

PER SEMPRE DIETRO LE SBARRE?

L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti

a cura di
GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI



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, PAOLO VERONESI

*FORUM DI QUADERNI COSTITUZIONALI RASSEGNA,
fasc. n. 10 del 2019*

INDICE

| | |
|---|------|
| <i>Prefazione</i> | X |
| <i>Documentazione</i> | XV |
| <i>Traccia per la discussione</i> | XVII |

Relazioni introduttive

| | |
|---|----|
| L'ERGASTOLO OSTATIVO NEL FUOCO DELLA <i>QUAESTIO LEGITIMITATIS</i> di FRANCESCO PALAZZO..... | 1 |
| LA PENA DETENTIVA «FINO ALLA FINE» E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI di VLADIMIRO ZAGREBELSKY..... | 15 |

Discussione

| | |
|--|----|
| L'ERGASTOLO OSTATIVO AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: UN DIALOGO POSSIBILE CON LA CORTE EDU? di FRANCESCA BAILO..... | 27 |
| IL 4-BIS ALL'ESAME DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LE QUESTIONI SUL TAPPETO E LE POSSIBILI SOLUZIONI di FRANCESCA BIONDI..... | 33 |
| <i>SPES</i> , ULTIMA DEA di MARIA BRUCALE..... | 49 |
| DIRITTO AL GIUDICE E <i>HABEAS CORPUS</i> PENITENZIARIO: L'INSOSTENIBILITÀ DELLE PRESUNZIONI ASSOLUTE SUI PERCORSI INDIVIDUALI di STEFANIA CARNEVALE..... | 56 |
| A PARTIRE DAL BENE OFFESO COME PARAMETRO DI LEGITTIMAZIONE DELLA PENA CARCERARIA di SILVIA CECCHI..... | 64 |

| | |
|---|-----|
| LA CORTE SIA CHIARA E CORAGGIOSA SUL PRINCIPIO DELL'INCOSTITUZIONALITÀ, ANCHE SE PRUDENTE NELLA SCELTA DELLO STRUMENTO TECNICO di MARIO CHIAVARIO..... | 71 |
| L'ERGASTOLO OSTATIVO NEL PRISMA DEL SOTTOSISTEMA PENALE PREMIALE di ENRICO COTTU..... | 75 |
| IL POSSIBILE DIALOGO TRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTE EDU SULLA (IL)LEGITTIMITÀ DELL'ERGASTOLO OSTATIVO di ILARIA DE CESARE..... | 83 |
| ERGASTOLO OSTATIVO E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ TRA REATO E PENA: SPUNTI DALLE VICENDE FRANCESI di ANDREA DEFFENU..... | 89 |
| COLLABORAZIONE IMPOSSIBILE E ERGASTOLO OSTATIVO di EMILIO DOLCINI..... | 96 |
| QUEL CHE POSSIAMO FARE PERCHÉ IL “DIRITTO ALLA SPERANZA” TROVI CONCRETE APPLICAZIONI IN CARCERE di ORNELLA FAVERO..... | 104 |
| IL PASSO CORAGGIOSO CHE ANCORA RESTA DA COMPIERE di FABIO FIORENTIN..... | 107 |
| ORA TOCCA AI GIUDICI COSTITUZIONALI. IL VIAGGIO DELL'ERGASTOLO OSTATIVO AL CAPOLINEA? di DAVIDE GALLIANI..... | 113 |
| LA POSSIBILITÀ DI UNA PRONUNCIA DI INCOSTITUZIONALITÀ DIFFERITA SUL FINE PENA MAI? di MIRIANA LANOTTE..... | 123 |
| UNA NECESSITÀ DI POLITICA CRIMINALE O UN'ANACRONISTICA, CRUDELE ED ABNORME PUNIZIONE DI STATO? di ANTONIO LEGGIERO..... | 128 |
| IL DIALOGO TRA LE CORTI SULL'ERGASTOLO OSTATIVO: UN'OPPORTUNITÀ PER IL GIUDICE DELLE LEGGI di MARTA MENGOZZI..... | 137 |
| L'ART. 4-BIS COMMA 1 O.P. ALLA PROVA DEI FATTI: IL <i>DEFICIT</i> DI RAZIONALITÀ EMPIRICA E TELEOLOGICA di CLAUDIA PECORELLA e MONICA TRAPANI..... | 142 |
| ALCUNE BUONE RAGIONI PER UN ALLINEAMENTO TRA ROMA E STRASBURGO di ANDREA PUGIOTTO..... | 147 |

| | |
|--|-----|
| PROBLEMI DELL'OSTATIVITÀ SANZIONATORIA. RILEVANZA DEL TEMPO E DIRITTI DELLA PERSONA di DOMENICO PULITANÒ..... | 153 |
| LA DECISIONE SULL'AMMISSIBILITÀ DEGLI INTERVENTI DEI TERZI: UN ALTRO BANCO DI PROVA PER L'"APERTURA" DEL PROCESSO (E DELLA CORTE) di GIORGIO SOBRINO..... | 160 |
| SE LA PENA È DAVVERO "A OLTRANZA": I (SERI) DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ SULL'ERGASTOLO E LE PRECLUSIONI OSTATIVE di PAOLO VERONESI..... | 169 |

PREFAZIONE

Caduta in letargo da alcuni anni come nelle fiabe, abbiamo deciso di risvegliare – rinnovandola - la tradizione dei Seminari “preventivi” ferraresi, promossi dal gruppo di costituzionalisti del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Ateneo estense: il relativo sito (www.amicuscuriae.it), completamente rinnovato, costruisce un ponte con il ricco archivio degli incontri passati (1999-2012) fungendo contemporaneamente da piattaforma di servizio per il nuovo appuntamento che riprenderà, d’ora in poi, a cadenza annuale. Ferrara torna così a ospitare l’approfondimento di un “caso” (quaestio, ricorso, conflitto, quesito referendario) pendente davanti alla Corte costituzionale, scelto per la sua rilevanza e il carattere inedito, preferibilmente di natura interdisciplinare.

Amicus Curiae era e resta la loro denominazione, così come immutati rimangono il metodo e l’obiettivo: favorire una leale collaborazione tra dottrina e giurisdizione costituzionale. Gli atti dei nostri seminari, infatti, sono sempre composti in tempi utili per la decisione della Corte costituzionale che potrà così avvalersene, se e nella misura in cui li riterrà utili al suo impegnativo compito istituzionale. Una Corte costituzionale che, peraltro, ben conosce la dinamica e l’apertura (scientifica, accademica, generazionale) dei nostri appuntamenti cui, in passato, hanno partecipato - anche in veste di apprezzati Relatori - illustri colleghi ora giudici costituzionali.

La nuova serie è stata inaugurata il 27 settembre scorso, presso l’Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara. Questo il titolo del seminario: Per sempre dietro le sbarre? L’ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti. In data 22 ottobre 2019, infatti, è convocata l’udienza pubblica della Corte costituzionale per la discussione riunita di due questioni incidentali, distinte ma non distanti.

La prima è stata promossa dalla Sezione I penale della Corte di Cassazione (ord. 20 dicembre 2018). Il giudice a quo pone il problema di legittimità del negato accesso al beneficio penitenziario del permesso premio per il condannato all’ergastolo che non abbia collaborato con la giustizia, benché il detenuto abbia sempre tenuto negli anni di reclusione un comportamento rispettoso del programma trattamentale. Ad essere impugnato è l’art. 4-bis, comma 1, ord. penit., applicato al condannato per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-bis c.p. ovvero per agevolare le associazioni di stampo mafioso. I parametri che si assumono violati sono gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

La seconda quaestio legitimitatis è stata sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia (ord. 23-28 maggio 2019), che dubita della stessa

disposizione legislativa in relazione agli stessi parametri, ma in un caso differente: qui, il condannato all'ergastolo è un vero e proprio affiliato alla criminalità organizzata.

Comune ai due atti di promovimento è il nodo costituzionale: la dubbia legittimità di una pena detentiva perpetua, riducibile solo attraverso una collaborazione esigibile ed utile con la giustizia (ex art. 58-ter ord. penit.), in assenza della quale, precluso qualsiasi beneficio penitenziario e misura alternativa (liberazione condizionale compresa) e sterilizzati gli effetti concreti dell'unico beneficio accessibile (gli sconti di pena a titolo di liberazione anticipata), l'ergastolo torna ad essere, de jure e de facto, un "fine pena: mai".

È il c.d. ergastolo ostativo, sul quale – nel frattempo – si è pronunciata per la prima volta, il 13 giugno scorso, la Prima Sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nel caso Viola c. Italia (n°2). Il ricorso era stato promosso da un ergastolano ostativo cui i giudici italiani avevano negato l'accesso alla misura della liberazione condizionale in ragione della sua mancata collaborazione con la giustizia, ritenuta possibile e rilevante nel caso di specie, e nonostante la sua reiterata professione di innocenza.

Nel condannare l'Italia, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto eccessivamente limitata la prospettiva di scarcerazione attualmente a disposizione di un condannato all'ergastolo per uno dei reati di cui all'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., valutando per questo la relativa pena come perpetua perché de facto non riducibile. Da qui l'accertata violazione del principio di dignità umana – desumibile dall'art. 3 CEDU – laddove il regime vigente restringe de jure alla sola ipotesi di collaborazione con la giustizia la possibilità per l'ergastolano ostativo di essere restituito alla società, obbedendo così ad una presunzione legale di pericolosità sociale e di mancato ravvedimento di cui la Corte EDU contesta la tenuta logico-giuridica.

In ragione dell'elevato numero di ricorsi – in atto e in potenza – pendenti a Strasburgo aventi ad oggetto la stessa problematica, i giudici europei invitano l'Italia a risolverne le cause strutturali, preferibilmente per via legislativa, attraverso una riforma del regime dell'ergastolo ostativo. Ma non mancano di fare riferimento anche alla quaestio promossa dalla Cassazione penale già iscritta a ruolo a Palazzo della Consulta, come pure alla recente sentenza costituzionale n. 149/2018, che a sua volta mette a valore la decisione della Corte EDU, Vinter c. Gran Bretagna, 9 luglio 2013, in tema di pena perpetua non riducibile.

Nei giorni immediatamente successivi al seminario ferrarese, la sentenza Viola c. Italia n°2 è diventata definitiva, in ragione della dichiarata inammissibilità del referral presentato – inutilmente – dal governo italiano alla Grande Camera contro l'arresto giurisprudenziale della Sezione Prima della Corte EDU.

Il caso costituzionale prescelto, dunque, ha consentito di porre al centro del seminario preventivo ferrarese una batteria di quesiti – sul piano del diritto sostanziale, del processo costituzionale, delle tecniche di giudizio della Corte – squadernati nell'apposita traccia per la discussione, riguardanti la pena perpetua più diffusa nel nostro ordinamento: il numero di ergastolani ostativi – alla data del 4 settembre 2019 – era di 1.255 su 1.790 condannati al carcere a vita, pari al 70,1% del totale (fonte DAP). Simili cifre, unite all'incremento progressivo dei reati iscritti nella black list del comma 1 dell'art. 4-bis, ord. penit., inducono a pensare che l'ergastolo ostativo rappresenti la strada attraverso la quale si tenta – riuscendoci – di restituire effettività al carcere a vita, costi quel che costi.

Come esigevo il nuovo inizio, e proprio al fine di marcarlo con un varo d'eccellenza, abbiamo affidato la duplice relazione introduttiva a due riconosciuti Maestri: Francesco Palazzo (Emerito di Diritto penale dell'Università di Firenze) e Vladimiro Zagrebelsky (già Giudice della Corte EDU, oggi Direttore di LDF-Laboratorio dei Diritti Fondamentali di Torino). Li ringraziamo per la generosa disponibilità e per aver interpretato al meglio il non facile compito di restituire a tutti i numerosi partecipanti le coordinate – costituzionali e convenzionali – della vicenda in esame.

Alle loro relazioni è seguita una discussione, franca e informale, caratterizzata da brevi (dunque numerosi) interventi mai superiori ai dieci minuti.

Il presente volume solo in parte ne restituisce tutte le voci (oltre la trentina): le scadenze redazionali draconiane imposte per comporre gli atti dell'incontro in vista della imminente udienza del 22 ottobre, purtroppo, per molti colleghi si sono rivelate ostative (è l'aggettivo giusto, visto il tema). È comunque possibile recuperare il dibattito ferrarese nella sua integralità, grazie alla sua registrazione audio-video curata dal servizio pubblico di Radio Radicale: la si ritrova nel sito www.amicuscuriae.it in un apposito box.

Nel medesimo sito sono stati veicolati tutti i documenti pertinenti al tema dell'incontro: l'intera (o quasi) documentazione processuale, una comune traccia per la discussione, i testi provvisori delle relazioni introduttive. Il seminario, secondo tradizione, era aperto a tutti gli interessati senza alcuna preclusione, ed ha visto la presenza – oltre che di colleghi costituzionalisti - di studiosi della Corte di Strasburgo, del diritto e del processo penale, di esponenti delle camere penali, di magistrati della sorveglianza, di garanti dei diritti dei detenuti e delle persone private della libertà personale.

Se state leggendo questa prefazione è perché gli esiti dell'incontro ferrarese – confezionati come autonomo volume monografico – vengono ora

diffusi (e così sarà sempre) dalla Rassegna del Forum di Quaderni Costituzionali, che ringraziamo per la sinergia tanto preziosa quanto indispensabile a garantire tempestività alla pubblicazione dei nostri lavori.

Sarà così possibile per chiunque, con un semplice clic sul proprio pc e senza spese di sorta, attingere ai risultati prodotti da uno sforzo davvero collettivo. Se è vero – come ha detto Papa Francesco – che «l'ergastolo non è la soluzione dei problemi ma un problema da risolvere», ci auguriamo che questo volume possa tornare utile in vista delle decisioni e delle riflessioni che accompagneranno la pronuncia della Corte costituzionale, mai così tanto attesa.

*Giuditta Brunelli
Andrea Pugiotto
Paolo Veronesi*

DOCUMENTAZIONE

[Tutti i documenti sono consultabili nel sito dei nuovi Seminari “preventivi” ferraresi, all’indirizzo www.amicuscuriae.it]

ATTI DI PROMOVIAMENTO

Corte di Cassazione, Sez. I penale, ordinanza 20 dicembre 2018

Tribunale di Sorveglianza di Perugia, ordinanza 23-28 maggio 2019

ATTI DI INTERVENTO IN GIUDIZIO

Atto di intervento in giudizio di parte privata (Cannizzaro)

Atto di intervento in giudizio di parte privata (Pavone)

Atto di intervento dell’associazione Nessuno Tocchi Caino

Atto di intervento del Garante Nazionale dei diritti dei detenuti e delle persone private della libertà personale

Atto di intervento in giudizio dell’Unione Camere Penali Italiane

Benché richiesti, non è stato possibile ottenere gli altri atti di intervento in giudizio depositati presso la cancelleria della Corte costituzionale da parte del Governo e del sig. Marcello Dell’Anna

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

Corte EDU, Prima Sezione, *Viola c. Italia n°2*, ricorso n°77633/16, sentenza 13 giugno 2019 (versione italiana)

TRACCIA PER LA DISCUSSIONE
[In **neretto** sono indicati i documenti scaricabili
dal sito *www.amicuscuriae.it*]

Il contesto

1.1. In data 22 ottobre 2019 è convocata l'udienza pubblica della Corte costituzionale per la discussione della *quaestio* promossa dalla Sezione I penale della Corte di Cassazione (**ord. 20 dicembre 2018, n. 59**). Il giudice *a quo* dubita della legittimità del negato accesso al beneficio penitenziario del permesso premio per il condannato all'ergastolo che non abbia collaborato con la giustizia, benché il detenuto abbia sempre tenuto negli anni di reclusione un comportamento rispettoso del programma trattamentale.

Ad essere impugnato è l'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., applicato al condannato per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. ovvero per agevolare le associazioni di stampo mafioso. I parametri che si assumono violati sono gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

1.2. Successivamente è pervenuta alla Corte costituzionale un'altra *quaestio*, distinta ma non distante da quella già calendarizzata. A sollevarla è il Tribunale di Sorveglianza di Perugia (**ord. 28 maggio 2019, n. 135**), che dubita della medesima disposizione legislativa in relazione agli stessi parametri, ma in un caso differente: qui, l'ergastolano è un vero e proprio affiliato alla criminalità organizzata, e non un soggetto condannato per aver agevolato il sodalizio criminale.

1.3. Comune ai due atti di promovimento è il nodo costituzionale di fondo. In gioco è la dubbia legittimità del c.d. ergastolo ostativo: pena detentiva perpetua (*ex art. 22 c.p.*), riducibile solo attraverso un'utile ed esigibile collaborazione con la giustizia (*ex art. 58-ter ord. penit.*) in assenza della quale, precluso qualsiasi beneficio penitenziario (liberazione condizionale compresa) e sterilizzati gli effetti possibili dell'unico beneficio accessibile (gli sconti di pena a titolo di liberazione anticipata), il condannato all'ergastolo per uno dei reati indicati dall'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. è destinato ad una detenzione integralmente intramuraria, *usque ad mortem*.

Si tratta della massima pena più frequentemente irrogata dai giudici italiani: i dati ufficiali del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria (aggiornati al 4 settembre 2019) indicano in 1.255 il numero di ergastolani ostatici, a fronte di 1.790 condannati a vita, pari al 70,1% del totale. Approssimativamente, dunque, tre ergastolani su quattro sono ergastolani ostatici.

1.4. Nel frattempo, e per la prima volta, sul regime italiano dell'ergastolo ostativo si è pronunciata il 13 giugno scorso la **Prima Sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (caso Viola c. Italia n°2)**. Il ricorso era stato

promosso da un ergastolano ostativo cui i giudici nazionali avevano negato l'accesso alla misura della liberazione condizionale in ragione della sua mancata collaborazione con la giustizia, ritenuta possibile e rilevante nel caso di specie, e nonostante la sua reiterata professione di innocenza.

I giudici di Strasburgo hanno accertato la violazione della dignità umana, desumibile dall'art. 3 CEDU: l'ergastolo ostativo «*limita eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità di riesame della pena. Pertanto, questa pena perpetua non può essere qualificata come comprimibile ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione*» (§137).

Una preclusione assoluta?

2.1. L'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. ha introdotto una specifica e preliminare condizione (collaborare utilmente con la giustizia, ex art. 58-ter, ord. penit.), la cui assenza preclude la concessione dei benefici penitenziari da parte del giudice di sorveglianza.

Sulle modalità di tale collaborazione è più volte intervenuta la giurisprudenza costituzionale (cfr. sentt. nn. 306/1993, 357/1994, 361/1994, 68/1995), escludendo dal suo perimetro la collaborazione *inutile* (perché il reo «*nulla o poco sa*»), in ragione della sua limitata partecipazione al fatto criminoso), *impossibile* (perché «*già si sa tutto di ciò che c'è da sapere*»), in ragione dell'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità) e *irrilevante* (perché al reo è stata applicata taluna delle attenuanti di cui agli artt. 62 n. 6, 114 e 166 c.p.) Tali indicazioni giurisprudenziali sono state recepite nel comma 1-bis dell'art. 4-bis, ord. penit., che eleva a ragione ostativa alla concessione dei benefici penitenziari la sola collaborazione *esigibile*.

In pratica, il condannato per reato ostativo può aspirare a misure extramurarie solo nei casi in cui collabori utilmente con la giustizia oppure dimostri di non poterlo fare. Così configurata, si tratta di una preclusione *assoluta*?

2.2. La pregressa giurisprudenza costituzionale lo nega.

Per un verso, la preclusione sancita dalla norma non darebbe origine ad alcuna situazione di automatismo, dipendendo da un'opzione volontaria del condannato - rivedibile in ogni momento - di non collaborare, pur essendo in condizione di farlo. Per altro verso, si baserebbe su dati di esperienza generalizzati la presunzione legislativa che la scelta di collaborare con la giustizia sia la sola ad esprimere, con certezza, la volontà di emenda del condannato e l'avvenuta rescissione del suo pregresso legame con il sodalizio criminale. Da ultimo, l'opzione legislativa avrebbe una sua ragionevolezza, in chiave di prevenzione generale e di difesa sociale, favorendo uno strumento essenziale per la lotta alla criminalità organizzata.

2.3. Con argomentazioni in larga parte coincidenti, invece, i giudici *a quibus* contestano la legittimità costituzionale della norma proprio perché eleva la collaborazione con la giustizia a «*prova legale esclusiva*» (così la Cassazione penale), sia dell'avvenuto ravvedimento che dell'assenza di pericolosità sociale del detenuto. E chiedono – ai fini della concessione del beneficio premiale – di poter «*valutare nel caso concreto le ragioni che hanno indotto l'interessato a mantenere il silenzio*» (così il Tribunale di sorveglianza di Perugia).

La presunzione legale in esame – oltre a non trovare copertura nella più recente giurisprudenza costituzionale (vedi, *infra*, §§3 di questa traccia) – non terrebbe conto che alla base della mancata collaborazione vi possono essere motivi che «*non risultano univocamente dimostrativi dell'attualità della pericolosità sociale e non necessariamente coincidono con la volontà di rimanere legato al sodalizio mafioso di provenienza*» (così la Cassazione penale): ad esempio, i timori per l'incolumità propria e dei propri familiari, il rifiuto morale di accusare stretti congiunti o persone cui si è legati da vincoli affettivi, il ripudio di un concetto meramente utilitaristico di collaborazione.

La scelta legislativa, inoltre, precluderebbe al giudice di sorveglianza «*di poter tener conto anche di altri indici che ben possono contribuire ad una valutazione concreta circa l'assenza di una attuale pericolosità sociale del condannato*» (così il Tribunale di sorveglianza di Perugia), emergenti dal percorso detentivo, da condotte dissociative rispetto all'associazione criminale di appartenenza o di concreto impegno a favore delle vittime dei reati commessi.

Le esemplificazioni addotte dai giudici *a quibus* sono sufficienti a superare l'*id quod plerumque accidit* su cui il legislatore ha edificato l'art. 4-bis, comma 1, ord. penit.?

2.4. Il problema è stato affrontato dalla Corte EDU nel caso *Viola c. Italia* n°2.

De jure, i giudici di Strasburgo riconoscono che «*la legislazione interna non vieta, in modo assoluto e con effetto automatico*» un orizzonte di libertà al condannato all'ergastolo ostativo, in ragione del meccanismo di una collaborazione utile ed esigibile con la giustizia (§101). Tuttavia ritengono che, «*nella sua applicazione pratica*», tale meccanismo «*finisca per limitare eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità per quest'ultimo di domandare il riesame della pena*» (§110).

Ciò che la Corte EDU contesta è la tenuta logico-giuridica della doppia presunzione legislativa, di pericolosità sociale e di mancata emenda, collegata all'assenza di collaborazione con la giustizia. La scelta del detenuto di collaborare o meno può non essere libera, perché condizionata dal pericolo di ritorsioni anche esiziali: il che impedisce di far discendere la mancata collaborazione «*unicamente dalla persistenza dell'adesione ai "valori criminali" e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza*» (§118). Analogamente, l'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento può non essere vera, potendo il condannato aiutare le autorità «*con l'unico*

proposito di ottenere i vantaggi previsti dalla legge» (§119), fuori dunque da ogni autentica dissociazione o emenda. Infine, l'equivalenza tra mancata collaborazione e presunzione assoluta di pericolosità sociale, risolve il reo nel suo reato, «invece di tener conto del percorso di reinserimento e degli eventuali progressi compiuti dalla condanna» (§128).

Quali margini di autonomia può avere la Corte costituzionale, rispetto alla valutazione così compiuta dai giudici di Strasburgo? La violazione convenzionale non si traduce, automaticamente, in violazione costituzionale, in ragione del vincolo gravante sulla legislazione interna di rispettare gli obblighi internazionali pattizi?

Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale

3.1 Nel suo complesso, la giurisprudenza costituzionale in tema di art. 4-bis, ord. penit. è stata – fin qui – prevalentemente assolutoria.

La Corte costituzionale ha registrato con preoccupazione *«la tendenza alla configurazione normativa di “tipi di autore”*», individuati sulla base del titolo astratto del reato commesso, *«per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita»* (sent. n. 306/1993, ma anche sentt. nn. 361/1994, 68/1995). Ha riconosciuto apertamente che il meccanismo ostativo risponde ad esigenze investigative e non penitenziarie (sent. n. 239/2014). Si è spinta a censurare con dichiarazioni di incostituzionalità vari aspetti specifici della disciplina o sue specifiche applicazioni, ma ha sempre escluso che l'ostatività prescritta dall'art. 4-bis, ord. penit. possa ritenersi *«di per sé»* (sent. n. 239/2014) in contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost., anche quando in grado di generare un ergastolo senza scampo (cfr. sent. n. 135/2003).

3.2. Entrambi i giudici *a quibus* capitalizzano alcuni più recenti orientamenti della Corte costituzionale, a dimostrazione di una sua progressiva presa di coscienza circa le criticità costituzionali del regime ostativo penitenziario.

Si fa riferimento alla giurisprudenza costituzionale sulla pericolosità sociale di persone imputate o indagate per reati di criminalità organizzata, per le quali la Corte ha fatto cadere l'automatismo della custodia cautelare in carcere (cfr. sentt. nn. 57/2003, 48/2015). Si richiamano le decisioni d'incostituzionalità di situazioni di automatismo nell'ambito della detenzione domiciliare speciale e ordinaria, che l'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. precludeva alle detenute madri di infanti, se condannate per un reato ostativo (cfr. sentt. nn. 239/2014, 76/2017). Tale giurisprudenza – secondo la Cassazione penale – sembrerebbe negare copertura all'idea che *«la scelta collaborativa costituisca prova legale esclusiva di ravvedimento»*.

Si attinge alla sent. n. 149/2018 dove - dichiarando illegittima la soglia dei ventisei anni effettivi di detenzione per poter accedere a un qualsiasi beneficio

penitenziario, prevista per una particolare categoria di ergastolani - «*la Consulta chiarisce che i principi di flessibilità delle pene e della progressione trattamentale costituiscono esplicazioni dell'art. 27 Cost. vanificate da uno sbarramento uniforme e frustrante della necessaria gradualità negli interventi trattamentali*» (così il Tribunale di sorveglianza di Perugia).

Davvero questi più recenti arresti della Corte costituzionale prefigurano un possibile *overruling* rispetto ai suoi consolidati orientamenti passati in tema di art. 4-bis, comma 1, ord. penit.?

3.3. I giudici *a quibus* valorizzano anche, e soprattutto, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale circa la finalità della pena, riconosciuta ora nella sua indefettibile funzione rieducativa, «*da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*» (da ultima, sent. 179/2017), coerentemente con «*il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*» (da ultima, sent. n. 149/2018).

Per parte sua, anche la Corte EDU nel caso *Viola c. Italia n°2* riconosce la centralità che il principio di risocializzazione ha acquisito nelle politiche penali europee, nelle relative norme internazionali e nella sua stessa giurisprudenza, sottolineando che tale obiettivo «*riguarda anche i detenuti condannati all'ergastolo*» (§108).

In passato, la Corte costituzionale ha escluso un contrasto tra il finalismo rieducativo della pena e l'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., facendo leva sull'assenza di una gerarchia fissa tra le finalità attribuite dalla Costituzione alla pena (sent. n. 273/2001), sulla possibilità di concedere ai condannati per reati ostativi il beneficio della liberazione anticipata (sent. n. 306/1993), e sulla richiesta collaborazione con la giustizia quale espressione, priva di ambiguità, della volontà di reinserimento sociale del condannato (sent. n. 273/2001).

Un simile apparato argomentativo è davvero sufficiente ad allineare il regime ostativo al diritto, valido «*per tutti i condannati a pena detentiva, ivi compresi gli ergastolani*», a che il protrarsi della pretesa punitiva dello Stato «*venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo*» (sent. n. 204/1974)?

3.4. Il Tribunale di sorveglianza di Perugia fa leva anche sulla recente ord. n. 117/2019, che – in relazione all'obbligo di dichiarazioni che possono rivelarsi autoaccusatorie - eleva il c.d. diritto al silenzio a «*corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24 Cost*», includendolo nel novero dei principi supremi dell'ordinamento caratterizzanti «*l'identità costituzionale italiana*». Diversamente, poiché la collaborazione con la giustizia è *conditio sine qua non* per poter accedere ai benefici penitenziari, per l'ergastolano ostativo il principio *nemo tenetur se detegere* si capovolge – come affermato in dottrina - nell'*inquisitorio carceratus tenetur alios detegere*.

Non si è, allora, in presenza di una violazione dell'art. 24 Cost. (peraltro non indicato a parametro nell'atto di promovimento perugino)? O si deve ritenere che il diritto di tacere operi solo all'interno dell'istruttoria penale e del processo di cognizione, ma non anche nella fase dell'esecuzione penale?

3.5. Successivamente ai due atti di promovimento (che, in ragione di ciò, la ignorano), la Corte costituzionale ha ridefinito la complessiva *ratio* sottostante all'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. pronunciando la sent. n. 188/2019.

Introdotta mediante decretazione d'urgenza all'indomani della strage di Capaci (d.l. 8 giugno 1992, n. 306) e convertito in legge dopo la strage di via d'Amelio (l. 7 agosto 1992 n. 356), originariamente il regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari aveva il preminente obiettivo di *«incentivare, per ragioni investigative e di politica criminale generale, la collaborazione con la giustizia dei soggetti appartenenti o “contigui” ad associazioni criminose, che appariva come strumento essenziale per la lotta alla criminalità organizzata»* (sent. n. 239/2014), soggetti ai quali riservare *«un trattamento penitenziario di particolare asprezza»* (sent. n. 188/2019).

Nel tempo le (poche e specifiche) ipotesi di reati associativi inclusi nell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. si sono moltiplicate, dando origine a un elenco *«complesso, eterogeneo e stratificato»* (sic le sentt. n. 239/2014, 32/2016, 76/2017), ora arricchito anche da quasi tutti i reati contro la pubblica amministrazione, in forza della l. 9 gennaio 2019, n. 3. Ecco perché *«al tempo presente, l'unica adeguata definizione della disciplina di cui all'art. 4-bis, ord. penit. consiste nel sottolinearne la natura di disposizione speciale, di carattere restrittivo, in tema di concessione dei benefici penitenziari a determinate categorie di detenuti o internati, che si presumono socialmente pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato per il quale la detenzione o l'internamento sono stati disposti»* (sent. n. 188/2019). A giustificare la composizione del catalogo dei reati ostativi di cui all'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. è, dunque, l'*«allarme sociale»* (sent. n. 188/2019) che il legislatore, discrezionalmente, riconosce a taluni reati.

Una simile ridefinizione sistematica della norma impugnata può avere rilievo, e quale, sulla risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale promosse dalla Cassazione penale e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia?

Il dialogo tra Corti

4.1. L'interpretazione di un articolo della CEDU s'impone ai giudici nazionali (anche costituzionali) solo se espressione di un orientamento ermeneutico consolidato a Strasburgo.

In tema di pena perpetua si è oramai sedimentata una copiosa giurisprudenza europea così riassumibile: pene di durata indeterminata non sono in sé contrarie alla CEDU, purché non sproporzionate al reato e a

condizione che la loro indeterminatezza non presenti il carattere assoluto della perpetuità, dovendosi offrire all'ergastolano una concreta prospettiva di rilascio e una certa possibilità di riesame. La sua matrice può essere indicata nella sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito*.

Quanto la sentenza della Corte EDU nel caso *Viola c. Italia n°2* consolida, e quanto invece innova (come afferma l'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek) siffatto orientamento giurisprudenziale?

4.2. La sentenza nel caso *Viola c. Italia n°2*, pronunciata dalla Prima Sezione della Corte EDU, non è ancora definitiva: solo il 13 settembre prossimo, infatti, scadrà il termine di tre mesi per il possibile *referall* da parte del Governo italiano alla Grande Camera. Alla data del Seminario, dunque, sapremo se tale richiesta è stata avanzata: in tal caso sarà necessario attenderne il vaglio di ammissibilità (ex art. 43 CEDU), affidato a un *Panel* composto da cinque giudici europei.

Allo stato, in che misura un simile arresto ancora non definitivo a Strasburgo può influenzare il giudizio di costituzionalità avente ad oggetto il medesimo regime penitenziario?

4.3. Né la Cassazione penale né il Tribunale di sorveglianza di Perugia includono nel *thema decidendum* l'art. 117, comma 1, Cost., integrato dall'art. 3 CEDU quale parametro interposto di costituzionalità.

Tale omissione formale può essere d'ostacolo – in forza del principio processuale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, ex art. 27, legge n. 87 del 1953 - all'ingresso, nel giudizio di costituzionalità, della prospettiva assunta a Strasburgo, ora addirittura con specifico riferimento al regime italiano dell'ergastolo ostativo?

O, invece, si può ritenere che la Corte costituzionale possa comunque e liberamente acquisirne elementi di giudizio, anche facendo leva sugli espliciti richiami alla sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito*, presenti in entrambi gli atti di promovimento?

4.4. Diacronicamente successiva alle due ordinanze di rimessione, la sentenza *Viola c. Italia n°2* non poteva essere richiamata dai giudici *a quibus*. Viceversa, è la Corte EDU nel suo più recente arresto a fare due espliciti riferimenti alla giurisprudenza costituzionale italiana più recente.

Il primo è proprio alla pendente *quaestio* promossa dalla Cassazione penale, riguardante l'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. (cfr. §48 e §132). Il secondo è alla sentenza della Consulta n. 149/2018, fondamentale per la messa a punto dei principi costituzionalizzati di progressione trattamentale e di individualizzazione della pena, e per la critica agli automatismi legislativi in ambito penitenziario e all'ostatività all'accesso ai benefici penitenziari per un arco temporale irragionevolmente esteso (cfr. §43 e §132). Peraltro, proprio nella sent. n. 149/2018, a loro volta e per la prima volta, i giudici costituzionali

fanno autonomo richiamo alla giurisprudenza convenzionale, con specifico riferimento al caso *Vinter e altri c. Regno Unito*.

In questo evidente e reciproco gioco di sponda, può leggersi un tendenziale allineamento delle due Corti in tema di pene perpetue riducibili?

4.5. Pe la sentenza dei giudici di Strasburgo, il caso *Viola c. Italia n°2* evidenzia «un problema strutturale, per il quale sono attualmente pendenti davanti alla Corte [EDU] un certo numero di ricorsi». Di più: «In prospettiva, potrebbero dar luogo alla presentazione di numerosi altri ricorsi aventi ad oggetto la stessa problematica» (§141). Si tratta, dunque, di un arresto che già sostanzialmente equivale a una sentenza-pilota o, invece, di questa è solo il possibile preannuncio?

La riconosciuta natura strutturale del problema pone in capo allo Stato italiano l'obbligo di risolverlo tempestivamente, attraverso una riforma del regime ostativo applicato all'ergastolo - «di preferenza per iniziativa legislativa» - di cui la Corte EDU traccia le linee guida (§142). Trattandosi di un dovere gravante su tutti i poteri statali (Corte costituzionale compresa), può essere l'imminente giudizio di legittimità dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., l'occasione per adempiervi mediante giudicato costituzionale? Non si presta a tale lettura il richiamo che la Corte EDU fa alla *quaestio* promossa dalla Cassazione penale (cfr. §48 e 132)?

Analogie e differenze

5.1. Identico il *thema decidendum*, diverse sono invece le fattispecie concrete alla base dei due giudizi *a quibus*. Nel caso davanti alla Cassazione penale, il divieto di concessione del beneficio del permesso premio riguarda la mancata collaborazione di un condannato per concorso esterno in associazione mafiosa. Nel caso davanti al Tribunale di sorveglianza di Perugia, invece, concerne la mancata collaborazione di un associato all'organizzazione mafiosa.

È una differenza che rende non assimilabili le due questioni di legittimità sollevate? Lo adombra il primo giudice *a quo* laddove contesta l'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., perché non distingue «tra gli affiliati di un'organizzazione mafiosa e gli autori di delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dalla stessa norma».

O, invece, ha ragione il Tribunale di sorveglianza di Perugia che, pur riconoscendo la «non completa sovrapposibilità» tra le due fattispecie, ritiene egualmente che i dubbi prospettati dalla Cassazione penale «debbano estendersi» anche al proprio caso?

5.2. Il caso *Viola c. Italia n°2* deciso dalla Corte EDU riguarda il divieto di concessione (non del beneficio del permesso premio, bensì) della liberazione condizionale. In ciò, si differenzia dai casi sorti davanti ai due giudici *a quibus*.

Tale difformità è motivo sufficiente per negare (in tutto o in parte) una trasposizione, ai fini della risoluzione delle due questioni di costituzionalità, delle valutazioni compiute dalla Corte di Strasburgo?

O, invece, la differenza non rileva perché i dubbi di costituzionalità sollevati s'intendono rivolti all'automatismo conseguente alla mancata collaborazione con la giustizia, quale causa ostativa a *qualsiasi* beneficio penitenziario?

5.3. Entrambi i giudici *a quibus* molto insistono sulla specificità del beneficio del permesso premio, distinguendolo dalle altre misure alternative alla detenzione, in ragione della sua «*diversità strutturale*» e della sua «*peculiare funzione*» mirante alla «*realizzazione di una finalità immediata*» e alla «*soddisfazione di esigenze anche limitate*» nell'ambito della sfera degli interessi affettivi, culturali o lavorativi (così la Cassazione penale). Da qui la contestazione dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. perché, «*non distinguendo tra differenti benefici penitenziari, ne comprime le peculiarità*», richiedendo in ogni caso la collaborazione con la giustizia, tanto «*per dimostrare il ravvedimento del condannato (requisito proprio della sola liberazione condizionale), quando per un permesso premio che richiede la più modesta regolare condotta*» (così il Tribunale di sorveglianza di Perugia).

In questa prospettiva, si deve ritenere che i dubbi di costituzionalità sollevati si giustificano *esclusivamente* in riferimento all'ostatività al beneficio penitenziario del permesso premio?

5.4. Secondo altra prospettiva – pure presente nell'ordinanza perugina – il beneficio premiale avrebbe un carattere «*necessariamente prodromico alla concessione di misure alternative*» alla detenzione, in ragione del principio costituzionalizzato di progressività del trattamento penitenziario: per questo, l'ostatività sarebbe d'ostacolo al «*graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione della pena*», ripercuotendosi negativamente anche sulle altre misure extracarcerarie della semilibertà e della liberazione condizionale.

È lecito, allora, ritenere che i dubbi di costituzionalità riguardino il regime ostativo a *ogni* beneficio e misura alternativa, circoscritti dai giudici *a quibus* in riferimento al solo permesso premio esclusivamente per ragioni attinenti al requisito processuale di rilevanza della *quaestio*?

