁰. È di particolare interesse, per l'obiettivo perseguito in questa sede, il secondo motivo di ricorso con il quale il ricorrente lamentava l'incostituzionalità dell'art. 4-bis, comma 1 O.P., per contrasto con l'art. 27, comma 3 Costituzione e con l'art. 117 della Costituzione in relazione all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (da ora Corte EDU).

Nel dettaglio dei motivi proposti, il ricorrente – ancorché condannato all'ergastolo ostativo – rilevava che la norma censurata: *“si poneva in contrasto con la funzione rieducativa della pena, costituzionalmente garantita, sia perché impediva il raggiungimento delle finalità riabilitative proprie del trattamento penitenziario sia perché appariva disarmonica rispetto ai principi affermati dall'art. 3 CEDU; quest'ultima norma, infatti, impone agli Stati membri di prevedere dei parametri temporali certi in base ai quali, in presenza di una condanna all'ergastolo, al detenuto è garantita*

appariva agevole sostenere che i reati anzidetti fossero stati commessi nell'ambito della criminalità di stampo mafioso. Tuttavia, il Tribunale di Sorveglianza dell'Aquila richiamava, in risposta, una *“giurisprudenza di legittimità consolidata”* che permetteva l'applicazione del regime di ostatività anche quando l'aggravante del metodo mafioso, pur non contestata formalmente, possa ugualmente ritenersi sussistente in base al disposto della sentenza di condanna, secondo un criterio di *“qualificazione sostanziale dei giudicati”*. Cfr. Cass. pen., 20 novembre 2018, n. 59 in allegato a M. C. UBIALI, *op. cit.*.

¹⁰ Il primo motivo di ricorso riguardava la mancata contestazione formale dell'aggravante speciale di cui all'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, conv. in Legge n. 203/1991 (oggi art. 416-bis 1 c.p.) in assenza della quale il divieto di concessione dei benefici penitenziari non avrebbe potuto operare. La Corte di Cassazione rispondeva ritenendo infondato tale motivo di ricorso, confermando l'orientamento consolidato, adottato nella pronuncia resa dal Tribunale di Sorveglianza dell'Aquila, secondo il quale per aversi l'operatività della preclusione al godimento dei benefici penitenziari non è necessaria una contestazione formale dell'aggravante di cui all'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, conv. in Legge n. 203/1991 (oggi art. 416-bis 1 c.p. potendo tale circostanza essere desunta “di fatto” attraverso l'esame del contenuto della sentenza di condanna. Cfr. Cass. pen., 20 novembre 2018, n. 59 in allegato a M. C. UBIALI, *op. cit.*.

la possibilità di ottenere, in conseguenza del suo percorso rieducativo, la revisione della condanna”¹¹.

In risposta ai rilievi del ricorrente, la Corte di Cassazione concentrava il ragionamento risolutivo sul tema della pericolosità sociale seguendo quanto tracciato dalla Corte costituzionale con diverse pronunce rese in tema di misure cautelari personali la cui applicazione è basata proprio sul requisito della pericolosità sociale. A tal proposito, il Giudice della legittimità invocava le sentenze n. 57 del 2013 e n. 48 del 2015¹². Senza entrare nel merito delle questioni affrontate in tali decisioni¹³, è sufficiente ricordare una affermazione di principio resa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 139 del 2010 e richiamata nella sentenza n. 57 del 2013: “[...] *le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’id quod plerumque accidit [...]*”¹⁴. In tema di associazione mafiosa, entrambe le decisioni menzionate avevano condotto all’affermazione dell’incostituzionalità di qualunque presunzione assoluta di pericolosità sociale volta a equiparare la posizione dell’affiliato all’associazione di stampo mafioso a quella di un qualsiasi reo, non affiliato, che abbia commesso un delitto aggravato dalle circostanze di cui all’art. 416-bis 1 c.p.. In altri termini, la Consulta aveva ritenuto la pericolosità dell’associato del tutto diversa da quella del soggetto “non affiliato” e perciò esterno all’associazione, che abbia commesso delitti tesi ad agevolare l’attività delle associazioni di stampo mafioso.

Tali ragionamenti risultavano applicabili, a parere della Corte di Cassazione, anche alla posizione del soggetto sottoposto al loro giudizio. Invero, il Collegio nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, sottolineava che la collaborazione con la giustizia, come inserita nel

¹¹ Cfr. Cass. pen., 20 novembre 2018, n. 59 in allegato al commento di M. C. UBIALI, *op. cit.*.

¹² Tali decisioni hanno a oggetto l’art. 275, comma 3, cod. proc. pen.; per un approfondimento si rimanda a G. LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell’associazione mafiosa*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (web), 30 marzo 2015 (consultato il 3 giugno 2020).

¹³ Sul punto M. C. UBIALI, *op. cit.*, 28 gennaio 2019 (consultato il 3 giugno 2020).

¹⁴ La Corte di Cassazione prosegue ricordando altre pronunce emanate dalla Corte Costituzionale (in particolare Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239, Corte cost., sent. 8 marzo 2017, n. 7676 e Corte cost., sent. 21 giugno 2018, n. 149) con le quali si era provveduto a dichiarare l’incostituzionalità parziale degli artt. 4-bis, comma 1, 47-quinquies comma 1-bis, e 58-quater, comma 4, O.P.; per un approfondimento si rimanda a E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e rieducazione del condannato)*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (web), fasc. 7-8/2018, 18 luglio 2018, p. 145 ss. (consultato il 3 giugno 2020).

contesto della normativa censurata, dovrebbe fungere da elemento capace di comprovare l'effettivo distacco del reo dall'organizzazione criminale anche in contesti di para-affiliazione (es. concorso esterno). In tale ottica, si sottolineava, per di più, che le condotte aggettivabili come "mafiose" contemplate nell'art. 4-*bis*, comma 1, O.P. sono eterogenee e che sarebbe logicamente fallace considerarle tutte equivalenti dal punto di vista della pericolosità sociale (per l'operare della presunzione assoluta), togliendo al Magistrato di Sorveglianza la possibilità di compiere un qualsiasi apprezzamento discrezionale in tema di pericolosità/rieducazione del reo al fine di poter valutare un possibile accesso al godimento dei benefici penitenziari¹⁵.

In sintesi, se le presunzioni assolute di pericolosità sono da considerarsi costituzionalmente illegittime quando realizzano un'equivalenza tra condotte eterogenee, al contempo sottoporre l'accesso ai benefici penitenziari alla condizione dell'avvenuta accettazione (forzata) di collaborare con la giustizia, significherebbe non tenere conto dell'eterogeneità delle condotte previste dall'art. 4-*bis* O.P. che potrebbero essere slegate da contesti associativi.

Peraltro, ritenere che lo strumento della collaborazione sia l'unico ed esclusivo elemento con il quale il condannato possa provare la recisione dei rapporti con l'associazione criminale di provenienza, porterebbe a escludere a priori la possibilità di raggiungere il medesimo risultato con un qualsiasi altro mezzo idoneo, ma diverso dalla collaborazione stessa.

In ultima analisi, il Collegio rimettente si soffermava ad analizzare il rapporto sussistente tra la funzione della pena, prevista dall'art. 27, comma 3 Costituzione, e l'esperienza premiale prevista dall'art. 30-*ter* O.P.. In particolare, quest'ultima disposizione avrebbe una natura diversa dalle altre misure alternative che, per converso, trovano la loro finalità nella modificazione dello *status* detentivo: difatti, il permesso premio rappresenta un'opportunità per il detenuto di coltivare diversi tipi di interessi (culturali, familiari, lavorativi) e pertanto risulta essere un istituto giuridico strumentale ed essenziale al compimento dell'opera rieducativa e di reinserimento sociale di matrice costituzionale. Orbene, ferma la *ratio* dell'istituto, la Cassazione sottolineava il contrasto sussistente tra la finalità rieducativa/risocializzante della pena detentiva e la negazione all'accesso al beneficio del permesso premio affermata sulla base della "*presunzione di pericolosità non altrimenti vincibile*"¹⁶.

¹⁵ Per una nota a sentenza: A. MENGHINI, *op. cit.*.

¹⁶ Cfr. Cass. pen., 20 novembre 2018, n. 59 in allegato al commento di M. C. UBIALI, *op. cit.*.

Al termine del percorso argomentativo, la Corte di Cassazione sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art 4-*bis*, comma 1, O.P. per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3 Costituzione. Dell'art. 117, comma 1 Costituzione in relazione all'art. 3 della CEDU non c'è traccia.

Anche dinanzi al Tribunale di Sorveglianza di Perugia veniva rilevata la sospetta incostituzionalità della medesima normativa. Tuttavia, questo Collegio giudicante, pur ripercorrendo le tappe dell'ordinanza di rimessione della Cassazione, preferiva utilizzare un'argomentazione diversa da quella adottata dalla Corte di legittimità in quanto differente era il caso di specie sottoposto alla sua attenzione. Il reclamante innanzi al Tribunale di Perugia era stato condannato non solo per delitti di c.d. "contesto mafioso" ma per aver partecipato, come affiliato, a un'associazione di stampo mafioso.

Dunque, allo stesso modo del caso precedente, il Tribunale di Sorveglianza dubitava della costituzionalità della preclusione dell'art. 4-*bis*, comma 1 O.P. per contrasto con i medesimi parametri costituzionali individuati dalla Corte di Cassazione sottolineando, nuovamente, il limitatissimo potere valutativo lasciato al Magistrato di Sorveglianza.

Ciò posto, la Corte costituzionale, pur constatando alcune differenze argomentative tra le due ordinanze di rimessione, riteneva opportuno riunire i giudizi in quanto entrambi i provvedimenti censuravano la stessa disposizione, invocavano i medesimi parametri costituzionali e, perciò, vi poteva essere trattazione comune.

3. Questioni preliminari: i confini del *thema decidendum*

"Sempre in via preliminare, devono essere correttamente definiti il thema decidendum e i termini delle questioni di legittimità costituzionale portate all'attenzione di questa Corte dalle ordinanze di rimessione illustrate." Così la Consulta inizia il suo percorso argomentativo, che si concluderà con la decisione di incostituzionalità del regime di "assoluta ostatività" previsto dall'art. 4-*bis*, comma 1 O.P.. Come ricordato, il primo ricorrente in Cassazione aveva sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma, 1 O.P. anche per contrasto con l'art. 117, comma 1 della Costituzione in relazione all'art. 3 della CEDU, invocando a suo favore quanto stabilito dalla Corte

EDU con la pronuncia *Viola c. Italia*¹⁷. Tuttavia, la Cassazione non ha ritenuto opportuno inserire tale parametro di costituzionalità nell'atto di promovimento, pur senza specificarne i motivi.

Detto ciò, la Corte costituzionale precisa, innanzitutto, che gli artt. 3 e 27, comma 3 Costituzione costituiscono gli unici parametri di legittimità in base ai quali decidere “della vita o della morte” costituzionale del regime di ostatività della presunzione assoluta di pericolosità sociale poiché “*non possono essere presi in considerazione ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti dalle parti oltre i limiti dell’ordinanza di rimessione*”¹⁸. In più, la Consulta puntualizza che l’oggetto su cui è chiamata a pronunciarsi non è costituito dall’ergastolo ostativo perché sarebbe stato tale soltanto se le ordinanze di rimessione avessero censurato, oltre al 4-*bis* O.P., anche la previsione contenuta nell’art. 2, comma 2, del Decreto Legge 13 maggio 1991, n. 152 giacché, tale combinato disposto impedisce all’ergastolano “ostativo” che non collabori con la giustizia di usufruire della liberazione condizionale.

Ancora, sempre in via preliminare, si afferma che entrambe le ordinanze di rimessione sono state modellate sui casi di specie che i giudici rimettenti erano chiamati a dirimere. In effetti, in ambedue i giudizi si trattava di soggetti condannati alla pena dell’ergastolo e, di conseguenza, la questione di costituzionalità risultava specificamente incentrata sulla mancata possibilità – soltanto – per il condannato all’ergastolo ostativo di ottenere il beneficio del permesso premio. Posto che la pena detentiva per i delitti può assumere le forme dell’ergastolo e della reclusione, nelle ordinanze di rimessione si fa cenno soltanto al problema dell’applicazione del regime di ostatività alla pena dell’ergastolo (che è ciò che interessa ai ricorrenti); non si fa cenno alla questione della “reclusione ostativa”, cioè all’applicazione del regime di cui all’art. 4-*bis* O.P. anche alla pena della reclusione.

È per tali motivi che, nella sentenza della Consulta, si chiarisce che il controllo di costituzionalità deve estendersi a tutti i tipi di condanna ostativa poiché l’art. 4-*bis*, comma 1 O.P. detta “*una disciplina da applicarsi a tutti i condannati, a pena perpetua o temporanea, per i reati di partecipazione ad associazione mafiosa e di “contesto mafioso”*”. Per tutti costoro, infatti, la

¹⁷ Cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia*, sentenza 16 giugno 2019, in www.giurisprudenzapenale.com. Per un approfondimento: G. PICARO, *La Corte E.D.U. dichiara l’ergastolo ostativo incompatibile con l’art. 3 della Convenzione. Brevi riflessioni a margine della sentenza “Viola”*, in *Archivio Penale* (web), fasc. 2, Maggio-Agosto 2019, 16 aprile 2019.