Dialettica processuale e tecniche di giudizio

6.1. Nel giudizio di costituzionalità promossa dalla Cassazione penale ha depositato **atto di intervento l'associazione radicale Nessuno Tocchi Caino**; in quello promosso dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia altrettanto ha fatto con un proprio **atto di intervento il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale**. Entrambi rivendicano la titolarità di un *«interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio»* che – secondo giurisprudenza costituzionale consolidata – è requisito necessario per ammettere l'ingresso a Palazzo della Consulta di soggetti diversi dalle parti storiche del processo principale. Esistono le condizioni perché la Corte allarghi il contraddittorio ai due intervenienti?

Sia pure in via subordinata, il Garante Nazionale chiede di contribuire – mediante l'introduzione di deduzioni giuridiche pertinenti alla causa in oggetto – alla funzione di giurisdizione oggettiva della Corte costituzionale *«nel ruolo di amicus curiae»*. Si tratta di una richiesta innovativa in senso assoluto, mirante ad un allargamento della dialettica processuale inedito per la Corte costituzionale italiana (ma non per altri tribunali costituzionali, né per la Corte EDU). L'art. 4, comma 3, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale (deliberate il 7 ottobre 2008) può giustificare una simile novità processuale?

6.2. Stando al P.Q.M. delle loro ordinanze di rimessione, entrambi i giudici *a quibus* mirano ad una sentenza di accoglimento di tipo additivo: la disposizione impugnata sarebbe incostituzionale *«nella parte in cui esclude»* dalla possibile fruizione del permesso premio l'ergastolano ostativo *«che non abbia collaborato con la giustizia»* (così espressamente la Cassazione penale; solo implicitamente il Tribunale di sorveglianza di Perugia, alla luce della parte motiva del suo atto di promovimento).

Come precisa il giudice perugino, l'accoglimento non comporterebbe *«una automatica concessione del beneficio richiesto»*, consentendo semmai al tribunale di sorveglianza una valutazione concreta e individualizzata della pericolosità sociale del detenuto oggi solo presunta, e fermo restando l'accertamento del requisito di legge circa l'acquisizione di *«elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»* (art. 4-bis, comma 1-bis, ord. penit. estraneo alle questioni di costituzionalità prospettate). La stessa Corte EDU, nel caso *Viola c. Italia n° 2*, ha cura di puntualizzare che *«la possibilità di riesame dell'ergastolo implica la possibilità per il condannato di chiedere la liberazione, non necessariamente di ottenerla, nel caso in cui costituisca ancora un pericolo per la società»* (§144).

Attraverso un simile giudicato costituzionale, si verrebbero a ripristinare i criteri di individualizzazione e progressività del percorso trattamentale penitenziario, senza mettere a repentaglio le esigenze di sicurezza collettiva oggi scudate dal regime ostativo?

6.3. Nel tratteggiare le linee guida di una necessaria riforma del regime dell'ergastolo ostativo, la Corte EDU, pronunciandosi nel caso *Viola c. Italia n°2*, esige – oltre al riesame del percorso trattamentale del detenuto da parte dell'autorità giurisdizionale – «*la possibilità per il condannato di beneficiare del diritto di sapere cosa deve fare perché la sua liberazione sia possibile e quali siano le condizioni applicabili*», e di esprimere la rottura con la criminalità organizzata «*con strumenti diversi dalla collaborazione con la giustizia e dall'automatismo legislativo attualmente in vigore*» (§143).

Una simile riforma strutturale è nella disponibilità della Corte costituzionale? Può trovare adeguata traduzione in un suo (eventuale) dispositivo manipolativo?

6.4. Come già argomentato in questa traccia (vedi, *supra*, §5.3), i giudici *a quibus* confezionano le censure di costituzionalità “su misura” alla mancata concessione del solo beneficio premiale. E tuttavia, è possibile ipotizzare (come si è fatto, *supra*, §5.4) che la *ratio decidendi* dell'accertata incostituzionalità riguardi il meccanismo dell'ostatività *in sé*, indipendentemente dal beneficio penitenziario di cui si esclude la fruizione per mancata collaborazione con la giustizia.

Qualora fosse dichiarata l'incostituzionalità del regime ostativo in relazione al permesso premio, esistono le condizioni per una dichiarazione d'illegittimità consequenziale dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. nella parte in cui subordina alla condotta collaborativa l'accesso *anche* alle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI dell'ordinamento penitenziario? Non richiesta dai giudici *a quibus*, ma sollecitata nel suo atto d'intervento dal Garante Nazionale, il potere (*ex art. 27, l. n. 87 del 1953*) di estendere l'accertata incostituzionalità di una disposizione ad altre norme connesse è comunque esercitabile d'ufficio dal giudice delle leggi.

L'ERGASTOLO OSTATIVO
NEL FUOCO DELLA *QUAESTIO LEGITIMITATIS*
RELAZIONE INTRODUTTIVA

di FRANCESCO PALAZZO*

SOMMARIO: 1. Una questione dalle molte facce. – 2. Tendenze legislative attuali ed ergastolo ostativo. – 3. Ergastolo e rieducazione. – 4. L'irrazionalità della presunzione ostativa. – 5. La funzione processuale della preclusione. – 6. La portata decisoria di una possibile pronuncia di accoglimento. – 7. Conclusione.

1. La questione dell'ergastolo ostativo, compresa ovviamente anche la *quaestio* della sua legittimità costituzionale che qui specialmente ci occupa, presenta una caratteristica non rara allorché istituti o norme giuridiche vengono sottoposte ad una complessiva valutazione alla luce della trama assiologica, funzionale e strutturale dell'ordinamento. Ed in effetti la questione dell'ergastolo ostativo può essere impostata e affrontata secondo due angolazioni notevolmente diverse tra loro.

Da un lato, la *quaestio* che ora c'impegna può essere assimilata ad una sorta di figura poliedrica dalle molte facce e dai numerosi lati e spigoli, in cui la luce si rifrange dall'uno all'altro in un gioco non sempre facile da governare secondo una logica giuridica serrata e lineare. E così sono già gli stessi parametri di costituzionalità implicati nella questione ad essere non solo plurimi ma anche tra di loro intersecantisi: domina certo la *rieducazione*, ma non ne mancano altri come la *dignità*, l'*umanità*, la *proporzione* della pena, la *libertà di autodeterminazione*, la *ragionevolezza*. Ma soprattutto sono complessi i rapporti tra questi parametri: quale è prioritario tra di essi, quali sono i rapporti di gerarchia assiologica o di derivazione logica? La rieducazione può essere concepita come un corollario della dignità, con conseguente almeno tendenziale espansione e sovraordinazione del finalismo rieducativo rispetto ad altri valori e obiettivi costituzionali; oppure la dignità può essere assunta in chiave di limite alla stessa rieducazione, in una logica in cui la rieducazione si deve confrontare

* *Emerito di Diritto penale, Università di Firenze*

con altre esigenze valoriali, senza dunque poter esaurire un po' tirannicamente tutte le altre possibili funzioni della pena.

Ma poi la poliedricità della questione dipende ulteriormente e quasi inevitabilmente dal fatto che la questione dell'ergastolo ostativo non può non risentire della questione "madre" per così dire, cioè della problematicità che accompagna come un'ombra lo stesso ergastolo ordinario. Anche qui, dunque, un intreccio, spesso addirittura involontario. Non c'è dubbio che l'ergastolo ostativo è una specie dell'ergastolo ordinario: entrambi sono oggi accomunati dalla *perpetuità potenziale* della durata della pena. Certo, nell'uno – quello ordinario – prevale per così dire la "potenzialità" mentre nell'altro – quello ostativo – tende a prevalere la perpetuità, c'è insomma una maggiore effettività e una minore potenzialità della perpetuità. Ebbene, allora non è escluso, ed anzi è abbastanza frequente, che nell'affrontare la questione dell'ergastolo ostativo gli argomenti ad esso contrari battano molto sulla perpetuità, pur sempre potenziale in linea teorica, per gettare ombre più in là, anche sull'ergastolo ordinario: e così si forgiavano argomenti che potrebbero essere spesi anche contro la legittimità dell'ergastolo ordinario. Quel che si eccipisce, insomma, è la perpetuità mettendo in ombra la sua potenzialità: e l'ergastolo ostativo offre una buona occasione visto e considerato che qui la potenzialità è ridotta dalle preclusioni più stringenti e numerose. E tanto più gli argomenti critici contro l'ergastolo ostativo si dilatano e si moltiplicano quanto più si prende coscienza che l'ergastolo «non è la soluzione dei problemi, ma un problema da risolvere» (come ha affermato Papa Francesco qualche giorno fa, il 14 settembre 2019).

Dall'altro lato, la *quaestio* dell'ergastolo ostativo può essere affrontata non tanto mettendo in discussione l'istituto in sé, cioè la sua perpetuità più o meno potenziale, quanto piuttosto taluni aspetti particolari della disciplina formulata dal nostro legislatore: il vizio viene cercato non nel rapporto di contraddizione diretta tra la perpetuità e i principi costituzionali della pena, ma nella irragionevolezza e incoerenza "interna" di alcuni profili di disciplina rispetto alla finalità dello stesso istituto: e così, ad esempio, nella congruenza della tipologia dei reati per cui è prevista la preclusione oppure nell'identità della disciplina preclusiva per tutte le misure alternative di cui vengono così ignorate le profonde differenze funzionali.

Tra queste due angolazioni della *quaestio legitimitatis* dell'ergastolo ostativo ve n'è una terza che si colloca in un'ideale linea mediana, costituita proprio dalla razionalità della preclusione *in sé*: senza, dunque, mettere in gioco tutti i principi toccati e – diciamo pure – scossi dall'ergastolo e della *perpetuità potenziale* della pena e senza, d'altra parte, circoscrivere la valutazione di costituzionalità dell'ergastolo ostativo a profili di irragionevolezza interna della sua disciplina, ci si impegna invece nell'accertamento della razionalità di quella preclusione che costituisce la nota caratterizzante dell'istituto, il pernio normativo sul quale si regge.

Già *in limine* del mio discorso debbo confessare la mia preferenza per quest'ultima impostazione della questione. Non che l'ergastolo ostativo non

metta in discussione principi sommi della pena, come ad esempio la stessa dignità della persona (non a caso richiamata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Viola*); non che l'ergastolo ostativo non costituisca una tentazione più che legittima, per chi dubita della compatibilità coi nostri valori fondanti dello stesso ergastolo ordinario, per aprire brecce su quest'ultimo facendo leva appunto sul loro carattere comune della perpetuità (ancorché potenziale, diversamente potenziale, nell'uno e nell'altro). Ma questa strada, per così dire più radicale e d'ampia portata, potrebbe essere disagevole da percorrere in un momento storico in cui l'ergastolo continua a costituire una sorta di tabù penalistico e in cui la stessa riflessione teorica sui grandi principi della pena registra ancora una forte distanza se non contraddizione rispetto al comune sentire. In fondo, al di là di questa preoccupazione realistica e forse anche eccessivamente cautelosa, la stessa persuasività argomentativa di un'eventuale dichiarazione d'incostituzionalità potrebbe avvantaggiarsi di un impianto motivazionale che, senza disperdersi nei grandi e molteplici principi della pena, si concentrasse piuttosto sulla razionalità della preclusione in sé.

Tutto ciò premesso, questo mio contributo tenterà comunque di essere esauriente nei limiti del possibile, articolandosi in tre parti distinte. Innanzitutto, si cercherà di offrire una *contestualizzazione* della questione nell'attuale momento storico-politico, nella convinzione che le valutazioni costituzionali sono bensì "al di sopra della legge" ma necessariamente immerse nella concreta evoluzione sociale dei valori: tanto più quando si tratta di questioni che, come quella dell'ergastolo ostativo, toccano alcuni principi assiologici molto sentiti e diffusi nella società civile. In secondo luogo, si procederà all'analisi dei vari *parametri costituzionali* che vengono in gioco nella questione, cercando di mettere in luce le diverse conseguenze derivanti dall'assumere l'uno o l'altro come principale punto di riferimento per la sua soluzione. Infine, si proverà ad immaginare e prospettare i *diversi contenuti* che potrebbe assumere un possibile dispositivo di accoglimento della questione che espunga dall'ordinamento l'ergastolo ostativo o ne ridimensioni significativamente la portata.

2. E veniamo allora alla *contestualizzazione* della questione. Se la sentenza *Viola* fosse stata pronunciata qualche anno fa, forse avrebbe potuto avere l'effetto di scuotere un legislatore che seppure molto timidamente aveva tuttavia quantomeno avvertito il problema dell'ergastolo ostativo. Gli Stati Generali dell'esecuzione penale, convocati dal ministro della giustizia Andrea Orlando, erano stati investiti di un vasto compito di riflessione che non poté non toccare anche la revisione dell'ergastolo ostativo. Qualche ricaduta si ebbe anche nella legge delega 103/2017 che, pur non rifiutando il principio dell'ostatività, ne ridimensionava la portata ai soli reati di mafia e di terrorismo. Ma ancor prima, una commissione nominata dal ministro Anna Maria Cancellieri del governo Letta e incaricata di elaborare linee di riforma generale del sistema sanzionatorio, fu sollecitata da uno specifico input ministeriale a

indirizzare i propri lavori verso lo stralcio di uno schema di progetto per la revisione proprio dell'ergastolo ostativo: compito puntualmente assolto rendendo addirittura pubblico un testo di estrema linearità. Probabilmente, non se ne sarebbe fatto niente egualmente, ma se la sentenza *Viola* fosse intervenuta allora avrebbe forse trovato un terreno più fertile e recettivo di quello attuale.

Oggi, in effetti, il clima sembra essere particolarmente ostile a qualunque ridimensionamento dell'ergastolo ostativo. E sono molti i segnali in questo senso. Non vi sono solo le dichiarazioni di esponenti autorevoli di forze politiche tutt'altro che minoritarie o sconfitte, che affermano la necessità di un ergastolo "vero", da intendere ovviamente nel senso di accentuare l'inflessibilità verso l'effettiva perpetuità. Negli ultimi mesi sono state molte le innovazioni legislative che costituiscono chiara espressione di un largo favore verso l'ergastolo e, ancor più significativamente, verso la preclusione ostativa di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, dell'ord. penit. Sotto il primo profilo, del favore verso l'ergastolo, va ricordata la legge del 12 aprile 2019, n. 33, che ha escluso la possibilità del rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo, impedendo così la trasformazione della pena da perpetua in trent'anni di reclusione. Inoltre, la legge 19 luglio 2019, n. 69 sulla violenza domestica e di genere ha esteso la comminatoria dell'ergastolo all'omicidio aggravato dalla relazione di convivenza ovvero dalla relazione di affettività dell'autore con la vittima: è legittima, al riguardo, l'impressione di una certa disinvoltura con cui si fa ricorso alla massima pena in conseguenza di un presupposto fattuale come la relazione di semplice affettività, che non solo non aggiunge nulla al disvalore oggettivo del fatto ma soprattutto può assumere contorni molto sfumati e di insicuro accertamento probatorio. Ancora, la stessa legge ha punito con l'ergastolo l'omicidio realizzato in conseguenza del nuovo delitto di "sfregio".

Sotto il secondo profilo, ancor più allarmante è la inarrestabile forza espansiva assunta dalla preclusione ostativa di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. nei confronti di un numero crescente di reati ancorché puniti con pene temporanee: ancor più allarmante perché, consolidandosi così la preclusione, si rafforza nel contempo anche l'ergastolo ostativo per quei reati che lo prevedono, visto e considerato che il pernio e il "vizio" di fondo dell'ergastolo ostativo sta proprio, non tanto nella perpetuità potenziale dell'ergastolo quanto piuttosto nella preclusione ostativa, che rende più probabile la perpetuità *de facto* della pena. Ebbene, con un'operazione davvero sorprendente, il legislatore (legge 9 gennaio 2019, n. 3) ha inserito tra i reati comportanti la preclusione ostativa delle misure alternative anche un nutrito gruppo di delitti contro la pubblica amministrazione (compreso il peculato, che non sia d'uso): gli effetti di questa innovazione sono destinati ad andare al di là delle stesse intenzioni del legislatore, poiché molte fenomenologie criminose, che pur rientrano formalmente nelle fattispecie ostative contro la pubblica amministrazione, non hanno nulla ma proprio nulla a che vedere con la criminalità associativa o addirittura organizzata con riguardo alla quale la preclusione ostativa fu originariamente pensata.

Sebbene fortunatamente rimasta lettera morta, va segnalata – quale espressione parossistica della valorizzazione della preclusione – la proposta, formulata dal DAP in sede di conversione del c.d. decreto sicurezza bis, di inserire tra i reati ostativi due nuove fattispecie: l'una consistente nel possesso o introduzione di apparato radiomobile all'interno di istituti penitenziari; l'altra consistente nelle lesioni personali aggravate dalla qualità della vittima di appartenente al personale penitenziario. È qui manifesta la disinvoltura con cui la preclusione ostativa viene estesa a qualunque nuova ipotesi criminosa che il legislatore ritenga di partorire nella sua bulimia.

In questo movimentato scenario legislativo all'insegna di un "rilancio" di quelle che sono le due componenti dell'ergastolo ostativo, pena perpetua e preclusione ai benefici, si può forse pensare che la sentenza *Viola* intervenga come un forte monito, come un richiamo per il legislatore nazionale affinché si trattenga dal percorrere con troppo demagogica disinvoltura una via lastricata di seri dubbi di compatibilità coi principi fondamentali, costituzionali, convenzionali e culturali, in materia di pene criminali: quasi un arretramento nel lungo ma inesorabile processo di civilizzazione della penalità. Rimane però il fatto che, verosimilmente escluso un ripensamento del legislatore a breve termine, le forti tensioni che si stanno creando tra le tendenze legislative in atto e la consolidazione giurisprudenziale di principi opposti rischiano di accrescere la già forte sovraesposizione degli organi giurisdizionali di controllo sulla legittimità costituzionale e convenzionale delle leggi. Nessuna flessione o tentennamento è nemmeno pensabile lungo la via della civilizzazione della penalità, ma non c'è dubbio che di questo scenario di tensioni attuali o potenziali si debba in qualche modo tener conto nell'affrontare una questione che si è caricata di forti e contrapposte aspettative, com'è appunto quella dell'ergastolo ostativo.

3. Passando ora alla seconda parte del nostro discorso, vengono in considerazione i *parametri di costituzionalità*, che – come anticipato – sono plurimi e in qualche modo tra loro intrecciati: dignità, rieducazione, proporzione, ragionevolezza, razionalità.

Come è stato osservato proprio da Andrea Pugiotto, l'ergastolo, nelle sue due forme dell'ergastolo ordinario ed ostativo, *sta e cade* proprio con la *rieducazione*. Secondo l'ormai consolidato orientamento delle due Corti: l'ergastolo *cade*, certamente, laddove la disciplina legale di questa pena ne cristallizzi una perpetuità assoluta, irriducibile o comunque sensibile a variazioni totalmente estranee a considerazioni penologiche attinenti alle trasformazioni della personalità del condannato in termini di pericolosità e reinserimento sociale. Ma altrettanto certamente *sta* in quanto la sua disciplina sia informata ad una perpetuità *solo potenziale*, essendo invero destinata a cedere dinanzi alle trasformazioni personologiche della pericolosità. Questo è quello che dovrebbe accadere nella disciplina, pur differenziata, dell'ergastolo

ordinario e di quello ostativo. E la differenziazione non dovrebbe poter pesare in termini di costituzionalità sull'ergastolo ostativo. È ben vero che il superamento della potenziale perpetuità nell'ergastolo ostativo è più difficile, è più "stretto" che in quello ordinario, con maggiore compressione dunque della finalità rieducativa; ma è anche vero che l'istanza risocializzativa, pur non potendo mai essere totalmente sacrificata in nessuna fase della vicenda punitiva, può tuttavia essere variamente bilanciata con altre contrapposte esigenze di repressione della criminalità. E qui potrebbe semmai aprirsi la possibilità di un giudizio di ragionevolezza altamente elastico in termini di corretta ponderazione tra le diverse finalità della pena. Questo è l'assunto cui perviene anche la più recente e aperta giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 149/2018).

Tutt'altro discorso è quello, poi, dell'adeguatezza intrinseca della disciplina della potenziale perpetuità a garantire che tanti anni di detenzione intramuraria, magari senza neppure la possibilità di fruire tempestivamente di spazi prodromici di progressiva libertà, possano realmente ottenere la rimozione della pericolosità sociale e, conseguentemente, il superamento della perpetuità potenziale. Sarebbe pur sempre un giudizio di costituzionalità fondato sulla rieducazione ma declinato in realtà più precisamente in termini di razionalità strumentale. In sostanza, l'ergastolo – ordinario e ostativo – è legittimo in quanto possa *de facto* perdere la sua perpetuità a causa del conseguimento di risultati rieducativi, ma la difficoltà di accedere agli strumenti del trattamento progressivo, dovute alla preclusione, mette in forse i risultati rieducativi e consolida la perpetuità. Il giudizio, però, si sposta allora sulla giustificazione in termini di rieducazione delle preclusioni.

Tornando, dunque, al parametro della rieducazione *in sé considerato*, è difficile contestare che la perpetuità *potenziale* dell'ergastolo ordinario e ostativo consente di predicarne in linea di principio la compatibilità costituzionale: quasi paradossalmente, la rieducazione *salva* la legittimità dell'ergastolo in quanto solo potenzialmente perpetuo. Con la conseguenza che la eventuale perpetuità effettiva, *de facto*, in caso di mancato raggiungimento in concreto del risultato rieducativo si rivelerebbe un "costo accettabile" proprio in ragione della strutturazione rieducativa dell'ergastolo.

Ebbene questo ragionamento, che peraltro ha trovato tanta eco e riconoscimento nella giurisprudenza sia costituzionale che convenzionale, pare fortemente inficiato sul piano dei valori fondanti l'ordinamento penale. L'eventuale perpetuità *de facto* dell'ergastolo conseguente alla mancata rimozione della pericolosità, ammesso pure che sia compatibile con la finalità rieducativa, trasforma però l'ergastolo in una sostanziale *misura di sicurezza* di durata indeterminata, chiamando così in causa *altri, diversi* parametri di costituzionalità. Più precisamente, quelli tra loro fortemente intrecciati della *proporzione* e della *dignità*.

Quanto al primo, è sufficiente ricordare che il principio di proporzione è ormai assolutamente consolidato anche nel campo delle misure di sicurezza

propriamente dette, con la conseguenza che deve essere considerato radicalmente incostituzionale uno strumento sanzionatorio che, fra l'altro sotto le mentite spoglie formali della pena, si presenti in realtà come una misura di sicurezza di durata indeterminata.

Quanto al parametro della dignità, il discorso potrebbe svolgersi lungo sentieri assai elevati ed impegnativi. In questa sede sia sufficiente osservare che nel nostro ordinamento penale e costituzionale non è pensabile, per gli autori imputabili, la *reductio* della sanzione criminale unicamente alla misura di sicurezza: il principio della *responsabilità personale* impone che gli autori di reato siano considerati come soggetti liberi di autodeterminarsi e come tali non assoggettabili a misure *esclusivamente* incapacitanti o trattamentali, correzionali o terapeutiche che siano. Il nostro ordinamento impone che la pena abbia anche un contenuto e una finalità trattamentali, e in questo senso non è affatto implausibile la *reductio ad unum* del contenuto sanzionatorio di pena e misura di sicurezza, ma esclude radicalmente che la sanzione criminale possa totalmente identificarsi con la seconda. Non può esistere, insomma, un diritto penale di sole misure di sicurezza.

La conclusione di queste considerazioni è abbastanza evidente. Impostare la questione di costituzionalità dell'ergastolo ostativo evocando il parametro della rieducazione sotto il profilo delle maggiori restrizioni previste dall'art. 4 *bis*, può essere fuorviante e inopportuno. Da un lato, perché la potenzialità della perpetuità – seppur in termini di maggiore probabilità rispetto a quello ordinario – lo legittima sotto il profilo della rieducatività. Dall'altro lato, perché la perpetuità (eventualmente, *de facto*) effettiva mette in discussione la legittimità anche dell'ergastolo ordinario esattamente allo stesso modo di quello ostativo e, soprattutto, evoca necessariamente altri parametri di costituzionalità altamente “impegnativi” come la proporzione e soprattutto la dignità. Personalmente, non nascondo che questa seconda modalità prospettica di avvicinarsi alla questione di costituzionalità della pena perpetua mi parrebbe quella più coerente con uno sforzo di civilizzazione dell'ordinamento penale attraverso lo sradicamento dell'ergastolo *tout court* dal sistema. Tuttavia, non può ovviamente essere dimenticato né il fatto che la questione è stata posta con specifico riferimento alla *species* dell'ergastolo ostativo (nonostante – ribadiamo – non vi siano differenze strutturali rispetto a quello ordinario), né il fatto che una presa di posizione rispetto all'ergastolo in quanto tale potrebbe essere oltremodo disagevole nel contesto politico-sociale di cui si è detto in apertura.

4. La *quaestio legitimitatis* dell'ergastolo ostativo assume, invece, tutt'altra fisionomia se viene impostata, con riferimento pur sempre all'ineliminabile salvaguardia dell'obiettivo rieducativo, ma nei più ristretti termini della ragionevolezza, anzi per meglio dire della *razionalità*, della preclusione derivante dal comportamento negativo della mancata collaborazione. Implicita

premessa di questo – solo apparentemente – più circoscritto *thema decidendum* è che il principio di *individualizzazione* del trattamento sanzionatorio è venuto bensì imponendosi nella giurisprudenza costituzionale (sent. n. 222/2018) traendo seco la conseguenza di una forte componente di discrezionalità giudiziale nella determinazione in concreto della pena e delle sue vicende esecutive; ma, tuttavia, il principio di individualizzazione non giunge fino a bandire radicalmente qualunque presunzione legale, che funga da limite o presupposto all'applicazione di istituti a valenza rieducativa: all'imprescindibile condizione, però, che la presunzione sia dotata di intrinseca razionalità, idoneità, adeguatezza rispetto alle esigenze penologiche sottese allo scopo rieducativo.

Una simile prospettiva di giudizio, non solo ne riduce l'ambito dal punto di vista per così dire quantitativo, ponendosi il fuoco della questione nella logica interna della preclusione ostativa senza sfuggire nella valutazione dei rapporti di compatibilità tra ergastolo – ostativo o ordinario – e i parametri di rieducazione, dignità e proporzione. Ma, anche dal punto di vista per così dire qualitativo, depotenzia notevolmente la componente spiccatamente *assiologica* della questione per concentrarsi invece su quella *empirica* riassumibile nella formula appunto empirico-razionale dell'*id quod plerumque accidit*.

Sia detto senza alcun accento censorio, ma si ha l'impressione che la *quaestio* dell'ergastolo ostativo, quindi della preclusione legale di cui all'art. 4 *bis*, sia stata spesso posta – più o meno consapevolmente e volutamente – trascorrendo spesso dal piano più specifico ed assiologicamente quasi neutro dell'intrinseca razionalità funzionale della presunzione ostativa al piano più generale ed assiologicamente pregnante della compatibilità tra perpetuità eventuale, *de facto* e rieducazione. Questo sembra leggersi nelle due ordinanze di remissione alla Corte costituzionale; e in parte, ma solo in parte, anche nella sentenza *Viola*, il cui vero cuore argomentativo è invece costituito dalla inidoneità logico-razionale della presunzione ad esprimere e realizzare le esigenze penologiche cui dovrebbe essere orientata.

Circoscrivere il *thema decidendum* alla preclusione ostativa *in sé* significa renderne la decisione più agevole, sia dal punto di vista dell'impegno argomentativo necessario sia dal punto di vista del rischio di immettersi su una via che potrebbe portare a porre implicitamente in gioco l'ergastolo come tale.

La soluzione della *quaestio* sulla base dell'intrinseca irrazionalità della preclusione, che parrebbe la più lineare per le ragioni or ora sottolineate, potrebbe andare incontro a qualche difficoltà od obiezione di opportunità. In primo luogo, sarebbe necessario trovare il modo di superare il precedente contrario della sentenza 135/2003, con la quale la Corte valutò del tutto plausibile l'efficacia ostativa della preclusione, ritenendo la mancata volontaria e possibile collaborazione espressione di persistente pericolosità, molto sottolineando inoltre il carattere volontario del comportamento omissivo, senza peraltro darsi più di tanto carico di dimostrare che quel comportamento pur volontario potesse essere sempre irrimediabilmente espressione di pericolosità invece che dettato da motivazioni tutt'altro che riprovevoli. Orbene, quel

precedente, a parte il fatto che è tutt'altro che immune dal sospetto di essere errato, potrebbe comunque essere superato senza contraddizioni alla luce di due considerazioni decisive.

In primis, a distanza di più di tre lustri da quel precedente potrebbe essere invocata l'esperienza maturata in questi anni di esecuzione di ergastoli ostativi che ha mostrato coi fatti l'impossibilità di dare credito alla presunzione legale dell'art. 4 *bis*. *In secundis*, posto che la sentenza *Viola* ha fondato la sua condanna proprio sull'intrinseca irrazionalità della presunzione, ne viene che la nostra Corte costituzionale, chiamata nuovamente a valutare la condizione ostativa, non potrebbe non tener conto della sopravvenuta valutazione della Corte di Strasburgo in ordine all'insussistenza di adeguate ragioni penologiche alla base della presunzione legale. E ciò nonostante il fatto che la sentenza *Viola* non sia definitiva.

In secondo luogo, l'adozione di una sentenza di accoglimento sulla base della intrinseca irrazionalità della presunzione legale avrebbe come conseguenza quella di travolgere non solo – e, direi, non tanto – l'ergastolo ostativo, ma lo stesso meccanismo presuntivo e dunque di impedirne l'operatività nell'intero suo campo di applicazione come delineato dall'art. 4 *bis*: in sostanza, la dichiarazione di incostituzionalità si estenderebbe oltre l'ergastolo anche a tutte le pene temporanee comminate per tutti i reati oggi presenti nell'elenco dell'art. 4 *bis*, comma 1. Senza, ovviamente, che questo risultato possa scandalizzare, non c'è dubbio che esso potrebbe costituire una remora prevalentemente di opportunità ad assumere una decisione dalla portata espansiva così ampia. Forse potrebbe esservi un modo per limitare gli effetti indubbiamente dirimpenti di una dichiarazione d'incostituzionalità fondata sulla intrinseca irrazionalità della presunzione, anche se al prezzo di un ragionamento invero non poco tortuoso. Proviamo ad ipotizzarne gli improbabili passaggi.

Posto che la preclusione è comunque irrazionale rispetto alle esigenze penologiche della rieducazione e in generale trattamentali, essa potrebbe però essere fondata su ragioni di tutt'altro tipo – diciamo, in sintesi, di difesa sociale – particolarmente avvertite rispetto a determinate tipologie di reati, che impongono strategie repressive incisive e peculiari. In sostanza, la preclusione verrebbe a conformare uno "speciale" trattamento repressivo reso necessario dalle peculiarità di taluni reati. Ed è un po' questo il senso dell'opinione dissenziente della sentenza *Viola*. D'altra parte, l'istanza rieducativa è comunque bilanciabile con contrapposte esigenze repressive nella discrezionale conformazione legislativa della disciplina sanzionatoria, alla condizione – s'intende – che essa non risulti però ridotta a zero, completamente estromessa ed ignorata in un'ottica unicamente repressiva. Orbene, si potrebbe concludere che, mentre rispetto alle pene temporanee la possibilità rieducativa, seppure estremamente compressa, non è radicalmente esclusa in ragione principalmente della loro temporaneità e dell'eventuale risultato rieducativo cui può comunque essere funzionale il trattamento intramurario, l'ergastolo ostativo per il non

collaborante si risolverebbe in una pena *de facto* perpetua come tale non solo priva di ogni *chance* realmente rieducativa ma ancor prima viziata da una violazione della dignità umana.

Sulla base di questo ipotetico ragionamento, dunque, la disciplina ostativa dell'ergastolo e quella delle pene temporanee potrebbe, seppure con molti sforzi, essere differenziata nella sua valenza costituzionale, autorizzando così una conseguenziale dichiarazione di incostituzionalità della preclusione limitata all'ergastolo ostativo, senza travolgerla in relazione anche alle pene temporanee. Ma non è chi non veda come, in tal modo, si rischierebbe sia di imboccare una via assai poco lineare, sia di rispingere la questione sui lidi più incerti dei parametri della rieducazione e della dignità, allontanandola dal più incisivo ed efficace parametro dell'intrinseca irrazionalità. Senza contare poi che, *last but not least*, si darebbe così luogo all'irragionevolezza di un trattamento sanzionatorio "rinforzato" dalla preclusione per reati meno gravi puniti con pene temporanee, mentre per i reati più gravi puniti con l'ergastolo quel "rinforzo" sanzionatorio dovrebbe cadere.

5. Facendo professione di realismo, non si va probabilmente molto lontani dal vero opinando che la preclusione dell'art. 4 *bis*, soprattutto prima dello scomposto incremento dei reati ostativi, è norma in realtà eccentrica e sostanzialmente estranea al piano della rieducazione. Nel senso che essa, più che una presunzione di pericolosità funzionalmente preclusiva degli istituti rieducativi in libertà o semilibertà, costituisce una norma orientata a finalità politico-criminali strettamente opportunistiche di *natura processuale*: è, per farla breve, un efficace strumento di pressione per ottenere dal condannato il comportamento processualmente utile. Così che, muovendo da questa premessa, finisce per essere incongrua una valutazione della preclusione in termini di razionalità strumentale rispetto alla rieducazione. Nello stesso tempo, è chiaro che la preclusione ostativa – in questa logica – presenta una fisionomia unitaria quale che sia il tipo di pena su cui s'innesta, temporanea o perpetua.

Orbene, pretese di collaborazione processuale sono ben possibili nel nostro ordinamento, e niente esclude che, al limite, possano configurarsi addirittura come veri e propri obblighi giuridici sanzionandone la violazione anche penalmente come autonomi illeciti: nel rispetto però e comunque del diritto al silenzio relativamente a dichiarazioni concernenti la propria responsabilità (ord. n. 117/2019). Ed in vero il comportamento richiesto dall'art. 4 *bis*, comma 1, non implica necessariamente dichiarazioni di contenuto solamente autoaccusatorio.

Ciò posto, e al di fuori degli obblighi specifici, è chiaro che l'*incentivo* alla collaborazione può essere strutturato in due forme molto diverse tra loro. Una cosa è, infatti, incentivare mediante la prospettiva di un'attenuazione o esclusione della punibilità per il reato presupposto; tutt'altra cosa è, invece, incentivare mediante il previo "rafforzamento" del trattamento punitivo,

destinato però a cedere nel caso di comportamento collaborativo. È empiricamente probabile che questa seconda tecnica d'incentivazione sia più efficace, ma è anche certo che essa si pone in plateale contrasto con il fondamentale principio di proporzione tra gravità del reato presupposto e trattamento sanzionatorio conseguente. Infatti, è del tutto evidente che, nell'ipotesi in cui il comportamento collaborativo non sia volontariamente adottato, e dunque non si giunga al superamento della preclusione ostativa, il trattamento sanzionatorio deteriore che ne consegue è "intenzionalmente" e per definizione *sproporzionato* rispetto alla gravità del reato. E ciò in quanto esso è il risultato di un surplus sanzionatorio – in questo caso costituito dal divieto di accesso ai benefici – finalizzato appunto a premere sulla volontà del condannato. E nemmeno è possibile legittimare il surplus sanzionatorio sulla base del presunto disvalore aggiuntivo del comportamento refrattario alla collaborazione. A parte il fatto che, se davvero dovesse ipotizzarsi siffatto disvalore, esso dovrebbe accompagnare qualunque manifestazione criminosa e non solo una tipologia delimitata di reati (ancorché significativamente in via di costante accrescimento), non è nemmeno immaginabile l'esistenza nel nostro ordinamento di un siffatto principio di collaborazione da parte del reo con l'amministrazione della giustizia. Avviarsi su questa strada, come purtroppo lascia pensare la disinvoltura con cui si accresce l'elenco di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, significherebbe attentare alla stessa fisionomia costituzionale del rapporto tra cittadino e autorità nel campo della giustizia penale.

Tornando dunque al punto, anche considerando molto realisticamente la preclusione come un mero strumento di collaborazione processuale sganciato in realtà da ogni valenza connessa alla rieducazione, essa si rivela incostituzionale: e, più precisamente, per contrasto col principio di proporzione. È chiaro, inoltre, che tale vizio, da un lato, affligge la preclusione come tale, quale che sia il reato e la pena rispetto ai quali opera, e non solo i reati puniti con l'ergastolo; dall'altro lato, potendo rendere l'ergastolo *de facto* perpetuo, la *quaestio* può in tal caso nuovamente chiamare in causa i parametri della rieducazione e della dignità, fermo rimanendo che il vizio si annida "a monte", nel meccanismo sanzionatorio prescelto per l'incentivazione.

6. È giunto il momento di affrontare il terzo ed ultimo dei nuclei tematici che ci eravamo prefissi: e cioè quello della *portata* di un eventuale dispositivo di accoglimento. Già abbiamo avuto occasione di notare, in vero, come la questione dell'ergastolo ostativo presenti come sua caratteristica saliente una sorta di "eccedenza decisoria", nel senso di una sua implicita tendenza a debordare verso dubbi di legittimità coinvolgenti, per un lato, lo stesso ergastolo ordinario e, per un altro, la preclusione ostativa in sé indipendentemente dal tipo di pena. Ciò rende, appunto, molto opportuno soffermarsi sul tema della portata decisoria di un dispositivo di accoglimento.

Preliminarmente occorre, seppure in forma quasi parentetica, sottolineare che la Corte costituzionale non potrebbe comunque rimodellare la disciplina della preclusione, neppure prendendo spunto da alcune proposte a suo tempo formulate per correggere o attenuare la rigidità della preclusione. Almeno due furono le proposte che furono formulate in questo senso. La prima, muovendosi nella prospettiva di una presunta funzionalità di possibili presunzioni rispetto alla rieducazione, ipotizzava di sostituire il comportamento di collaborazione – quale presupposto necessario per accedere ai benefici – con più significative condotte *lato sensu* riparatorie. La seconda, muovendosi invece nella prospettiva di una funzione di mero rafforzamento sanzionatorio perseguito dalla preclusione, ipotizzava di condizionare l'accesso ai benefici per i reati ostativi ad un innalzamento dei limiti di pena espiata. A parte la difficoltà di condividere siffatte proposte di riforme per motivi che qui non occorre esplicitare più di tanto, è comunque evidente che simili manipolazioni della disciplina dell'art. 4 *bis* sono interdette alla Corte costituzionale, nonostante le recentissime aperture in materia di possibili soluzioni adottabili anche se “a rime non del tutto obbligate”.