¹⁸ Cfr. sentenza n. 253/2019 Corte Cost., in www.cortecostituzionale.it, §5.1.

disposizione censurata dai rimettenti richiede la collaborazione con la giustizia quale condizione per l'accesso alla valutazione, in concreto, circa la concedibilità dei benefici penitenziari.”¹⁹.

Infine, la Corte costituzionale è portata anche a specificare come nelle ordinanze di rimessione non si pone il problema della concessione di altri benefici, eccetto quello del permesso premio, ciò è motivo per il quale la questione di costituzionalità può essere esaminata solamente in tal senso. In proposito, si evidenzia che non potrebbe essere altrimenti in quanto è lo stesso dettato normativo a elencare i benefici penitenziari ai quali il detenuto non può accedere in assenza di collaborazione e tra quelli previsti dalla norma viene in rilievo esclusivamente il beneficio del permesso premio nel caso di specie oggetto di esame da parte della Consulta²⁰.

4. La decisione: la Corte costituzionale individua un criterio alternativo alla collaborazione

Perimetrato l'ambito di intervento, la Consulta entra nel merito della problematica e, ripercorrendo l'evoluzione storica dell'istituto in questione, ricorda che la preclusione che assurge a oggetto di scrutinio costituzionale rappresenta l'esito di una precisa scelta politico-criminale adottata dopo la strage di Capaci con il Decreto Legge n. 306/1992.

Volgendo lo sguardo al passato, a seguito di tali tragici avvenimenti, ci si rese conto di come il fenomeno mafioso stesse assumendo un carattere sempre più aggressivo e diffuso. Per tali ragioni si pensò di introdurre la preclusione assoluta al godimento dei benefici penitenziari in assenza della collaborazione di cui all'art. 58 *ter* O.P.²¹.

¹⁹ Cfr. sentenza n. 253/2019 Corte Cost., in www.cortecostituzionale.it, §5.2.

²⁰ Per un commento M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, 12 dicembre 2019 (consultato il 3 giugno 2020).

²¹ Prima di tale “stretta” rigorosa, la struttura a “fasce” dell'art. 4-*bis* O.P. prevedeva strumenti di accesso ai benefici penitenziari meno rigidi. Per i reati di prima fascia, “comprendenti l'associazione di tipo mafioso, i relativi “delitti-satellite”, il sequestro di persona a scopo di estorsione e l'associazione finalizzata al narcotraffico” l'accesso ai benefici penitenziari doveva superare il vaglio di ammissibilità costituito dall'acquisizione, a beneficio del condannato, di “elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva”. In sostanza, si operava un accertamento di tipo negativo partendo dalla presunzione del collegamento del soggetto con la criminalità per giungere all'esclusione della stessa mediante l'acquisizione di elementi a favore dell'esclusione dell'attualità di tale rapporto. Per i reati “di seconda fascia”, ritenuti tali perché le connessioni di tali fattispecie con la criminalità

La stessa preclusione al godimento dei benefici penitenziari è conseguenza dell'automaticità e assolutezza della relazione tra mancata collaborazione e sussistenza attuale dei collegamenti con la criminalità organizzata come, infatti, sottolinea la Corte: *“L'inaccessibilità ai benefici penitenziari è insomma una preclusione che non discende automaticamente dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. «ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni di farlo» (sentenza n. 135 del 2003). Purtroppo, la presunzione della mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, che incombe sul detenuto non collaborante, è assoluta, perché non può essere superata da altro, se non dalla collaborazione stessa. E, come si chiarirà, è proprio questo carattere assoluto a risultare in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.”*²².

La Consulta, quindi, accoglie le questioni sollevate con riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3 Costituzione chiarendo, da subito, che ci si era già occupati del tema della costituzionalità della presunzione assoluta di pericolosità sociale con la sentenza n. 306/1993 (della stessa Corte costituzionale) le cui argomentazioni sono state riprese dalla Corte EDU nel caso *Viola c. Italia* del 13 giugno 2019²³.

Il primo rilievo effettuato nella sentenza in commento riguarda, appunto, l'esatto inquadramento dell'oggetto dell'incidente di costituzionalità che non è rappresentato dall'esistenza di una presunzione in sé e per sé – che costituisce, come rilevato anche dal giudice convenzionale, una scelta di politica criminale – ma dalla sua “assolutezza” cioè dall'impossibilità di vincere tale presunzione di pericolosità con uno strumento diverso dalla collaborazione.

L'argomentazione della Consulta si sofferma, poi, sulla *ratio* del sistema “ostativo” che si appunta sull'esigenza di predisporre un mezzo (la collaborazione) teso a realizzare uno “scambio tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario”²⁴. Nondimeno, si assevera che tale “scambio” determina, in sostanza, un aggravamento delle condizioni detentive: infatti, considerato che la

organizzate erano considerate meramente eventuali, si richiedeva un accertamento di tipo positivo partendo, cioè, dalla presunzione di assenza dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata per giungere a una sua ricostruzione mediante la raccolta di elementi che affermassero la persistenza del rapporto tra il soggetto e il sodalizio. Diversamente, la formulazione attuale dell'art. 4-bis, co. 1, O. P. prevede che dalla mancata collaborazione possa desumersi l'attualità dei collegamenti del soggetto con la criminalità organizzata (incontrovertibile utilizzando altri mezzi) e la pericolosità del soggetto, negandosi, per tali motivi, l'accesso ai benefici penitenziari.

²² Cfr. sentenza n. 253/2019 Corte Cost., in www.cortecostituzionale.it, §7.2.

²³ Cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia*, sentenza 16 giugno 2019, in www.giurisprudenzapenale.com.

²⁴ Cfr. sentenza n. 253/2019 Corte Cost., in www.cortecostituzionale.it, § 8.1.

concessione del permesso premio, così come altri benefici penitenziari, è sottoposta, tra l'altro, anche alla condizione dell'avvenuta espiazione di una determinata frazione di pena (es. la metà o il quarto), la sproporzionalità strutturale del sistema ostativo fa sì che, in mancanza del requisito di cui all'art. 58-ter O.P. il detenuto non possa mai avere accesso ai benefici penitenziari, anche avendo scontato la relativa frazione di pena prevista dalla norma che detta le condizioni di concedibilità del singolo beneficio. Al contrario, a chi presta la propria collaborazione secondo le modalità contemplate dall'art. 58-ter O.P., è consentito l'accesso a tutti i benefici penitenziari *“senza dover previamente scontare la frazione di pena ordinariamente prevista.”*

In sintesi, la posizione di un condannato per un reato “ostativo” appare del tutto diversa da quella di un qualsiasi detenuto per un reato non ostativo perché, in caso di collaborazione, egli (quello ostativo) avrebbe accesso a un regime penitenziario più favorevole rispetto alla disciplina ordinaria mentre, in caso contrario, si vedrebbe totalmente negata la possibilità di usufruire del sistema premiale, determinandosi, così, un aggravamento del regime penitenziario ordinario: tutto dipende dalla facoltà di scegliere liberamente, “sotto la minaccia” dell'aggravamento del trattamento penitenziario.

L'assurda conseguenza di tale meccanismo è che un soggetto che scelga di non collaborare con la giustizia, per esempio perché teme che possano esservi ritorsioni a danno dei suoi familiari, ma che al contempo dimostri perfino il suo pieno ravvedimento – ancorché non necessario ai fini della valutazione del permesso premio, a differenza della liberazione condizionale²⁵ – si vedrebbe comunque precluso l'accesso ai benefici penitenziari, disincentivando, così, anche l'adesione all'opera rieducativa²⁶.

Chiarito ciò, la Corte costituzionale esamina da un lato il profilo dell'assenza di una qualsiasi possibilità per il Magistrato di Sorveglianza di compiere, ai fini della concessione del beneficio, una valutazione in ordine al percorso rieducativo intrapreso dal detenuto, dall'altro considera gli effetti che il trascorrere del tempo produce sulla personalità del reo e sulla concreta possibilità di mantenere i contatti con taluna organizzazione criminale. Si ritiene vero che il vincolo associativo

²⁵ Si vuole sottolineare, in proposito, la differenza sussistente tra l'art. 176 c.p. che richiede, ai fini della concessione del beneficio della liberazione condizionale, la verifica del requisito del “ravvedimento” e l'art. 30-ter O.P. che, invece, subordina la concessione del permesso premio all'assenza di pericolosità e alla regolare condotta inframuraria fermi, ovviamente, tutti gli altri requisiti. In quest'ultimo caso non è, perciò, necessario il ravvedimento.

²⁶ Cfr. Ordinanza del 28 maggio 2019 del Tribunale di sorveglianza di Perugia, www.gazzettaufficiale.it.

instauratosi tra l'organizzazione e il soggetto detenuto possa permanere nonostante il fisico allontanamento di quest'ultimo dall'ambito del contesto criminale; cionondimeno, è irragionevole presumere con giudizio insuperabile la perduranza di tale collegamento in ragione della sola assenza di una collaborazione con la giustizia. Ciò, come sottolineato dalla Corte EDU nella sentenza *Viola c. Italia*, significherebbe “congelare” la valutazione della pericolosità del reo al momento della commissione del fatto senza minimamente considerare l'incidenza del fattore temporale e del percorso rieducativo compiuto da quest'ultimo.

In conclusione, la Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della presunzione assoluta di pericolosità sociale per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3 della Costituzione affermando, invece, una presunzione solo relativa che si profila costituzionalmente compatibile con i principi testé indicati.

In ordine, poi, al metodo di superamento della presunzione *ex art. 4-bis* O.P. riqualificata in relativa, nella sentenza in commento – qui il nucleo della questione – è individuata anche la soluzione che il reo può utilizzare al fine di vincere la presunzione di pericolosità operante a suo carico. Egli stesso è gravato dall'onere di produrre, a suo favore, degli elementi idonei a escludere: 1) sia l'attuale permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata di riferimento; 2) sia il pericolo di un ripristino in futuro di tali collegamenti.

Si comprende con chiarezza che l'onere di allegazione richiesto non è ancora un onere probatorio in tutto e per tutto, poiché basta che il condannato allegghi all'istanza di concessione del beneficio degli “elementi a favore” – non meglio definiti in sentenza – che siano in grado, quantomeno nella prima fase del procedimento, di instillare un dubbio in ordine alla presunta e attuale sussistenza dei collegamenti tra il detenuto e la criminalità organizzata. Sulla base di tali elementi, il Magistrato di Sorveglianza deve avviare un'apposita istruttoria al fine di verificare la fondatezza degli “elementi a favore”: egli, infatti, così come già previsto dall'art 4-*bis*, commi 2 e 3-*bis* O.P., è chiamato a coinvolgere nella fase istruttoria anche altre autorità, in particolare il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica (c.d. C.P.O.S.) e il Procuratore nazionale antimafia o il Procuratore distrettuale antimafia. La Magistratura di Sorveglianza decide sull'istanza di accesso ai benefici penitenziari tenendo conto sia degli “elementi a favore” presentati dal detenuto, sia delle specifiche informazioni ricevute dalle suddette autorità. Perciò, cosa succede nell'ipotesi in cui le informazioni pervenute dalle autorità competenti depongano in senso negativo?

Orbene, l'art. 4-bis O.P., al comma 3-bis prevede che se il Procuratore nazionale antimafia (o il Procuratore distrettuale antimafia), “*d’iniziativa o su segnalazione del competente comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica*” dovesse concludere per la sussistenza dell’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, ferma l’autonomia valutativa del Magistrato di Sorveglianza, le misure alternative alla detenzione (tra le quali l’assegnazione al lavoro all’esterno e i permessi premio) *non possono essere concesse*. Peraltro, il soggetto istante potrebbe voler insistere – per es. mediante lo strumento del reclamo al Tribunale di Sorveglianza – nella richiesta finalizzata all’ottenimento del beneficio penitenziario. Di conseguenza, per poter sovvertire tale parere negativo, l’onere di allegazione di meri “elementi a favore” gravante sul detenuto, si trasforma in un onere di allegazione di “*veri e propri elementi di prova a sostegno*” della sua istanza²⁷. In sostanza, si chiede al detenuto di provare (si potrebbe dire “al di là di ogni ragionevole dubbio”) l’insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata. Ci si riserva di approfondire tali argomenti nel paragrafo conclusivo della presente trattazione ma, già da questi primi cenni, è possibile cogliere le difficoltà applicative alle quali si va incontro.

5. Il rapporto tra la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale e la sentenza Viola c. Italia della Corte EDU

La sentenza in commento mostra di avere diversi punti di contatto con la pronuncia resa dalla Corte EDU nel caso Viola c. Italia benché, per poter operare un confronto di esse, è d’uopo ricordare brevemente le questioni giuridiche affrontate nell’*affaire* Viola²⁸.

Il ricorrente davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo era un soggetto, Marcello Viola, ritenuto responsabile, all’esito di due diversi giudizi, di aver partecipato a una associazione di stampo mafioso rivestendo la qualifica di promotore dell’organizzazione e di aver commesso altri delitti aggravati dalle c.d. circostanze di tipo mafioso. Per tali fatti egli era stato condannato, a

²⁷ Cfr. sentenza Corte Cost. n. 253/2019 § 9 e 10, in www.cortecostituzionale.it.

²⁸ Cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia*, sentenza 16 giugno 2019, in www.giurisprudenzapenale.com. Per un approfondimento: G. PICARO, *op. cit.*, in *Archivio Penale*, fasc. 2, Maggio-Agosto 2019 (consultato il 3 giugno 2020).