Acclarato quanto sopra, il problema della portata decisoria dell'accoglimento si pone in tutta la sua evidenza in rapporto a tre variabili: innanzitutto, se la pronuncia di eventuale accoglimento debba essere assunta riguardo alla disciplina dell'ergastolo oppure della preclusione come tale, a seconda che si prescelga la strada del vizio annidato nella perpetuità *de facto*, ovvero quella del vizio consistente nella irrazionalità empirica della presunzione. Ribadito che, per le ragioni espresse precedentemente, a noi parrebbe logicamente più congrua e praticamente più opportuna la seconda via, rimane da verificare, in primo luogo, se la portata decisoria del dispositivo debba essere limitata alla specie di misura alternativa – i permessi premio – per i quali è stata sollevata la questione ovvero possa essere estesa a tutte le misure toccate dalla preclusione. In secondo luogo, rimane da verificare se l'irrazionalità della preclusione debba essere affermata in rapporto unicamente al tipo di reato oggetto del giudizio *a quo* oppure se possa essere estesa ad altre tipologie criminose o a tutte quelle elencate nell'art. 4 *bis*, comma 1.

Per quanto riguarda il primo nodo, quello della *tipologia delle misure alternative* rispetto alle quali opera la preclusione, a stretto rigore sarebbe difficile estendere l'effetto della dichiarata incostituzionalità oltre la specifica misura alternativa oggetto del *petitum* utilizzando lo strumento della incostituzionalità consequenziale. Non sussiste invero questo rapporto di consequenzialità logica e normativa non foss'altro perché ogni singola specie di misura alternativa ha una sua propria e peculiare funzionalità rieducativa. Con la conseguenza che ben si potrebbero configurare diversamente i termini della *quaestio legitimitatis* in relazione a ciascuna misura sebbene sotto lo stesso parametro della rieducazione: basti pensare, ad esempio, alla diversa funzione rieducativa assolta dai permessi premio e dalla liberazione condizionale.

Però, è anche vero, d'altra parte, che una rimozione selettiva della preclusione, misura per misura, potrebbe creare forti irragionevolezza all'interno di un sistema sostanzialmente unitario in quanto concepito come un processo costituito da tappe diverse ma complessivamente tutte orientate verso la progressiva riconquista della libertà. Pertanto, sarebbe auspicabile che la Corte estendesse, peraltro senza grosse forzature, la portata decisoria del suo *dictum* anche oltre gli stretti limiti del *petitum*.

Più complesso il discorso per quanto riguarda il secondo nodo problematico, quello relativo all'eventuale selezione dei reati ostativi rispetto ai quali far cadere la preclusione. Già rispetto alle due ordinanze di remissione alla Corte non si è mancato – anche in commenti non scientifici – di evidenziare che la questione potrebbe assumere una diversa fisionomia a seconda che si tratti di soggetti condannati per fatti di contiguità mafiosa ovvero di vera e propria affiliazione all'associazione mafiosa. In sostanza, da un punto di vista criminologico e politico-criminale, la razionalità della preclusione, nella sua valenza tanto di strumento di agevolazione processuale quanto di indice sintomatico di pericolosità, sarebbe diversa a seconda della tipologia criminosa cui tale preclusione si riferisce. Su questo terreno argomentativo, di per sé non poco scivoloso in ragione delle evidenti implicazioni criminologiche sempre molto fluide, è recentemente intervenuta la sentenza n. 188/2019.

La questione aveva ad oggetto la preclusione ostativa discendente dal reato di sequestro di persona attenuato dalla particolare lievità del fatto, proprio sull'assunto che questa particolare sottofattispecie del reato ostativo non sarebbe espressiva di criminalità organizzata e, dunque, rispetto ad essa, sarebbe irragionevole la preclusione. A parte l'incongruenza con cui il giudice *a quo* ha puntato sull'attenuante speciale, che invero attiene al momento commisurativo della pena mentre la preclusione si fonda sul titolo criminoso, la Corte costituzionale ha sviluppato un'argomentazione alla quale conviene accennare. In breve, la Corte, prendendo atto dell'evoluzione legislativa dell'art. 4 *bis*, ha ritenuto che ormai la presunzione, e la sua funzione ostativa, siano svincolate dalla dimensione associativa ed organizzata dei reati ivi elencati, ritenendo piuttosto che essa si configuri come un mero inasprimento sanzionatorio per tipologie criminose caratterizzate da un allarme sociale particolarmente elevato.

La sentenza n. 188/2019 non si rivela pienamente persuasiva e non dovrebbe pertanto interferire più di tanto nella *quaestio legitimitatis* dell'ergastolo ostativo attualmente pendente dinanzi alla Corte. Infatti, non solo la sentenza si risolve in sostanza in un assecondamento della tendenza legislativa ad incrementare il numero dei reati ostativi sulla base di un criterio d'inclusione come l'allarme sociale, di per sé incerto, privo di qualunque dignità costituzionale e suscettivo di un impiego generalizzato e incontrollato. Ma, soprattutto, la sentenza sembra ignorare che, anche ammesso che l'allarme sociale possa giustificare quel tipo di inasprimento sanzionatorio, la struttura normativa della preclusione è razionalmente incongrua rispetto allo scopo:

l'accesso alle misure alternative, infatti, è condizionato a un comportamento del condannato – tanto nel primo che nel secondo comma dell'art. 4 *bis* – che presuppone di regola la dimensione associativa o quantomeno concorsuale del reato ostativo, mentre al contrario ormai la lista dei reati ostativi è piena di fattispecie che ben possono essere realizzati monosoggettivamente e al di fuori di qualunque realtà associativa, con la conseguenza che rispetto a questi la preclusione si rivela largamente incongrua.

Concludendo sul tema della portata decisoria di un eventuale accoglimento della questione, sembra che l'alternativa sia abbastanza netta. O la Corte deciderà prudentemente di rimanere rinserrata nel perimetro del *petitum*, circoscrivendo la sua pronuncia entro le coordinate dell'ergastolo ostativo, e prima ancora del titolo criminoso di cui nel giudizio *a quo*, e della specifica misura alternativa ivi richiesta dal condannato (e cioè i permessi premio), rinviando ad una verosimile sequela di pronunce successive la valutazione della razionalità della preclusione in rapporto alle altre misure e agli altri reati ostativi, e dunque in rapporto alle pene diverse dall'ergastolo. Oppure la Corte potrà assumere una decisione che colpisca la preclusione in sé, indipendentemente dal titolo criminoso e dalla misura alternativa in questione. E ciò sia in ragione della irrazionalità, empiricamente comprovata, della presunzione nella sua illogica valenza rieducativa di indice legale di persistente pericolosità; sia in ragione della sproporzione che il trattamento sanzionatorio finisce per presentare tutte le volte in cui la preclusione non abbia funzionato nella sua valenza di strumento di incentivazione alla collaborazione processuale. Questa seconda opzione, lungi dall'implicare una forzatura o un eccesso dei poteri della Corte, sembrerebbe corrispondere puntualmente alla sostanza del *petitum* e, evitando l'eventualità di una cascata di decisioni sullo stesso problema, metterebbe al riparo dal rischio di incertezze, ripensamenti o sbandamenti sempre possibili.

7. La questione dell'ergastolo ostativo concerne una norma dell'ordinamento penitenziario che ha progressivamente perduto quella parvenza di plausibilità politico-criminale e costituzionale, che consentirono alla Corte di mantenerla in vita nel 2003. D'altra parte, all'estremo opposto, l'esperienza maturata negli anni e consacrata dalla sentenza *Viola* in tema di perpetuità della pena per i condannati non collaboranti ha intensamente caricato l'insoddisfazione per questa norma di forti implicazioni di principi di civiltà giuridica, evocanti la stessa dignità umana. Forse una corretta soluzione della questione si può ottenere attestandosi su un piano intermedio ove, nell'attesa di tempi che consentano un ripensamento radicale della pena perpetua, riconducano però a razionalità una disciplina che sta rischiando di sfuggire di mano allo stesso legislatore.

LA PENA DETENTIVA «FINO ALLA FINE»
E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI
E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI
RELAZIONE INTRODUTTIVA

di VLADIMIRO ZAGREBELSKY*

SOMMARIO: 1. Principi generali. - 2. L'ergastolo. - 3. La sentenza *Marcello Viola c. Italia* (n. 2). - 4. Le conseguenze nel diritto italiano.

1. Prima di trattare specificamente della pena dell'ergastolo e dei suoi rapporti con la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali, sono utili alcune premesse di carattere generale.

In linea di principio la Corte europea, nell'interpretazione e applicazione della Convenzione (art. 32 Conv.), riconosce che la scelta di collegare a una condotta una sanzione penale rientra nelle competenze dei singoli Stati. Egualmente –fatta salva l'esclusione della pena di morte- appartiene agli Stati l'adozione di una o altra sanzione penale, così come la loro gravità e, per le pene detentive, la loro durata e il regime della loro esecuzione. Tuttavia il rispetto dei diritti umani, da un lato pone limiti e condizioni all'uso dello strumento sanzionatorio penale, che non può essere usato quando cagioni un'ingiustificata interferenza nell'esercizio di diritti e libertà fondamentali, e dall'altro richiede che a esso si faccia invece ricorso per assicurare l'efficace protezione dei più essenziali tra i diritti fondamentali.

Manca nella Convenzione una norma come l'art. 27 della Costituzione, che interviene nel merito del contenuto legittimo della pena stabilendo che essa deve tendere alla rieducazione del condannato e non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. Tuttavia, nell'identificare natura e finalità delle pene la Corte europea, come usa fare in ogni occasione, si è richiamata al c.d. consenso europeo, cioè all'orientamento che emerge

* Già Giudice della Corte EDU, Direttore del Laboratorio dei Diritti Fondamentali, Collegio Carlo Alberto, Torino.

prevalente negli ordinamenti europei, giungendo a conclusioni strettamente coerenti con l'italiano dettato costituzionale¹. Di ciò si dirà in seguito.

La giurisprudenza della Corte europea ha avuto modo di confrontare le pene previste negli ordinamenti degli Stati del Consiglio d'Europa e le modalità della loro esecuzione con quanto previsto dagli artt. 3, 7, 8, 10 della Convenzione ed anche l'art. 3 Prot. n. 1. Si tratta del divieto (oltre che della tortura) di pene e trattamenti inumani o degradanti, del principio di legalità e irretroattività dei delitti e delle pene, del diritto al rispetto della vita privata e familiare e della libertà di comunicazione, del diritto alla libertà di espressione e di ricevere informazioni e infine anche del diritto di partecipare alle elezioni legislative.

Non è questa la sede per un'illustrazione analitica della casistica giurisprudenziale che ha visto applicazione delle norme ora menzionate al caso dei detenuti². Ma è utile l'indicazione dei principi che la giurisprudenza della Corte europea esprime. Essi paiono conformi a ciò che indicano la Costituzione e la giurisprudenza che su di essa si è sviluppata e riguardano naturalmente la pena dell'ergastolo e la sua esecuzione, come e più della pena detentiva in generale.

I detenuti continuano a godere dei diritti fondamentali, salvo solo quelli esclusi o limitati dalla restrizione della libertà³. Le pene nella loro definizione legislativa e nel trattamento che il detenuto subisce nel corso della loro esecuzione non possono dar luogo a trattamenti inumani o degradanti. Perché un trattamento possa essere definito inumano o degradante e sia quindi vietato dalla Convenzione, occorre che raggiunga un livello minimo di gravità, andando oltre ciò che è inevitabilmente connesso a una pena o a un trattamento legittimi⁴. Ciò non vuol dire che sono ammissibili trattamenti moderatamente inumani, ma che sotto una certa soglia essi non sono da ritenere inumani. La gravità del trattamento va valutata in concreto, tenendo conto di una serie di elementi, come la durata, la serietà delle conseguenze fisiche o mentali, l'età, il sesso, lo stato di salute della vittima⁵. Il trattamento è inumano se cagiona deliberatamente una grave sofferenza fisica o mentale; il trattamento è invece degradante quando, indipendentemente dall'intenzione di chi agisce, umilia gravemente la persona nei confronti di altri o di se stessa o la spinge ad agire contro la sua volontà e coscienza⁶. Nel suo sviluppo, la giurisprudenza della Corte ha subito un'evidente evoluzione, nel senso di abbassare la soglia minima

¹ Sul principio di «progressività trattamentale e flessibilità della pena», ossia del graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione della pena e sulla posizione della finalità rieducativa della pena nel quadro della sua disciplina normativa e nel contesto della sua esecuzione, da ultimo Corte cost. n. 149/2018.

² Per più diffusa trattazione, V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, 2^o ed., Il Mulino, Bologna, 2019.

³ *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, 6 dicembre 2005, §§ 69-70.

⁴ *Jalloh c. Germania*, 11 luglio 2006, § 68; *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000, § 120.

⁵ *Priebke c. Italia*, decisione, 5 aprile 2001.

⁶ *Bouyid c. Belgio*, 28 settembre 2015, §§ 81-90, 100-113.

di gravità della sofferenza inflitta alla vittima e così giudicando più facilmente che il trattamento integra gli estremi della tortura o del trattamento inumano⁷. Per quanto attiene alle pene detentive, e tanto più all'ergastolo, la Corte ha giudicato inumano il mantenimento in detenzione quando questo, nel corso del tempo, diventi ingiustificato in rapporto alla finalità rieducativa della pena e siano risolti gli scopi punitivi e preventivi della pena.

Il detenuto non è alla mercé dell'autorità che lo detiene e ogni limitazione ai suoi diritti è condizionata dai generali criteri della legalità, scopo legittimo e proporzione⁸. Ciò vale ad esempio per i colloqui con i familiari⁹, le comunicazioni e la corrispondenza dei detenuti¹⁰. In ordine a quest'ultima va considerato che nei loro confronti si pongono specifiche esigenze di controllo per prevenire reati e assicurare l'ordine negli istituti penitenziari¹¹. Tuttavia lo stato di detenzione non fa venir meno la protezione della libertà di comunicazione assicurata dall'art. 8 Conv. e ogni limitazione deve rispondere agli ordinari criteri. È quindi escluso che la pena detentiva comporti un totale isolamento del condannato rispetto alla società libera e alla famiglia. E la giurisprudenza sui limiti legittimi al diritto di condannati a pena detentiva a partecipare alle elezioni legislative esprime analogo resistenza rispetto all'idea che la detenzione possa portare alla totale esclusione dalla vita della società¹².

Come già accennato, pur in assenza dell'espressa indicazione della finalizzazione della pena, la Corte europea, con riferimento al prevalente orientamento europeo, ha identificato gli scopi della pena nella punizione, nella prevenzione generale e speciale, nella protezione dell'ordine pubblico, nel reinserimento sociale del condannato¹³. Si tratta di finalità che legittimano la sanzione penale e che, in ogni caso concreto, vanno composte in modo da non escludere l'una a vantaggio esclusivo dell'altra. La Corte ha rilevato che la finalità di risocializzazione del detenuto, particolarmente nei casi di lunghe pene, è indicata dall'evoluzione del diritto europeo e internazionale, citando in proposito le regole penitenziarie europee del Consiglio d'Europa. Il Patto internazionale dei diritti civili e politici all'art. 10 indica espressamente la finalità rieducativa della pena detentiva. Quanto alla Carta dei diritti

⁷ *Selmouni c. Francia*, 28 luglio 1999, § 101.

⁸ *Messina c. Italia (n. 2)*, 28 settembre 2000, §§ 59-74 (relativa al regime carcerario previsto dall'art 41-bis l. 26 luglio 1975, n. 354).

⁹ *Khoroshenko c. Russia*, 30 giugno 2015, §§ 106-149.

¹⁰ *Mesut Yurtsever e altri c. Turchia*, 20 gennaio 2015, §§ 101-111. Per l'accesso di detenuti a siti internet *Kalda c. Estonia*, 19 gennaio 2016, §§ 41-54.

¹¹ *Van der Ven c. Paesi Bassi*, 4 febbraio 2003, § 68; *Messina c. Italia (n. 2)*, cit., §§ 61-67.

¹² *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, cit., §§ 56-85. Analogamente per la legislazione russa, *Anchugov e Gladkov c. Russia*, 3 luglio 2013, §§ 93-112 e per quella austriaca *Frodl c. Austria*, 8 aprile 2010, §§ 22-36. Per la compatibilità della legislazione italiana con la disposizione convenzionale, *Scoppola c. Italia (n. 3)*, 22 maggio 2012, §§ 81-110.

¹³ *Mastromatteo c. Italia*, 24 ottobre 2002, § 72; *Dickson c. Regno Unito*, 4 dicembre 2007, § 75; *Maiorano e altri c. Italia*, 15 dicembre 2009, § 108; *Boulois c. Lussemburgo*, 3 aprile 2012, § 83; *Vinter c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, §§ 111-112; *Khoroshenko c. Russia*, cit., §§ 106-149, 121.

fondamentali dell'Ue, essa all'art. 49/3 richiama la necessità di proporzione tra pena e reato, mutuata dalle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia»¹⁴.

Funzionali alla risocializzazione sono i vari benefici penitenziari che consentono al condannato a pena detentiva di uscire dal carcere e così avere rapporti con la società esterna, anche nel caso in cui il detenuto abbia commesso gravi fatti di violenza¹⁵. Nella valutazione della necessità delle restrizioni gli Stati godono di un margine di apprezzamento, ma la Corte europea valuta l'uso fattone conformemente alle esigenze della Convenzione¹⁶. Inseriti nel quadro della funzione risocializzante della pena, i singoli e diversi benefici penitenziari, pur diversi nelle condizioni e nel contenuto, contribuiscono in modo progressivo e unitario al raggiungimento dello scopo. Una ratio comune li unifica dunque, sia nella loro previsione, sia nelle eventuali restrizioni cui siano sottoposti.

In linea con il generale metodo di giudizio della Corte europea, tutte le interferenze e restrizioni di diritti e libertà (le pene detentive sono tali), per essere compatibili con la Convenzione, devono essere necessarie e proporzionate rispetto alle esigenze legittime che le giustificano. Necessità e proporzione devono essere riscontrabili nel caso concreto. A tal fine occorre che la legge interna lasci al giudice un margine sufficiente di discrezionalità nel decidere, in modo che gli sia possibile adattare la decisione alle particolarità del caso¹⁷.

La Convenzione non autorizza misure generali di restrizione della libertà rispetto a una persona o a una categoria di persone ritenute pericolose¹⁸. Sono perciò incompatibili con l'art. 5 le presunzioni generali di pericolosità ai fini

¹⁴ Spiegazioni relative alla disposizione. Merita di essere qui ricordato l'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: La Legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata.

¹⁵ *Mastromatteo c. Italia*, cit., §§ 67-79; *Maiorano e altri c. Italia*, cit., §§ 103-122; *Choreftakis e Choreftaki c. Grecia*, 17 gennaio 2012, §§ 44-61.

¹⁶ *Lavents c. Lettonia*, 28 novembre 2002, §§ 138-143; *Erdem c. Germania*, 5 luglio 2001, §§ 61-70.

¹⁷ Si tratta di ordine di idee analogo a quello adottato dalla Corte costituzionale riguardo agli automatismi previsti dalle leggi, talora ritenute incostituzionali proprio per l'automatismo della loro applicazione, insensibile alle diverse esigenze dei casi concreti: un orientamento che implica evidenti conseguenze sul piano del ruolo rispettivo del legislatore e del giudice. V. ad esempio, nella materia penale e penitenziaria, le sentenze nn. 31/2012 e 7/2013 a proposito della perdita della potestà genitoriale, prevista dall'art. 569 c.p. come obbligatoria invece che facoltativa, quale conseguenza di talune condanne, la sentenza n. 222/2018 sulla pena accessoria fissa nella durata come conseguenza di condanna per bancarotta fraudolenta, nonché le sentenze n. 185/2015 sull'incostituzionalità della recidiva obbligatoria, n. 90/2017 sui casi di esclusione della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva per i minorenni condannati per taluni reati, n. 76/2017 sui limiti posti a modalità attenuate di espiazione della pena detentiva per detenute madri.

¹⁸ *Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980, § 102.

delle misure cautelari, anche se la Corte europea ha ammesso il ricorso a presunzioni non assolute di pericolosità in tema di criminalità organizzata¹⁹.

2. Venendo a considerare specificamente la pena dell'ergastolo e la sua esecuzione, va detto che la Corte europea ha più volte affermato che non si giustificerebbe il perdurare dell'esecuzione di una pena se, con il trascorrere del tempo e l'evolvere dell'atteggiamento del condannato, siano venuti a mancare i motivi che la giustificano rispetto alle finalità della pena, come sopra identificate. In tale caso il requisito della necessità e proporzione non sarebbe più riscontrabile. E, se da un lato la pena dell'ergastolo in sé non è incompatibile con la Convenzione²⁰, tuttavia essa costituisce trattamento inumano vietato dall'art. 3 Conv. quando la relativa disciplina escluda la possibilità di liberazione del condannato in modo tale che sia irrilevante ogni possibile evoluzione della persona sulla via dell'emenda e la lunga durata della pena scontata ne faccia venir meno la proporzionalità²¹.

È quindi necessario che la legge preveda il periodico riesame della giustificazione della continuazione dell'esecuzione della pena. Inizialmente l'esistenza della possibilità di interruzione o trasformazione della pena dell'ergastolo è stata riconosciuta anche quando fosse prevista soltanto la possibilità della grazia o della commutazione della pena per provvedimento

¹⁹ *Pantano c. Italia*, 6 novembre 2003, §§ 69-70 (con riferimento alla criminalità mafiosa e alla giustificazione di presunzioni di pericolosità non assolute). Nella giurisprudenza della Corte costituzionale cfr. le sentenze nn. 48/2015, 136/2017 concernenti casi di obbligatorietà della custodia cautelare in carcere e le sentenze nn. 436/1999, 255/2006, 189/2010, 149/2018 in tema benefici penitenziari. Presunzioni legali assolute sono contrarie al principio di eguaglianza se arbitrarie e irragionevoli: Corte cost. nn. 41/1999, 139/2010, 265/2010, 57/2013.

²⁰ *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2008, § 98; *Vinter c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, § 118. La Corte europea, in *Garagin c. Italia*, decisione 29 aprile 2008; *Scoppola c. Italia*, decisione 8 settembre 2005, ha ritenuto la pena dell'ergastolo nel sistema italiano compatibile con le esigenze dell'art. 3 Conv. in quanto l'art. 176 C.p. ammette la liberazione condizionale e la semi-libertà. In *Vinter c. Regno Unito*, cit., § 117, la Corte ha menzionato la risocializzazione dei condannati all'ergastolo nel sistema costituzionale italiano come in linea con la tendenza europea.

²¹ *Kafkaris c. Cipro*, cit., §§ 95-108; *Vinter c. Regno Unito*, cit., §§ 103-118; *Öcalan c. Turchia*, 18 marzo 2014, §§ 193-207; *László Magyar c. Ungheria*, 20 maggio 2014, §§ 46-59; *Trabelsi c. Belgio*, 4 settembre 2014, § 115; *Bodein c. Francia*, 13 novembre 2014, §§ 53-61; *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016, §§ 99-104. V. anche *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017, §§ 38-73, che, a seguito di un'evoluzione giurisprudenziale interna (ammissione di *judicial review* della decisione ministeriale in ordine all'esistenza di ragioni eccezionali per derogare all'ineluttabile durata senza fine dell'ergastolo), ha ritenuto superate le ragioni di violazione riscontrate in *Vinter c. Regno Unito*, cit. In *Hutchinson* (§§ 58-65) si veda anche l'argomentare della Corte sul grado di specificità dei motivi per ammettere o rifiutare il rilascio del detenuto in modo tale da permettergli di conoscere «fin dall'inizio» le condizioni suscettibili di permettergli di interrompere il corso della pena perpetua (*Vinter c. Regno Unito*, cit., § 122). Sul ruolo del Segretario di Stato nel determinare la durata della detenzione del condannato a obbligatoria pena detentiva perpetua e sulla genericità dei criteri, *Stafford c. Regno Unito*, 28 maggio 2002, §§ 30-43, 70-82 (con l'opinione separata dei giudici Tulkens e Zagrebelsky).

discrezionale del capo dello Stato²². Successivamente la Corte ha modificato la propria giurisprudenza considerando che la grazia presidenziale o altri provvedimenti di carattere umanitario (ad es. salute) sono per natura imprevedibili e si è orientata ormai stabilmente nel senso di richiedere un periodico riesame dei progressi del detenuto sulla via della risocializzazione e della conseguente giustificazione della prosecuzione della esecuzione della pena²³. Termini e condizioni di un tale riesame devono essere noti al condannato fin dal momento della sentenza²⁴. A tali conclusioni la Corte europea giunge con richiamo a considerazioni corrispondenti alla finalità rieducativa della pena, stabilita dall'art. 27 Cost. e sviluppata nella giurisprudenza della Corte costituzionale²⁵.

La giurisprudenza della Corte europea è ormai stabilizzata nell'identificazione della *ratio decidendi* e delle implicazioni che se ne devono trarre con riferimento alla varietà dei sistemi nazionali che vengono in esame. La natura casistica della giurisprudenza della Corte europea mette in luce, ogni volta, qualche particolarità del caso specifico. Volta per volta la conclusione cui giunge la Corte può quindi essere diversa, ferma rimanendo ormai, sul tema che ci occupa, la comune *ratio decidendi* che caratterizza le singole sentenze o decisioni. In tal senso, sul punto del rapporto tra la disciplina dell'ergastolo e l'art. 3 Conv. –pur nella difficoltà di adottare tale terminologia quando si tratti della giurisprudenza della Corte europea- ai fini del richiamo che la Corte costituzionale ne farà, si può ormai dire che la relativa giurisprudenza è consolidata.

Prima di esaminare la recente giurisprudenza della Corte europea sulla disciplina propria del c.d. ergastolo ostativo nel sistema italiano²⁶, merita dar conto della recente decisione (definitiva), relativa alle modificazioni introdotte nel sistema lituano, dopo che era intervenuta una sentenza di violazione. All'esito dell'esame dei progressi compiuti dal condannato dopo venti anni di detenzione, è stata prevista, per adeguarsi alle esigenze della Convenzione, la possibilità di commutazione della pena dell'ergastolo in una pena detentiva di durata determinata²⁷. Nel giudizio della Corte, la nuova disciplina dell'ergastolo in Lituania è conforme alla Convenzione in quanto

1) la commutazione dell'ergastolo in pena detentiva di durata determinata è disposta o negata dal giudice²⁸;

²² *Kafkaris c. Cipro*, cit., § 103; *Iorgov v. Bulgaria (n. 2)*, 2 settembre 2010, §§ 51-60.

²³ *Vinter c. Regno Unito*, cit., §119.

²⁴ *Vinter c. Regno Unito*, cit., § 122.

²⁵ L'orientamento della giurisprudenza costituzionale italiana, unitamente a quella tedesca è richiamato dalla Corte europea in *Vinter c. Regno Unito*, cit., § 117 a comprova del prevalente orientamento europeo in ordine alla finalità della pena. Reciprocamente la sentenza *Vinter* è menzionata da Corte cost. n. 149/2018.

²⁶ *Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, 13 giugno 2019.

²⁷ *Dardanskis e altri c. Lituania*, decisione 18 giugno 2019, §§ 23-31.

²⁸ La giurisprudenza della Corte europea non impone però che il periodico riesame sia di natura giudiziaria: *Hutchinson c. Regno Unito*, cit., § 45; *Vinter c. Regno Unito*, cit., § 120.

2) la proposta dell'Amministrazione penitenziaria conseguente all'istanza del condannato può essere presa in considerazione dopo venti anni di detenzione, mentre la Corte ha in altri casi ritenuto ragionevole il termine di venticinque anni²⁹;

3) il condannato partecipa alla procedura che si conclude con decisione motivata del giudice, suscettibile di appello³⁰;

4) sono indicati dalla legge i criteri che deve seguire l'Amministrazione penitenziaria nel formulare la proposta al giudice e che il giudice deve seguire nella sua decisione: la personalità del condannato e il suo contesto sociale, il livello di rischio di recidiva, l'effetto della pena già scontata sulla personalità del condannato (in relazione al progresso rispetto al rischio di comportamenti criminali, l'adesione al piano di riabilitazione sociale, il comportamento durante la detenzione), la riparazione totale o parziale effettuata del danno o le ragioni oggettive che hanno impedito la riparazione totale o parziale. Inoltre la proposta dell'Amministrazione penitenziaria deve indicare se il condannato ammette la sua colpevolezza e si pente del delitto commesso.

La Corte europea ha ritenuto che il complesso di tali criteri è sufficientemente oggettivo nell'indicare se il condannato merita la commutazione della pena e se «non vi sono più legittimi motivi penologici per continuare la detenzione». Inoltre la Corte ha sottolineato che anche dopo la commutazione della pena, il sistema lituano prevede programmi di reinserzione sociale che possono concludersi con la liberazione condizionale del detenuto, ciò che è conforme alle esigenze che discendono dall'art. 3 Conv., che richiede agli Stati di consentire agli ergastolani di riabilitarsi³¹.

3. Nel quadro della interpretazione e applicazione che la Corte europea fa della Convenzione, è ora intervenuta la sentenza che riguarda l'esclusione della possibilità di ottenere la libertà condizionale per i condannati all'ergastolo per uno dei delitti elencati all'art. 4-bis L. n. 354 del 1975. Come è noto, in generale (art. 176 C.p.) il condannato all'ergastolo che, durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena. Dagli artt. 4-bis e 58-ter L. 26 luglio 1975, n. 354 deriva però l'impossibilità di liberazione condizionale e dei diversi benefici penitenziari previsti dalla legge (ad eccezione della liberazione anticipata) per i condannati per i delitti elencati da tali articoli, salvo che essi collaborino con la giustizia operando per evitare conseguenze ulteriori del delitto per il quale sono stati condannati, per fornire alla polizia o all'autorità giudiziaria elementi decisivi per l'accertamento dei fatti e per l'identificazione o l'arresto degli autori dei reati. Rispetto al generale criterio

²⁹ *Vinter c. Regno Unito*, cit., § 120; *Murray c. Paesi Bassi*, cit., § 99.

³⁰ *Murray c. Paesi Bassi*, cit., § 100.

³¹ V. anche *Murray c. Paesi Bassi*, cit., § 104.

del ravvedimento e della partecipazione ai programmi di risocializzazione, tale ulteriore condizione è stata assimilata ad una presunzione assoluta di mancato successo del percorso di risocializzazione e di persistenza di pericolosità legata a mantenuti rapporti con le organizzazioni criminali. Tuttavia la rigidità della condizione rappresentata dalla collaborazione con la giustizia è corretta da casi di ammissione ai benefici, che sono concedibili se è provata l'interruzione di ogni rapporto con l'organizzazione criminale o la collaborazione sia impossibile o, in taluni casi, irrilevante (art. 4-bis comma 1-bis L. n. 354/1975 e giurisprudenza relativa – v. anche i commi 1-ter, 1-quater, 1-quinquies)³². Pur dopo l'intervenuta delimitazione, la condizione di cui si tratta sembra tradursi in prova legale, non altrimenti smentibile, di perdurante legame con la criminalità organizzata e di pericolosità.

Il ricorrente, come risulta dalla sentenza della Corte europea, si trova detenuto perché condannato all'ergastolo per i delitti di associazione mafiosa, omicidio, sequestro di persona cui ha fatto seguito la morte della vittima, porto illegale d'arma. Tali titoli di reato rendono applicabile l'art. 4-bis L. n. 354/1975. La Corte europea ha esaminato il ricorso dal punto di vista dell'art. 3 Conv., sotto il profilo che l'esclusione dai benefici penitenziari e in particolare dalla possibilità di ottenere la liberazione condizionale ai sensi dell'art. 176 C.p. renderebbe la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente incompressibile *de jure* e *de facto*, contrastante quindi con la finalità rieducativa e comunque insensibile ai risultati dimostrati dal condannato. La Corte europea, richiamando la sua giurisprudenza ha ricordato (§ 136) che la dignità umana, posta al centro del sistema della Convenzione, impedisce di privare una persona della libertà senza al tempo stesso operare per il suo reinserimento sociale e senza offrirle la possibilità di recuperare un giorno la libertà, e ha concluso nel senso che la pena inflitta al ricorrente costituisce trattamento inumano ai sensi dell'art. 3.

Nell'ambito dei recenti precedenti giurisprudenziali sopra richiamati, la Corte europea ha dovuto impegnarsi su una specificità della disciplina italiana dell'ergastolo ostativo. Si tratta del fatto che un riesame della personalità del detenuto, ai fini di accertare l'esito di un percorso di risocializzazione, non è escluso come in altri ordinamenti in precedenza esaminati dalla Corte, ma è sottoposto a una condizione particolare, quella della collaborazione con le autorità. E si tratta, come sopra detto, di condizione insuperabile e non

³² Art. 4-bis comma 1-bis: «I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall' articolo 114 ovvero dall' articolo 116, secondo comma, del codice penale».

sostituibile da altri segni di risocializzazione. Sul punto va rilevato che nel sistema lituano esaminato nella decisione *Dardanskis* il rapporto dell'Amministrazione penitenziaria, che introduce la valutazione del giudice, contiene anche l'indicazione se il condannato ammette la sua colpevolezza e si pente del delitto commesso. Tuttavia si tratta solo di un elemento di cui tener conto ed è comunque meno impegnativo, per contenuto, rispetto a quanto richiesto dalla legge italiana.

La Corte europea (§ 102) ha identificato la situazione oggetto del suo giudizio come intermedia tra l'ergastolo ordinario, in cui opera l'art. 176 C.p. e non si applica l'art. 4-bis cit., e l'ergastolo che sia escluso in ogni caso da ogni possibilità di commutazione o di benefici. Nel giungere alla sua decisione la Corte europea, sulla base di quanto indicato dal Governo, ha considerato la finalità che spiega la disciplina italiana che richiede una forte prova di dissociazione dall'organizzazione criminosa e di contribuire al suo smantellamento, con ciò privilegiando la prevenzione generale e la tutela della collettività. Va detto che il fondamento di tale finalità era già stato condiviso dalla Corte europea nella sentenza *Pantano c. Italia*, ammettendo in materia di criminalità mafiosa presunzioni di pericolosità, ma non di carattere assoluto³³. Che la disciplina discendente dall'art. 4-bis cit. comporti una «una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena» è opinione che anche la Corte costituzionale ha condiviso, pur concludendo con la sentenza n. 306/1993 per la sua compatibilità con la Costituzione (a tale sentenza ha tuttavia fatto seguito una serie di altre che hanno prodotto progressive delimitazioni ed eccezioni alla eccezione rappresentata dall'originario art. 4-bis cit.).

La Corte europea, sulla scorta di quanto sostenuto dal governo, ha preso atto che il fondamento della disciplina di cui all'art. 4-bis cit. dipende dalla natura dei reati ivi elencati. In proposito va però segnalato che recentemente la Corte costituzionale ha rilevato che l'eterogeneità dell'elenco dei reati ora menzionati all'art. 4-bis costringe a ridurre a sole considerazioni di allarme sociale la *ratio* della normativa vigente³⁴. La considerazione dell'allarme

³³ *Retro*, nota 19.

³⁴ Corte cost., n. 188/2019 ha recentemente rilevato che l'elemento unificante le varie fattispecie ora menzionate all'art. 4-bis è il solo allarme sociale ritenuto dal legislatore, poiché «le numerose modifiche intervenute negli anni, rispetto al nucleo della disciplina originaria, hanno variamente ampliato il catalogo dei reati ricompresi nella disposizione, in virtù di scelte di politica criminale tra loro disomogenee, accomunate da finalità di prevenzione generale e da una volontà di inasprimento del trattamento penitenziario, in risposta ai diversi fenomeni criminali di volta in volta emergenti. L'art. 4-bis ord. penit. si è, così, trasformato in «un complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati» (sentenze n. 32/2016 e n. 239/2014), nel quale, accanto ai reati di criminalità organizzata, compaiono ora, tra gli altri, quelli di violenza sessuale (legge 1° ottobre 2012, n. 172, recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno»), di scambio elettorale politico-mafioso (legge 23 febbraio 2015, n. 19, recante «Divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all'articolo 416-ter del codice penale»), di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (decreto-legge 18 febbraio 2015, n.

sociale sembra di minor forza giustificatrice della restrizione, rispetto a quella che si fondava sulla natura associativa dei reati considerati. In ogni caso la Corte ha richiamato la sua giurisprudenza e l'orientamento che prevale in Europa di dare grande sviluppo alla finalità rieducativa della pena, nel caso degli ergastolani in particolare dopo un lungo periodo di detenzione. La Corte si è posta il problema dell'equilibrio che deve esistere tra le varie funzioni della pena, di politica criminale e di risocializzazione, senza che lo scopo risocializzante della pena possa eccessivamente essere impedito.

Ciò premesso, la Corte è giunta al punto specifico che caratterizza questo ricorso rispetto ai precedenti. Si tratta del fatto che la condizione (collaborazione con le autorità) da un lato è assoluta e dall'altro è nella disponibilità del condannato, che può dare seguito ad essa oppure rifiutarla. È la situazione già esaminata dalla Corte costituzionale che nella sua giurisprudenza ha ritenuto rilevante o addirittura decisivo questo carattere della condizione. La Corte ha considerato l'argomento sviluppato dal ricorrente sul punto del rischio che la collaborazione rappresenta per lui stesso e per i suoi famigliari, stante la pratica delle organizzazioni mafiose di vendicarsi contro coloro che collaborano con la autorità. Secondo la Corte europea, in realtà la scelta di collaborare oppure rifiutare di farlo non sarebbe libera. Di conseguenza il rifiuto di collaborare non sarebbe sempre inequivoco e automatico segno di pericolosità sociale e di persistente legame con l'organizzazione criminale. La Corte ha anche menzionato il fatto che la stessa collaborazione può essere di significato incerto, quando sia motivata dal solo scopo di ottenere benefici, anche da parte di detenuto tuttora pericoloso e non risocializzato.

La Corte, senza escludere che la collaborazione o la mancata collaborazione siano in realtà significative sul punto della pericolosità attuale del detenuto, ha valutato negativamente il carattere di presunzione assoluta di attuale pericolosità della mancata collaborazione, in considerazione della sua possibile equivocità e per altro verso della possibile rilevanza di altri elementi, rilevanti e significativi in concreto per una decisione di concessione dei benefici penitenziari (§§ 120, 121, 125, 127).