²⁸ Per un commento alla sentenza Viola c. Italia: M. S. MORI, V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *Giurisprudenza Penale* (web), fasc. 6/2019, 14 giugno 2019 (consultato il 3 giugno 2020).

seguito di un provvedimento di rideterminazione della pena intervenuto nel 2008, alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per anni 2 e mesi 6, avendo già trascorso 6 anni di detenzione (dal 2000 al 2006) sottoposto al regime del c.d. carcere duro *ex art. 4-bis O.P.*.

La questione sollevata al cospetto della Corte EDU riguardava le pronunce di inammissibilità dell'istanza di concessione della liberazione condizionale emesse sia dal Tribunale di Sorveglianza sia dalla Corte di Cassazione, sempre sulla base della presunzione assoluta di pericolosità sociale nei termini già, più volte, indicati. Perciò, il medesimo ricorrente si ritrovava a dover scontare la pena del c.d. "ergastolo ostativo" che, ricorda il Giudice della Convenzione: *"è il risultato della riforma legislativa introdotta dalla legge n. 356 del 7 agosto 1992 (legge di conversione del decreto-legge n. 306 dell'8 giugno 1992). Si fonda sulla lettura combinata dell'articolo 22 del CP e degli articoli 4 bis e 58 ter della legge sull'ordinamento penitenziario. Secondo queste disposizioni, l'assenza di "collaborazione con la giustizia" impedisce la concessione della liberazione condizionale e degli altri benefici previsti dall'ordinamento penitenziario."*²⁹.

Lo stesso Giudice convenzionale non mancava di far notare che gli Stati aderenti alla CEDU possono di certo introdurre dei meccanismi presuntivi in osservanza di particolari scelte di politica criminale (tra cui rientra senz'altro la normativa che regola il fenomeno associazionistico mafioso), ricordando, tuttavia, che nel caso di specie il rapporto tra mancata collaborazione e pericolosità sociale era univoco e si risolveva nella totale preclusione per il reo di *"beneficiare di misure progressive (che vanno dal lavoro all'esterno alla liberazione condizionale), destinate ad accompagnarlo nel suo cammino verso l'uscita"* cristallizzando il giudizio di pericolosità sociale nello stesso momento in cui il soggetto aveva iniziato la pena, senza tener conto dei progressi eventualmente compiuti da costui durante il percorso detentivo e perciò rieducativo. Inoltre, la Corte EDU, richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 306/1993, ricordava che: *"la mancanza di collaborazione potrebbe essere non sempre legata a una scelta libera e volontaria, né giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai "valori criminali" e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza"*³⁰.

In forza di tale argomentazione, la Corte di Strasburgo dichiarava l'incompatibilità convenzionale della presunzione assoluta di pericolosità sociale per contrasto con l'art. 3 CEDU in

²⁹ Cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia*, sentenza 16 giugno 2019, in www.giurisprudenzapenale.com.

³⁰ Cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia*, sentenza 16 giugno 2019, in www.giurisprudenzapenale.com.

quanto il condannato all'ergastolo "ostativo" che si rifiutava di collaborare con la giustizia si ritrovava privato di una qualsiasi speranza di essere rimesso in libertà, non potendo accedere alla liberazione condizionale per l'effetto di un giudizio di pericolosità che rimaneva immodificabile nel tempo³¹.

Rammentato questo passaggio fondamentale della pronuncia della Corte EDU, lascia perplessi la perimetrazione operata dalla Consulta disconosce del tutto l'affinità tra il caso prospettato e il caso trattato nella sentenza europea. Vero è, come specificato in precedenza, che la Corte di Cassazione nell'ordinanza di remissione ha deciso in modo chiaro di non sollevare la questione di costituzionalità in tal senso; nondimeno, è altrettanto vero che nell'ordinanza redatta dal Giudice di legittimità non vi sono spiegazioni che giustifichino l'esclusione del parametro costituzionale di cui all'art. 117 della Costituzione³².

Ciò è (*rectius*, sarebbe) bastato a evitare il confronto con la Corte di Strasburgo, ma si noti lo zelo argomentativo con il quale la Consulta precisa che oggetto dello scrutinio di costituzionalità non è "l'ergastolo ostativo": ciò perché, a differenza della sentenza *Viola c. Italia*, nel caso sottoposto al suo scrutinio non si contesta anche la legittimità costituzionale della previsione contenuta nell'art. 2, comma 2, del Decreto Legge 13 maggio 1991, n. 152 che, combinato con l'art. 4-*bis*, comma 1 O.P., impedisce all'ergastolano "ostativo" che non collabori con la giustizia (ma è pleonastico ribadirlo) di usufruire della liberazione condizionale.

Il criterio discrezionale adottato dalla Corte costituzionale si fregia anche del rilievo secondo il quale il giudizio di costituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, O.P. vede il suo oggetto in "una disciplina da applicarsi a tutti i condannati, a pena perpetua o temporanea", per cui la questione di costituzionalità non sarebbe limitata al solo ergastolo ostativo. In conclusione, siccome nel caso di specie non si tratta specificamente di liberazione condizionale e non si parla "soltanto" di ergastolo

³¹ Per un ulteriore commento alla sent. Corte EDU, *Viola c. Italia v. Corte EDU*, E.S. LABINI, *Il cielo si tinge di Viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo?*, in *Archivio Penale* (web), fasc. 3/2019, 24 ottobre 2019.

³² La Corte costituzionale, nella sentenza in commento, afferma che: «Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, non possono essere presi in considerazione ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti dalle parti oltre i limiti dell'ordinanza di remissione; e ciò, sia che siano stati eccepiti, ma non fatti propri dal giudice a quo, sia che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il thema decidendum, una volta che le parti si siano costituite nel giudizio incidentale di costituzionalità (*ex multis*, da ultimo, sentenze n. 226, n. 206, n. 141, n. 96 e n. 78 del 2019)». Cfr. sentenza n. 253/2019 Corte Cost., in www.cortecostituzionale.it, §5.1. Si ricorda anche l'art. 27 della legge 87/1953 laddove è asseverato il principio secondo il quale la Consulta è tenuta a pronunciarsi "nei limiti dell'impugnazione". Cfr. art. 27 della legge 87/1953, in www.cortecostituzionale.it.

ostativo ma di “condanne” ostative in genere, la sentenza della Corte EDU Viola c. Italia risulta inadatta a risolvere la questione.

Senonché, ragionando in tal modo, pare che la Consulta abbia “spostato” il nucleo dell’ostatività definendolo come la mancata possibilità di accedere alla liberazione condizionale quando, piuttosto, è l’assenza del requisito della collaborazione a creare la condizione ostativa alla concessione dei benefici penitenziari.

Riportando la questione sull’asse corretto, ci si rende conto che i criteri distintivi per disconoscere le affinità con la sentenza Viola c. Italia risultano, quantomeno, opinabili.

Il fulcro intorno al quale ruota la problematica dell’ergastolo ostativo non è la mancata possibilità di accedere alla liberazione condizionale in sé e per sé, ma esso è costituito dallo stesso requisito della collaborazione ai sensi dell’art. 58-ter O.P.: è l’assenza di quest’ultimo a rendere “ostativo” l’ergastolo ed è proprio ciò che la Corte EDU intende porre in rilievo con la sentenza Viola c. Italia. La mancata possibilità di ottenere la liberazione condizionale e tutti gli altri benefici penitenziari – punto, anche questo, che spesso sembra sfuggire – rappresenta la conseguenza dell’espresso rifiuto alla collaborazione.

Ciò si manifesta chiaramente nella pronuncia convenzionale, laddove la Corte EDU ricorda la definizione di “ergastolo ostativo” specificando che esso: *“si fonda sulla lettura combinata dell’articolo 22 del CP e degli articoli 4 bis e 58 ter della legge sull’ordinamento penitenziario. Secondo queste disposizioni, l’assenza di “collaborazione con la giustizia” impedisce la concessione della liberazione condizionale e degli altri benefici previsti dall’ordinamento penitenziario”*³³.

Ecco che la distinzione operata dalla Corte costituzionale appare alquanto “esile” nel momento in cui si rammenta che la sentenza europea è incentrata proprio sulla illegittimità convenzionale della presunzione assoluta di pericolosità sociale, a prescindere dal fatto che essa possa dar luogo all’ergastolo ostativo, a una condanna ostativa a pena determinata, alla negazione della liberazione condizionale o alla negazione di un permesso premio (o di altro beneficio penitenziario).

È senz’altro degno di nota anche un altro aspetto. Le ordinanze di remissione sopra ricordate erano entrambe fondate sui reclami di soggetti condannati all’ergastolo ostativo. Per cui, la distinzione argomentativa della Corte costituzionale conduce a una conclusione paradossale: la

³³ Cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia*, sentenza 16 giugno 2019, in www.giurisprudenzapenale.com.

pronuncia *Viola c. Italia*, che *si occupa di ergastolo ostativo*, non si applica *ai casi di ergastolo ostativo*. Ci si chiede anche come si possa non seguire la linea tracciata dalla Corte EDU con la sentenza suddetta quando quelle stesse argomentazioni sono state, di fatto, poste a fondamento della decisione di incostituzionalità.

Vero è che il Giudice di Strasburgo, in questa pronuncia, affronta il tema della condanna all'ergastolo ostativo in relazione all'assenza di qualsiasi "prospettiva di rilascio" – alla luce di una consolidata interpretazione dell'art. 3 della Convenzione – non potendo il detenuto avere accesso alla liberazione condizionale. Nondimeno, è vero che nella medesima pronuncia si afferma che: *“ciò è contrario all'articolo 3 della Convenzione (ibidem, § 129), dato che, disponendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale (paragrafi 116 e 120, qui sopra), il regime in vigore collega in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i delitti sono stati commessi, invece di tener conto del percorso di reinserimento e degli eventuali progressi compiuti dalla condanna”*³⁴.

È chiaro alla Corte EDU che il volontario rifiuto a prestare la propria collaborazione genera la condizione di ostatività originando, nel caso di una condanna all'ergastolo, un regime di pena perpetua – per l'assenza della possibilità di ottenere la liberazione condizionale – e, nel caso di una condanna a pena determinata, l'impossibilità di accedere ai benefici penitenziari in genere come, nella specie, i permessi premio.

Vi sarebbe anche da chiedersi perché la Corte costituzionale abbia deciso di prendere le distanze dalla decisione della Corte di Strasburgo, pur non essendo necessario per questioni procedurali cui si faceva cenno poco sopra³⁵. Guardando “in controluce” il testo della sentenza in commento, si ha quasi l'impressione di poter cogliere una filigrana nascosta. È come se la Consulta avesse voluto rivendicare la propria autonomia nella tutela dei diritti fondamentali, riducendo il parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, comma 1 della Costituzione a strumento di *extrema ratio*. In altri termini, la Corte costituzionale cerca di evitare il “dialogo” con la Corte di Strasburgo dirimendo un eventuale conflitto di matrice costituzionale soltanto sulla scorta di parametri interni, tralasciando, quando possibile, l'aspetto sovranazionale³⁶.

³⁴ Cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia*, sentenza 16 giugno 2019, par. 128, in www.giurisprudenzapenale.com.

³⁵ V. nota n. 32.

³⁶ F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, Europeo*, n. 18/2019, 2 ottobre 2019, § 3, p. 8 (consultato il 3 giugno 2020).

Il dialogo tra le due Corti a volte sembra assumere toni pacifici, quasi accomodanti. Altre volte, invece, si assiste a un vero e proprio scontro. Il conflitto, spesso, è fomentato dall’atteggiamento riottoso assunto dalla Corte costituzionale nei confronti del giudicante europeo. Le pronunce emesse a Strasburgo incontrano spesso le critiche della Consulta che si sforza di operare distinzioni e sotto-distinzioni – sempre più arzigogolate – finalizzate a difendere la propria indipendenza interpretativa dalle ingerenze provenienti dall’applicazione del diritto convenzionale, ormai sempre più frequente.

Riguardo al tema del dialogo tra Corti – dialogo mancato nella pronuncia in commento – sovviene la sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale³⁷, che è noto rappresentare una tappa fondamentale del rapporto instauratosi tra le due Corti. In tale pronuncia la Consulta ha negato l’esistenza di un obbligo generale per il giudice interno di adeguarsi – in via interpretativa – alle pronunce della Corte EDU asseverando che i giudici nazionali non sono dei meri recettori passivi delle sentenze pronunciate dal Giudice della Convenzione. Tale obbligo di adeguamento sussiste soltanto in presenza di una sentenza pilota o di una “giurisprudenza consolidata”, con tutte le problematiche interpretative in ordine a questo secondo elemento³⁸. Di contro, la Corte EDU