Per il solo motivo della mancata collaborazione, il ricorrente nel corso della sua detenzione, non ha potuto avvalersi di alcuno dei benefici previsti dall'Ordinamento penitenziario italiano ai fini della risocializzazione del condannato, da cui rimane escluso qualunque cosa faccia nel corso della sua detenzione. In tal modo, nel giudizio della Corte, le prospettive di liberazione, come esito della risocializzazione esaminata dal giudice, vengono ristrette in

7, recante «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione», convertito con modificazioni, nella legge 17 aprile 2015, n. 43) e, da ultimo, anche quasi tutti i reati contro la pubblica amministrazione (legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici»).

modo eccessivo. È da segnalare che il criterio della proporzione nel valutare restrizioni rispetto a esigenze convenzionali, è comune a tutta la giurisprudenza della Corte europea, in questa come in tutte le altre materie. Nel quadro quindi della giurisprudenza che la Corte europea ha elaborato e più volte enunciato sui requisiti che devono essere propri dell'ergastolo per essere compatibile con l'art. 3 Conv., tal tipo di ergastolo non è dunque da ritenere "compressibile" in modo da dare il dovuto spazio ai programmi di risocializzazione ed evitare che la pena si prolunghi oltre quanto è giustificato dagli scopi che le sono propri.

Alla conclusione nel senso della violazione dell'art. 3 Conv., la Corte ha aggiunto, perché sia chiaro, che la sentenza non implica che il ricorrente abbia diritto al richiesto beneficio della liberazione condizionale, ma solo a che la esistenza delle condizioni per concederla siano prese complessivamente in esame.

4. Derivando dalla legge e non da una sua applicazione particolare, la violazione dichiarata dalla Corte rivela un problema strutturale, che va rimosso modificando la legge, secondo quanto impone l'art. 46 Conv.

La Corte ha stabilito che «La natura della violazione accertata ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione impone allo Stato di attuare, di preferenza per iniziativa legislativa, una riforma del regime della reclusione dell'ergastolo, che garantisca la possibilità di riesame della pena; cosa che permetterebbe alle autorità di determinare se, nel corso dell'esecuzione della pena, vi è stata una evoluzione del detenuto e se è progredito nel percorso di cambiamento, al punto che nessun motivo legittimo di ordine penologico giustifichi più la detenzione. Inoltre, la riforma deve garantire la possibilità per il condannato di beneficiare del diritto di sapere cosa deve fare perché la sua liberazione sia possibile e quali siano le condizioni applicabili. La Corte, pur ammettendo che lo Stato possa pretendere la dimostrazione della "dissociazione" dall'ambiente mafioso, considera che questa rottura possa esprimersi con strumenti diversi dalla collaborazione con la giustizia e dall'automatismo legislativo attualmente in vigore».

Il tenore della motivazione della sentenza indica che la modifica da introdurre non implica l'eliminazione della rilevanza della mancata collaborazione, ma richiede la trasformazione dell'attuale condizione di ammissibilità dell'esame dell'istanza di liberazione condizionale in uno degli elementi da prendere in considerazione nel merito, insieme agli eventuali altri che siano presenti e rilevanti nel caso concreto.

Poiché pende questione di costituzionalità che può risolvere il problema ora presente nella legislazione italiana, la soluzione può venire dalla Corte costituzionale, se essa stabilisse la natura non assoluta della condizione della collaborazione con l'autorità. Non ne deriverebbe una disciplina monca, ma ne risulterebbe una disciplina completa dei diversi benefici previsti dalla legge.

La mancata menzione da parte del giudice *a quo*, come motivo di possibile incostituzionalità, della violazione dell'art. 117 Cost. in rapporto all'art. 3 Conv. non sembra poter impedire alla Corte costituzionale di considerare comunque la giurisprudenza della Corte europea e l'orientamento interpretativo della Convenzione che emerge dalla sentenza ora pronunciata nei confronti dell'Italia (in tal senso la sentenza n. 149/2018, che richiama la sentenza *Vinter c. Regno Unito* pur in assenza di eccezione *ex art. 117 Cost.*). Si tratta, per la Corte costituzionale, di ritornare sulla posizione assunta in passato sulla natura della condizione della collaborazione da parte del condannato e di adottare quella compatibile con la Convenzione, così come interpretata e applicata dalla Corte europea. Ciò che è possibile anche confrontando la legislazione vigente con il solo art. 27 Cost., in sé e nei suoi rapporti con l'art. 3 CEDU.

L'intervento di correzione della previsione legislativa è urgente. Tra l'altro la violazione dichiarata dalla Corte europea, nei casi pertinenti, impedirebbe alle autorità giudiziarie degli altri Stati europei di autorizzare l'estradizione in Italia di condannati all'ergastolo o imputati per delitti come quelli menzionati all'art. 4-bis o di dar corso all'esecuzione del mandato di arresto europeo per gli stessi reati.

L'ERGASTOLO OSTATIVO AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: UN DIALOGO POSSIBILE CON LA CORTE EDU?

di FRANCESCA BAILO*

SOMMARIO: 1. Un breve *excursus* della giurisprudenza costituzionale sul finalismo rieducativo della pena – 2. Il caso *Marcello Viola (n. 2) c. Italia* e la violazione dell'art. 3 CEDU. – 3. I giudici *a quibus* e la mancata evocazione del parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost. (in relazione all'art. 3 CEDU). – 4. La Corte costituzionale al crocevia tra la corrispondenza tra il “chiesto” e il “pronunciato” e il dialogo “a distanza” con la Corte EDU.

1. Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., sollevate dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia oggetto di sindacato della Corte costituzionale il prossimo 22 ottobre c.a., hanno, all'evidenza, occasionato la ripresa del dibattito (per vero mai del tutto sopito) tra i sostenitori della preminenza del finalismo rieducativo sulle altre funzioni della pena, il relativo principio essendosi cristallizzato sin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 1990, e coloro che, al contrario, ritengono possa ancora predicarsi una concezione polifunzionale della pena, essendo la stessa stata fatta propria negli stessi anni dal “legislatore dell'emergenza”, a seguito degli efferati e noti delitti consumati dalla criminalità organizzata.

È, infatti, proprio con l'introduzione dell'art. 4-*bis* ord. penit. che si è voluto recuperare una funzione “neutralizzatrice” della pena in generale (e dell'ergastolo in particolare), con l'escludere l'accesso ai benefici penitenziari per coloro che fossero stati condannati con sentenza irrevocabile (tra l'altro) per reati di stampo mafioso, in assenza di una qualsivoglia collaborazione con la giustizia¹.

Scelta rigida, questa del legislatore, che com'è altrettanto noto, è stata però in buona parte “disinnescata” dalla Corte costituzionale con le note sentenze n.

* *Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università di Genova.*

¹ Al proposito, cfr., per tutti, C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2015, A.A.V.V. *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019.

306 del 1993, n. 357 del 1994, nn. 68 e 504 del 1995 e n. 445 del 1997, laddove, pur sembrandosi in qualche misura ritornare ad affermare la legittimità di una concezione polifunzionale della pena (in cui però non avrebbe potuto più scalfirsi la preminente funzione risocializzatrice della medesima), è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di quegli automatismi dell'art. 4-bis ord. penit. riconnessi alla mancata collaborazione con la giustizia che, ad avviso del Giudice delle leggi, segnavano un più marcato conflitto con l'art. 27, comma 3, Cost. Mostrandosi, peraltro, già in quelle sedi, una certa preoccupazione per la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe stata possibile, e non mancandosi neppure di sottolineare che dalla mancata collaborazione non avrebbe potuto trarsi "una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale: tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa" (in questo senso, partic. Corte cost., sent. n. 306/1993)².

Con la sent. n. 135 del 2003, poi, il modello "correzionale" è parso perdere terreno in favore di uno più aderente a quella teoria "disciplinare" della sanzione che si era particolarmente diffusa in Europa in quegli stessi anni e che si fondava, sostanzialmente, su un rapporto sinallagmatico tra la condotta del reo e le conseguenti modificazioni della sanzione irrogata in concreto³.

Detta pronuncia parrebbe, però, essere rimasta tutto sommato isolata, visto che, sia pur con riguardo alla disciplina più generale dell'ordinamento penitenziario, la Corte costituzionale, nelle successive decisioni, ha costantemente rilevato come essa debba essere ispirata ai canoni della progressività trattamentale e della flessibilità della pena⁴, sino ai più recenti svolgimenti di cui alla sent. n. 149/2018, laddove si è, tra l'altro, affermato che "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 ai benefici penitenziari [possano] legittimarsi sul piano costituzionale soltanto laddove presuppongano pur sempre valutazioni individuali, da parte dei competenti organi giurisdizionali, relative alla sussistenza di ragioni ostative di ordine specialpreventivo – sub specie di perdurante pericolosità sociale del condannato". Ciò aggiungendo che preclusioni assolute all'accesso, anche se dettate dall'esigenza di "lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati", se

² Per una più approfondita disamina della ridetta giurisprudenza della Corte costituzionale e, in genere, sulla declaratoria di illegittimità costituzionali di quegli automatismi legislativamente stabiliti che si ponevano in contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost., sia consentito rinviare a F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Giuffrè, Milano, 2012, 299 ss.

³ Al proposito, cfr., *amplius*, A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 11, 1353 ss.

⁴ Al proposito, *ex plurimis*, cfr. Corte cost., sentt. nn. 255 e 257 del 2006, 239 del 2014, 76 del 2017

possono essere legittimamente considerate dal legislatore nella fase di comminazione della pena, “non possono fondare presunzioni assolute nella fase di verifica del grado e dell’adeguatezza delle misure cautelari durante il processo”⁵ e nemmeno possono, “nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all’imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima”.

2. Gli ultimi approdi a cui è giunta la Corte costituzionale risultano coerenti con quelli a cui è pervenuta la stessa Corte EDU, tra gli altri, nel caso *Vinter et a. c. Regno Unito*⁶ e, da ultimo, proprio in relazione all’ergastolo ostativo, nel caso *Marcello Viola (n. 2) c. Italia*.

Particolarmente, in quest’ultima decisione – che, com’è noto, è stata pronunciata nelle more del giudizio di costituzionalità di cui ci si occupa e che, tuttavia, è ora divenuta definitiva a seguito del rigetto da parte della Corte EDU, nella sua composizione plenaria, del rinvio statale, già in data 7 ottobre 2019⁷ – è stato, infatti, affermato (richiamandosi, peraltro, a quanto già statuito dalla stessa Corte costituzionale con la sent. n. 306/1993) che “la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell’adesione ai «valori criminali» e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza”, potendo, per lo più, rintracciarsi le ragioni di una tale scelta nella necessità di non porre l’interessato o i suoi famigliari a rischio di esposizione a rappresaglie o, ancora, in un’intima convinzione personale. D’altra parte, sempre ad avviso del giudice di Strasburgo, la collaborazione può, a sua volta, non rispecchiare una volontà di “correzione” da parte del condannato o, comunque, “la sua «dissociazione» effettiva dall’ambiente criminale”, potendo il reo agire in tal modo al solo scopo di ottenere i vantaggi previsti dalla legge (§§ 118 e 119).

Così, non parrebbe possibile operare una “immediata equivalenza tra l’assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale”, non tenendosi conto di altri elementi che permetterebbero di valutare i progressi compiuti dal detenuto (§§ 120 e 121). E, del resto, spunti nel senso di una rimessa in discussione della presunzione inconfutabile di pericolosità sociale il giudice di Strasburgo li ha ricavati pure dalla più recente sentenza della Corte costituzionale n. 149/2018.

⁵ In ordine all’illegittimità costituzionale degli automatismi di cui all’art. 275, comma 3, c.p.p., cfr. Corte cost., sentt. nn. 265 del 2010, 164 e 231 del 2011, 110 del 2012, 57, 213 e 232 del 2013, 48 del 2015.

⁶ Ma cfr., altresì, *ex plurimis*, Corte EDU, Grande Camera, sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*; Id., Grande Camera, sent. 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*; Id., Grande Camera, sent. 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*; Id., sent. 29 aprile 2006, *Garagin c. Italia*, Id., sent. 8 settembre 2005, *Scoppola c. Italia*.

⁷ Si noti, peraltro, che lo Stato italiano non ha richiesto una pronuncia nel merito da parte della Grande Camera ma solo la ricevibilità del rinvio che, per l’appunto, è stato dichiarato l’irricevibilità dei motivi dal medesimo addotti.

Nel dichiarare, dunque, la violazione dell'art. 3 della CEDU, quasi come con una "sentenza-pilota", la Corte EDU ha, infine, imposto allo Stato di "scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali" necessarie, fornendo precise direttive al fine di porre rimedio a quello che è stato ritenuto un "problema strutturale" e, cioè, quello di mettere a punto una riforma del regime della reclusione a vita in modo che sia consentito un riesame della pena da parte delle autorità competenti.

3. Ciò posto, ci si potrebbe chiedere se l'evocazione, da parte dei giudici rimettenti, dei soli parametri di cui all'artt. 3 e 27, comma 3, Cost., col ricostruire puntualmente la giurisprudenza della Corte costituzionale volta ad impiegare il principio del finalismo rieducativo della pena quale grimaldello per scardinare tutti quegli automatismi che il "legislatore dell'emergenza" aveva posto, sia sufficiente a orientare il Giudice delle leggi nell'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionali prospettate (ed, eventualmente, anche della irrazionalità intrinseca della preclusione in sé considerata, rispetto quindi anche alle misure detentive temporanee) o se pure, sarebbe stata più opportuno prospettare, altresì, la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 3 della CEDU.

Ebbene, con il senno del poi, e soprattutto dopo la definitività della sentenza *Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, può ritenersi che il richiamo esplicito a quest'ultimo parametro avrebbe forse spianato la strada ad una declaratoria d'illegittimità della norma censurata (e forse anche della preclusione in sé considerata, dovendosi a questo punto considerare come un indice insufficiente a fondare una presunzione assoluta di pericolosità sociale del reo).

Se è, poi, vero che i giudici *a quibus* non avrebbero potuto tener conto di quest'ultimo arresto giurisprudenziale nelle ordinanze di rimessione essendo a queste successiva, sembrerebbe potersi ritenere che la stessa, sia pur nella sua innovatività, risulti in buona misura coerente⁸ con altre e numerose pronunce della Corte EDU che hanno sempre ribadito l'esigenza di garantire per gli ergastolani l'esistenza di regimi penitenziari compatibili con l'obiettivo di correzione e che permettano un'individualizzazione della pena da scontare e, dunque, ben avrebbero potuto trovare spazio nelle ridette ordinanze⁹.

E però, da un lato, il fatto che la stessa Corte EDU si sia rifatta proprio alla giurisprudenza costituzionale nazionale (e, in specie, alla sent. n. 306/1993) per constatare come la mancata collaborazione con la giustizia non indichi necessariamente il mantenimento di legami con l'organizzazione mafiosa, conforta in ordine alla robustezza delle argomentazioni impiegate dai giudici *a quibus*, essenzialmente tutta fondata su di una prospettiva "interna".

⁸ In senso, contrario, peraltro, cfr. l'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek allegata alla sentenza della Corte EDU.

⁹ Al proposito, cfr., *supra*, alla nota 6.

Dall'altro lato, visto che detta più recente pronuncia si atteggia a (e, comunque, preannuncia una) “sentenza-pilota” – ammonendo il legislatore circa le misure da adottare e segnalando come “un certo numero di ricorsi sono attualmente pendenti dinanzi alla Corte” – e che la ragione della sua definitività è da addebitarsi ad un rigetto del ricorso governativo dinanzi alla Grande Camera e non ad un semplice decorso dei termini per l'impugnazione, sembra segnare la strada per un quantomeno opportuno richiamo alla stessa da parte della Corte costituzionale, in ciò essendo supportata dal fatto che proprio nella sent. n. 149 del 2018 la Corte costituzionale ha fatto forse per la prima volta autonomo richiamo alla giurisprudenza di Strasburgo (e, in particolare, al caso *Vinter*).

4. a mancata evocazione del parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost. (in relazione all'art. 3 CEDU) parrebbe, dunque, solo un “falso problema”, potendosi rintracciare già nelle maglie della stessa giurisprudenza costituzionale (e, in particolare, nella chiave di lettura da questa fornita, secondo un orientamento ormai consolidato, degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.) appigli per l'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale così prospettate, se del caso anche con l'instaurazione di un efficace dialogo con la Corte di Strasburgo, nel senso di un “allineamento” della giurisprudenza europea e nazionale.

In una prospettiva tutta interna, non sembrerebbe deporre in senso contrario quanto affermato dallo stesso Giudice delle leggi nella sent. n. 188 del 2019, rilevandosi, peraltro, in quell'occasione, che l'art. 4-*bis* ord. penit. ha ormai “natura di disposizione speciale, di carattere restrittivo, in tema di concessione dei benefici penitenziari a determinate categorie di detenuti o internati, che si presumono socialmente pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato per il quale la detenzione o l'internamento sono stati disposti”, e ribadendosi, semmai, che essa si è trasformata in “un complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati”¹⁰.

Del resto, e venendo ad una prospettiva “esterna”, che l'art. 4-*bis* ord. penit. si risolva ormai in una disposizione svuotata della sua *ratio* originaria e, oltretutto, applicata indistintamente per “tipi d'autore” a una ormai variegata classe di reati e che necessiti di una riforma, come già accennato, si è accorta la stessa Corte EDU.

Essa stessa ha, infatti, sottolineato come progetti di riforma fossero stati elaborati, in particolare, dalla Commissione Palazzo, incaricata dal Ministero della Giustizia con decreto del 10 giugno 2013, che si proponeva di sostituire la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale con una presunzione relativa, suggerendo, altresì, altre circostanze per valutare i risultati del processo di reinserimento e l'assenza di legami con il gruppo criminale, al fine di rendere

¹⁰ In questo senso, cfr. già Corte cost., sent. n. 239 del 2014 e 32 del 2016.

possibile l'accesso alla liberazione condizionale e ai benefici previsti dalla legge¹¹. Di un certo interesse è stato poi il progetto di riforma elaborato dalla comunità istituzionale e accademica, pubblicato in data 19 aprile 2016, laddove si aggiungeva un comma all'art. 4-*bis* ord. penit. per consentire al condannato, quale alternativa alla “non collaborazione” (e pur con il previo accertamento dell'assenza di legami dell'interessato con la criminalità organizzata), di adottare una condotta riparatrice nei confronti delle vittime (e, più in generale, della società)¹². Infine, un'occasione mancata può, ad oggi, considerarsi la mancata attuazione di quanto stabilito dal legislatore all'art. 1, comma 85, lett. e), della l. 23 giugno 2017, n. 103, con cui si delegava l'esecutivo ad eliminare gli automatismi e le preclusioni “che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato”, nonché a procedere alla “revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo”, sia pur facendo salvo “i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale”, dal momento che il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124 non vi ha provveduto.

Non resta, dunque, che attendere il dispositivo della Corte costituzionale, nell'auspicio che il dialogo iniziato dalla Corte EDU possa essere fecondo e che, dunque, il principio della dignità umana venga finalmente preso in maggior considerazione nel regime penitenziario, rimettendosi all'autorità giurisdizionale (e non già ad una presunzione legislativa assoluta) il compito di verificare “in concreto” la sussistenza di una pericolosità sociale del reo.

¹¹ Lo “Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale” elaborato dalla Commissione ministeriale istituita con d.m. 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo è reperibile in *Diritto Penale Contemporaneo*, all'indirizzo telematico <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2828>.

¹² Il testo della ridetta Relazione è reperibile all'indirizzo telematico https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page?previousPage=mg_2_19_1.

IL 4-BIS ALL'ESAME DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LE QUESTIONI SUL TAPPETO E LE POSSIBILI SOLUZIONI

di FRANCESCA BIONDI*

SOMMARIO: 1. Questioni e censure – 2. Il “cuore” del problema di costituzionalità – 2.1. La mancata collaborazione con la giustizia come presunzione di pericolosità sociale? – 2.2. ... o strategia di contrasto alla criminalità? – 3. Come costruire un eventuale dispositivo di accoglimento.

1. La Corte costituzionale sarà presto chiamata a decidere se sia lesivo degli artt. 3 e 27 Cost. l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., nella parte in cui esclude che siano ammessi alla fruizione di un permesso premio **[a]** il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. ovvero al fine di agevolare l'attività di associazioni in esso previste (*ex* art. 416-*bis*.1, cod. pen., precedentemente *ex* art. 7 d.l. n. 152 del 1991)¹, che non abbia collaborato con la giustizia (v. ordinanza di rimessione della prima sezione della Corte di cassazione del 20 dicembre 2018) e **[b]** il condannato all'ergastolo per i delitti *ex* art. 416-*bis* cod. pen., che non abbia collaborato con la giustizia (v. ordinanza di rimessione del Tribunale di Sorveglianza di Perugia del 28 maggio 2019).

Se questi certamente sono l'oggetto e il parametro di costituzionalità, ricostruire sinteticamente le censure dei rimettenti è invece operazione meno agevole.

La Corte di cassazione, dopo aver spiegato, ai fini della rilevanza, per quale motivo non è stato ancora operato il giudizio sulla pericolosità sociale del detenuto richiedente il permesso premio (requisito invece richiesto dall'art. 30-*bis* ord. pen.)², assume anzitutto che l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. violi l'art.

* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Milano Statale*

¹ Si tratta dei condannati per i reati di c.d. contesto mafioso, cioè quelli ai quali sia contesta l'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buona andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 1991, n. 2013.

² L'art. 30-*ter* ord. pen. prevede che i permessi-premio possano essere concessi ai condannati che hanno tenuto regolare condotta e che non risultano socialmente pericolosi. La Corte di cassazione, nell'ordinanza di rimessione, spiega che nessun giudice ha ancora operato,

3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza. Più precisamente, ritiene che l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. contenga una presunzione di pericolosità irragionevole, perché non basata sull'*id quod plerumque accidit* (punto 3.2 dell'ordinanza), richiamando – sul punto – la giurisprudenza costituzionale sugli “automatismi” nell'applicazione delle misure cautelari personali, secondo la quale la presunzione di pericolosità che impone sempre l'applicazione della misura custodiale trova una giustificazione solo per l'affiliato all'associazione mafiosa³. In tal modo, la Corte di cassazione distingue specificamente, nell'ambito di applicazione dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. la posizione del condannato per un reato di c.d. contesto mafioso (tale aspetto è poi approfondito al punto 4 dell'ordinanza).

In sintesi: la norma sarebbe irragionevole perché “presume” la pericolosità dei detenuti condannati per un reato di c.d. contesto mafioso senza consentire al giudice di valutarla al fine di concedere il permesso premio.

In secondo luogo, la Corte di cassazione ritiene che sia violato l'art. 27 della Costituzione, in quanto la disposizione censurata frustrerebbe gli obiettivi di risocializzazione.

A tal fine essa richiama, in particolare, tre pronunce della Corte costituzionale dalle quali – a suo avviso – si ricaverebbe la necessità costituzionale della progressività trattamentale e della flessibilità della pena: le sentenze n. 239 del 2014, n. 76 del 2017 e n. 149 del 2018.

Gli argomenti relativi al contrasto del 4-*bis*, comma 1, ord. pen. con la finalità rieducativa della pena prevista dall'art. 27 Cost. non sono, per la verità, particolarmente approfonditi, limitandosi il rimettente perlopiù ad asserire la violazione di tale parametro costituzionale quale corollario della lesione del principio di ragionevolezza (alla fine del punto 3.3 dell'ordinanza e in breve passaggio al punto 4.1).

Va, infine, segnalato che la Corte di cassazione – che chiede alla Corte costituzionale di poter concedere il permesso premio – argomenta diffusamente l'importanza di tale istituto nel percorso rieducativo, evidenziando come il

in concreto, una valutazione sulla pericolosità sociale del detenuto. Osserva, tuttavia, come ciò non infici la rilevanza della questione, in quanto è proprio l'ostatività costituita dall'assenza di collaborazione ad impedire alla magistratura di sorveglianza tale valutazione in concreto.

Stessa argomentazione adduce il Tribunale di Sorveglianza di Perugia (v. pag. 9 dell'ordinanza di remissione).

Una simile motivazione in punto di rilevanza è già stata ritenuta sufficiente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 188 del 2019 (punto 2 cons. dir.), in considerazione della prassi normalmente seguita dai magistrati di sorveglianza che – accertata l'assenza di collaborazione – non entrano mai nel merito della concessione del beneficio.

In passato, invece, la Corte costituzionale, almeno in una occasione, aveva richiesto che il rimettente operasse previamente una verifica sulla sussistenza dei requisiti per l'accesso alla misura (ordinanza n. 307 del 2001).

³ V. sentenza n. 57 del 2013 relativamente ai condannati per reati di c.d. contesto mafioso e, successivamente, sentenza n. 48 del 2015 per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa. V., poi, da ultimo, ordinanza n. 136 del 2017, con cui è rigettata la medesima questione con riferimento all'indagato o imputato per il delitto ex art. 416-*bis* c.p.

permesso premio non possa essere integralmente assimilato alle altre misure alternative alla detenzione (v. punto 4.1. dell'ordinanza).

Il Tribunale di sorveglianza di Perugia – chiamato a decidere il reclamo di un detenuto condannato ex art. 416-*bis* cod. pen. a cui il magistrato di sorveglianza aveva negato la concessione di un permesso premio in assenza di collaborazione – è costretto ad impostare la questione in modo po' diverso, cioè a chiedere alla Corte se sia compatibile con gli artt. 3 e 27 Cost. l'obbligo di collaborare con la giustizia per poter accedere alle misure previste dall'ordinamento penitenziario (e, in particolare, ai permessi premio) a prescindere dal tipo di reato commesso dal detenuto. Dovendo, infatti, decidere il reclamo presentato da un detenuto condannato per il più grave delitto di associazione mafiosa, il rimettente è costretto a seguire un percorso diverso da quello delineato dalla Corte di cassazione, che, invece, come ricordato, evidenzia la “minore” gravità del reato “di contesto mafioso” del richiedente il permesso premio⁴.

In primo luogo, allora, il Tribunale di sorveglianza di Perugia chiede se, nel campo dell'esecuzione della pena, una presunzione di pericolosità del condannato come quella contenuta all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. sia *ex se* compatibile con l'art. 27 Cost. Dopo aver evidenziato come anche nei confronti di colui che collabori il giudice sia oggi chiamato «a verificare in concreto l'evoluzione personologica del condannato e in questo contesto anche le ragioni che lo hanno condotto alla collaborazione», domanda per quale ragione l'ordinamento gli precluda di valutare anche il caso opposto, ossia, in concreto, «le ragioni che hanno indotto l'interessato a mantenere il silenzio» (che il rimettente qualifica diritto inviolabile richiamando la recente ordinanza n. 117 del 2019) (v. pagg. 11-12 dell'ord. di rimessione).

Analogamente alla Corte di cassazione, evidenzia poi come la finalità rieducativa della pena sia particolarmente frustrata dall'impossibilità di concedere permessi-premio, i quali costituiscono «uno strumento fondamentale per consentire al condannato di progredire nel senso di responsabilità e di capacità di gestirsi nella legalità, e al magistrato di sorveglianza di vagliare i progressi trattamentali compiuti e la capacità, mediante le stringenti prescrizioni che possono essere imposte, di reinserirsi, per quanto brevemente, nel tessuto sociale» (qui richiamando le sentenze n. 403 del 1997 e n. 149 del 2018), nonché «l'esercizio pieno di diritti», tra i quali «il mantenimento o il ristabilimento, dopo anche lungo tempo, delle relazioni con la famiglia», sulle quali il rimettente insiste molto richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 301 del 2012 (pagg. 13-15 ord. di rimessione).

Il Tribunale di sorveglianza di Perugia evidenzia quindi, ancora richiamando la sentenza n. 149 del 2018, un altro profilo di eventuale contrasto dell'art. 27 Cost.: l'impossibilità di ottenere un qualsiasi beneficio premiale in assenza di collaborazione costituirebbe un disincentivo alla partecipazione al

⁴ Il Tribunale di sorveglianza di Perugia ben conosce l'ordinanza della Cassazione e illustra dettagliatamente le differenze tra i due casi a pag. 5-6.

trattamento penitenziario, con evidente frustrazione degli obiettivi che la norma costituzionale si pone (pagg. 16-17 dell'ord. di rimessione).

Il rimettente, pur riconoscimento che la Corte costituzionale ha sin qui "salvato" il meccanismo dell'ostatività, evidenzia poi come negli ultimi anni dalla giurisprudenza costituzionale emerga una diversa lettura dell'art. 27 Cost.: mentre in passato la finalità rieducativa della pena era collocata sul medesimo piano degli altri obiettivi della sanzione penale, ora la rieducazione sembrerebbe avere assunto una posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto alle esigenze di difesa sociale.

Infine – anche su questo aspetto distinguendosi dall'ordinanza della Corte di cassazione – il Tribunale di sorveglianza di Perugia sottolinea la peculiarità dell'esecuzione penale rispetto a quella cautelare: mentre quest'ultima può tollerare qualche "presunzione", l'esecuzione della pena, sviluppandosi lungo un arco temporale più esteso, richiede una valutazione costante dell'evoluzione personologica del condannato che tenga conto anche a distanza di anni dal reato commesso.

I percorsi argomentativi suggeriti dai due rimettenti risultano in definitiva non pienamente sovrapponibili.

La Corte di cassazione – evidentemente condizionata dal tipo di reato commesso dal condannato ricorrente (reato di c.d. contesto mafioso) – qualifica il meccanismo dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. un "automatismo" che preclude al giudice la valutazione del detenuto condannato per un reato di c.d. contesto mafioso senza che ciò sia "ragionevolmente" sostenuto dall'*id quod plerumque accidit*. Ne è prova l'insistito richiamo alla giurisprudenza costituzionale sugli automatismi nell'applicazione della custodia cautelare e il fatto che le argomentazioni siano quasi tutte centrate sulla violazione dell'art. 3 Cost., più che sull'art. 27 Cost.

Diverso (e sotto certi aspetti più convincente) è l'argomentare del Tribunale di sorveglianza di Perugia, che – dovendo decidere un reclamo presentato da un detenuto condannato per il più grave reato di associazione mafiosa ex art. 416-*bis* c.p. – chiede se sia compatibile anzitutto con l'art. 27 Cost. il meccanismo dell'ostatività in sé considerato, il quale, presumendo una pericolosità sociale del detenuto che non collabori, impedisce che il giudice svolga una valutazione in concreto tenendo conto anche delle ragioni per cui egli ha scelto di non collaborare.

2. Per andare al "cuore" del problema di costituzionalità che la Corte è chiamata ad affrontare è anzitutto opportuno chiarire che le ordinanze di rimessione non eccediscono la legittimità costituzionale della posizione dei "soli" condannati all'ergastolo per uno dei delitti elencati all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. (c.d. ergastolo "ostativo").

È vero, infatti, che entrambi i rimettenti sono chiamati a decidere ricorsi presentati da detenuti condannati all'ergastolo, ma la questione non riguarda

tanto e solo l'impossibilità, per questi soggetti, di aspirare ad una liberazione in assenza di collaborazione. Tale invece sarebbe stata la questione se i rimettenti, ad esempio, avessero chiesto alla Corte di valutare se sia compatibile con l'art. 27 Cost. l'impossibilità di concedere all'ergastolano non collaborante, che abbia già scontato ventisei anni effettivi di carcere, la liberazione condizionale, ossia l'unico istituto che, in principio, può rendere una pena perpetua *de jure* non perpetua *de facto*⁵.

I rimettenti, invece, pur avendo a che fare con due detenuti condannati all'ergastolo, chiedono alla Corte di valutare la compatibilità con gli artt. 3 e 27 Cost. dell'obbligo di collaborare con la giustizia quale condizione per essere ammessi al solo permesso premio, ossia al beneficio che costituisce il primo passo del percorso trattamentale generalmente previsto per tutti i detenuti.

È di questo che la Corte si dovrà occupare.

Non è, dunque, in discussione solo la perpetuità *de facto* della pena inflitta agli ergastolani, i quali – se non collaborano – non avranno mai la possibilità di uscire dall'istituto penitenziario (*fine pena mai*), bensì l'ostatività in sé del requisito della collaborazione. La condizione degli ergastolani, d'altro canto, costituisce (se è consentita la metafora) l'*iceberg* di un modello normativo – quello dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. – che si ripercuote sulla condizione detentiva di tutti i condannati per determinati reati, a prescindere dall'entità della pena irrogata. Né è immaginabile (o auspicabile) che la Corte costituzionale possa accogliere la questione solo con riferimento alla possibilità di concedere il permesso premio, pur in assenza di collaborazione, ai soli condannati all'ergastolo, poiché ciò determinerebbe una immediata e assai evidente disparità di trattamento rispetto ai condannati a pene detentive inferiori⁶.

Si tratta di una prenuccia che non ha precedenti immediati.

I rimettenti cercano infatti di evidenziare la più recente giurisprudenza costituzionale (in particolare, le sentenze n. 239 del 2014, n. 76 del 2017 e n. 149 del 2018), ma – a ben vedere – le questioni decise erano assai diverse.

Con le sentenze n. 239 del 2014 e n. 76 del 2017 la Corte ha, per la prima volta, fatto breccia nella disciplina dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., ma lo ha fatto a tutela dell'interesse del minore, non del condannato (tanto che le

⁵ Per questa questione, si rinvia, per tutti, a A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 101 ss. Quanto, invece, all'inutilità della liberazione anticipata (unico beneficio a cui sono ammessi) per gli ergastolani che non collaborano, v. ancora A. PUGIOTTO – D. GALLIANI, *Eppur qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista Aic* 4/2017 (<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>), p. 5.

⁶ Diverso è il caso deciso con la sentenza n. 149 del 2018, con cui la Corte ha accolto la questione con riferimento ai soli ergastolani, pur sapendo che ne sarebbe giunta presto un'altra per i condannati a pene inferiori. Diversa era infatti la struttura nella norma censurata, che non si limitava a porre un limite all'accesso a benefici per i condannati a determinati reati (come l'art. 4-*bis* ord. pen.), ma espressamente faceva riferimento anche all'entità della pena inflitta.

questioni sono state accolte perché la Corte ha accertato una violazione dei principi costituzionali posti a tutela dei figli in tenera età, non per contrasto con l'art. 27 Cost.).

Anche la più recente decisione n. 149 del 2018, che pure contiene importantissime affermazioni sul principio di rieducazione, non costituisce un immediato precedente, in quanto la Corte ha sì accolto la questione per lesione dell'art. 27 Cost., ma ha annullato una norma che conteneva una previsione “davvero” assoluta, in quanto impediva al condannato a pena dell'ergastolo che avesse cagionato la morte del sequestrato, di accedere – anche se collaborante – ad alcuno dei benefici indicati all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. prima di aver espiato almeno ventisei anni di reclusione.

In definitiva, per risolvere il dubbio di costituzionalità ora al suo esame, la Corte dovrà prendere una posizione sulla natura del requisito della collaborazione, dovrà cioè chiarire se essa possa essere ricondotta “nell'alveo” dell'art. 27 Cost. ovvero sia qualcosa di diverso.

2.1. I giudici *a quibus* – come chiaramente emerge dall'esposizione delle questioni sollevate (v. *retro* par. 1) – ritengono, insieme a larga parte della dottrina⁷, che il meccanismo previsto dall'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. contenga una “presunzione di pericolosità sociale”: la mancata collaborazione con la giustizia dimostrerebbe la permanenza dei legami con l'organizzazione criminale, mentre la collaborazione dimostrerebbe *ex se* la cessazione del legame. Di conseguenza, chiedono alla Corte costituzionale o di considerare la “minore gravità” del reato *ex art. 416-bis.1 c.p.* (così la Corte di cassazione) oppure di poter superare tale presunzione perché la pericolosità sociale dovrebbe essere valutata anche sulla base di altri indici (così il Tribunale di sorveglianza di Perugia).

Quella da cui muovono i rimettenti è una qualificazione del requisito della collaborazione che, in effetti, può trovare conferme, soprattutto se si considera che cosa l'art. 4-*bis* ord. pen. è diventato nel corso del tempo.

Tale disposizione fu introdotta nell'ordinamento con il d.l. n. 152 del 1991, conv. in l. n. 203 del 1991, ma il requisito della collaborazione viene inserito l'anno successivo, all'indomani della strage di Capaci, con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modifiche con la l. 7 agosto 1992, n. 356. In questa prima formulazione la collaborazione era imposta ai soli condannati per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. e per quei delitti allora commessi dalla criminalità organizzata per acquisire risorse (sequestro a scopo di estorsione e traffico di

⁷ Cfr., tra i tanti, L. EUSEBI, *Ergastolo “non collaborante” ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. Pen.* 4/2012, pp. 1221-1222; E. DOLCINI, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2018, pp. 1687-1688; L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e “governo dell'insicurezza sociale”*, in *Costituzionalismo.it* 2/2015, sopr. pp. 3-4.

droga). Il legislatore reagì cioè alla morte dei giudici Falcone e di Borsellino introducendo – non senza travaglio⁸ – una disposizione volta a favorire il c.d. “pentitismo”. Nel corso del tempo – soprattutto a partire dalle modifiche alla norma che si sono susseguite dal 2000 in poi – nell’art. 4-*bis* ord.pen. sono stati aggiunti titoli di reato tra loro assai diversi, rispondenti, di volta in volta, a ciò che il legislatore ha ritenuto particolarmente “grave” e, dunque, per i detenuti che ha assunto essere socialmente più pericolosi: così, prima sono stati aggiunti i reati di terrorismo internazionale, poi quelli legati allo sfruttamento sessuale, infine al fenomeno della corruzione⁹. Nella recente sentenza n. 188 del 2019, la Corte costituzionale, prendendo atto di questa tendenza, ma senza mostrare di condividerla, afferma che «le numerose modifiche intervenute negli anni, rispetto al nucleo della disciplina originaria, hanno variamente ampliato il catalogo dei reati ricompresi nella disposizione, in virtù di scelte di politica criminale tra loro disomogenee, accomunate da finalità di prevenzione generale e da una volontà di inasprimento del trattamento penitenziario, in risposta ai diversi fenomeni criminali di volta in volta emergenti, trasformando l’art. 4-*bis* ordin. penit. in “un complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati”».

Ritenendo dunque che l’art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. contenga una presunzione assoluta di pericolosità sociale, i giudici dubitano della compatibilità dell’obbligo di collaborazione per accedere ai benefici penitenziari con l’art. 27 della Costituzione, non solo perché un detenuto potrebbe aver compiuto passi importanti verso la rieducazione e aver scelto di non collaborare per non mettere a repentaglio la vita dei propri cari o per altre ragioni, ma anche per il caso opposto, cioè evidenziando come la pericolosità sociale non si dissolva con la collaborazione con la giustizia, ben potendo quest’ultima essere dettata da mere ragioni di convenienza. Se l’art. 27 Cost. richiede un trattamento penitenziario individualizzato (in questo senso, soprattutto, da ultimo, la sentenza n. 188 del 2019), allora la valutazione in concreto della pericolosità sociale del detenuto e, in particolare, del comportamento tenuto durante la detenzione non dovrebbe essere impedita dalla mancata collaborazione con la giustizia, la quale potrebbe invece costituire uno dei tanti elementi che il giudice è chiamato a considerare prima di concedere il beneficio.