³⁷ Oltre il testo di tale pronuncia è possibile leggere, in filigrana, un messaggio diretto a Strasburgo: la Corte Costituzionale rivendica le proprie prerogative di Giudice ponendo, sul confine immaginario tra Italia e Francia, un vaglio che dovrebbe fungere da filtro giurisprudenziale. L’intento comunicativo della Consulta si dà nelle condizioni, del tutto particolari, mediante le quali è possibile distinguere la “giurisprudenza consolidata”, alla quale il giudice interno deve uniformarsi, da quella non consolidata. È interessante notare come tali condizioni applicative siano state delineate in negativo: in altri termini, la Consulta elabora una serie di indizi in presenza dei quali è possibile escludere che si tratti, in un dato caso, di “giurisprudenza consolidata”. Tali indizi, però, sembrano sufficientemente equivoci ed elastici da permettere, più o meno a piacimento, al giudice interno di non seguire il solco tracciato dalla giurisprudenza della Corte europea. Volendo individuarne solo alcuni, si guardi all’elemento della *dissentig opinion* supportata da “robuste” deduzioni, laddove l’aggettivo “robuste” è di libera – non volendo dire arbitraria – interpretazione; ai punti di “distinzione o persino di contrasto” con precedenti giurisprudenziali, criterio che fa leva su un dato strutturale delle pronunce della Corte europea, costituito dal *case by case approach*: perciò, un qualsiasi punto di distinguo è liberamente – per non dire arbitrariamente – interpretabile come escludente il consolidamento giurisprudenziale. Si guardi anche alla discutibile distinzione operata tra sentenze delle Camere semplici e sentenze della Grande Camera: in proposito, si ricordi che l’intervento della Grande Camera ha un carattere eccezionale, perciò, non necessario ai fini del riconoscimento di una “giurisprudenza consolidata”. Su tutti questi temi A. ESPOSITO, *La confisca urbanistica. Una storia a più voci*, Giappichelli, 2020, p. 57 e ss.

³⁸ Cfr. sentenza n. 49/2015 Corte Cost., in www.cortecostituzionale.it. Per un approfondimento sul concetto di diritto consolidato C. SCIALLA (a cura di), *In direzione ostinata e contraria: il «diritto consolidato» secondo la Corte EDU, Grande Camera in G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Ius in itinere* (web), n. 1/2020, 31 gennaio 2020. I commenti alla sentenza n. 49 della Corte costituzionale sono molti, tra gli altri e senza pretesa di esaustività, cfr. F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione)*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 333 e ss.; R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost., sent. n. 49/2015)*, in www.giurcost.org; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 325 e ss. che ritiene la posizione della Corte costituzionale espressione di un

risponde ai rilievi della Corte costituzionale affermando fermamente che tutte le sentenze di Strasburgo “*hanno il medesimo valore legale*”³⁹.

Orbene, premesso che la Corte EDU interpreta le norme convenzionali che debbono essere applicate nell’ordinamento interno secondo un dettato ermeneutico elaborato progressivamente, ne discende che mentre in un sistema di *common law* la prevedibilità è garantita dal principio dello *stare decisis* in quanto l’uniformità di successione delle pronunce permette ai cittadini di conoscere la norma che regola il caso di specie proprio in virtù di un meccanismo di “sedimentazione” giurisprudenziale, non è revocabile in dubbio che la *ratio* sottesa alla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale è quella di disconoscere il ruolo di fonte del diritto alle norme di matrice giurisprudenziale.

Premesso ciò, il timore della Corte costituzionale è quello di garantire la prevedibilità del sistema giuridico, evitando le conseguenze che un mutamento repentino di giurisprudenza (*overruling*) del Giudice di Strasburgo potrebbe causare. Infatti, in dottrina si sottolinea che qualora si riconoscesse la vincolatività per il giudice nazionale di ogni singola pronuncia della Corte EDU, ognuna di queste potrà essere invocata per sollevare questioni di costituzionalità ai sensi dell’art. 117, comma 1 Costituzione; perciò, se quella singola pronuncia dovesse, successivamente, non essere riconfermata dal Giudice della Convenzione si avrebbero ripercussioni normative considerevoli nell’ordinamento interno in ragione, appunto, del mutamento giurisprudenziale e delle precedenti questioni di costituzionalità⁴⁰.

Tale rilievo appare sensato se valutato in via astratta. Tuttavia, ragionando in tal modo si fa prevalere il timore del mutamento giurisprudenziale, futuro e potenziale, sull’esigenza di tutela di un diritto fondamentale della persona che subisce un pregiudizio attuale e concreto.

Insomma, sembra proprio che il rapporto tra le Corti (costituzionale ed EDU) non si sia sviluppato nel migliore di modi, come dimostrato anche dalla sentenza in commento. È, forse,

patriotismo costituzionale ingenuo e infecondo; G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in *Arch. pen.*, 1/2015; G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.

³⁹ Cfr. Corte EDU, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, § 252 come riportato in F. BIONDI, *op. cit.*, § 3, p. 8.

⁴⁰ F. BIONDI, *op. cit.*, p. 9.

proprio per tale motivo che la Corte di Cassazione ha voluto evitare di creare ulteriori appigli conflittuali perché, dopotutto, si sa: “*Tra moglie e marito non mettere il dito*”⁴¹.

6. Bertoldo, la presunzione assoluta di pericolosità e una pianta di fragole. Alcune considerazioni pratiche

Giunti alla fine di queste brevi note, si vuole, da ultimo, operare qualche concisa riflessione spiegando, anzitutto, il senso del titolo dato a questo lavoro. Volendo guardare la questione affrontata in un’ottica fiabesca, sembra che la vicenda della presunzione assoluta di pericolosità sociale sia simile a quell’apologo narrato nel “*Romanzo di Bertoldo*”⁴².

Calandosi, per un attimo, nei panni di un cantastorie si vuole narrare la seguente vicenda: «Bertoldo, un astuto contadino, fu condannato a morte dal re Alboino. Il re processò Bertoldo e lo dichiarò colpevole. Poi irrogò la sua condanna: impiccagione! Tuttavia, l’astuto Bertoldo chiese al re Alboino di esaudire, come ultimo desiderio, la richiesta di poter scegliere il tipo di albero al quale lui stesso avrebbe dovuto essere impiccato. Il re gli lo concesse e gli mise a disposizione un’intera foresta. Bertoldo cercò a lungo, ma nessuna pianta gli piacque. Alla fine decise. Voleva essere impiccato a una pianta di fragole. Perciò, la condanna a morte non poté più eseguirsi perché, è ovvio, non si può impiccare qualcuno a una piccola e gracile piantina di fragole. Così, Bertoldo ebbe salva la vita».

Sembra proprio che la presunzione assoluta di pericolosità sociale abbia lo stesso volto di Bertoldo. Infatti, nella decisione in commento, il re Alboino (la Corte costituzionale) ha deciso di impiccare Bertoldo (la presunzione assoluta di pericolosità sociale) alla pianta di fragole. Ciò costituisce la metafora della difficile – se non impossibile – applicazione pratica dei criteri indicati dalla Consulta come strumento alternativo alla collaborazione con la giustizia.

Innanzitutto, occorre specificare che il rimedio individuato nella sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale non sostituisce bensì affianca gli altri rimedi, ben più noti e risalenti nel tempo,

⁴¹ Per una disamina sulla tutela dei diritti fondamentali nel dialogo tra le Corti A. ESPOSITO, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Archivio Penale* (web), Fascicolo n. 3 – Settembre-Dicembre 2018, 30 novembre 2018 (consultato il 3 giugno 2020).