Nel complesso si tratta di censure indubbiamente solide, suffragate – dopo la pubblicazione delle ordinanze di rimessione – dalle argomentazioni con cui la Corte EDU, prima sezione, con la sentenza 13 giugno 2019, Viola c. Italia (v. soprattutto §§ 116 ss.), ha condannato lo Stato italiano, rilevando che la presunzione di pericolosità sociale contenuta nell’art. 4-*bis* ord. pen. si pone in

⁸ V. il dibattito svoltosi presso la Camera dei deputati nella seduta del 30 luglio 1992.

⁹ Cfr. L. PACE, *op. cit.*, p. 7, che riconduce l’espansione del catalogo dei reati di cui all’art. 4-*bis* ord. pen. al “governo dell’insicurezza sociale”.

contrasto con l'art. 3 della Convenzione¹⁰. Anche se i rimettenti non evocano la violazione dell'art. 117, primo, comma Cost., tale decisione avrà sicuramente un "peso" nella decisione della Corte costituzionale, soprattutto dopo che, con il rigetto del ricorso dello Stato italiano comunicato il 7 ottobre 2019, tale pronuncia è diventata definitiva.

A quanto osservato dai rimettenti potrebbe poi aggiungersi che presumere la pericolosità sociale di chi ha commesso certi reati e non collabora rischia di rieditare una concezione della pena "per autore", di una colpa "per colpevolezza della condotta di vita"¹¹ (come, del resto, adombrato anche in Corte cost., sentenza n. 306 del 1993).

In questa prospettiva, infine, non errerebbe il Tribunale di Perugia anche a rilevare come il meccanismo censurato potrebbe persino frustrare la rieducazione di colui che – non collaborando – non avrebbe ragioni e scopi nel seguire il percorso trattamentale.

Meno convincente è, invece, il richiamo che la Corte di cassazione opera alla giurisprudenza costituzionale sull'automatismo contenuto nell'art. 275 c.p.p. in ordine all'applicazione della custodia cautelare in carcere, anzitutto per la diversità strutturale tra le finalità perseguite con le misure cautelari, applicate durante il processo quando la verità non è ancora accertata e l'imputato è stato da poco allontanato dal contesto criminale, e gli istituti dell'ordinamento penitenziario finalizzati invece a rieducare il condannato lungo un arco temporale assai lungo¹². Si potrebbe poi osservare che quello previsto dall'art. 275 c.p.p. è un "vero" automatismo (il legislatore decide al posto del giudice), mentre la collaborazione è una (pre)condizione che "preclude" la valutazione che la magistratura di sorveglianza è comunque chiamata ad operare prima di concedere il beneficio.

Rispetto alle censure così costruite, la Corte potrebbe rigettare le questioni richiamando quando perentoriamente affermato nella sentenza n. 273 del 2001 e, soprattutto, nella sentenza n. 35 del 2003 (quando ormai – come visto – l'art. 4-*bis* ord. pen. aveva subito una profonda modifica rispetto alle intenzioni originarie del legislatore). In tali pronunce – che si pongono, sul piano argomentativo, in discontinuità con la giurisprudenza costituzionale

¹⁰ Per una analisi esaustiva della decisione si rinvia a V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva "fino alla fine" e la Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali*, in questo volume.

¹¹ Vedi C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la collaborazione come presupposto per i benefici*, in *Giur. Cost.* 1993, p. 2505.

Per la concezione della pena "d'autore", v. A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè 1987, pp. 780-781; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 327-329. Nella giurisprudenza costituzionale, sulla "responsabilità penale d'autore" v. sentenza n. 249 del 2010.

¹² Sulla diversità tra soggezione ad una misura cautelare e stato di detenzione, v. Corte cost., sentenze n. 25 del 1979 e n. 17 del 2017 e ordinanze n. 532 del 2002 e n. 145 del 2009.

precedente¹³ – si legge che la preclusione all'accesso ai benefici «non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare»; e che la collaborazione è «criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare il 'sicuro ravvedimento' del condannato».

Oppure, la Corte potrebbe mettere alla prova la ragionevolezza di tale presunzione legale sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, cioè sulla base di indici di fatto, verificando (tramite un'analisi giurisprudenziale?) se davvero la maggioranza dei condannati per i delitti indicati nell'art. 4-bis, comma 1, ord. pen. che non collaborano continuano a commettere reati durante la detenzione e, dunque, siano socialmente pericolosi, o (come chiede la Corte di cassazione) se ciò sia vero per coloro che sono condannati per alcuni reati (solo i condannati *ex art. 416-bis c.p.*?) e non per gli altri.

2.2. Oltre a quello delineato, la Corte potrebbe però seguire anche un diverso percorso.

Nella nota (e più sofferta) decisione n. 306 del 1993, pronunciata poco dopo l'entrata in vigore del ricordato d.l. n. 306 del 1992, la Corte – chiamata per la prima volta a giudicare della compatibilità a Costituzione del c.d. doppio binario – prende atto che il requisito della collaborazione quale condizione per l'accesso ai benefici penitenziari «è essenzialmente espressione di una scelta di politica criminale e non penitenziaria». Osserva, quindi, che non può convenirsi con il Ministro della Giustizia che, nel presentare il decreto, aveva affermato che la scelta collaborativa è la sola ad esprimere con certezza la volontà di emenda (punto 9 cons. dir.); che, invero, tale soluzione comporta «una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena»; in definitiva, che il requisito della collaborazione non è coerente con i principi di eguaglianza di fronte alla pena, perché «è strumento di politica criminale e non indice di colpevolezza o criterio di individualizzazione del trattamento». Di conseguenza, essa annulla la norma che disponeva la revoca dei benefici per chi non aveva collaborato, perché tale strategia non può pregiudicare un percorso rieducativo già iniziato¹⁴ (a tale conclusione non sarebbe forse potuta giungere se avesse ritenuto che la mancata collaborazione sia indice di sicuro persistente legame con la criminalità).

Riprendendo questa decisione del 1993 e valorizzando lo spirito originario della norma¹⁵, la Corte potrebbe allora ritenere che l'obbligo di collaborare con

¹³ Il punto è evidenziato da E. FAZZIOLI, *La collaborazione come presupposto necessario per l'ammissione a benefici penitenziari: un nuovo orientamento della Corte?*, in *Giur. cost.* 2001, 2296.

¹⁴ V. Corte costituzionale, sentenze n. 504 del 1995, n. 445 del 1997, n. 137 del 1999.

¹⁵ Che l'art. 4-bis, comma 1, ord. pen. nella formulazione del 1992 strumentalizzasse le misure alternative a “specifici intenti di politica criminale, fu evidenziato da A. PRESUTTI, *Alternative al carcere e regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in A.

la giustizia sia imposto dal legislatore per ragioni di politica criminale, per favorire la sicurezza pubblica¹⁶. Così letto esso non starebbe (come le presunzioni di pericolosità sociale) “dentro” perimetro dell’art. 27 Cost., bensì “fuori” da esso, contrapponendovisi. In altre parole ancora, la collaborazione “comprimerebbe” la finalità rieducativa della pena (e, volendo, anche quella retributiva¹⁷) quale strategia di contrasto alla criminalità.

D’altro canto, indici normativi depongono nel senso della natura sanzionatoria o premiale della collaborazione nella fase dell’esecuzione, che nulla hanno a che vedere con la pericolosità del condannato e, dunque, con ragioni di prevenzione speciale.

La mancata collaborazione si traduce, infatti, in una “sanzione” che determina il mancato accesso alle misure trattamentali (permessi premio, lavoro all’esterno, semi-libertà, liberazione condizionale) e alle misure alternative alla detenzione.

La collaborazione, però, costituisce anche un “premio” per il detenuto poiché – come letteralmente disposto dall’art. 58-ter ord. pen. – consente di superare i limiti di pena previsti da specifiche disposizioni¹⁸. Infatti, diversamente da quanto sostenuto dal Tribunale di Perugia (v. due passaggi a pagg. 10 e 18 dell’ord. di rimessione), se i condannati si rifiutano di collaborare non accedono mai ai benefici penitenziari, neppure dopo aver scontato un terzo di pena o dieci anni in caso di condanna all’ergastolo. Se, invece, essi collaborano attivamente – secondo quanto prevede l’art. 58-ter, comma 1, ord. pen. – vi accedono senza dover previamente scontare una frazione di pena. In caso di collaborazione “attiva”, infatti, gli artt. 4-bis e 58-ter ord. pen. finiscono per elidersi a vicenda e rendere priva di efficacia normativa le previsioni che impongono che il detenuto abbia previamente scontato una frazione di pena¹⁹.

PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Giuffrè, Milano 1994, pp. 83-84.

¹⁶ Ragioni di politica criminale non riconducibili neppure le finalità di prevenzione generale, per definizione preordinate a scoraggiare i cittadini al compimento di reati e non ad aggravare la condizione di chi è già stato condannato.

¹⁷ Per questo aspetto, v. M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Diritto penale e processo* 2005.

¹⁸ L’art. 58-ter ord. pen., oltre a definire quali sono le condotte “collaborative”, espressamente stabilisce che «i limiti di pena previsti dalle disposizioni del comma 1 dell’art. 21, del comma 4 dell’art. 30-ter e del comma 2 dell’art. 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell’art. 4-bis, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l’individuazione o la cattura degli autori dei reati», ossia a coloro che collaborano attivamente con la giustizia.

¹⁹ In questo senso si è già espressa la giurisprudenza, costituzionale: si veda la sentenza n. 504 del 1995 (ove si legge, con riferimento all’art. 58-ter, che «il richiamo di tale precetto agli artt. 21, comma 1, 30-ter, comma 4, 50, comma 2 (...), è effettuato solo in vista di consentire, ove venga spiegata la richiesta attività collaborativa, l’applicazione anche immediata dei

Se la collaborazione costituisce una misura “sanzionatoria o premiale” che il legislatore adotta ai fini di contrasto della criminalità, non si tratta allora tanto di valutare se si è al cospetto di una presunzione assoluta o relativa o se tale “presunzione di pericolosità sociale” sia ragionevole sulla base dell’*id quod plerumque accidit*.

Così impostata, la questione all’esame della Corte sarebbe esaminata da altra prospettiva.

Non si tratterebbe più di svolgere un giudizio “tutto interno” all’art. 27 Cost., bensì di valutare se disincentivi o incentivi a collaborare con la giustizia durante la fase dell’esecuzione della pena, quando ormai il processo penale si è definitivamente concluso, siano conformi ai principi costituzionali garantiti anche, ma non solo, dall’art. 27 Cost.

Ci si dovrebbe chiedere se per ragioni di lotta contro la devianza criminale sia possibile strumentalizzare la rieducazione del condannato²⁰, ma anche se sia legittimo coartare la sua libertà morale²¹. Grande assente, nelle ordinanze che qui si esaminano, è l’art. 2 della Costituzione, che garantisce la libertà morale di ciascun individuo, certamente comprensiva – come notato da parte della dottrina²² – della scelta di collaborare o non collaborare. Qualcosa di parzialmente diverso dal diritto al silenzio – che pure il Tribunale di sorveglianza di Perugia evoca (p. 11 dell’ordinanza) – poiché la collaborazione non intacca il diritto di difesa come diritto fondamentale ex art. 24 Cost. (su cui v., da ultimo, ordinanza n. 117 del 2019), bensì l’effettiva libertà di scegliere tra l’ammissione al beneficio e il recare pregiudizio ad altri (magari familiari). Il detenuto è obbligato a barattare la propria libertà di autodeterminazione con la sofferenza altrui.

Anche così diversamente impostata, la questione è aperta, ma forse tale lettura si presta ad un più ampio ventaglio di soluzioni.

La Corte – come da molti auspicato – potrebbe ritenere che nulla giustifichi la compressione dei principi costituzionali espressi dall’art. 27 Cost. e, di

benefici penitenziari»), e, soprattutto, la sentenza n. sentenza n. 174 del 2018 (punto 2.2 cons. dir.).

Quanto alla giurisprudenza di legittimità, si rinvia alle decisioni della Corte di cassazione, I sez. pen., 3 febbraio 2016, n. 37579, e I sez. pen., 12 luglio 2006, n. 30434.

²⁰ Sia pure con riferimento al diverso principio di colpevolezza, nella sentenza n. 322 del 2007, si legge: «Punire in difetto di colpevolezza, al fine di “dissuadere” i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale “negativa”) o di “neutralizzare” il reo (prevenzione speciale “negativa”), implicherebbe, infatti, una strumentalizzazione dell’essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale [...], contrastante con il principio personalistico affermato dall’art. 2 Cost.».

²¹ M. RONCO, *op. cit.*

²² Cfr. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 dicembre 2018; G.M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1507, G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1510, M. BONTEMPELLI, *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1529.

conseguenza, eliminare dall'ordinamento l'obbligo di collaborare con la giustizia quale necessaria condizione per essere ammessi al permesso premio (sull'eventuale estensione dell'accoglimento a tutti o ad altri benefici penitenziari, v. *infra* par. 3).

Essa, però, potrebbe giungere ad altre conclusioni e ammettere che, per eccezionali esigenze di contrasto della criminalità, i principi costituzionali summenzionati possono essere compressi. Potrebbe cioè svolgere un giudizio di proporzionalità tra mezzo utilizzato (obbligo di collaborare al fine di acquisire informazioni necessarie a combattere la criminalità) ed entità del sacrificio dei principi costituzionali (rieducazione e libertà morale) e ritenere che, in taluni casi, il sacrificio sia giustificato.

Così ragionando, tornerebbe prepotentemente in gioco la distinzione tra certi reati di criminalizzata organizzata, per i quali si potrebbe in principio ammettere che la collaborazione non sia irragionevolmente imposta, e altri reati. D'altro canto, anche nelle più recenti proposte di revisione dell'art. 4-*bis* ord. pen. il c.d. doppio binario non è stato eliminato per tutti i reati, bensì mantenuto per i reati associativi più gravi e per coloro che vi rivestono posizioni apicali²³.

La Corte potrebbe, allora, ad esempio, operare una distinzione tra i reati che già nel 1992 furono inseriti nell'art. 4-*bis* ord. pen. e quelli che vi sono stati aggiunti in seguito (v. *retro* par. 2.1). Potrebbe cioè ritenere che la lotta alla criminalità mafiosa, ancora così fortemente radicata nel nostro Paese, giustifichi oggi – come nel 1993 – il nucleo “duro” dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., e rigettare entrambe le questioni al suo esame (ancora di recente la Corte ha fatto riferimento alle «connotazioni criminologiche del fenomeno mafioso»: v. ordinanza n. 136 del 2017).

Nel contempo, però, essa potrebbe far comprendere che ulteriori compressioni dei principi espressi dagli artt. 2 e 27 Cost. non sono tollerabili e che non si salveranno dalle censure di incostituzionalità le norme che estendono il regime ostativo a reati che nulla hanno a che fare con la criminalità organizzata di stampo mafioso o, in modo più ampio, con gravi reati di natura associativa (così anticipando l'incostituzionalità, ad esempio, delle previsioni di recente introdotte dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3)²⁴.

²³ V., negli ultimi anni, i lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale, avviati dal Governo il 19 maggio 2019, e, in particolare, il documento finale pubblicato il 19 aprile 2016 (richiamato, tra gli altri, da E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 dicembre 2018, p. 18) e, in seguito, l'art. 85, comma 1, lett. e) della legge 23 giugno 2017, n. 103, che delegava il Governo a sopprimere gli automatismi nell'accesso ai benefici penitenziari, tranne che per i condannati per delitti legati alla mafia e al terrorismo.

²⁴ Cfr. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Archivio penale* n. 3/2018, 1 ss., V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 febbraio 2019; E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 maggio 2019.

La Corte, inoltre, nel corpo della motivazione, potrebbe anche lasciare uno spiraglio agli ergastolani ostativi (quale che sia il reato commesso), i quali, dopo aver scontato ventisei anni effettivi di detenzione, dovrebbero avere la possibilità di uscire dal carcere ottenendo la liberazione condizionale in ossequio al principio per cui la pena non può essere contraria al principio di umanità. Il trascorrere del tempo rispetto al momento della condanna attenua, infatti, indubbiamente l'esigenza di politica criminale sottesa all'obbligo di collaborazione. In tal modo, peraltro, la Corte costituzionale potrebbe forse attenuare un poco il contrasto con la già citata sentenza della CEDU nel caso Viola c. Italia, evidenziando come in quel caso la questione riguardasse specificamente un condannato all'ergastolo che chiedeva la liberazione condizionale. È vero che ci sono passaggi della decisione in cui la Corte EDU evidenzia come il percorso trattamentale passi attraverso plurimi istituti (ad es. § 122), ma il nostro Stato è stato specificamente condannato perché la disciplina contenuta nell'art. 4-bis ord. pen. «limita eccessivamente la prospettiva di rilascio e la possibilità di riesame della pena» dell'ergastolano. In questa decisione la questione della collaborazione quale condizione per l'accesso ai benefici penitenziari, e in particolare alla liberazione condizionale, e quello della pena perpetua erano molto più legati di quanto lo siano nelle questioni oggi all'esame della Corte costituzionale dove i giudici *a quibus* chiedono “solo” la concessione di un permesso premio.

3. Come tentato di mostrare, le questioni sollevate dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia sono “aperte”, più di quello che forse la lettura delle ordinanze di remissione induca a credere.

Nello scegliere la soluzione, per la Corte potrebbe non essere indifferente il tipo di dispositivo di accoglimento e le conseguenze che potrebbe produrre.

Anche sotto questo aspetto le possibilità sono molteplici.

Sia che qualifichi l'obbligo di collaborare con una presunzione di pericolosità, sia che la intenda come una strategia di politica criminale (sull'alternativa tra questi due modi di intendere la collaborazione, v. *retro* par. 2.1 e 2.2), essa – in caso di accoglimento – dovrebbe anzitutto valutare se eliminare tale obbligo per accedere ai permessi premio oppure a tutti i benefici penitenziari.

I giudici *a quibus* costruiscono le censure sulla situazione dei singoli imputati (condannati all'ergastolo che chiedono la concessione di un permesso premio) e vorrebbero poter concedere questo specifico beneficio (permesso premio). Come ricordato (*retro*, par. 1) si dilungano sulla differenza tra questo e gli altri benefici.

La Corte potrebbe dunque – in aderenza al *petitum* rivolto dai giudici *a quibus* – “limitarsi” ad eliminare l'ostatività per la concessione del solo permesso premio.

Già in passato, chiamata a pronunciarsi sull'applicazione del meccanismo dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., anche a coloro che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del d.l. n. 306 del 1992 (che quel meccanismo ha introdotto), avevano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, la Corte ha esteso l'ammissione, di volta in volta, ai singoli benefici e misure (ad esempio, prima, con la sentenza n. 306 del 1993 alla semi-libertà, quindi, con la sentenza n. 137 del 1999 ai permessi-premio, e così via).

Si può inoltre argomentare che i permessi-premio costituiscono un istituto con una particolare connotazione e, dunque, che l'estensione agli altri benefici non sia "automatica": nella giurisprudenza costituzionale, sia risalente che attuale, la Corte ha, ad esempio, evidenziato che il permesso premio non può essere ricondotto alla categoria delle misure alternative alla detenzione, pur costituendo parte integrante del programma di trattamento e importante strumento di rieducazione poiché consente un iniziale reinserimento del condannato nella società (sentenze n. 188 del 1990, n. 504 del 1995, n. 137 del 1999, n. 301 del 2012 e, da ultimo, n. 149 del 2018).

Ovviamente, un eventuale accoglimento delle questioni limitatamente all'accesso ai permessi premio indurrà nel prossimo futuro altri giudici a sollecitare la Corte affinché valuti anche la compatibilità dell'obbligo di collaborare con la giustizia quale condizione per l'accesso agli altri istituti del diritto penitenziario che progressivamente segnano il percorso rieducativo: il lavoro all'esterno, la semilibertà e la liberazione condizionale.

Ad ogni modo, anche se, per le ragioni dette, è difficile immaginare che la Corte possa già ora adottare una pronuncia di accoglimento che, radicalmente, consenta l'accesso a tutti i benefici penitenziari pur in assenza di collaborazione con la giustizia, può essere utile evidenziare che un dispositivo di tal fatta non avrebbe comunque l'effetto di eliminare completamente il c.d. doppio binario.

Resterebbe, anzitutto, il ricordato meccanismo "premiabile" di cui all'art. 58-*ter* ord. pen., in base al quale, in caso di collaborazione attiva, al detenuto non potrebbero essere opposti i limiti minimi di pena che devono essere scontati per accedere al lavoro all'esterno (art. 21 ord. pen.), per beneficiare dei permessi premio (art. 30-*ter*) e per ottenere la semilibertà (art. 50 ord. pen.).

In secondo luogo, resterebbe ancora precluso il lavoro all'esterno per i detenuti condannati per il delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. e per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste da quest'ultimo articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste. Per i detenuti condannati per gli altri delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., il magistrato sarebbe ancora chiamato a svolgere una verifica particolarmente stringente (ex art. 20-*ter*, comma 6, ord. pen.).

Soprattutto, resterebbe impedita la concessione della detenzione domiciliare (ex art. 47-*ter* ord. pen.), in quanto tutti i condannati per i delitti elencati all'art. 4-*bis* ord. pen. (l'intero 4-*bis*, non solo il comma 1) non possono

mai scontare la pena nella propria o in altra privata dimora neppure se collaborano²⁵.

Infine, la decisione non “intaccherebbe” la disciplina di cui all’art. 41-bis ord. pen.

Da ultimo, va osservato che, in caso di accoglimento (limitato, o no, all’ammissibilità dei permessi premio), la Corte dovrebbe considerare se sia in qualche modo possibile (in motivazione o incidendo sul dispositivo), per ragioni di prevenzione speciale, conservare in capo alla magistratura di sorveglianza una valutazione più penetrante sulla pericolosità sociale quando sia chiamata a concedere i benefici penitenziari ad un detenuto non collaborante condannato per uno dei delitti elencati al comma 1 dell’art. 4-bis ord. pen.

Il Tribunale di sorveglianza di Perugia evidenzia come – anche in caso di eliminazione dell’ostatività – esso sarebbe chiamato ad acquisire elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (v. pag. 10 dell’ord. di rimessione).

In realtà, a tale conclusione non è facile giungere operando sul piano testuale.

L’art. 4-bis, comma 1, ord. pen., infatti, come noto, impone la collaborazione c.d. attiva, e tale condizione ostativa è superabile, *ex* comma 1-bis, solo se sia accertato che la collaborazione è irrilevante o impossibile. In tale seconda ipotesi, il beneficio è concesso «purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

Se però non fosse più necessaria la collaborazione “attiva” e, dunque, come logica conseguenza, non fosse più necessario verificare se la collaborazione è irrilevante o impossibile, siamo certi che il giudice debba comunque accertare l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nonostante si tratti – come visto – di un accertamento strettamente legato alla collaborazione impossibile o irrilevante?

È certamente un passaggio su cui occorre prestare attenzione, poiché il mantenimento di questo ulteriore controllo consentirebbe, in caso di accoglimento, almeno di conservare in capo alla magistratura di sorveglianza un efficace collegamento con le autorità di pubblica sicurezza svolgendo una verifica sul contesto sociale esterno al carcere in cui il detenuto sarebbe autorizzato a rientrare (sia pure episodicamente) in contatto²⁶.

In tal modo, peraltro, la Corte riuscirebbe a far tornare le lancette dell’orologio indietro nel tempo: prima delle modifiche apportate all’art. 4-bis dal decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, conv. con l. 7 agosto 1992, n. 356, non

²⁵ Pende sul punto questione di legittimità costituzionale di tale preclusione assoluta con riferimento a condannata a poco più di due anni per il delitto di rapina (cioè per un delitto elencato al comma 2 dell’art. 4-bis ord. pen. : v. ordinanza di rimessione della Corte di cassazione, 18 febbraio 2019, n. 9126.

²⁶ Sulla compatibilità di tale requisito rispetto all’art. 27 Cost. v. già ordinanza n. 271 del 1992.

si pretendeva infatti la collaborazione con la giustizia, ma si prevedeva proprio questo: che coloro che avevano commesso gravi delitti potessero essere ammessi ai benefici penitenziari purché fossero acquisiti elementi tali da far escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva (così, testualmente, disponeva l'art. 4-*bis* ord. pen. quando fu introdotto, per la prima volta, con il decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203).

SPES, ULTIMA DEA

di MARIA BRUCALE*

SOMMARIO: 1. L'importanza della riunione delle questioni di legittimità costituzionale afferenti al caso 'Cannizzaro' e al caso 'Pavone'. - 2. Riflessi potenziali della sentenza 'Viola c. Italia' sull'art. 41 bis, co. II O.P.

1. La questione di legittimità costituzionale trasmessa alla Consulta dalla Prima Sezione della Corte di Cassazione riguarda l'art. 4 bis O.P. *"nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo per reati commessi con le modalità di cui all'art. 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare le associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio"*.

La verifica richiesta, come formulata, lascia fuori dalla prognosi di incostituzionalità i reati di cui all'art. 416 bis c.p., così vanificando la tenuta logica del ragionamento che vuole sempre esclusi, giacché incompatibili con l'art. 27 comma tre della Costituzione, gli automatismi valutativi che privino di senso il percorso trattamentale compiuto dal detenuto a prescindere dal tipo di reato o dal tipo di autore.

L'ordinanza di remissione ha il pregio di rimarcare in astratto i principi della progressività trattamentale e della flessibilità della pena radicati nell'art. 27 Cost., nonché di escludere che la rescissione del ristretto dai vincoli associativi possa essere dimostrata soltanto attraverso la collaborazione con la giustizia e, tuttavia, appare prestare il fianco a limiti applicativi.

L'ordinanza delinea una diversificazione tra la natura del permesso premio e quella delle misure alternative alla detenzione giacché il primo soltanto, parte essenziale del trattamento, avrebbe una connotazione di contingenza e sarebbe parte del trattamento del quale costituirebbe momento essenziale, e, diversamente dalle misure alternative, non modificherebbe le condizioni restrittive del condannato. Secondo la Suprema Corte, i permessi premio, tesi alla realizzazione di una finalità immediata, strumento di soddisfazione di esigenze anche molto limitate, pur non rientranti tra le previsioni del permesso di necessità, si prestano, per tale peculiare funzione, a offrire uno sguardo di

* *Avvocato, Foro di Roma*

prospettiva differente dalla collaborazione con la giustizia che consenta, in difetto di questa, di pervenire ad escludere collegamenti con la criminalità organizzata ovvero a valorizzare significative manifestazioni di distacco.

Tale ragionamento tende certamente ad aprire una falla nel meccanismo abominevole dei reati ostativi e, tuttavia, si palesa insufficiente laddove esclude espressamente quei momenti trattamentali successivi alla concessione del permesso (le misure alternative al carcere) che costituiscono il naturale evolversi di quello che il Legislatore ha individuato come il primo momento di un percorso di reinserimento in società di talché, superata l'inammissibilità del permesso ex art. 4 bis O.P., goduto tale beneficio, il condannato troverebbe ancora davanti a sé lo sbarramento del reato ostativo.

Ancora, il ragionamento appare scollato dal dato normativo che, nell'includere il permesso premio tra i benefici espressamente esclusi per i condannati per i reati ex art. 4 bis O.P., ha dato vita a un'ipotesi di *lex specialis* con carattere derogatorio che assimila il permesso alle misure alternative ponendo una presunzione legale in virtù della quale, in assenza di collaborazione con la giustizia (ovvero di collaborazione inutile o inesigibile), esclude non solo il ravvedimento del reo prospettando una prognosi non recidivante, ma anche la buona condotta intramuraria in astratto sufficiente per l'ammissione al beneficio ex art. 30 ter O.P.

Infine, la formulazione della ordinanza di remissione lascia temere un problema di rilevanza della questione prospettata laddove, come nel caso in esame, ricorrente sia persona che sta espiando un cumulo di pene nell'alveo del quale sia racchiuso il reato ex art. 416 bis c.p.

In difetto di un provvedimento di scioglimento del cumulo, infatti, la Corte Costituzionale potrebbe fermarsi a constatare che non rientri nei suoi poteri verificare se sia stata già espiata la porzione di pena inflitta al condannato per il reato associativo e ravvisare, dunque, l'irrilevanza della questione, ossia l'impossibilità, allo stato, di incidere nel giudizio *a quo*.

La questione 'Pavone', sollevata dal Tribunale di Perugia, investe, invece, l'art. 4 bis nella sua interezza laddove prevede meccanismi di esclusione che - ancorati unicamente ed astrattamente al tipo di autore ovvero al titolo di reato in espiazione - precludono alla Magistratura di Sorveglianza di esercitare il suo alto compito di verifica del percorso trattamentale dell'individuo ristretto e di formulare una prognosi avveduta - corredata dalle informazioni dell'*equipe* intramuraria e degli Organi di controllo - sulla possibilità di reintegrare la persona detenuta in società; svislano il ravvedimento autentico e compiuto del recluso, palesato attraverso comportamenti concreti e prese di posizione esplicite di definitivo distacco da qualsiasi meccanismo sodale se non accompagnato dalla collaborazione con la giustizia; negano l'accesso al '*diritto alla speranza*' (Right to hope - Vinter c/Regno Unito) a chi, pur ravveduto, non abbia offerto una collaborazione utile con la giustizia.

Il pentimento di chi ha trascorso anni di carcerazione ripercorrendo il proprio vissuto in modo autenticamente critico, di chi ha riconosciuto il proprio

errore e ne ha fatto occasione struggente di rimorso, quello, con l'ergastolo ostativo, non conta nulla.

"In vigilando, redimere", era l'antico motto degli agenti di custodia. Ma a che serve vigilare se non ha senso redimere?

La dignità dell'uomo, cui aspira l'intero tessuto costituzionale, viene completamente annichilita perché non si può neppure immaginare un concetto di dignità che sia coerente con lo spegnimento di ogni aspettativa futura e di ogni ideazione o progettualità.

La soppressione dell'idea stessa del domani e delle proiezioni in divenire delle proprie azioni, priva l'uomo della sua stessa natura.

E proprio di dignità parla la pronuncia della Prima Sezione della Corte EDU, *'Viola c. Italia'*, del 13 giugno 2019, oggi definitiva, chiarendo che *"è nel cuore del sistema istituito dalla Convenzione e impedisce la privazione della libertà di una persona con la coercizione senza allo stesso tempo lavorare per reintegrarla e per fornirle una possibilità di recuperare questa libertà un giorno"*.

La pronuncia fa eco alla Corte Costituzionale che con la sentenza n. 149/2018 aveva chiarito che *"incompatibili con il vigente assetto costituzionale sono previsioni che precludano in modo assoluto, per un arco temporale assai esteso l'accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati - i quali pure abbiano partecipato in modo significativo al percorso di rieducazione e rispetto ai quali non sussistano gli indici di perdurante pericolosità sociale individuati dallo stesso legislatore nell'art. 4 bis o.p.- in ragione soltanto della particolare gravità del reato commesso, ovvero dell'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati. Questi ultimi criteri (...) non possono, nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena"*.

L'ordinanza del Tribunale di Perugia ha anche il merito di evidenziare che l'aspetto punitivo e retributivo connotato alla carcerazione deve essere connotato, sempre, da una attesa di recupero e di reintegrazione nel tessuto sociale che rende indefettibile la necessità che la persona ristretta mantenga il più possibile inalterati i contenuti relazionali della sua vita da libero: i rapporti con i suoi familiari e la vicinanza con i suoi affetti; la possibilità di lavorare e di essere remunerati in modo da essere per i familiari non un peso ma ancora una risorsa.

In tale ottica, il superamento dello sbarramento normativo dell'art. 4 bis O.P. non può limitarsi alla concessione dei permessi premio. Tale restrizione comporterebbe un cortocircuito logico ed una incongruenza insuperabile nel sistema ordinamentale che ammetterebbe *ex ante* una interruzione del percorso trattamentale del ristretto proprio quando ha goduto del primo momento di ritorno alla vita libera e gli è stata offerta la prima opportunità per manifestare all'esterno la propria idoneità a riprendere le fila della vita interrotta con la carcerazione.

Il permesso è, infatti, solo un segmento, il primo, di un percorso di ricostruzione del sé libero e “sociale” cui deve coerentemente seguire progressivamente un'apertura via via più ampia di opportunità di reintegrazione e di restituzione.

La pronuncia 'Viola c. Italia', d'altronde, censura una sanzione che sia mutilazione definitiva di vita senza aspirazione di reinserimento e di riabilitazione, che neghi il senso della buona condotta in carcere, della pedissequa adesione alle regole del vivere sociale, al cambiamento, che precluda, in ultima analisi, una concreta prospettiva di ritorno pieno alla libertà (*prospect of release o possibility of review*) e chiede all'Italia (par. 43) di introdurre, preferibilmente per iniziativa legislativa, una riforma del regime dell'ergastolo che preveda la possibilità di un riesame di pena che consenta alle autorità di determinare se, durante l'esecuzione, il detenuto si è evoluto così tanto e ha progredito sul sentiero dell'emendamento che nessuna ragione legittima di ordine penologico giustifichi ancora la sua detenzione.

2. Nella interlocuzione con la Corte EDU, il governo italiano aveva affermato che lo Stato assolve ai suoi obblighi positivi di offrire, a tutte le persone ristrette, concrete opportunità di reinserimento attraverso il sostegno di interessi culturali, umani e professionali, la rimozione degli ostacoli allo sviluppo personale e la promozione della risocializzazione.

La Corte EDU ha, infatti, ribadito nella sentenza 'Viola c. Italia' (par. 113) il principio secondo cui le autorità nazionali devono consentire ai detenuti condannati all'ergastolo una reale possibilità di essere reintegrati (*Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*, 15018/11 e 61199/12, § 264, Corte EDU 2014 (estratti).

Tale possibilità, all'evidenza, si esprime attraverso l'offerta trattamentale e, in concreto, attraverso la proposta di attività di formazione e di reintegrazione, l'accesso allo studio e al lavoro, l'incentivazione e la promozione delle relazioni familiari e affettive. Lo scopo ultimo della carcerazione è, infatti, sempre la restituzione alla vita libera che, naturalmente, non deve confliggere con l'interesse sociale alla sicurezza.

E, tuttavia, esiste una norma, l'art. 41 bis, co. II O.P., che determina la sospensione del trattamento penitenziario per un tempo indeterminato.

Le limitazioni del trattamento intramurario, la sospensione delle opportunità offerte dal carcere per una progressione graduale verso il reinserimento nella società sono ammissibili solo se finalizzate in concreto al controllo ed alla prevenzione del crimine. È, invece, prassi ormai consolidata la proroga automatica della soggezione al regime detentivo derogatorio. Numerosi sono i detenuti in regime affittivo da oltre venti anni. Alcuni sono ristretti senza soluzione di continuità nelle sezioni speciali fin dal 1992, anno di entrata in vigore dello speciale regime carcerario, sottratti per un quarto di secolo, per un tempo idoneo in astratto ad accedere alla liberazione condizionale, ad una

carcerazione costituzionalmente orientata al reinserimento ed alla rieducazione, in palese violazione dell'art. 27 della Costituzione.

Nella sentenza '*Viola c. Italia*'(par.125), la Corte ritiene che la personalità di un condannato non rimane la stessa dal momento in cui il reato è stato commesso. Può evolversi durante la fase di esecuzione della pena proprio grazie alla funzione della risocializzazione, che consente all'individuo di rivedere criticamente il suo percorso criminale e ricostruire la sua personalità. Chiarisce (par. 128) come l'equivalenza della mancanza di collaborazione ad una presunzione assoluta di pericolosità sociale consente soltanto una valutazione della persona interessata al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di prendere in considerazione il processo di reinserimento e qualsiasi progresso compiuto dopo la condanna.

Valuta, insomma, come plausibili e meritevoli di accertamento finalizzato alla restituzione in società il pentimento laico, il ravvedimento e il compimento di una emenda esuli da scelte collaborative.

Se così è, tuttavia, la diuturna applicazione del regime di cui all'art. 41 bis O.P. appare in violazione della CEDU (oltre che dell'art. 27 Cost.) per due ordini di motivi.

Viola l'art. 3: è trattamento inumano e degradante perché non offre al detenuto strumenti risocializzanti; viola l'art. 6: il processo di verifica del permanere della pericolosità soggettiva non può essere 'giusto' perché al recluso è sottratta qualsivoglia possibilità di manifestare, attraverso il godimento dell'offerta rieducativa, il proprio ravvedimento, diversa dalla collaborazione con la giustizia.

La assenza di strumenti trattamentali: opportunità di lavoro contratte al minimo; diritto allo studio fortemente ridotto dall'impossibilità di lezioni in presenza, dell'aiuto di tutor, dell'acquisto dei libri di testo se non per mezzo della amministrazione penitenziaria; cesura pressoché totale dei rapporti con la famiglia in ragione della reclusione in zone lontane da quelle di origine con le conseguenti spese via via meno sostenibili per i congiunti, del vetro divisore, dei traumi imposti ai figli minori(prima dei dodici anni accompagnati dall'altra parte del vetro divisore da un agente mentre i familiari vengono allontanati; dopo i dodici anni privati per sempre dell'abbraccio del genitore ristretto), censura della corrispondenza in entrata e in uscita, comporta per il detenuto in 41 bis l'incapacità di costruire una immagine di sé diversa dal reato che ha commesso e per cui ha fatto ingresso in carcere che possa essere valutata dal magistrato di sorveglianza.

Le informative che, ogni biennio, corredano il decreto ministeriale di rinnovo del regime differenziato, peraltro, non sono mai aggiornate e si limitano a riprodurre la biografia delinquenziale del recluso e ad esprimere un immanente giudizio di pericolosità ed alla affermazione astratta e non correlata alla posizione soggettiva del proposto che il fenomeno delinquenziale (mafia, 'ndrangheta, camorra) permea ancora il suo territorio di origine di modo che

qualunque agire positivo il detenuto ponga in essere è reso inutile dalla apodittica constatazione che la mafia ancora c'è, esiste.

In sostanza, lo Stato italiano non assolve ai suoi obblighi positivi di offrire, a tutte le persone ristrette, concrete opportunità di reinserimento attraverso il sostegno di interessi culturali, umani e professionali. Al detenuto è precluso conoscere quale condotta adottare, quale via seguire, per essere allocato in un circuito detentivo che gli consenta di accedere al trattamento ed alla rieducazione.

La collaborazione con la giustizia permane quale unica via anche per accedere all'ordinario regime carcerario, dunque, al trattamento penitenziario e alla speranza.

Anche la Corte di Cassazione ha, peraltro, chiarito come *"la previsione di modalità trattamentali differenziate in funzione del circuito penitenziario di assegnazione finisce per incidere significativamente (con conseguente configurazione anche della gravità del pregiudizio) con il diritto del detenuto ad una offerta trattamentale individualizzata, finalizzata al suo reinserimento sociale, in un quadro di interventi conformi al principio di umanizzazione della pena, anche alla stregua del parametro costituzionale dell'art. 27 Cost."* (Cass. Sez. I, sent. n. 16911 del 20.04.2018).

Con la medesima pronuncia, la Suprema Corte ha anche specificato come le norme di cui agli artt. 13; 14 O.P.; 32 Reg. Esec., se conferiscono all'amministrazione penitenziaria il potere di differenziare vari circuiti penitenziari in ragione di esigenze di sicurezza, allo stesso tempo, però, configurano ogni regime differenziato quale eccezione rispetto alla regola che dovrebbe essere quella di garantire a tutti i ristretti eguali opportunità risocializzanti.

Da ciò la Suprema Corte trae la logica conseguenza che la soggezione a circuiti più restrittivi debba essere mantenuta per tempi limitati e sia, in ogni caso, coerente e proporzionata agli obiettivi per cui è stata stabilita. Ne deriva la necessità di una revisione a cadenze regolari durante la detenzione.

Il detenuto gode, dunque, di un *"generale diritto ad un trattamento penitenziario non differenziato"* (Cass. Sez. I, sent. n. 16911 del 20.04.2018, pag. 6), un diritto soggettivo in virtù del quale è dato alla persona privata della libertà, di agire con lo strumento del reclamo giurisdizionale ove la prolungata soggezione a un circuito diversificato rischi di tradursi in un pregiudizio stante la sottrazione di una offerta trattamentale individualizzata e finalizzata al reinserimento del condannato.

La Corte Costituzionale ha, peraltro, nel tempo, riaffermato la piena operatività del principio della *"non regressione trattamentale incolpevole in ambito penitenziario"* (Corte Cost. sent. n. 445 del 1997 e n. 137 del 1999 e da ultimo sentenza n. 257 del 2006 e n. 79 del 2007).

Tra il dire e il fare, tuttavia, c'è un problema difficilmente superabile: aggiornare le informative che provengono dagli Organi di controllo, troppo spesso mera riproposizione della storia giudiziaria del detenuto, dunque, ormai

vetuste, e renderle coerenti al percorso di superamento di logiche criminali e di adesione a modelli comportamentali positivi, compiuto dalla persona ristretta all'interno degli istituti di pena.

Accade assai spesso, purtroppo, proprio per i reati di cui all'art. 4 bis O.P. relativi ad associazioni delinquenti, che un detenuto abbia rescisso ogni legame con la criminalità organizzata e, al di là delle contestazioni di reato tradottesi nelle condanne in esecuzione, non abbia più posto in essere alcuna condotta inalveabile in ambiti criminali e, tuttavia, venga descritto dalle relazioni provenienti dalle Procure competenti, come un 'soggetto pericoloso' in virtù della considerazione quanto mai astratta circa 'l'impossibilità di escludere' i suoi collegamenti con contesti devianti.

Ciò si traduce nella menomazione di un diritto soggettivo maturato nel tempo a progredire nel percorso trattamentale in coerenza con gli scopi della pena secondo Costituzione riconosciuti, peraltro, anche da una circolare DAP, la n. 157181 del 2015. La stessa, infatti, raccomanda alle Direzioni degli Istituti di pena, di dare impulso alle procedure di declassificazione per i detenuti che si trovino da lungo tempo nel circuito AS, *"soprattutto in costanza di un'adesione a programmi di trattamento avanzati"*.

Il diniego di declassificazione si traduce, pertanto, in una forzata interruzione della tensione al reinserimento in società, in una vanificazione dell'impegno profuso nel recupero di sé e, in ultima analisi, in una violazione dei canoni convenzionali (e costituzionali) cui è ancorata la sanzione penale.

DIRITTO AL GIUDICE E *HABEAS CORPUS* PENITENZIARIO: L'INSOSTENIBILITÀ DELLE PRESUNZIONI ASSOLUTE SUI PERCORSI INDIVIDUALI

di STEFANIA CARNEVALE*

SOMMARIO: 1. L'esigenza di un nuovo pronunciamento sulle giustificazioni del meccanismo ostativo. – 2. Preclusioni, prove legali, presunzioni: alla radice del nucleo logico-giuridico dell'art. 4-*bis*. – 3. Le anomalie del sistema presuntivo e la sua incompatibilità costituzionale.

1. La Corte costituzionale è chiamata dalla Cassazione e dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia ad esprimersi nuovamente sul fondamento logico-giuridico del regime di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., questionato nel suo nucleo più incandescente e gravido di conseguenze. Si avverte forte l'esigenza di andare al fondo delle basi giustificative che sorreggono un impianto preclusivo così peculiare, la cui complessa fisionomia si è trasformata nel tempo a causa delle stratificazioni normative ma anche dell'evoluzione degli sfondi assiologici, di matrice costituzionale e convenzionale, in cui esse s'innestano¹.

Dalla prima pronuncia che salvò, con sofferti argomenti di *realpolitik*, la legittimità del nuovo apparato di divieti di concessione sono del resto trascorsi ventisei anni, il lasso temporale previsto per avanzare istanze di liberazione condizionale e consentire all'ergastolano una chance di controllata reintegrazione in società. Anche se le questioni sollevate non hanno ad oggetto la misura liberatoria ma quella minore dei permessi premio, la coincidenza appare significativa e dai risvolti giuridici pregnanti. Si tratta invero di un periodo considerevole, senza dubbio in grado di mettere di fronte a magistrati, operatori penitenziari e interpreti una serie di dati di realtà che il tempo ha lasciato affiorare, irriducibili all'astratta immobilità di un elenco di titoli di reato: mutamenti di attitudini scaturiti dalla lunga detenzione, evoluzioni sperate o inattese, svolte in percorsi accidentati.

Nel 1993, in un clima comprensibilmente condizionato dalla drammatica stagione in cui il doppio binario penitenziario era stato dapprima introdotto e

* *Associato di Diritto processuale penale, Università di Ferrara*

¹ Profilo diffusamente evidenziato da entrambe le ordinanze di rimessione.

poi irrigidito², la sentenza n. 306 aveva offerto una visione tanto lucida quanto scabra della sua *ratio*: per la Corte si trattava di una mera scelta di politica criminale, tesa ad asservire la fase esecutiva all'esigenza, tutta processuale, di ottenere informazioni su struttura, composizione e attività delle organizzazioni mafiose³. Questa nitida descrizione dell'intento legislativo non può essere tuttavia sufficiente ad eludere le domande di cui è investito oggi il giudice costituzionale. L'invito che gli è rivolto è di pronunciarsi sulla compatibilità di tale assetto con la nuova linfa nel frattempo infusa agli art. 27 e 3 della Costituzione dalla sua stessa ricca giurisprudenza e da quella della Corte europea, dei cui approdi non ci si potrebbe semplicisticamente sbarazzare evocando la natura polifunzionale della pena. I criteri di ragionevolezza e proporzionalità, insieme all'insopprimibile diritto al riscatto sociale e al controllo sulle sue condizioni di realizzabilità, sono stati ormai elevati a canoni ineludibili del sistema punitivo e questi sviluppi richiedono di andare nuovamente al cuore delle ragioni del meccanismo preclusivo.

Quasi da subito, per vero, è stato chiaro che l'ostatività non poteva giustificarsi soltanto con necessità processuali. Quell'unico scopo, alieno dai valori e dalle aspirazioni di cui è ammantata l'esecuzione penale, non sarebbe stato bastevole a decretarne la conformità con le Carte fondamentali dei diritti. Per tale ragione si è tentato, mediante inferenze di natura criminologica, di inscrivere il congegno ostativo entro la cornice del trattamento penitenziario e di adattarlo ai suoi specifici paradigmi⁴. La necessità della collaborazione con la giustizia quale pre-condizione indispensabile al vaglio sulla meritevolezza di esperimenti extramurari è stata così spiegata non più richiamando le impellenze della fase di cognizione, bensì l'insita capacità del requisito di dimostrare la resipiscenza del reo o quantomeno il suo distacco dalla realtà criminale d'appartenenza, che ne è essenziale premessa⁵; mentre il non integrarsi del

² L'esplicito richiamo a quello specifico clima si ritrova in apertura delle argomentazioni in diritto delle prime pronunce costituzionali in materia (Corte cost., sent. 7 agosto 1993, n. 306, § 9, dove si evoca subito «l'acuto allarme sociale creatosi nella contingenza in cui il decreto fu emanato - ampiamente testimoniato dai lavori parlamentari»; Corte cost., sent. 1 marzo 1995, n. 68, § 4, dove si osserva che «sono fin troppo note le ragioni di politica criminale che indussero il legislatore dapprima ad introdurre e poi a modificare, secondo una linea di progressivo inasprimento, l'art. 4-bis»).

³ Per la Corte «misura drastica», «espressione di una scelta di politica criminale e non penitenziaria», dovuta alla constatazione che «praticamente tutti i processi che hanno ottenuto qualche risultato ... sono stati fondati ... sulla collaborazione di ex appartenenti alle associazioni di stampo mafioso».

⁴ Già nella sent. n. 306 del 1993 la Corte andava alla ricerca di «un criterio pertinente all'area della prevenzione speciale», rinvenendolo almeno nella disciplina della collaborazione oggettivamente irrilevante, da cui si poteva dedurre come «dalla commissione di determinati delitti di criminalità organizzata» sorgesse «una presunzione di persistenza dei collegamenti con questa - e quindi di pericolosità specifica». Da ciò discendeva la necessità della «dimostrazione della loro rottura come requisito da aggiungere a quelli già vigenti per l'ammissione alle misure alternative alla detenzione».

⁵ L'articolarsi del ragionamento probatorio-presuntivo assumeva forme più compiute in Corte cost., sent. 27 luglio 1994, n. 354, § 2 e Corte cost., sent. 1° marzo 1995, n. 68, § 4.

presupposto richiesto dall'art. 58-ter ord. penit. è stato considerato inequivocabile segnale di persistente affiliazione.

2. Su questi nodi concettuali, dove s'intrecciano esigenze proprie della fase di cognizione, itinerari rieducativi e deduzioni tratte dalla fenomenologia criminale, occorre attentamente soffermarsi, per sondarne tenuta logica, coerenza giuridica e implicazioni costituzionali. Per farlo, occorre preliminarmente discernere fra le diverse categorie evocate nelle argomentazioni offerte a sostegno o levate a censura del meccanismo preclusivo, che richiamano di volta in volta l'esistenza di prove legali, presunzioni, vincoli assoluti o relativi all'apprezzamento giudiziale.

La categoria della prova legale, pur suggestiva, non si adatta agli ingranaggi dell'art. 4-bis. Il vigente assetto normativo impedisce infatti di guardare alla scelta collaborativa come elemento in grado di dimostrare con sicurezza il buon esito del percorso penitenziario, o la rottura del legame con l'associazione di appartenenza⁶. La magistratura di sorveglianza resta libera, pur a fronte di dichiarazioni che soddisfino i requisiti di cui all'art. 58-ter ord. penit., di negare l'accesso a permessi, lavoro all'esterno o misure alternative. La condotta collaborativa è eretta a presupposto indefettibile del vaglio giudiziale, che tuttavia, una volta instaurato, si mantiene aperto a ogni possibile esito. L'accoglimento delle istanze passa infatti per la scrupolosa verifica delle condizioni oggettive e soggettive di volta in volta richieste dai singoli istituti risocializzativi, che vanno ad aggiungersi, senza esserne assorbite, a quella iniziale premessa. La legge non assegna espressamente ai contributi dati al processo nemmeno uno speciale peso probatorio nei procedimenti volti a verificare la fruibilità di progressioni nel trattamento, dove più contano le relazioni dei tecnici.

La stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 309 del 1993 smascherava l'equivoco con grande chiarezza, rifiutando la facile equazione fra collaborazione ed emenda del reo⁷. L'aiuto agli inquirenti può essere offerto per fini prettamente utilitaristici, può essere prestato nell'imminenza dei fatti e prima di qualunque intervento rieducativo, può addirittura essere teso a scopi di vendetta fra cosche avverse o fra associati ad una stessa compagine entrati in conflitto. La casistica giudiziaria e gli studi sociologici intercorsi in questi decenni ne hanno dato ampiamente conto. Basti solo pensare a come un numero significativo di istanze di revisione si fondi su dichiarazioni di correi rivelatesi

⁶ Così invece Corte cost., sent. n. 68 del 1995, §4, dove si afferma che la legge ha dato «risalto esclusivo ad una condotta - quella collaborativa - che si assume come la sola idonea a dimostrare, *per facta concludentia*, l'intervenuta rescissione di quei collegamenti». Il concetto di prova legale è accolto, seppure per censurarne le conseguenze, dall'ordinanza di rimessione della Cassazione (§ 4).

⁷ Secondo la Corte «la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione».

fuorvianti. La sacralità dell'atto collaborativo, con il corredo di implicazioni etiche che vi si fanno discendere, va dunque ridimensionata alla luce dell'esperienza maturata durante la vigenza della legislazione speciale e riportata alla composita variabilità dei casi concreti.

È d'altra parte lo stesso art. 4-*bis* ord. penit. ad escludere che le dichiarazioni utili all'accertamento dei fatti siano sufficienti a rassicurare sulla effettiva rottura dei legami con le organizzazioni di appartenenza. Prima di rendere ogni decisione sull'accesso a misure esterne, la magistratura è sempre tenuta a supplementi istruttori aventi ad oggetto la possibile persistenza di contatti con i contesti criminali di provenienza (art. 4-*bis* commi 2, 2 *bis* e 3 ord. penit.). Anche quando vengono forniti apporti processualmente rilevanti questo passaggio non può essere eluso. La collaborazione si configura pertanto come un elemento dal forte peso dimostrativo, ma che non assurge a prova legale della rottura del vincolo associativo, giacché il giudice resta libero di apprezzarne l'esistenza, o di ravvisare comunque la pericolosità del condannato.

Si è tuttavia al cospetto di un meccanismo presuntivo, e di natura assoluta, che va portato chiaramente alla luce per sondarne la compatibilità con i principi costituzionali. L'assioma inconfutabile che si annida nelle pieghe dell'art. 4-*bis* ord. penit. non investe la *scelta di collaborare* e la sua idoneità a dimostrare il *distacco* del condannato dal consorzio criminoso, bensì la *scelta di non collaborare* e la sua idoneità a dimostrare la *persistenza* del legame associativo.

La presunzione ricavabile dall'art. 4-*bis* ord. penit. nel suo complesso, necessaria per fornirne una *ratio* giustificativa che non sia la pura coazione processuale, può essere così enucleata: se sussistono le condizioni oggettive per fornire apporti utili agli inquirenti (come il ruolo non trascurabile del condannato all'interno del sodalizio, le responsabilità ancora non integralmente accertate, l'esistenza di profili della vicenda criminale rimasti oscuri), l'assenza di collaborazione si suppone dovuta al perdurare del vincolo di affiliazione e di questo mantenimento non può fornirsi prova contraria⁸.

Non è perciò la parola data che dimostra la rottura del legame con la consorteria, ma è il silenzio che presuppone, senza possibilità di smentita, la sua esistenza e la correlata pericolosità del condannato. L'assunto non ammette eccezioni di sorta.

Se la collaborazione resa fosse davvero configurata dalla legge come prova legale di rottura del vincolo associativo, si verificherebbe una situazione del tutto inconsueta per i canoni del nostro sistema di accertamento penale ma che giocherebbe a favore del reo e non si porrebbe in contrasto con i parametri costituzionali invocati: in presenza di contributi dichiarativi rilevanti non si potrebbe negare il distacco dal sodalizio d'appartenenza; in loro assenza, la

⁸ È questo il punto che non coglie Corte cost., 5 luglio 2001, n. 273, § 5, dove ritiene che l'atteggiamento non collaborativo sia sì «indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato», ma che la presunzione sia vincibile grazie ai casi di oggettiva impossibilità o insigibilità della collaborazione.

rottura o la conservazione del legame andrebbe invece accertata caso per caso e sulla base di altri elementi.

Diverso è arguire dalla passività del condannato la sussistenza di un'affiliazione in essere e considerarla indice insuperabile di pericolosità, sottraendo al giudice di sorveglianza ogni possibilità di valutare le ragioni del comportamento omissivo, o la persuasività di altri fattori suscettibili di dimostrare che il vincolo appare ormai sciolto, lontano, non attuale, dissipato: le vicende personali e familiari, i cambiamenti intervenuti, la comprovata efficacia degli interventi rieducativi. Non può neppure dirsi che sia il silenzio ad integrare prova legale, giacché manca un momento o una sede in cui al detenuto si chieda espressamente di parlare: ad assumere rilevanza per la legge è il puro non-fare, l'inerzia, il non proporsi *motu proprio*, nel corso degli anni di reclusione, come ausilio agli inquirenti.

Se dunque la preclusione configurata dall'art. 4-*bis* non è assoluta, perché la scelta di collaborare può superarla⁹, il mancato apporto dichiarativo provoca una radicale impossibilità di vagliare il percorso di recupero del condannato, sorretta da una presunzione *iuris et de iure* di immutata pericolosità.

3. La ricca giurisprudenza costituzionale fiorita in materia di presunzioni cautelari, richiamata dalle ordinanze di rimessione, ha chiarito a più riprese come il legislatore non sia affatto libero di innestare nel sistema inferenze legali assolute senza che la Corte possa sindacare la loro razionalità e il loro fondamento giustificativo, che si richiede sia tanto più solido quanto più sono rilevanti i valori che risultano sacrificati. Quell'insieme di pronunce ha consolidato un metodo d'analisi sulla compatibilità costituzionale delle scelte legislative che va calato nel contesto del diritto penitenziario, informato dall'attitudine necessariamente rieducativa delle pene. Se la mancata collaborazione con la giustizia viene in quest'ambito assimilata alla perdurante pericolosità del condannato, sino ad assurgere a indice legale di durevole appartenenza alle organizzazioni criminali, il fattore tempo, gli sforzi rieducativi obbligatoriamente espletati durante la detenzione, l'individualizzazione e la differenziazione del trattamento non possono non entrare, come ingredienti di primario rilievo, nel controllo sulla tenuta logico-giuridica dell'assetto normativo.

A questo riguardo occorre anzitutto osservare come vi sia un giudice, il tribunale di sorveglianza, chiamato ad esprimersi sulla pregnanza della collaborazione o sulla sussistenza delle stringenti ragioni giuridiche che possono farne decretare l'inesigibilità, ma a cui è impedito dalla legge di svolgere le sue caratteristiche funzioni. Il collegio, con la sua particolare conformazione, esperienza e vocazione, non può infatti valutare le scelte del condannato, il suo presente, la genesi e le ragioni del suo non-fare, essendo

⁹ Come rileva Corte cost., 24 aprile 2003, n. 135.

investito del solo compito di appurare, a lunga distanza dalla commissione del reato e con strumenti di accertamento poverissimi, dati oggettivi, relativi all'andamento dei fatti e alla ricostruzione delle vicende criminose. Il giudizio preliminare sulla superabilità del regime ostativo s'impenna su questioni tipiche della sede di cognizione: se il condannato abbia o meno rivestito ruoli marginali in seno all'organizzazione, se il suo apporto causale sia stato trascurabile, se le sue dichiarazioni abbiano o meno fornito contributi decisivi all'accertamento penale (artt. 58-ter e 4 bis comma 1-bis ord. penit.). Al tribunale è precluso di vagliare tutto il resto, ciò che riguarda il qui e ora, la persona, il suo percorso, le ragioni delle sue scelte. Con le questioni sollevate i giudici non chiedono che di riguadagnare la propria precipua funzione e lo stesso pretende dall'Italia la sentenza Viola. I diversi pronunciamenti esprimono invero la comune esigenza di superare la presunzione invincibile che avvolge l'inerzia del condannato e offrire alla magistratura di sorveglianza l'opportunità di scrutinarne le ragioni, per poter poi vagliare i risultati del percorso rieducativo.

Vale appena rilevare che la presunzione, assoluta nel suo profilo *soggettivo*¹⁰, entra anche in tensione con il diritto al silenzio, profilo correttamente evocato ma non direttamente invocato dall'ordinanza del Tribunale di Perugia. Ad emblema delle contraddizioni in cui incorre il sistema, basti considerare come per chi sia detenuto in "posizione mista" (evenienza consueta nelle vicende di criminalità organizzata) la legge processuale imponga di non far derivare dall'assenza di collaborazione prognosi di pericolosità (art. 274 lett. a c.p.p.), laddove l'ordinamento penitenziario dallo stesso atteggiamento, tenuto della stessa persona e nello stesso momento, impone l'opposto. D'altro canto l'art. 197-bis c.p.p. continua a tutelare il diritto di tacere sulla propria posizione anche dopo il giudicato, mentre l'apporto richiesto dall'art. 58-ter ord. penit. include le dichiarazioni *contra se*¹¹.

Ma il vero nucleo irrazionale del meccanismo preclusivo attiene al fondamento della presunzione legata al silenzio, che secondo la giurisprudenza costituzionale, per non risultare arbitraria e irrazionale, dovrebbe rispondere a dati di esperienza generalizzati, secondo il parametro dell'*id quod plerumque accidit*¹².

Ebbene, ciò che normalmente accade è che ogni uomo è diverso, ogni storia è differente, ogni percorso penitenziario è singolare. La fase esecutiva e la sua cornice costituzionale si fondano su questi assunti. Dopo decenni di carcerazione, dopo trattamenti per legge individualizzati, dopo l'intervento di

¹⁰ Se *oggettivamente* esigibile, sono le ragioni della scelta ad essere insindacabili.

¹¹ Secondo la giurisprudenza la collaborazione di cui all'art. 58-ter ord. penit. deve anzi essere specificamente riferita ai fatti e ai reati oggetto della condanna per cui si chiede il beneficio (v. ad es. Cass., 18 ottobre 2007, Miraglia, in *C.e.d.* n. 238689; Cass. 23 settembre 1996, Grassi, in *C.e.d.* n. 205749), episodi su cui al condannato viene spesso richiesto di chiarire le residue zone d'ombra.

¹² Così, insistentemente, le sentenze costituzionali rese in ambito cautelare, da quella del 21 luglio 2010, n. 165 in poi.

esperti, sforzi di recupero, patti educativi stipulati e osservati, sacrificare un diritto vitale (letteralmente) come quello di non morire in carcere sulla base di generalizzazioni è del tutto inconferente. L'esperienza, se insegna qualcosa, è che chi ha diretto l'associazione per decenni non è uguale a chi vi è entrato poco prima del processo; chi ha pianificato stragi non è uguale a chi ha ucciso in uno scontro a fuoco fra bande avversarie; chi ha dei figli a cui è molto legato e che metterebbe in pericolo con le sue dichiarazioni non è uguale a chi ha rinnegato i famigliari e giurato loro vendetta perché hanno collaborato; le stesse organizzazioni mafiose si differenziano per grado di implicazione esistenziale e solidità del vincolo associativo; e persino l'amministrazione penitenziaria suggella queste tangibili differenze quando fa passare un detenuto, pur non collaborante, dal regime di alta sicurezza a quello di media sicurezza.

E allora fondare l'ergastolo a vita, la pena senza speranza, su una formula come quella *del ciò che di solito accade*, riferita a fenomeni di una complessità inaudita come le scelte criminali, l'evoluzione successiva del condannato, la capacità di sopravvivenza del vincolo associativo, appare davvero indifendibile. L'art. 4-*bis* ord. penit. omologa, appiattisce, rende tutto identico, elevando le soglie massime di pericolosità a regola generale e a postulato inconfutabile.

È invece il giudice, come chiede l'art. 27 comma 3 Cost. con i suoi inscindibili corollari di giurisdizionalizzazione, a dover valutare le singolarità dei casi e le diversità degli uomini: il finalismo rieducativo si annoda strettamente all'art. 3 Cost. perché impone alla magistratura di guardare alla multiforme variabilità dei processi rieducativi. La presunzione assoluta che grava sul silenzio del condannato impedisce invece l'*habeas corpus* penitenziario, ossia quel diritto a un vaglio giudiziale sulla persistente legittimità della detenzione elevato dalle grandi Corti al rango di fondamentale.

In questo quadro, le domande a cui i giudici costituzionali dovranno direttamente o indirettamente rispondere sono in fondo semplici. È possibile che qualcuno non collabori per ragioni diverse da una pervicace affiliazione (come la paura per la propria incolumità o quella dei familiari, o l'amore per le persone da denunciare¹³)? È possibile ipotizzare che vi siano detenuti che non rientreranno nell'organizzazione criminale, pur senza aver volutamente collaborato? E se fosse anche uno solo, in base a quale valore potrebbe essere sacrificato, al punto da negargli per tutta la vita il diritto a un vaglio giudiziale? Potrebbe soccombere in nome dell'utilitarismo, perché il legislatore teme che *altri* giungano a non collaborare se a quell'uno viene data una chance di reintegrazione?

La Corte, se intende salvare l'assetto esistente, dovrà misurarsi con tutto il microcosmo dell'art. 27 Cost., che nei suoi commi primo, secondo e terzo è irrorato dalla stessa esigenza di tutela del singolo, di non sacrificio dell'uno all'utilità collettiva.

¹³ Valore ancora una volta tenuto in piena considerazione dalla legge processuale, là dove consente al testimone di tacere quando le sue dichiarazioni potrebbero danneggiare i congiunti (art. 199 c.p.p.).

A PARTIRE DAL BENE OFFESO COME PARAMETRO DI LEGITTIMAZIONE DELLA PENA CARCERARIA

di SILVIA CECCHI*

SOMMARIO: 1. Premessa: il *focus* della questione; 2. Ulteriori profili di illegittimità costituzionale (artt.13 e 25 comma 2 Cost.). - 3. Conclusione.

1. La questione della legittimità costituzionale oggetto dell'ordinanza 20.12.2018 della Corte di Cassazione e dell'ordinanza 23-28.5.2019 del Tribunale di Sorveglianza di Perugia verte sulla legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 4 bis c.1 e 58 ter dell'ordinamento penitenziario, nella parte in cui, con riferimento ai reati previsti dallo stesso art. 4 bis, subordinando l'accesso ai benefici penitenziari (e alle misure alternative alla detenzione) alla condotta di collaborazione con la giustizia, pone una *presunzione legale di pericolosità* (connessa a quel catalogo di reati), ostativa all'accesso ai benefici penitenziari e una *presunzione assoluta di vincibilità della stessa mediante collaborazione* con la giustizia, la seconda delle quali si riverbera sulla prima.

Osserva la Corte di Cassazione nella citata ordinanza di rimessione che *“le ragioni che possono indurre un condannato all'ergastolo ostativo a non effettuare una scelta collaborativa ex art. 58-ter Ord. Pen. Non risultano univocamente dimostrative dell'attualità della pericolosità sociale e non necessariamente coincidono con la volontà di rimanere legato al sodalizio criminoso di provenienza. Tale scelta infatti, può trovare spiegazione in valutazioni che prescindono dal percorso rieducativo, tra le quali, a titolo meramente esemplificativo, si possono citare il rischio per l'incolumità propria e dei propri familiari; il rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di un congiunto o di persone legate da vincoli affettivo, il ripudio di una collaborazione meramente utilitaristica”*.

Ebbene, anche nel corso di questo Seminario sono emerse numerose ambito penitenziario circa la frequenza assolutamente prevalente di atteggiamenti di non collaborazione sorretti da tali motivazioni, ritenute

* Sostituto Procuratore della Repubblica, Tribunale di Pesaro

unanimemente ‘nobili’ e degne di rispetto e considerazione. Si è anche sottolineata l’irragionevolezza di una pretesa collaborazione a distanza di decenni dalla commissione del fatto per il quale il detenuto venne condannato, con le intuitive deduzioni relative alle comprensibili e convincenti ragioni personali e oggettive della scelta non collaborativa che ne conseguono.

Tali attestazioni di evidenze emerse in concreto, nella realtà empirica, già consentono di stabilire un primo allineamento con la precedente giurisprudenza della Consulta secondo la quale le presunzioni *iuris et de iure* sono costituzionalmente accettabili in linea generale e in materia penale-processuale – e dunque anche in materia di esecuzione della pena - nei limiti individuati dal principio così espresso: “*Sono contrarie a Costituzione (art. 3) le presunzioni assolute che non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’id quod plerumque accidit. L’irragionevolezza della presunzione assoluta si coglierebbe ogniqualvolta sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*” (cfr. Corte Cost. nn. 139/2010; 265/ 2010; 291/2010; 164/2011).

La recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Prima Sezione, 13.6.2019, caso Viola c. Italia n°2) concentra la propria attenzione diffusamente su questo profilo del meccanismo presuntivo, opponendovi le seguenti osservazioni: a) *la mancanza di collaborazione potrebbe essere non sempre legata ad una scelta libera e volontaria giacché altre circostanze o considerazioni [diverse dalla persistente volontà di restare legato a vincoli associativi, donde la attuale pericolosità desumibile dalla scelta negativa] possono spingere il condannato a rifiutare di collaborare, [ragione per cui] considerando la collaborazione con le autorità come la sola dimostrazione possibile della ‘dissociazione’ del condannato e del suo cambiamento non si è tenuto conto degli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto. In effetti non è escluso che la ‘dissociazione’ con l’ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia; b) l’immediata equivalenza tra l’assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al reale percorso rieducativo del condannato; c) pertanto una siffatta presunzione legale assoluta di non pericolosità desunta dalla sola scelta collaborativa, in tal guisa obbligata, lede la dignità umana, valore posto al centro del sistema creato dalla Convenzione, e quindi l’art. 3 della Convenzione, in quanto limita eccessivamente la prospettiva del rilascio dell’interessato e la possibilità del riesame della pena*

Si possono sintetizzare dunque, già a un primo esame della questione, le criticità insite nelle norme in esame, nelle proposizioni che seguono:

1) *Vero che si dimostra agevole individuare ragioni sottese alla scelta di non collaborazione del tutto indipendenti dalla persistenza di legami associativi in senso lato e della pericolosità ad essa connessa, ed anzi in concreto e in ipotesi coerenti con la volontà contraria.*

2) *Non è vero* che la collaborazione con la giustizia sia l'unico comportamento sintomatico di dissociazione o di riduzione/caduta di pericolosità (per reati di criminalità organizzata o terroristica e a maggior ragione per gli altri menzionati nel catalogo incrementato di cui all'art. 41 bis).

3) La sentenza Viola c. Italia, Strasburgo 13.6.2019 (successiva anche all'ultima sentenza costituzionale sull'art. 41 bis decisa il 5.6.2019) indica i plurimi motivi per i quali non si possa stabilire una equivalenza tra mancata collaborazione e pericolosità sociale del condannato, censurando la presunzione assoluta e invincibile di pericolosità che ne discende.

Emergono quindi profili di *irragionevolezza* e violazione del *principio di razionalità ed uguaglianza* ex art. 3 Cost., oltre che di limitazione irragionevole delle *finalità rieducative* di cui all'art. 27 Cost.

Emerge altresì direttamente, dal percorso argomentativo svolto dalla Corte EDU nella sentenza citata, anche la lesione del *principio di libera autodeterminazione* ascrivibile all'art. 2 Cost., come è emerso nel corso di questo dibattito.

2. Così focalizzata la questione di costituzionalità rimessa alla Corte costituzionale, vorrei evidenziare ulteriori profili di incostituzionalità, secondo una sequenza di *vulnera* a principi costituzionali e convenzionali comunque entrati nell'ordinamento che approda sì a quella censura finale e sintetica di irrazionalità lesiva dell'art. 3 Cost., su cui si è concentrato l'unanime consenso dei giuristi e degli altri studiosi occupatisi del tema, caricandola peraltro di contenuti assiologici di rango costituzionale direttamente pertinenti al tema della responsabilità e della sanzione penale, alla loro legittimazione costituzionale, alle finalità e limiti della pena.

Il mio intervento scaturisce da riflessioni che sono all'origine del mio interesse per la *questione della sanzione penale*, occasione di studi e scritti precedenti.

Mi sovviene, per primo, il *principio di offensività*, costantemente richiamato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale come principio fondamentale in materia di penalità, nella sua duplice lettura, secondo la quale una condotta, per essere passibile di sanzione penale deve concretamente offendere un bene giuridicamente tutelato (con tutela qualificata da copertura costituzionale): c.d. diritto penale dei beni; e secondo la quale *quel bene meritevole di tutela penale costituisce la ragion d'essere, la misura e il limite della sanzione penale che lo presidia*.

Si collegano direttamente al principio di offensività, nella seconda accezione sopra richiamata, i *principi di necessità e proporzione*, concordemente ricondotti alle norme ex artt. 25, comma 2, e 13 Cost., oltre che alla Carta di Nizza- Trattato di Lisbona (art. 49 CDF UE) - a sua volta risalente, per discendenza 'genealogica', all'art. 8 della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo del 1789 -

Sovviene infine il tratto connotativo essenziale del sistema penale fondato sull'intero ordinamento costituzionale, quale *diritto penale del fatto* contrapposto a un *diritto penale dell'autore*, espressivo di principio distinto dal principio di offensività e secondo il quale la responsabilità penale deve essere ancorata a un fatto determinato e non ad una mera azione o condotta o alla personalità del reo.

Tali principi presiedono, in ragione della loro pertinenza alla legittimazione della sanzione penale come tale, *all'intero arco di vita* della sanzione penale, dal momento della sua comminazione sino a quello della sua esecuzione, passando per l'applicazione in sede cautelare e l'irrogazione in sede di giudizio di cognizione.

La sequenza delle proposizioni che ne discendono può essere ordinata (a mente degli artt. 13, 25 comma 2, e 27 Cost.) nell'ordine seguente: a) la *sanzione penale* costituisce la sanzione più grave (*extrema ratio* fra il novero delle sanzioni in generale) fra le sanzioni poste a tute di beni giuridici; b) la *sanzione carceraria* a sua volta costituisce la sanzione più grave (*extrema ratio* fra le sanzioni penali in senso proprio); c) entrambe (sanzione penale e sanzione carceraria) possono e devono applicarsi secondo criteri rigorosi di necessità e proporzionalità (sotto il profilo della commisurazione) rispetto alle *necessità di tutela del bene*; d) necessità e proporzionalità non possono che valutarsi secondo *metodo casistico-individuale e dunque in concreto* per rispondere al principio di offensività, restando così espunti a priori automatismi e presunzioni assolute; e) la nozione di *responsabilità penale* che si evince da tali principii è una nozione *relazionale* di responsabilità e non moralistico-psico-personologica: essa inizia con la condotta dell'autore del fatto e termina con l'offesa (o concreta messa in pericolo) del bene giuridico, chiudendosi così il cerchio che, *a partire dal bene offeso individuato come la ragion d'essere, la misura e il limite della sanzione penale*, dà ragione dei principi richiamati nei termini di diritto penale del fatto, del diritto penale dell'offesa in concreto, della necessità e proporzione della pena rispetto al fatto commesso.

Occorre a questo punto considerare entro quale cornice costituzionale si collochi la valutazione della pericolosità soggettiva dell'indagato, del reo e del condannato.

Non vi è dubbio che, nella tessitura dei principi costituzionali richiamati, vi sia spazio per una valutazione della pericolosità soggettiva in concreto e rispetto al fatto. La Corte costituzionale ha avuto ripetutamente occasione di pronunciarsi su tali profili costituzionalmente compatibili della pericolosità.

Non vi è dubbio inoltre che più si sale lungo la scala di gravità e afflittività delle sanzioni (la massima delle quali è certamente la sanzione carceraria) più il parametro della pericolosità rispetto alle esigenze di tutela del bene si enuclea, fra gli altri, come il più pregnante e pertinente ai fini della scelta della sanzione necessaria e proporzionata. Si può ipotizzare che, a livelli evoluti di civiltà giuridica, la sanzione carceraria potrà e dovrà giustificarsi *piuttosto come una*

cautela che non come una pena intesa nell'accezione afflittiva-retributiva (pur nella indefettibile prospettiva rieducativa) dell'istituto.

Posto che una siffatta pericolosità *rispetto al fatto e valutata in concreto* in nulla deve confondersi con la pericolosità soggettiva e sociale che ispira il sistema delle misure di sicurezza, presupponendo un soggetto consapevole e capace di scegliere e volere, come tale giudicabile o giudicato responsabile per un fatto-reato, al quale compete una pena che deve incorporare un percorso rieducativo individualizzato e progressivo, non vi è altro criterio che giustifichi il ricorso alla pena maggiormente segregativa, comportante massimo sacrificio della persona, sia in sede cautelare, sia in sede di pena irrogata, sia in sede di pena effettivamente scontata in fase di esecuzione, se non il criterio della pericolosità accertata in concreto, desunta cioè da elementi e dati oggettivi, apprezzata in tutte le sua plurime componenti e valutata sempre con diretto riferimento al bene giuridico specificamente tutelato e al fatto commesso.

In fase esecutiva appare del tutto evidente che la valutazione di pericolosità – risultato di un riuscito o mancato percorso di rieducazione, di una maggiore o minore presa di distanza dal fatto e dall'ambiente nel cui ambito la realizzazione di quel fatto si era motivato, del cosiddetto processo di 'revisione critica' delle condotte realizzate - costituisce il criterio- guida nelle scelte relative al regime penitenziario, nelle decisioni cc.dd. 'trattamentali', nell'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative. Purché, s'intende, si tratti di una pericolosità *rispetto al fatto e valutata in concreto*, individualmente, caso per caso. Purché in altre parole *non sia quella pericolosità presunta, apprezzata sulla base di condotte che possono essere talora indicative (e come tali possono affiancarsi ad altre, alternative), ma le più volte si dimostrano inconferenti e anacronistiche rispetto alle esigenze di tutela dei beni che lo Stato, sub specie dell'istituzione giudiziaria-penale ha diritto- dovere di presidiare, anche a mezzo della sanzione più grave: pericolosità del tipo che si evince per converso dal combinato disposto degli artt. 4 bis comma 1 e 58 ter della L. 26.7.1975 (O.P.).* Una simile regola di valutazione della pericolosità può determinare addirittura una tutela del bene da proteggere "per difetto", e anche sotto questo profilo la regola dimostra la propria dissonanza di sistema e la propria irrazionalità.