⁴² G. E. MOTTINI (a cura di), *Il Romanzo di Bertoldo*, La Scala D’Oro, UTET.

della collaborazione impossibile e/o inesigibile individuati dalla stessa Corte costituzionale con le sentenze n. 357 del 1994 e n. 68 del 1995. I principi giuridici elaborati in quelle sedi compongono, oggi, il testo dell'art. 4-bis, comma 1-bis O.P.⁴³.

Il ruolo sussidiario della collaborazione impossibile/inesigibile è confermato anche da una recente sentenza della Corte di Cassazione, Prima Sezione Penale, n. 254/2020 del 28 gennaio 2020 che, pronunciandosi sull'applicabilità del criterio elaborato dalla Consulta, afferma: “*non può certo dirsi – specie in ragione della segnalata differenza di oggetto della prova – abrogata per incompatibilità la previsione di legge (art. 4 bis co.1bis) in tema di collaborazione impossibile o inesigibile.*”⁴⁴.

Volendo soffermarsi in maniera concisa su tali temi, è d'uopo ricordare che l'art. 4-bis, comma 1-bis, O.P. concede, al ricorrere di particolari condizioni, anche ai detenuti non collaboranti la possibilità di essere ammessi a godere dei benefici penitenziari. In sintesi, è possibile scorgere due diverse ipotesi che si procede a illustrare.

La prima si riferisce al caso in cui sia stata accertata, con una sentenza di condanna, la limitata partecipazione al fatto criminoso del soggetto condannato. La *ratio* di tale regola si fonda proprio sulla marginalità del ruolo che il soggetto in questione assume nel compimento dell'illecito, motivo per il quale la collaborazione del medesimo non può assurgere a fonte di informazioni utili al perseguimento di ulteriori reati afferenti alla criminalità organizzata.

Il secondo caso, invece, configura l'ipotesi secondo la quale l'impossibilità di prestare un'utile collaborazione è dedotta a partire dal presupposto che i fatti e le responsabilità attinenti al delitto commesso sono stati già integralmente accertati con sentenza irrevocabile (non necessariamente di condanna); per cui, il detenuto, anche volendo, non potrebbe fornire alcun elemento utile ai fini collaborativi.

Nondimeno, la giurisprudenza di legittimità, nel delineare i criteri guida per condurre l'accertamento in oggetto, tiene in considerazione un'area di illeciti più estesa rispetto a quella del singolo reato commesso: infatti, l'indagine sull'impossibilità della collaborazione, effettuata sulla scorta della sentenza irrevocabile, deve tenere conto non solo dell'apporto informativo relativo al

⁴³ Per un approfondimento S. ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4-bis O.P.*, in *Giurisprudenza Penale* (web), n. 6 del 2018, 16 giugno 2018 (consultato il 3 giugno 2020).

⁴⁴ Cass. pen., sez. I, sent. n. 254/2020 del 28 gennaio 2020, ric. Grasso.

singolo reato ostativo integrato dalla condotta criminosa, ma anche di tutti gli altri apporti informativi che il detenuto potrebbe fornire in riferimento ad altri reati (anche non ostativi) connessi a quest'ultimo per il quale è stata pronunciata sentenza irrevocabile. In sostanza, l'accertamento della possibilità/impossibilità della collaborazione deve estendersi a tutti i delitti che siano finalisticamente collegati con il reato ostativo commesso, *“in quanto l'unicità del reato continuato postula un giudizio globale sulla personalità del condannato e del suo concreto ravvedimento, con riferimento a tutti i fatti e le responsabilità oggetto del processo sfociato nella sentenza definitiva”*⁴⁵.

Quindi, tornando al nuovo rimedio individuato nella sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale, premesso che non si tratti di collaborazione impossibile/inesigibile, si rappresenti il caso di un detenuto “ostativo” volontariamente non collaborante che sollevi istanza di permesso premio al Magistrato di Sorveglianza. Perché l'istanza possa essere ammissibile, occorre che il soggetto detenuto alleghi alla medesima degli “elementi a favore” – che non sono ancora veri e propri elementi probatori – che siano idonei a escludere sia l'attualità dei collegamenti, sia il pericolo di un loro ripristino in futuro. Per giunta, si ricordi che il Giudice di Sorveglianza è chiamato a decidere sul permesso premio a seguito di un'istruttoria appositamente disposta per acquisire informazioni sulla pericolosità del richiedente. In altri termini, ciò che si chiede al detenuto è di “convincere” l'Autorità giurisdizionale rispetto all'insussistenza dei due requisiti individuati dalla Corte costituzionale in modo tale che il giudice stesso possa dare avvio alla fase istruttoria.

Perciò, è logico ritenere che, secondo la valutazione dell'autorità giudicante, se gli “elementi a favore” presentati dall'istante dovessero risultare del tutto insufficienti a fondare l'istanza di accesso al beneficio del permesso premio, la medesima verrà comunque dichiarata inammissibile perché la il modello elaborato dalla Consulta richiede che lo scrutinio di ammissibilità debba effettuarsi *“sia sulla base di tali elementi [quelli allegati dalla parte n.d.r.], sia delle specifiche informazioni necessariamente ricevute in materia dalle autorità competenti”*.

Tale onere di allegazione si trasforma in un vero e proprio onere probatorio se le autorità coinvolte nel procedimento istruttorio – il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica

⁴⁵ Cass. pen., sez. 1, sent. n. 12949/2013 in S. ROMICE, *op. cit.*.

e il Procuratore nazionale antimafia o il Procuratore distrettuale antimafia – dovessero rendere parere negativo alla fruizione del beneficio.

Il rimedio individuato dalla Corte risulta essere ancora più impraticabile nel momento in cui si chiedi al detenuto di provare l'assenza in futuro di un pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata. Sarebbe molto facile giungere a tale stadio della fase istruttoria, considerato che quasi mai le autorità interpellate dal Magistrato di Sorveglianza possono arrivare a escludere del tutto un pericolo futuro di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata. Perciò, in conseguenza di un parere negativo reso dalle autorità competenti, il detenuto dovrebbe fornire una prova *pro futuro* a che il presunto rapporto con la criminalità organizzata non verrà mai più ricostituito⁴⁶.

Tutto ciò fa sì che l'affermazione dell'incostituzionalità della presunzione di permanenza dei collegamenti con la criminalità organizzata in mancanza di collaborazione si sia risolta in una "sacra" ma mera affermazione di principio in quanto il mezzo della collaborazione risulta, in concreto, di gran lunga più accessibile al detenuto rispetto alla farraginoso procedura probatoria individuata dalla Corte costituzionale quale rimedio alternativo.

Insomma, Bertoldo è sopravvissuto e si fa beffe del re e della sua Corte (costituzionale).

⁴⁶ Nello stesso senso v. anche A. DELLA BELLA, *La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità*, in *Sistema Penale* (web), 16 aprile 2020 (consultato il 3 giugno 2020).