Ciò appare così vero e radicato in un sistema di norme chiare ed esplicite di rango costituzionale e convenzionale, che non solo la *personalità di ciascun detenuto*, in quanto uomo, *ha diritto a un 'divenire'* – come si intende dalla sentenza della Corte EDU: *"la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso. Essa può evolvere durante la fase di esecuzione della pena, come vuole la funzione di risocializzazione, che permette alla persona di rivedere in maniera critica il suo percorso criminale e di ricostruire la sua personalità"*, ma, di pari passo e allo stesso titolo, *anche la sua 'pericolosità' rispetto al fatto*, sulla quale in definitiva si giustifica, almeno a partire da determinate soglie di pena scontata, la prosecuzione della carcerazione, *ha il dovere di essere riesaminata, scivra da ogni presunzione,*

sulla base di elementi oggettivi e soggettivi pertinenti, concreti ed attuali (non valutati una volta per tutte al momento - ormai remoto - della commissione del fatto, né sulla base del solo titolo del reato).

E se quanto detto è vero, a partire dal raggiungimento delle soglie temporali minime stabilite dalla legge penitenziaria per potere accedere a benefici o a pene alternative, *il detenuto matura una sorta di 'diritto' (o un' aspettativa giuridicamente riconosciuta e tutelata)* a usufruire dei detti benefici, quante volte ricorrano quelle condizioni di percorso rieducativo e coscienziale dall'esito positivamente conseguito, che solo l'autorità giudiziaria preposta a tale valutazione (ancor meglio, in prospettiva, se coadiuvata da congrua *équipe* multidisciplinare) è in grado di valutare in concreto.

In altre parole, a partire dalle rispettive soglie minime di 'già sofferto', la carcerazione, nata legittima, diviene 'illegittima', dovendosi evincere dal sistema che essa resta legittima solo mediante riesame periodico della sua necessità e proporzionalità (rispetto essenzialmente alla pericolosità attuale del condannato), alla luce dei criteri di tutela attuale del bene che ne costituiscono la ragione legittimatrice.

In questa prospettiva si coglie tutta la irrazionale incongruità di presunzioni legali di pericolosità soggettiva collegate *esclusivamente* a determinati titoli di reato, e subordinate all'attuazione di condotte ritenute (esse sole) indicative di cessazione di pericolosità, con giudizio astratto, presuntivo e invincibile da prova contraria. In siffatta 'lettura', la pericolosità presa in considerazione torna ad essere la pericolosità sociale, immutabile, collegata a un fatto trascorso e al solo titolo del reato, presunta, compatibile con un diritto penale dell'autore e non del fatto.

3. Le norme di cui al combinato disposto ex artt. 4 bis e 58 ter O.P. rimesse allo scrutinio della Corte costituzionale, nella tratteggiata prospettiva 'di sistema' -costituzionale e convenzionale- appaiono ledere contemporaneamente gli artt. 13 e 25, comma 2, Cost (oltre che art. 49 CDFUE) e in particolare i principii di offensività, necessità- proporzionalità¹ della pena rispetto all'offesa; disconoscono ogni valore a quegli elementi in ipotesi accertati in concreto che depongono a favore di una effettiva "*evoluzione del detenuto, progredito nel percorso del cambiamento al punto che nessun motivo penologico giustifichi più la detenzione*", come si esprime la Corte EDU nella sentenza *Viola*, con conseguente lesione dell'art. 27 Cost; ledono la libera determinazione e dignità della persona del detenuto (art. 2 e 21 Cost.); ledono infine i principii di razionalità ed eguaglianza ex art. 3 Cost., come approdo finale e conseguente

¹ Similmente - come documentato da A. DEFFENU, *Ergastolo ostativo e principio di proporzionalità tra reato e pena: spunti dalle vicende francesi*, in questo volume - il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato l'incostituzionalità della norma di legge contemplante una forma di 'ergastolo ostativo', invocando il principio di proporzionalità.

delle violazioni dette alla stregua del percorso argomentativo come sopra rappresentato.

Tale conclusione si pone in linea con principii più volte enunciati dalla stessa Corte costituzionale, con riferimento agli artt. 13, 25 comma 2, 27 e 21 Cost. (si richiama, fra le altre, la sentenza n. 265/2005).

LA CORTE SIA CHIARA E CORAGGIOSA SUL PRINCIPIO DELL'INCOSTITUZIONALITÀ, ANCHE SE PRUDENTE NELLA SCELTA DELLO STRUMENTO TECNICO

di MARIO CHIAVARIO*

SOMMARIO: 1. Una convinta testimonianza di adesione e di condivisione dell'auspicio della fine del “fine pena mai”. – 2. Un'esigenza contestuale: non snobbare le preoccupazioni della gente comune, altrimenti sempre più facile preda dei politici fautori del “marciare in galera”. – 3. Una scelta (non soltanto) tecnica tra una declaratoria da subito radicalmente abolitiva a tutto campo della preclusione e una serie di pronunce successive? – 4. Il “precedente” della vicenda relativa all'art. 275 comma 3 c.p.p. – 5. L'importanza, comunque, della prima decisione sul *leading case*.

1. La mia è, essenzialmente, una semplice testimonianza: di adesione allo spirito di questo Seminario e di piena condivisione della speranza che la Corte costituzionale dia una risposta la quale ponga fine al “fine pena mai”. Adesione e condivisione che forse potevano apparire meno scontate per chi abbia letto o ascoltato i “sì, però ...” con i quali in altre occasioni ho accompagnato il mio rifiuto dell'ergastolo ostativo, maturato sulla scia, del resto, di una ben più risalente contrarietà all'ergastolo *tout court* (appartengo all'esigua minoranza – e di sopravvissuti penso che ormai siamo davvero in pochissimi- di coloro che in un lontanissimo referendum si schierarono per il “sì” alla proposta abrogativa: 10 per cento dei votanti o poco più ...).

2. Non rinnego quei “sì, però” che mi sembra perciò giusto ribadire (pur senza ripetere ciò che altrove ho detto più analiticamente e dunque limitandomi ad enunciazioni sintetiche e apodittiche).

Da un lato resto infatti dubbioso sulla pertinenza di uno degli argomenti che vengono spesso addotti –a mio avviso *ad abundantiam*- all'interno di un insieme di motivi, che ritengo nel complesso già robustissimo, per rifiutare

* *Emerito di Diritto processuale penale, Università di Torino*

l'ineluttabilità della prigione a vita legata automaticamente a una "non collaborazione" del condannato: è l'argomento che chiama in causa, a ulteriore supporto, il "diritto al silenzio", che certamente è sì tutelato e da tutelare anche ai massimi livelli dell'ordinamento, ma che faccio fatica a veder svolgere normativamente un ruolo in questo contesto.

D'altro lato, e soprattutto, sento sempre il bisogno di integrare quel rifiuto con il richiamo all'esigenza di un contestuale sforzo globale, da parte delle istituzioni e più in radice della stessa cultura giuridica, per ascoltare -e per rispondere positivamente a- quanto di comprensibile c'è nel magma di preoccupazioni e di vere e proprie paure, diffusissime tra la gente comune e su cui fa leva chi si fa portavoce politico e istituzionale di truculenti auguri di "marciare in cella", distribuiti a destra e a manca.

Guai, io penso, se la sacrosanta convinzione di essere nel ragionevole e dunque nel giusto diventa snobistica presunzione di legittimazione alla chiusura dell'ascolto di vittime, reali o potenziali, della criminalità e se non si fa di tutto per dimostrare concretamente che il venir meno del rozzo automatismo su cui si regge l'ergastolo ostativo non si traduce in una resa alla peggiore criminalità, ma può conciliarsi, e si deve conciliare, con un rafforzamento degli strumenti processuali e penitenziari volti ad accertare l'effettivo venir meno della pericolosità del condannato e a garantire efficaci controlli preventivi circa l'autenticità dell'abbandono dei suoi legami con le organizzazioni criminali una volta tornato in libertà.

3. Qui ed ora, però, è anzitutto necessario contribuire, per quanto si è capaci, al perseguimento dell'obiettivo di una sentenza che, in linea con quanto già emerso in sede europea, esprima, anche a livello nazionale, il "no" a una pena che, restando di fatto perpetua proprio grazie a quell'automatismo, continua a precludere senza scampo a migliaia di persone la speranza del ritorno a una vita normale.

E allora, per lo spazio che resta al mio intervento, lo dedicherò a un aspetto strettamente tecnico, che mi parso rimanere sullo sfondo nel dibattito ma al quale non a torto Francesco Palazzo ha dedicato puntuale attenzione nella parte conclusiva della sua splendida relazione.

Parlo dell'alternativa tra due ipotesi di contenuti che potrà assumere l'eventuale, auspicata declaratoria d'incostituzionalità. Potrà cioè essere una pronuncia che -per usare proprio le parole di Palazzo- «colpisca la preclusione in sé, indipendentemente dal titolo criminoso e dalla misura alternativa in questione»: insomma, l'abbattimento a 360 gradi di un regime discriminatorio. Oppure potrà essere una sentenza il cui dispositivo resti rigorosamente circoscritto «entro le coordinate dell'ergastolo ostativo, e prima ancora del titolo criminoso di cui nel giudizio *a quo*, e della specifica misura alternativa ivi richiesta dal condannato (e cioè i permessi premio), rinviando a una verosimile sequela di pronunce successive la valutazione della razionalità della preclusione

in rapporto alle altre misure e agli altri reati ostativi, e dunque in rapporto alle pene diverse dall'ergastolo».

4. Anch'io, per quel che vale la mia opinione, mi sento spontaneamente portato ad auspicare la prima opzione. Mi rendo però conto che la seconda -più rigorosamente rispettosa del *petitum* specifico- può risultare preferibile agli occhi di giudici costituzionali del tutto consapevoli già dell'estrema delicatezza del merito delle questioni da risolvere qui e ora, nonché delle critiche -non tutte preconcepite- a certi allargamenti, soprattutto recenti, dell'armamentario di meccanismi e di strumenti decisori di cui essi si avvalgono.

A me viene comunque in mente il percorso lungo il quale si è sviluppata la giurisprudenza della Corte in ordine a una tematica non troppo lontana da questa, che *ratione materiae* mi è particolarmente familiare e che mi è più spontaneo evocare (anche perché la soluzione di merito su cui si sono attestati i giudici costituzionali a quel proposito non è, nella sostanza, diversa da quella per cui mi sono battuto da sempre, fin dall'interno della Commissione Pisapia quando si elaborava il testo del vigente codice di procedura penale).

Parlo della vicenda relativa all'art. 275 comma 3 di quel codice, ossia a quella norma che per il caso di procedimenti per reati rientranti in una lista abbastanza lunga poggiava -stando alla ricostruzione della stessa Corte costituzionale- su una duplice presunzione: a) una presunzione soltanto relativa circa l'esistenza di esigenze cautelari a giustificazione di un provvedimento restrittivo della libertà personale; e poi, una volta accertato il mancato superamento, con una positiva dimostrazione del contrario, di tale prima presunzione, b) una seconda presunzione -assoluta, questa- di adeguatezza della sola custodia in carcere, con esclusione della possibilità, per il giudice, di limitarsi a disporre una o più tra le altre misure cautelari, a cominciare dagli arresti domiciliari.

Ebbene, lì la Corte ha proceduto con il metodo, almeno apparentemente, del "caso per caso", snocciolando una serie di pronunce dai dispositivi identici ma evitando di operare, una volta per tutte, una declaratoria di portata generale; e, ciò, e senza neppure avvalersi di un'utilizzazione a tutto campo dello strumento dell'incostituzionalità derivata, ai sensi dell'art. 27 della legge del 1953. La "manipolazione" dell'art. 275 (poi consolidata da una successiva "novella" legislativa) si è così tradotta, via via, in inserzioni di una regola sempre identica a se stessa nel suo nucleo essenziale ma rapportata a ciascuna delle diverse fattispecie considerate che -ferma restando la prima presunzione, relativa- ha sostituito la seconda (assoluta) con la salvaguardia della possibilità di applicare misure diverse dalla custodia in carcere.

5. Non drammatizzerei, pertanto, l'eventualità di una scelta che portasse la Corte a seguire qui un percorso analogo, attestandosi per ora sulla linea

“prudenziale”. Importante sarebbe che comunque ci fosse una motivazione contrassegnata da un’inequivoca apertura al di là del caso specifico. Sono infatti due cose radicalmente diverse l’enunciare un principio, per così dire a potenzialità plurima, in termini tali che possa, per espansione naturale, essere applicato anche successivamente, oppure fare, dello specifico *petitum*, la base di una barriera che impedisca altre pronunce d’incostituzionalità.

Nel primo senso si è mossa la Corte costituzionale a proposito dell’art. 275, con larga parte delle motivazioni successive addirittura redatte, per larga parte delle motivazioni, con il metodo del “copia e incolla” (e sia pure operandosi qualche distinzione e, a mio parere, non senza qualche parziale contraddizione).

Se accadesse ora la medesima cosa, ci si potrebbe anche non lamentare di un’iniziale “prudenza” nella scelta del dispositivo per il *leading case*.

L'ERGASTOLO OSTATIVO NEL PRISMA DEL SOTTOSISTEMA PENALE PREMIALE

di ENRICO COTTU*

SOMMARIO: 1. L'ergastolo ostativo come incentivo (*extra ordinem*) alla collaborazione con la giustizia. - 2. Le possibili ripercussioni di una dichiarazione d'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo sulla normativa premiale, in tutte le fasi della pena. - 3. La sentenza Viola: un appunto in tema di "rischio da collaborazione" e collaboratori riluttanti. - 4. Conclusioni. Un problema parte di un problema più ampio (di non facile soluzione): l'abnorme espansione del paradigma "promozionale" nel sistema penale italiano.

1. La peculiare figura dell'"ergastolo ostativo" si iscrive a pieno titolo (così come l'intera disciplina dettata dall'art. 4-bis o.p.) nella architettura del (sotto)sistema penale premiale, originariamente sorto come speciale mezzo di lotta alle emergenze della criminalità mafiosa e terroristica.

La risposta dell'ordinamento italiano a tali gravi minacce per l'ordine pubblico e per l'ordine democratico si è concretizzata nella cosiddetta strategia a forbice: un dispositivo normativo nel quale alla "lama" di minacce di pena esorbitanti (tramite elevatissimi massimi edittali e aggravanti a effetto speciale) si giustappone, in perfetta simmetria, quella di (apparentemente) generose disposizioni premiali (attenuanti e financo esimenti) per la dissociazione dalla compagine associativa e la collaborazione con gli inquirenti.

Al riguardo, due profili meritano di essere succintamente ricordati, sul piano assiologico-normativo e fattuale.

Per un verso, e in primo luogo, le molteplici criticità di tale modello premiale sul piano della armonia (se non addirittura compatibilità) con i principi costituzionali, efficacemente sottolineate *ab origine* in dottrina (in un dibattito successivamente sopito, ma mai superato) e con argomenti tuttora penetranti. Tra i molteplici contributi appaio tuttora particolarmente pregevoli, per nitore e approfondimento sistematico, quelli con cui Tullio Padovani ha analizzato ed icasticamente ritratto il fenomeno del "traffico delle indulgenze" e l'operare di una nuova "soave inquisizione"¹.

* *Avvocato del foro di Oristano, Dottore di ricerca in Diritto dell'UE e Ordinamenti nazionali, Università di Ferrara*

Dall'altro, per contro, va evidenziata la indubbia, formidabile efficacia repressiva del modello in questione, quale emerge in maniera evidente (e misurabile) dalla relativa esperienza applicativa: non può infatti esser posto in dubbio il dato storico dell'enorme impatto disgregante spiegato sulle compagini criminose (terroristiche prima e mafiose poi) dalle dissociazioni e collaborazioni "incentivate" dall'ordinamento.

Tale ultimo rilievo, sebbene di natura fattuale, non è peraltro giuridicamente irrilevante: tale efficacia si traduce positivamente in termini di generalprevenzione dei reati e, quindi, di protezione dalle offese dei beni giuridici e dei diritti soggettivi aggrediti (sovente in modo esiziale) dalla suddetta criminalità organizzata. Non può quindi non avere una (sia pur relativa) apprezzabilità sul piano costituzionale.

Nella relazione introduttiva, peraltro, è stato efficacemente mostrato come dietro il velo della retorica emendatrice l'autentica ratio dell'istituto sotto scrutinio debba francamente individuarsi nella strumentalizzazione del reo, come fonte di prova dei fatti di reato e delle altrui responsabilità. Ma, al contempo, non pare ozioso né ultroneo l'interrogativo (e l'ammonimento) su quanti risultati preventivi siano stati fruttuosamente ottenuti anche tramite l'ergastolo ostativo, nella sua attuale, rigida conformazione, subordinando cioè l'accesso alla normale progressione trattamentale all'apporto dei suddetti elementi ricostruttivi².

Siamo quindi *ictu oculi* in presenza di un arduo, per certi versi tragico, conflitto di istanze contrapposte. Quello che qui si vuole sottolineare è come il problema dell'ergastolo ostativo debba essere analizzato alla luce del più generale schema del premio per la collaborazione, ormai saldamente radicato nel nostro ordinamento penalistico, e come le problematiche del modello generale e della declinazione particolare attualmente *sub iudice* siano ampiamente coincidenti (o quantomeno interferenti), e come ciò comporti ricadute significative sulla *quaestio* sottoposta al vaglio della Corte.

2. Pare opportuno allargare progressivamente la visuale, prendendo le mosse anzitutto dalla disposizione scrutinata, e riprendendo un quesito esattamente delineato nella relazione introduttiva: sarebbe possibile alla Corte una rimozione chirurgica del solo ergastolo ostativo e non dell'intera categoria dei reati ostativi di cui all'art. 4 bis o. p.? L'argomento esposto dal prof. Palazzo (per cui la prospettiva rieducativa non risulterebbe del tutto estromessa

¹ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 529 ss.; ID., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1986, p. 407 ss.

² In tal senso v. fra gli altri l'intervista al Procuratore nazionale antimafia F. CAFIERO DE RAHO su *Il Mattino*, 09.10.2019, p. 5: «chi ha coordinato indagini sulle mafie negli ultimi vent'anni sa quanto sia stato efficace l'articolo quattro della legge, quanto il fine pena mai abbia spinto a decine e decine di collaborazioni con la giustizia».

nel corso di una pena detentiva temporanea, anche se totalmente intramuraria, diversamente che per l'ergastolo) affascina, ma come riconosciuto dallo stesso illustre Autore, non sembra risolutivo.

A ben vedere, la eliminazione dal novero dei del 4 bis dei soli reati punibili con pena dell'ergastolo creerebbe un disequilibrio in tale testo normativo, difficilmente giustificabile in termini di ragionevolezza. Per effetto della dichiarazione di illegittimità parziale, una pena temporanea di lunga durata potrebbe, in concreto, divenire più afflittiva di un ergastolo, nonostante la tendenzialmente maggiore gravità e pericolosità dei reati puniti con tale massima pena rispetto agli altri che residuerebbero nell'elenco. L'esito di una illegittimità consequenziale dell'intera disposizione ci pare, almeno in linea teorica, del tutto in linea con i sia pur stringenti limiti degli effetti *ultra petitem* riconosciuti ai dispositivi della Consulta.

Lo stesso Autore, peraltro, realisticamente riconosce come il travolgimento della intera categoria dell'ostatività, seppure di per sé, con diverse buone ragioni, possa apparire persino auspicabile, proprio per la sua vasta portata rischierebbe in concreto di inibire una diagnosi di incostituzionalità.

Tuttavia, una volta riconosciuto che la criticità dell'ergastolo ostativo risiede nella rigida condizionalità tra condotta collaborativa e accesso ai benefici (condotta ritenuta equivalente, per *fictio iuris*, al progresso nella risocializzazione) è inevitabile allargare ulteriormente il campo di osservazione a tutto il sottosistema normativo premiale, comprensivo anche delle norme sostanziali, nella misura in cui lo stesso risulta poggiare sullo stesso meccanismo.

In questo senso, allora, l'effetto domino determinabile da una dichiarazione di illegittimità dell'ergastolo ostativo potrebbe (dovrebbe?) andare ben oltre i confini normativi del 4 bis; sebbene non in termini di illegittimità consequenziale, bensì di ulteriori prevedibili declaratorie di illegittimità a catena.

Può sostenersi, in senso contrario, che il meccanismo premiale debba ritenersi perfettamente legittimo nella fase della comminatoria e irrogazione della pena e invece restare assolutamente bandito *in executivis*?

A chi scrive questo distinguo non pare persuasivo.

Gli argomenti contro la dimensione penitenziaria della ostatività sono, invero, suscettibili di trasposizione verso l'insieme delle misure premiali, ivi incluse quelle di diritto sostanziale.

È infatti ormai un punto fermissimo nella giurisprudenza costituzionale l'assunto che la finalità rieducativa debba informare a sé, trasversalmente, tutte le fasi della pena: "l'idea di <scopo> della pena, della quale idea e massima espressione lo stesso art. 27, terzo comma, Cost., comporta, oltre al ridimensionamento delle concezioni assolute della pena, la valorizzazione del soggetto, reo o condannato, in ogni momento della dinamica penal-sanzionatoria (previsione astratta, commisurazione, soltanto in senso ampio od

anche in senso stretto, ed esecuzione)” (Corte Cost., sent. n. 282 del 1989, punto 10).

Attuando una svolta in aperta revisione critica della propria precedente concezione polifunzionale, la Consulta ha chiarito come lungi da poter essere “ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario” la teleologia rieducativa “non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena”: giungendo ad affermare che “...la necessità costituzionale che la pena debba <tendere> a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue”. Sicché “Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniquale specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto” (Corte cost., sent. n. 313 del 1990).

L'esito fruttuoso di questo iter argomentativo, come è noto, è stato l'individuazione del canone di proporzionalità della sanzione penale e l'inizio del tortuoso (e tuttora in corso) cammino verso la sua “giustiziabilità”, proprio in forza della connessione con la teleologia rieducativa.

Sicché proprio il principio di rieducazione, *sub specie* di proporzione, risulta quello più evidentemente vulnerato dalla strategia a forbice e dal traffico delle indulgenze, ossia dal ricorrente schema politico-criminale di una pena tanto draconiana (e fuori misura) nella sua minaccia, anteriormente all'illecito, quanto successivamente “rimettibile” a fronte di condotte collaborative.

Come è evidente, tutto si tiene: perché è sempre lo stesso principio rieducativo quello di cui nelle ordinanze di remissione si lamenta la lesione, a fronte della assoluta preclusione dell'accesso ai benefici per l'ergastolano non collaborante, condannato per reato ostativo.

In entrambi i casi le norme fanno leva sulla stretta della sanzione sul reo e sulla possibilità di sottrarsi collaborando; in entrambi i casi nella fase del postfatto (rispettivamente nel momento delle indagini e del processo e nella fase di esecuzione della pena); in entrambi i casi la condotta premiata è obiettivamente priva di valenza riparatoria rispetto al reato precedentemente commesso. Non pare insomma possibile un distinguo per cui l'analogo meccanismo di condizionalità premiale sarebbe ammissibile nel penale sostanziale ma non nella fase esecutiva.

3. Ci si è chiesto se all'esito di una dichiarazione di incostituzionalità del (solo) ergastolo ostativo potrebbe pervenirsi (sebbene non rientri nei parametri evocati dai rimettenti) in forza dell'art. 117 Cost., alla luce della recente sentenza Viola c. Italia (n°2) della Corte EDU.

La Convenzione europea, del resto, non offre alcuna base testuale al finalismo rieducativo della sanzione (benché gli itinerari argomentativi dei giudici di Strasburgo sembrano spesso seguire percorsi con esso convergenti). La incostituzionalità per “illegittimità convenzionale” potrebbe allora apparire una via percorribile per elidere l'ergastolo ostativo dell'ordinamento italiano senza pesanti ricadute “di sistema” (salvo il problema della necessità di una prospettazione della via in questione da parte di un giudice *a quo*).

Appare però il caso di soffermarsi su quello che appare il principale argomento fatto proprio dalla Corte EDU per la risoluzione del caso ad essa sottoposto; argomento, peraltro, che interseca una problematica intrinsecamente propria delle dinamiche applicative delle misure premiali in discorso.

Il riferimento è quello alla mancata collaborazione nei casi in cui il condannato “vorrebbe, ma non può”, segnatamente per timore di esporre sé stesso o persone a lui prossime a ritorsioni del gruppo criminale contro cui la sua collaborazione sarebbe rivolta.

Pare evidente che proprio siffatto timore, allegato dal ricorrente, abbia fatto breccia nelle considerazioni del consesso strasburghese, che vi si richiama più volte. In altre parole, la Corte EDU non pare aver riconosciuto un diritto del ricorrente di accedere comunque al trattamento pur liberamente rifiutando la collaborazione richiesta: ha considerato la richiesta di collaborazione in generale esigibile ma il suo rifiuto a collaborare come legittimato dalle circostanze di un pericolo imminente, quasi coartato. Rivendicando, in sostanza, che “*ad impossibilia nemo tenetur*”.

Pare però opportuno ricordare come siano presenti nel nostro ordinamento appositi strumenti normativi volti ad regolare l'accesso dei collaboratori di giustizia a “misure speciali di protezione”, nonché “a programmi speciali di protezione secondo le procedure previste all'art. 9, comma 3, del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, novellata dalla l. 13.2.2001, n. 45, attuate altresì dal decreto interministeriale 7 febbraio 2006 n. 144 (Regolamento in materia di trattamento penitenziario di coloro che collaborano con la giustizia). Non si tratta di disposizioni rimaste lettera morta, posto che per la loro applicazione sono istituiti organi quali la Commissione Centrale e il Servizio Centrale di Protezione, sul cui operato il Governo è tenuto a presentare semestralmente alle Camere una “Relazione sui programmi di protezione”.

Orbene, nel momento della redazione di questo intervento, non è noto se questo rilevante dato normativo sia stato portato all'attenzione dei giudici di Strasburgo. La volontà di proteggere la propria persona e propri prossimi e/o congiunti da rappresaglie criminali appaiono sicuramente come motivazioni “ragionevoli” per declinare la proposta di una pur possibile collaborazione; e del resto una cosa è la pretesa, per l'accesso ai benefici, di un ravvedimento sotto forma di apporto collaborativo altra sarebbe quella di chiedere al soggetto di esporsi a un pericolo rasentando l'eroismo. Ma tale allegazione ci pare non possa essere soddisfatta dal timore soggettivo del ricorrente, dovendo semmai

essere vagliata obiettivamente, in concreto, nella consapevolezza degli strumenti approntati dal nostro ordinamento a farsi (doverosamente) carico di tali preoccupazioni.

Al riguardo, è intellettualmente onesto riconoscere come il nostro ordinamento abbia da tempo approntato misure adeguate a proteggere il reo collaborante dai rischi eventualmente legati al suo contributo ricostruttivo di responsabilità altrui. Sarebbe, insomma, scorretto opinare che lo Stato italiano ponga l'ergastolano condannato per reati ostativi di fronte all'alternativa tra accesso ai benefici e al trattamento extramurario, da un lato, e salvaguardia della propria incolumità fisica, dall'altro: ma proprio tale opinione sembra emergere con valenza dirimente dal *dictum* di Strasburgo³.

Per tali ragioni, sia sommessamente consentito esprimere un certo scetticismo sul fatto che la sentenza Viola (al di là delle conseguenze per il singolo caso, e i relativi obblighi da ottemperare dall'Italia) abbia una forza persuasiva tale da segnare la fine dell'ergastolo ostativo.

4. Atteso anche il carattere (ad avviso di chi scrive) non pienamente appagante della soluzione elaborata dalla Corte EDU, il nodo dell'ergastolo ostativo torna a dover essere sciolto (o reciso?) alla luce del parametro interno dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione.

In definitiva, lo si ribadisce, la legittimazione delle misure premiali per la collaborazione rispettivamente sostanziali e *in executivis* poggia sui medesimi fondamenti (politico -criminali) e incontra i medesimi ostacoli (costituzionali). Indubbio è il loro porsi in tensione con le direttive e i principi in materia penale promananti dalla Carte fondamentale; assai più dubbia l'individuazione della soglia di tollerabilità entro le quali possano (continuare a) trovare cittadinanza nel nostro ordinamento, anche tramite una loro interpretazione (se del caso "ortopedica") costituzionalmente orientata. Ma le eventuali ragioni e giustificazioni ravvisabili a sostegno delle stesse *simul stabunt, simul cadent*.

Il problema allora (riprendendo l'esposizione iniziale) è la sostenibilità pratica di un esito caducatorio tramite una ipotetica serie di sentenze "a catena" delle previsioni premiali per il sistema penale italiano; un sistema ormai "dopato" da una fitta rete di incentivi alla delazione, come testimonia da ultimo proprio il recente (ennesimo) ampliamento dell'elenco dei reati ostativi ai sensi di 4-bis operato dalla c.d. legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019).

³ Degna di nota, peraltro, l'osservazione contenuta nell'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek, per cui "migliaia di criminali hanno collaborato con le autorità e hanno beneficiato di tali misure. La minaccia che il crimine organizzato fa pesare sui "pentiti" non raggiunge un livello capace di paralizzare l'applicazione di queste misure... la minaccia che il crimine organizzato fa pesare sulle persone che infrangono la legge del silenzio non sembra essere un ostacolo insormontabile nell'applicazione di diverse misure che mirano alla collaborazione dei criminali con le autorità inquirenti".

La logica premiale ha, infatti, incontrato una crescente fortuna che ne ha esteso l'applicazione non solo al di là delle tradizionali (e storicamente comprovate come tali) emergenze mafiosa e terroristica, ma addirittura oltre l'area dei reati in forma associativa e necessariamente plurisoggettivi; la iniziale "eccezione" limitata al diritto penale di lotta è stata, insomma, banalizzata, tanto da poter essere ormai qualificata come vera e propria costante della politica criminale italiana. Il nostro legislatore (trasversalmente e stabilmente innamorato del paradigma premiale) diversamente che al tempo (assai più fosco) della sua prima elaborazione non sente più il bisogno di invocare una "emergenza", neanche contingente, per riprodurlo nell'armamentario normativo. Si pensi, in via meramente esemplificativa, all'introduzione delle attenuanti a effetto speciale previste dall'art. 603-bis.1 (l. 29 ottobre 2016, n. 199) nell'ambito della repressione del c.d. caporalato; dall'452-decies in relazione ai nuovi delitti contro l'ambiente di cui al titolo VI-bis (l. 22 maggio 2015, n. 68); dall'art. 625-bis c.p. rispetto ai reati di furto, furto in abitazione, ricettazione.

Deplorabilmente, insomma, la logica premiale è dilagata ben al di là del suo alveo emergenziale originario relativo alle emergenze mafiosa e terroristica. Questa tendenza peraltro non appare imputabile al solo legislatore: si pensi alla valorizzazione della condotta collaborativa ai fini della concessione delle attenuanti generiche tale da aver elevato questa norma a succedaneo di una attenuante generale per la collaborazione applicabile ai reati per cui siffatto incentivo non è normativamente previsto.

Come comporta il panorama normativo così sommariamente delineato ai fini del giudizio in corso avanti la nostra Corte costituzionale? Ad avviso dello scrivente, le accennate considerazioni non possono che tradursi in una pesante remora a un verdetto di incostituzionalità. Condannato l'ergastolo ostativo, la coerenza del sistema imporrebbe di portare alla sbarra non solo l'intero novero dei reati ostativi di cui al 4 bis (e in generale il meccanismo di condizionalità in esso delineato) ma più in generale tutte le ipotesi in cui la pena (minacciata o irrogata) diventa merce di scambio con la condotta collaborativa, conculcando i principi di proporzionalità e rieducazione della pena, nonché di uguaglianza tra i rei.

Da questo punto di vista, l'ergastolo ostativo appare (paradossalmente) come il bersaglio meno agevole per uno scrutinio stretto di costituzionalità sulle criticità del sistema premiale. Invero, i reati per cui la massima pena può assumere tale declinazione sono proprio quelli per cui è maggiormente plausibile la sostenibilità costituzionale del "premio" per la collaborazione, o meglio la tollerabilità della deroga che questo comporta alla ortodossa esplicitazione della funzione rieducativa della pena.

Non potrebbe allora che lasciare qualche perplessità assistere al recesso sia pur parziale della logica premiale (che è lo si ripete intrinsecamente distorsiva rispetto ai principi del diritto penale costituzionalmente orientato) rispetto alle forme di criminalità più pericolose e alla sua sopravvivenza ai piani bassi della gerarchia di disvalore dell'illecito. Almeno per i reati di mafia e terrorismo,

infatti, perlomeno sussiste un legame con ragioni emergenziali storiche il cui superamento appare questione tutt'altro che banale (sebbene costituisca lecito interrogativo). Più lineare sarebbe procedere in senso inverso, a una riduzione dell'area ormai ipertrofica delle disposizioni premiali alle sole categorie di illecito ragionevolmente omogenee con la sua natura di strumento emergenziale, e, perciò, eccezionale.

Non v'è dubbio che la soluzione più auspicabile per tale revisione sarebbe un "ravvedimento operoso" del legislatore che fermi l'ormai abnorme ricorso allo strumento premiale in ogni fase della pena. Trattandosi (come spesso sovente accade) di auspicio scarsamente realistico, si può forse riporre le speranze in una rinnovata attenzione sul tema da parte degli interpreti che si concreti in un dialogo proficuo con la Consulta. Nel quadro della razionalizzazione e ridimensionamento del sottosistema premiale, anche la controversa eccezionalità dell'ergastolo ostativo potrebbe forse trovare, in termini di sistema, un soddisfacente superamento in un futuro non remoto.

IL POSSIBILE DIALOGO TRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTE EDU SULLA (IL)LEGITTIMITÀ DELL'ERGASTOLO OSTATIVO

di ILARIA DE CESARE*

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi: quali interrogativi. - 2. Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e i poteri della Corte costituzionale sull'estensione del *thema decidendum* nei giudizi in via incidentale. - 3. Un'altra possibilità di "dialogo": il caso Viola come argomento a sostegno dell'illegittimità dell'art. 4-bis ord. pen.

1. Il 13 giugno 2019 la Corte EDU, prima sezione, si è pronunciata sul caso *Marcello Viola c. Italia*, riconoscendo la violazione dell'art. 3 CEDU da parte dell'art. 4-bis, primo comma, l. n. 354/1975 (ord. pen.), relativo al cd. ergastolo ostativo¹. Tale violazione è stata ritenuta strutturale, comportando, ai sensi dell'art. 46 CEDU, l'obbligo per l'Italia di rimuoverla «di preferenza per iniziativa legislativa»². Nelle more del ricorso innanzi alla Corte di Strasburgo, la Corte di Cassazione³, prima sezione penale, e il Tribunale di Sorveglianza di Perugia⁴ sollevavano - separatamente - questione di legittimità costituzionale, rispetto agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., della stessa disposizione, nella parte in cui esclude il condannato all'ergastolo per delitti *ex art.* 416-bis c.p. ovvero per aver agevolato le condotte in esso previste, che non abbia collaborato con le autorità, dalla fruizione dei permessi premio. Stante l'identità di parametro e di oggetto dei due distinti incidenti di costituzionalità, la Corte costituzionale ha riunito le cause.

La decisione della Corte EDU è dunque intervenuta successivamente ad entrambe le ordinanze di rimessione: per questa ragione i giudici *a quibus* non

* *Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale, Università di Pavia*

¹ Ricorso n. 77633/16, *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), 13 giugno 2019, § 136-138. In data 7 ottobre 2019 una Commissione di 5 giudici della *Grand chambre* ha rigettato la richiesta di ricorso avanzata dal Governo italiano, pertanto il caso Viola è divenuto definitivo. v. Comunicato stampa 8 ottobre 2019 ECHR, in www.echr.coe.int.

² Caso *Viola c. Italia*, § 143.

³ Ord. 20 dicembre 2018, n. 59.

⁴ Ord. 28 maggio 2019, n. 135.

hanno potuto fare alcun riferimento al caso *Viola c. Italia*, richiamando, però, la giurisprudenza convenzionale consolidata sulla necessaria funzione risocializzatrice della pena (caso *Vinter e altri c. Regno Unito*⁵).

Si tenterà qui di rispondere a due quesiti: se la Corte costituzionale può allargare il *thema decidendum* includendo, tra i parametri, la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.; e se, in mancanza di tale allargamento, il caso *Viola c. Italia* può essere comunque allegato quale ulteriore argomento a sostegno di una (eventuale) declaratoria di illegittimità costituzionale.

2. L'art. 27, primo capoverso, della l. n. 87 del 1953 è comunemente considerato il fondamento normativo del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nei giudizi di legittimità costituzionale, prescrivendo alla Corte di attenersi ai «limiti dell'impugnazione»⁶. Si ritiene che tale principio, più conforme al processo civile che a quello costituzionale (in cui subisce inevitabilmente delle modifiche)⁷, serva anche a garantire il contraddittorio⁸. Questo spiegherebbe il costante orientamento giurisprudenziale che nega qualsiasi possibilità per le parti di ampliare il *thema decidendum* una volta instauratosi il giudizio di legittimità⁹. Attiene, infatti, esclusivamente al giudice *a quo* il potere di individuare i termini della questione da sottoporre al vaglio della Corte¹⁰: «l'oggetto del giudizio di costituzionalità in via incidentale è, infatti, limitato alle norme ed ai parametri fissati nell'ordinanza di rimessione e non possono essere presi in considerazione, oltre i limiti in queste indicati, ulteriori questioni o profili dedotti dalle parti, sia che siano stati eccepiti ma non fatti propri dal giudice a quo, sia che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze»¹¹.

Si tenga presente che nel giudizio di legittimità costituzionale il *thema*

⁵ Ricorsi nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10, *Grand Chambre*, 9 luglio 2013.

⁶ E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2018, 143.

⁷ E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 144; E. CATELANI, *La determinazione della questione di legittimità costituzionale nel giudizio incidentale*, Giuffrè, Milano, 1993, 141-142.

⁸ A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 87 e 156. Diff. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2019, 275, secondo cui il principio di corrispondenza chiesto/pronunciato va tenuto distinto dal principio a tutela del contraddittorio, in quanto nel giudizio di legittimità costituzionale il rispetto del primo può avvenire anche in mancanza delle parti o nel caso di decisioni assunte in Camera di consiglio.

⁹ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti*, cit. 273.

¹⁰ E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 123. Esclusione che riguarda tanto le eccezioni sollevate in giudizio e non recepite dal giudice *a quo* che eventuali successive modificazioni del *thema decidendum*. C. PINELLI, *L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2016, 3, www.penalecontemporaneo.it.

¹¹ Corte Cost. n. 93/2014, par. 5 cons. in dir.

decidendum è dato dalle disposizioni costituzionali che si assumono violate (parametro) e dalle disposizioni di legge di cui si sospetta l'illegittimità (oggetto), secondo quanto stabilito dall'art. 23 l. n. 87/1953. Il ruolo centrale assunto dalle norme, in particolare dal parametro, che serve a circoscrivere la materia del contendere, distingue il giudizio di costituzionalità dal processo, soprattutto civile, in cui la domanda (*petitum*) origina da un fatto storico (*causa petendi*), qui assente¹².

Si diceva, la giurisprudenza costituzionale è granitica nell'escludere che le parti possano ampliare la questione al vaglio della Corte. La stessa solidità non è riscontrabile, però, nel caso in cui sia proprio quest'ultima ad allargare il *thema decidendum*¹³. Esistono, invero, diverse eccezioni, tra le quali proprio l'ampliamento dei "termini" e dei "profili", con particolare riferimento alle norme-parametro¹⁴. Così non può dubitarsi della titolarità, in capo alla Corte costituzionale, del potere di colmare carenze e inesattezze commesse dal giudice *a quo*¹⁵, come di interpretare l'ordinanza di rimessione (e dunque il parametro in essa indicato)¹⁶.

Ora, quando la Corte ha riconosciuto l'esistenza di ulteriori parametri (impliciti) di costituzionalità¹⁷, ricavandoli dal richiamo a precedente giurisprudenza costituzionale¹⁸, ha invero compiuto un'operazione legittima¹⁹: la discrezionalità appare mitigata dall'ancoraggio all'ordinanza di rimessione, perché è il giudice *a quo* a introdurre, tra gli argomenti a sostegno dei dubbi di legittimità, anche precedenti decisioni della Corte costituzionale, in cui i parametri sono diversi e ulteriori rispetto a quelli esplicitamente invocati

¹² A. CERRI, *Giustizia*, cit., 87.

¹³ Lo stesso Presidente della Corte costituzionale, giudice Saja, dichiarò che al principio di corrispondenza chiesto-pronunciato bisognasse darsi un significato flessibile, ferme restando norma impugnata e parametro di costituzionalità. Così in A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 274; nonché E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 123.

¹⁴ Per un elenco esemplificativo v. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 275.

¹⁵ S. PANIZZA, *Il parametro del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, in Il parametro nel giudizio di costituzionalità. Atti del seminario di Palermo 28-29 maggio 1998*, a cura di G. PITRUZZELLA – F. TERESI - G. VERDE, Giappichelli, Torino, 2000, 458. Di recente Corte cost. n. 32/2018, in cui si afferma che, al di là del richiamo testuale all'art. 3, secondo comma, Cost., è il principio di uguaglianza formale di cui all'art. 3, primo comma, Cost. ad essere assunto come violato e ciò proprio in ragione delle censure sollevate dal giudice *a quo*.

¹⁶ Sulla titolarità esclusiva del potere di interpretare l'ordinanza di rimessione A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Giuffrè, Milano, 1967, 48-49; E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 144.

¹⁷ E. CATELANI, *La determinazione*, cit., 127. Esclude che possano essere considerate questioni al vaglio della Corte costituzionale le argomentazioni contenute nell'ordinanza del giudice *a quo* A. M. SANDULLI, *Il giudizio*, 48 (in nota n. 3). Così A. CERRI, *Giustizia*, cit., 93, che distingue tra profili e argomentazioni e sostiene che quest'ultime non esprimono un vizio, ma le ragioni per cui questo va riconosciuto o negato. Per l'Autore talvolta un profilo può divenire argomentazione (e viceversa). Tra gli esempi, le ipotesi di parametro implicito "in aggiunta" a quelli dell'ordinanza di rimessione. v. spec. 155-156.

¹⁸ *Ex plurimis* Corte cost. n. 12/1965; 153/1969; 408/1989; 241/1996.

¹⁹ E. CATELANI, *La determinazione*, cit., 127.

nell'atto di impulso²⁰.

Posto, dunque, che il principio di corrispondenza chiesto/pronunciato è dotato di un certo grado di flessibilità²¹, se si condivide l'orientamento che rivede entro i limiti di tale flessibilità l'allargamento del parametro basato sui precedenti giurisprudenziali richiamati dal giudice remittente, allora ci si può interrogare sulla possibilità che una stessa operazione interpretativo-estensiva venga effettuata con riguardo alla precedente giurisprudenza convenzionale contenuta nelle ordinanze di rimessione sull'ergastolo ostativo. Certo è che fino ad ora ciò non è mai accaduto. Nondimeno tale possibilità non sembra contrastare con il principio in esame, poiché si tratterebbe dell'esercizio del medesimo potere interpretativo che consente alla Corte di individuare parametri impliciti dall'atto di promovimento del giudizio incidentale.

D'altronde, nel richiamare un pregresso e consolidato orientamento della Corte di Strasburgo, i giudici *a quibus* mostrano (appunto implicitamente) di dubitare della legittimità costituzionale della censurata disposizione anche rispetto all'art. 117, primo comma, Cost., così come integrato dalla giurisprudenza convenzionale. Quest'ultima riconosce che il condannato all'ergastolo deve poter contare su un riesame certo della perpetuità della detenzione e sulla possibilità di liberazione, in ossequio alla funzione risocializzatrice della pena²². Dubbio che risulta ancora più fondato a seguito del rigetto della richiesta di ricorso alla *Grand chambre* del Governo italiano, in quanto il caso *Viola c. Italia* e la violazione dell'art. 3 CEDU da parte del regime dell'ergastolo ostativo sono oramai definitivi.

Tale allargamento potrebbe consentire alla Corte costituzionale di riconoscere un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale. Il parametro costituzionale verrebbe integrato dalla decisione sul caso *Viola c. Italia*, che non solo si pone nel solco tracciato dalla decisione nel caso *Vinter c. Regno Unito* richiamato nelle due ordinanze di rimessione (circostanza che garantisce l'ancoraggio alle medesime)²³, ma soprattutto ha direttamente ad oggetto la normativa italiana censurata. Una tale opzione segnerebbe un ulteriore passo in avanti nel dialogo tra Corti (*id. est.* ordinamenti) inaugurato nel 2007 e porterebbe a compimento il dovere dello Stato italiano di rimuovere la violazione strutturale dell'art. 3 CEDU accertata da Strasburgo.

3. Nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale decida di non estendere il *thema decidendum* anche al parametro implicito *ex art.* 117, primo comma,

²⁰ S. PANIZZA, *Il parametro*, cit., 466.

²¹ Parla di dinamicità del *thema decidendum*, in ragione della dinamicità dell'ordinamento stesso, E. CATELANI, *La determinazione*, cit., 104-117.

²² Caso *Vinter* e altri *c.* Regno Unito.

²³ Per completezza, si sottolinea che la decisione della prima sezione Corte EDU non è stata assunta all'unanimità: il Giudice Wojtyczek ha espresso una *dissenting opinion*, sostenendo l'innovatività della pronuncia rispetto ai precedenti orientamenti di Strasburgo. Sulla continuità tra il caso *Vinter* e il caso *Viola* vedi *infra*.

Cost., non è comunque da escludersi che essa possa optare per un richiamo al caso *Viola c. Italia*, nelle argomentazioni a sostegno dell'illegittimità costituzionale dell'impugnata previsione. D'altronde non si tratta di una prassi sconosciuta: il caso *Vinter c. Regno Unito* è stato di recente evocato dalla Corte per rafforzare l'impianto argomentativo eretto in una decisione in cui si riconosceva l'illegittimità di una disciplina preclusiva, rispetto ai condannati per sequestro di persona con scopo di estorsione a cui conseguiva la morte della vittima (art. 630 c.p.), dell'accesso ai benefici penitenziari per un lasso di tempo molto elevato²⁴. Tale richiamo, peraltro, non solo è avvenuto in assenza di una esplicita eccezione di costituzionalità *ex art.* 117, primo comma, Cost.²⁵, ma soprattutto nel totale silenzio sul punto dell'ordinanza di remissione²⁶. La Corte costituzionale ha, dunque, mostrato una certa attenzione alla giurisprudenza convenzionale, servendosi anche solo per arricchire le motivazioni addotte a sostegno delle sue decisioni, tutte le volte in cui tale giurisprudenza si rivela conferente con la "situazione normativa" sottoposta alla sua cognizione.

Sembra allora senz'altro opportuno (se non doveroso, vista la sua definitività) che la Corte, nel pronunciarsi sull'ergastolo ostativo, quantomeno tenga in considerazione e richiami il caso *Viola c. Italia*. Si è al cospetto di una pronuncia convenzionale che ha come specifico oggetto la medesima disposizione di cui si dubita la costituzionalità. Peraltro, la decisione della Corte EDU sull'art. 4-bis ord. pen. non è nient'altro che la logica conseguenza dell'applicazione dei principi sanciti nella sua precedente giurisprudenza. Nel caso *Vinter c. Regno Unito*, infatti, si era stabilito che devono sussistere *penological grounds* affinché un detenuto possa continuare a scontare la sua pena. Tali finalità sono quella: retributiva, deterrente, di protezione dell'incolumità pubblica e di risocializzazione del condannato; e se queste si compongono in un dato equilibrio al momento d'irrogazione della sanzione, tale equilibrio non resta statico, ma può variare nel corso dell'esecuzione della pena e ciò rende necessaria la rivalutazione delle ragioni che giustificano la detenzione²⁷.

Nella decisione sull'ergastolo ostativo la Corte di Strasburgo ha fatto applicazione del precedente orientamento, accertando una violazione dell'art. 3 CEDU da parte della normativa italiana, dal momento che questa, creando un "tipo pericoloso" (presunzione assoluta di pericolosità), impedisce a qualsiasi autorità (nel caso di specie giudiziaria) di esaminare, nel corso dell'esecuzione, la sussistenza delle ragioni che giustificano la pena, contestualmente impedendo ai condannati l'accesso ai benefici penitenziari²⁸. Sebbene abbia riconosciuto un

²⁴ Corte cost. n. 149/2018, par. 7 cons. in dir. dove si afferma «Tutto ciò in *piena coerenza* con gli approdi interpretativi cui è recentemente pervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo» (corsivo dell'autore). La disposizione censurata è l'art. 58-quater ord. pen.

²⁵ V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in questo volume.

²⁶ Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ord. 28 aprile 2017, n. 119.

²⁷ Caso *Vinter e altri c. Regno Unito*, §111.

²⁸ Caso *Viola c. Italia*, §§120-129.

certo margine di apprezzamento agli Stati membri sulle modalità (amministrative o giudiziarie) e sulle scadenze temporali per la revisione dei presupposti della pena, la Corte EDU ha del pari stabilito che la mancanza di tale possibilità comporta la violazione dell'art. 3 CEDU²⁹. Mancanza che, come accertato dalla prima sezione, sussiste nella disciplina italiana dell'ergastolo ostativo proprio in quanto essa stabilisce una presunzione assoluta di non risocializzazione del condannato per mafia (*sub species* di non interruzione del vincolo sodale mafioso), impedendo a qualsiasi autorità di verificarlo in concreto.

Né può dubitarsi che il caso *Viola c. Italia* sia espressione di un orientamento interpretativo "consolidato", secondo quanto richiesto dalla Corte costituzionale affinché i giudici comuni interpretino la normativa interna conformemente alla CEDU³⁰. Circostanza che trova conferma nel rigetto della richiesta di ricorso avanzata dal Governo italiano. Nel sistema convenzionale, infatti, la *Grand chambre* non serve da avallo alle decisioni delle singole sezioni, ma interviene quando si pongono contrasti interpretativi o ci si trovi di fronte ad una importante questione di carattere generale³¹ e anche in tali circostanze, pur avendo il potere di modificare la precedente giurisprudenza, essa lo fa quando rileva un mutato quadro normativo ovvero un cambiamento sociale (tutte condizioni qui evidentemente non riscontrabili)³².

In conclusione, anche nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale non dovesse ritenere di estendere il *thema decidendum* all'art. 117, primo comma, Cost. così come integrato dalla giurisprudenza convenzionale sull'ergastolo ostativo, potrebbe del pari rafforzare una eventuale declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis, primo comma, ord. pen. (come in Corte cost. n. 149/2018) richiamando la decisione assunta dalla Corte EDU, prima sezione, nel caso *Viola c. Italia*, continuando nel solco del "dialogo" con Strasburgo. In entrambi i casi, e persino in assenza di un richiamo alla giurisprudenza convenzionale, l'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo - nella sua attuale conformazione normativa - realizzerebbe il già richiamato dovere dell'ordinamento di rimuovere la violazione strutturale dell'art. 3 CEDU accertata in via oramai definitiva.

²⁹ Caso *Vinter e altri c. Regno Unito*, §§ 120-121.

³⁰ Si rammenta che, come noto, la Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015 ha imposto ai giudici comuni di interpretare il diritto italiano conformemente alla giurisprudenza di Strasburgo consolidata, dando anche alcuni indici per "misurare" tale consolidamento. Considerato il "dialogo" tra Corti avviato con le sentenze gemelle, Corte cost. nn. 348 e 349/2007, la convergenza verso gli orientamenti convenzionali consolidati deve guidare anche l'attività della Corte costituzionale.

³¹ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»*, in *Quad. cost.*, n. 2 del 2015, 400-404.

³² V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in Osservatorio AIC, 2015, www.osservatorioaic.it.

ERGASTOLO OSTATIVO E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ TRA REATO E PENA: SPUNTI DALLE VICENDE FRANCESI

di ANDREA DEFFENU*

Sommario: 1. Premessa. - 2. La *perpétuité incompressible*: i precedenti legislativi e giurisprudenziali in Francia tra Consiglio costituzionale e Corte EDU. - 3. L'ergastolo ostativo in salsa francese davanti alla Corte di Strasburgo: la sentenza *Bodein c. France*. - 4. La decisione n. 799/800 del 6 settembre 2019 del *Conseil constitutionnel*. - 5. Somiglianze e differenze tra i casi italiano e francese: un ambiente giurisprudenziale in trasformazione?

1. Può essere utile, in una prospettiva comparata, prendere in esame una recente sentenza dell'organo di giustizia costituzionale francese intervenuta su una vicenda che presenta alcuni punti di contatto con le *quaestiones* sollevate dalle ordinanze della Corte di cassazione e del Tribunale di sorveglianza di Perugia aventi ad oggetto la legittimità costituzionale del cosiddetto ergastolo ostativo¹. Dare uno sguardo ai cugini d'Oltralpe risulta particolarmente interessante non solamente perché, come è ovvio, allargare lo sguardo verso l'"esterno" può arricchire anche la capacità di riflessione di ciò che accade all'"interno", ma anche e soprattutto in quanto, come sappiamo, non è infrequente che le Corti costituzionali si studino a vicenda, alla ricerca di moduli argomentativi riproducibili, con gli opportuni adattamenti, nelle proprie decisioni o anche solamente per trarre dalle rispettive giurisprudenze fonti proficue di ispirazione.

Non so, francamente, se questo potrà avvenire nel caso giurisprudenziale che sto per descrivere, ma vale comunque la pena tentare di analizzarne gli aspetti più caratterizzanti e significativi.

* *Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Cagliari.*

¹ Si tratta, più in particolare, dell'ordinanza della Corte di cassazione del 20 dicembre 2018 e dell'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Perugia n. 725 del 2019, entrambe pubblicate su www.amicuscuriae.it.

2. Innanzitutto, è bene contestualizzare la sentenza del *Conseil constitutionnel* oggetto delle presenti riflessioni. Per farlo ricostruirò, seppur brevemente, la cornice ordinamentale e giurisprudenziale entro la quale la decisione *de qua* si inserisce.

La reclusione perpetua non comprimibile fu introdotta in Francia nel 1994, in seguito all'emozione suscitata da alcuni macabri fatti di cronaca che sconvolsero l'opinione pubblica di allora, in relazione al reato di omicidio volontario aggravato dall'essere la vittima un minore infra-quindicenne nei confronti del quale fossero stati compiuti atti di violenza sessuale o di tortura. In caso di condanna all'ergastolo fu stabilito che la Corte d'Assise potesse disporre, con decisione speciale, la durata illimitata, senza la possibilità di applicare, in sede di esecuzione, nessuna delle misure alternative alla detenzione previste dalla legislazione francese. Fu precisato, tuttavia, che il giudice dell'esecuzione potesse adire, al termine di un periodo di detenzione carceraria di trent'anni, una commissione di medici specialisti sulla base del cui parere un collegio di cinque giudici della Corte di cassazione avrebbe decretato sulla sussistenza o meno delle condizioni sufficienti per revocare la decisione della Corte d'Assise, consentendo così al condannato l'accesso agli istituti alternativi al carcere.

Questa previsione fu presentata nel 1994 come misura normativa di natura eccezionale pensata per punire crimini particolarmente efferati ed è vero che, ad oggi, è stata comminata *de facto* solamente quattro volte². Non mancarono comunque, in Parlamento, strenui oppositori alla soluzione legislativa predisposta dalla maggioranza i quali, assumendo violato l'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789³, sottoposero la delibera legislativa al vaglio preventivo del *Conseil constitutionnel* tramite *saisine parlementaire*.

Il giudice costituzionale francese – con una motivazione, come è suo solito, asciutta e succinta – respinse il ricorso, in quanto non ravvisò nel testo legislativo impugnato alcuna «manifesta sproporzione» tra la pena e le sanzioni ivi previste (incluse quelle relative alle misure di esecuzione), così da ritenere di non poter sostituire una propria valutazione discrezionale a quella del legislatore. Il *Conseil* arrivò a tale conclusione anche grazie all'esperimento di una lettura conforme a Costituzione della norma impugnata, in seguito alla precisazione che se si fosse interpretata tale disposizione nel senso che, trascorsi trent'anni di reclusione, il condannato o il pubblico ministero avrebbero sempre potuto adire il giudice dell'esecuzione al fine di chiedere

² E. SALQUE, *La peine de réclusion criminelle à perpétuité réelle pour les auteurs de crimes de terrorisme : l'article 421-7 nouveau du Code pénal créé par la loi n°2016-731 du 3 juin 2016*, in *lepetitjuriste.fr*, 26 luglio 2016.

³ L'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 stabilisce che «La Legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una Legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata». Come è noto, la Dichiarazione del 1789 fa parte dal 1971 del cosiddetto *bloc de constitutionnalité*, fungendo così a pieno titolo da parametro costituzionale.

l'accesso alle misure alternative al carcere e che tale procedura potesse essere ripetuta successivamente in caso di diniego, ne sarebbe seguito che il principio di necessità delle pene non potesse considerarsi violato. Potremmo riassumere i profili più significativi di questa decisione in questi termini: a) in materia penale la discrezionalità del legislatore è particolarmente ampia; b) il giudice costituzionale può intervenire solamente di fronte a palesi, manifeste, violazioni del principio di proporzionalità tra reato e pena; c) che, comunque, in sede ermeneutica, le disposizioni penali vanno interpretate tenuto conto che l'esecuzione delle pene privative della libertà personale è concepita non solamente per proteggere i consociati e assicurare la punizione dei condannati, ma anche per favorire la rieducazione del reo e prepararlo ad una futuro, possibile, reinserimento sociale.

Analogamente a quanto accaduto in Italia per l'art. 4-ter della legge sull'ordinamento penitenziario, negli anni successivi il legislatore francese è intervenuto per estendere una fattispecie pensata per ipotesi del tutto eccezionali a nuovi casi, in seguito al clamore e allo sdegno suscitato nell'opinione pubblica da fatti di cronaca nera. È accaduto, in sostanza, ciò che non dovrebbe mai accadere, ovvero che l'emotività di un momento contingente e la pressione dell'opinione pubblica possa spingere il Parlamento ad intervenire in sede penale senza la necessaria lucidità e prudenza.

E così, nel 2011, in seguito a ulteriori modifiche del codice penale, le disposizioni speciali in materia di ergastolo ostativo sono state estese anche al reato di omicidio volontario commesso a danno di magistrati, funzionari di polizia, militari, personale dell'amministrazione penitenziaria o, in generale, di qualunque altro soggetto qualificabile come pubblico ufficiale. Anche in questo caso, tramite *saisine parlementaire*, la disposizione è stata portata all'attenzione del *Conseil constitutionnel*, sempre per presunta violazione dell'art. 8 della Dichiarazione dell'89, in quanto l'eventuale applicazione al condannato della pena dell'ergastolo ostativo sarebbe stata determinata solamente, con un meccanismo pressoché automatico, dalla qualità della vittima del reato, senza tenere in alcun conto le circostanze nell'ambito delle quali il crimine sarebbe stato commesso.

Capita non di rado, nella giurisprudenza delle Corti costituzionali, che il fattore tempo favorisca, per ciò solo, il mutamento di orientamenti anche consolidati, vuoi per la diversa composizione dell'organo di giustizia costituzionale, vuoi per una differente sensibilità, nella società, verso il tema precedentemente trattato, vuoi ancora a seguito di una maggior maturazione delle riflessioni, anche scientifiche, attorno ad una problematica particolarmente complessa. Questo non è accaduto, invero, nel caso in esame. Difatti il *Conseil constitutionnel*, nel negare il contrasto con la Costituzione, ha richiamato integralmente la decisione adottata ben diciassette anni prima, limitandosi a

ribadire l'assenza, nelle disposizioni impugnate, di vizi manifesti⁴. Appare evidente, dunque, che l'ergastolo ostativo abbia assunto, anche in Francia, i connotati tipici di un istituto di difficile giustiziabilità e che, lungi dal porsi come strumento eccezionale e temporaneo, sia diventato per il legislatore uno strumento rapido per offrire all'opinione pubblica desiderosa di giustizia una tanto facile quanto effimera soluzione.

3. La Corte di Strasburgo si è pronunciata nel 2015 sulla compatibilità con la CEDU della condanna all'ergastolo ostativo emessa nei confronti del ricorrente in attuazione della legge francese del 1994 più sopra descritta⁵. Nel richiamare quanto in precedenza stabilito con la ben nota sentenza *Vinter*⁶, la Corte EDU ha, nella sostanza, escluso che la disciplina penalistica francese, nella parte relativa alla *perpétuité réelle*, debba ritenersi contrastante con l'art. 3 della CEDU. Più in particolare, secondo la Corte, per valutare se la pena dell'ergastolo, nel caso *de quo*, debba qualificarsi come "incomprimibile", è decisivo verificare se il condannato abbia una qualche *chance* di essere, un giorno, liberato: «*Là où le droit national offre la possibilité de revoir la peine perpétuelle dans le but de la commuer, de la suspendre, d'y mettre fin ou encore de libérer le détenu sous conditions, il est satisfait aux exigences de l'article 3*»⁷. Da questo angolo visuale la Corte di Strasburgo ha concluso che:

1) L'istituto dell'ergastolo ostativo introdotto in Francia nel 1994 consente, trascorso un periodo di reclusione di trent'anni, il riesame della situazione del condannato allo scopo di valutare la sua pericolosità e di considerare l'evoluzione della sua personalità durante la detenzione carceraria;

2) In questi termini, l'incertezza sull'*an* di questa valutazione *presente* nella legislazione inglese e censurata con la sentenza *Vinter*, è viceversa *assente* nella normativa francese, che appunto può comportare, in caso di esito positivo della richiesta, l'ottenimento per il condannato della liberazione condizionale.

L'unico dubbio sulla normativa francese sul quale si è concentrata l'attenzione della Corte ha riguardato l'eccessiva lunghezza del termine di trent'anni di detenzione quale presupposto per la valutazione del condannato e la conseguente rimodulazione della pena. In effetti, a mente della sentenza

⁴ Si tratta della sentenza n. 2011-625 DC del 10 marzo 2011, avente ad oggetto, più in generale, la *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.

⁵ Si tratta della sentenza *Bodein c. France*, 13 novembre 2014. La sentenza è richiamata dalla relazione di V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, pubblicata in versione provvisoria su www.amicuscuriae.it, p. 5, nota n. 21. Ricorda questa decisione anche D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in *Studium iuris*, n. 9/2017, p. 973.

⁶ *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013.

⁷ § 54. Qui la Corte EDU riprende integralmente, come già ricordato, il contenuto della sentenza *Vinter*.

Vinter « ... il se dégage des éléments de droit comparé et de droit international une nette tendance en faveur de l'instauration d'un mécanisme spécial garantissant un premier réexamen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle puis des réexamens périodiques »⁸. Invero, la distanza tra le due previsioni è, in concreto, pressoché inesistente, secondo la Corte EDU, poiché nel calcolo dei trent'anni di detenzione devono essere computati, secondo quanto previsto dalla normativa codicistica francese, anche i periodi di carcerazione preventiva, così che il ricorrente – nel caso deciso – potrà domandare il riesame della propria posizione nel 2034, dopo ventisei anni dalla condanna all'ergastolo.

4. Mi pare di poter affermare che, complessivamente, sia il *Conseil Constitutionnel* sia la Corte EDU, al di là di qualche “limatura ermeneutica” delle disposizioni contestate, hanno in qualche modo omologato, convalidato, l'impianto generale della normativa francese sull'ergastolo ostativo. E forse queste decisioni hanno anche, pur inconsapevolmente, legittimato il legislatore a far ulteriore uso dell'istituto della *perpétuité réelle*.

L'occasione per un nuovo intervento del Parlamento si è avuto con la legge 2016-731 del 3 giugno 2016 volta a rafforzare la lotta contro il crimine organizzato e il terrorismo, in risposta agli attentati del 2015 al *Bataclan* e allo Stadio di Francia. Nella sostanza la legge del 2016 ha, tra le altre cose, riscritto numerose disposizioni del codice penale al fine di estendere ai reati più gravi riconducibili alla matrice terroristica e che comportano la condanna all'ergastolo l'istituto della *perpétuité incompressible*⁹.

Con la legge del 2016, dunque, il Parlamento ha esteso l'ostatività dell'ergastolo ai condannati per reati di terrorismo precisando, in analogia alla legislazione del 1994, che una Corte d'Assise speciale ha il potere di stabilire che il periodo di *sûreté* duri fino a trent'anni o che sia perpetuo, senza alcuna limitazione temporale. Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, seppur a condizioni molto stringenti, trascorsi trent'anni di espiazione della pena, il condannato all'ergastolo può chiedere di accedere ai benefici di legge come la libertà condizionale, ma – e questa è una novità ancor più restrittiva rispetto alla legge del 1994 – in ogni caso solo al termine di un periodo di messa alla prova da uno a tre anni in regime di semi-libertà o di obbligo del braccialetto elettronico. La decisione è assunta dal Tribunale di sorveglianza francese in composizione collegiale, previo parere di una commissione incaricata di procedere ad una valutazione multidisciplinare della pericolosità sociale del condannato.

La sentenza del 6 settembre 2019 del *Conseil Constitutionnel* nasce da due questioni prioritarie di costituzionalità sollevate dalla Corte di cassazione in relazione al presunto contrasto dell'art. 730-2-1 del codice penale, che

⁸ § 55.

⁹ V. *amplius* J. BÉRARD, *L'autre peine de mort. La perpétuité incompressible et la lutte contre le terrorisme*, in *Mouvements*, n. 88/2016, p. 85 ss.

disciplina una parte del regime sopra descritto, con i diritti di libertà garantiti dalla Costituzione francese.

La questione posta all'attenzione del giudice costituzionale riguarda una situazione normativa che, non si capisce bene se consapevolmente o meno, il legislatore del 2016 ha creato. Infatti, le modifiche apportate al codice penale non sono state coordinate con quelle preesistenti e in particolare con l'art. 729-2 del codice penale, in forza del quale per uno straniero condannato alla pena della reclusione e destinatario di una misura di allontanamento come, ad esempio, l'espulsione, l'ottenimento della liberazione condizionale è subordinata alla condizione che tale misura di allontanamento sia eseguita. La conseguenza è, per l'ordinamento francese, paradossale: lo straniero condannato per reati di terrorismo che ha altresì ricevuto un provvedimento di allontanamento non può chiedere la liberazione condizionale in quanto essa sarebbe dichiarata dal giudice sempre e comunque irricevibile. Difatti, dovendo essere espulso dal territorio francese, lo straniero non può concretamente svolgere il periodo di prova, che a sua volta è il presupposto obbligatorio per poter eventualmente godere dei benefici di legge. Se poi il condannato straniero ha subito la pena dell'ergastolo, ecco allora che si realizza una condizione – *de jure* – di vero e proprio ergastolo ostativo, senza alcuna possibilità di “compressione”.

Ora, secondo i ricorrenti, nel caso descritto sarebbe violato il principio di necessità e proporzionalità delle pene, ma anche: il principio di rieducazione del condannato ricavabile dall'art. 8 della Dichiarazione del 1789; il principio di individualizzazione delle pene e di salvaguardia della dignità umana; il principio di eguaglianza, a causa della disparità di trattamento tra cittadini e stranieri generata dalle disposizioni impugnate.

Il *Conseil constitutionnel*, con un ragionamento semplice e conciso, ha accolto i ricorsi dei ricorrenti: nel momento in cui le norme di legge avverse hanno come effetto quello di privare un condannato alla reclusione carceraria, a maggior ragione quando la pena consiste nell'ergastolo, di ogni possibilità di diversa esecuzione della pena funzionale al reinserimento sociale del reo, esse sono da ritenersi manifestamente contrarie al principio di proporzionalità delle pene.

Si noti come il giudice delle leggi francese non abbia svolto alcun riferimento alla contestata disparità di trattamento o alla evocata violazione della dignità della persona, ma si sia limitato a utilizzare come parametro soltanto il principio di proporzione, giungendo così per la prima volta nella sua giurisprudenza a pronunciarsi negativamente sull'ergastolo ostativo, seppur per profili “collaterali” rispetto al cuore della sua disciplina.

È opportuno sottolineare che, a causa delle conseguenze, ritenute manifestamente eccessive, che deriverebbero dall'annullamento *tout court* della disposizione impugnata, i cui effetti si estenderebbero a tutti i condannati per terrorismo, facendo venir meno *erga omnes* il periodo obbligatorio di messa alla prova, il *Conseil* ha deciso di posticipare gli effetti della sua decisione al 1°

luglio del 2020 per consentire al legislatore di intervenire con le imprescindibili modifiche.

5. È immediatamente apprezzabile la distanza, nel merito, tra le *quaestiones* alle quali la Corte costituzionale italiana sarà chiamata a rispondere e quelle sulle quali si è pronunciato il giudice costituzionale francese. Da questo punto di vista, in effetti, non è possibile evincere dalle argomentazioni utilizzate dal *Conseil* dei paradigmi motivazionali reimpiegabili *d'emblée*. È evidente che l'oggetto delle decisioni, pur riferendosi in entrambi i casi alla disciplina dell'ergastolo ostativo, è però focalizzato su aspetti specifici diversi: nel caso francese, il tema concerneva l'applicazione di una pena all'ergastolo effettivamente incompressibile, senza alcuna possibilità per il condannato straniero di poter mutare la propria condizione; nel caso italiano, il dubbio verte sulla conformità a Costituzione della presunzione assoluta derivante dalla mancata collaborazione del condannato¹⁰.

È però d'altra parte interessante osservare come il ragionamento svolto dal *Conseil* con la sentenza del 6 settembre 2019, ci consenta comunque di ragionare intorno al "clima" che, sul tema dell'ergastolo ostativo è possibile registrare in Europa, seppur nell'ambito della giustizia costituzionale. È vero che l'istituto in sé della *perpétuité réelle* non è stato intaccato dalla decisione del giudice delle leggi d'Oltralpe, ma è altrettanto indubbio – e deve essere valorizzato – che pur di fronte ad una legislazione espressione di un forte allarme sociale a cui si accompagna una non trascurabile emotività collettiva, il giudice costituzionale non ha avuto timore, per la prima volta, di applicare l'art. 8 della Dichiarazione del 1789. Almeno per la giustizia costituzionale francese questo significa che l'ergastolo ostativo non è più un tabù e, come non di rado accade, questa decisione potrebbe segnare l'inizio di un approccio al tema caratterizzato da una maggior sensibilità costituzionale.

È questa una decisione, dunque, che può aiutare a creare un contesto "esterno", europeo, in grado di sorreggere, influenzare, incentivare, aiutare anche le altre Corti, come quella italiana, a prendere più coraggio? Non è possibile, chiaramente, svolgere alcun tipo di previsione, tuttavia è incontrovertibile che i segnali per un cambiamento, anche limitato nei suoi effetti, se si vuole coglierli, ci sono tutti: la giurisprudenza EDU ha mutato orientamento verso la legislazione italiana – si spera definitivamente –; le giurisprudenze delle Corti costituzionali lasciano intendere che il principio di proporzionalità – per la Francia – o quello di rieducazione del condannato nella più recente giurisprudenza – per l'Italia, devono essere presi sul serio: se la Consulta accoglierà le questioni sollevate non dovremo perciò più gridare al miracolo.

¹⁰ V. *amplius* la relazione di F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in questo volume.

COLLABORAZIONE IMPOSSIBILE E ERGASTOLO OSTATIVO

di EMILIO DOLCINI*

SOMMARIO: 1. Collaborazione con la giustizia e “divieto di concessione dei benefici”. – 2. Interrogativi in tema di collaborazione impossibile. – 3. Collaborazione impossibile e ergastolo ostativo.

1. L’art. 4 *bis* ord. penit. – norma simbolo della controriforma della legislazione penitenziaria realizzata nei primi anni novanta¹ – ha una storia tormentata e complessa².

Limitatamente al primo comma, la tappa più significativa dell’evoluzione (meglio, dell’involuzione) di questa normativa – introdotta nel 1991 (d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella l. 12 luglio 1991, n. 203) –, è segnata dal 1992, allorché il legislatore (d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356), in risposta all’acuirsi dell’allarme sociale nei confronti della criminalità organizzata³, ha riscritto l’art. 4 *bis* co. 1 ord. penit.: in particolare, ha elevato l’“utile collaborazione con la giustizia” ex art. 58 *ter* della stessa legge a condizione necessaria perché chi ha riportato una condanna per un reato ostativo possa accedere ad un percorso di reinserimento sociale scandito dal lavoro all’esterno, dai permessi premio, dalle misure alternative alla detenzione e, da ultimo, dalla liberazione condizionale⁴. Alla base di questa

* *Emerito di Diritto penale, Università di Milano Statale*

¹ Cfr. B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, fasc. 3, p. 132, nonché G. MOSCONI, *La controriforma carceraria*, ivi, 1991, fasc. 2, p. 143 ss.

² Cfr. per tutti L. CARACENI, C. CESARI, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 5° ed., Wolters Kluwer CEDAM, Padova, 2015, *sub* art. 4 *bis*, p. 47 ss.

³ Cfr. per tutti V. GREVI (a cura di), *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, CEDAM, Padova, 1994, p. 3 ss.

⁴ Anche per un confronto con la versione previgente dell’art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., può vedersi E. DOLCINI, in E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 17 s. L’intervento sull’art 4

scelta, l'irragionevole presunzione che la mancata collaborazione esprima – necessariamente – il persistere di legami con la criminalità organizzata ovvero il perseverare in scelte di vita criminali⁵.

L'esigenza di un'utile collaborazione poteva essere derogata – per effetto di una previsione introdotta con la legge di conversione dell'originario decreto legge – soltanto qualora al condannato fosse stata riconosciuta una delle seguenti circostanze attenuanti: riparazione del danno o eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (art. 62 co. 6 c.p.); contributo di minima importanza nel concorso di persone nel reato (art. 114 c.p.); concorso in un reato più grave di quello voluto *ex art.* 116 co. 2 c.p.: in tal caso, l'accesso ai 'benefici' era (ed è) consentito "anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante"⁶.

Nel 2002 (l. 23 dicembre 2002, n. 279) alle ipotesi della collaborazione utile e di quella oggettivamente irrilevante è venuta ad aggiungersi, su impulso della Corte costituzionale⁷, l'ulteriore ipotesi della "collaborazione impossibile"⁸. I connotati della collaborazione impossibile sono individuati dal legislatore, all'art. 4 *bis* co. 1 *bis* ord. penit.⁹, in relazione a due presupposti alternativi: da un lato, la "limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna" – nella sostanza, il legislatore ha così ampliato i contorni della collaborazione oggettivamente irrilevante, già prevista dalla legge –; d'altro lato, l'"integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile".

Sia in caso di collaborazione oggettivamente irrilevante, sia in caso di collaborazione impossibile, gli istituti di cui al co. 1 dell'art. 4 *bis* (e la stessa liberazione condizionale) possono essere applicati "purché siano stati acquisiti

bis co. 1 ord. penit. ad opera del d.l. n. 306/1992 era stato preceduto dall'inserimento nella legge sull'ordinamento penitenziario dell'art. 58 *ter* (d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella l. 12 luglio 1991, n. 203), che precisa i connotati delle condotte di collaborazione con la giustizia e ne demanda l'accertamento al tribunale di sorveglianza. Su quest'ultimo punto, cfr. A. A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria (Il procedimento di sorveglianza ex artt. 4 bis e 58 ter l. 26 luglio 1975, n. 354)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 871 ss.

⁵ Sottolinea come la presunzione assoluta sottostante all'art. 4 *bis* co. 1 sia priva di un fondamento razionale, fra molti, E. DOLCINI, in E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza*, cit., p. 23 s.

⁶ Rileva come questa disciplina, ancorché rivolta a temperare il rigore del nuovo art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., sia del tutto inadeguata allo scopo e renda la materia "ancor più confusa e disomogenea", B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva*, cit., p. 133.

⁷ A proposito della collaborazione oggettivamente irrilevante, cfr. Corte cost. 27 luglio 1994, n. 357; a proposito della collaborazione impossibile, Corte cost. 1° marzo 1995, n. 68. In dottrina, cfr. per tutti C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 345 ss.

⁸ Per un'attenta analisi, cfr. A. RICCI, "Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario, CEDAM, Padova, 2013.

⁹ Nella storia dell'art. 4 *bis* ord. penit., va segnalato che gli attuali commi da 1 a 1 *quater* sono stati sostituiti al co. 1, come formulato dalla l. n. 279/2002, per effetto del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella l. 23 aprile 2009, n. 38.

elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva" (art. 4 *bis* co. 1 *bis* ord. penit.).

Non mi soffermo, in questa sede, sul vistoso ampliamento che progressivamente è stato apportato alla gamma dei reati ostativi, nella quale hanno fatto ingresso, fra gli altri, reati sessuali¹⁰ e, da ultimo, reati contro la pubblica amministrazione¹¹, secondo una logica che poco o nulla ha in comune con quella – tesa alla disgregazione delle organizzazioni criminali – che ispirava l'art. 4 *bis* ord. penit. nella versione del 1992¹².

2. Una recente applicazione giurisprudenziale dell'art. 4 *bis* co. 1 *bis* ord. penit. da parte del Tribunale di sorveglianza di Milano¹³, in relazione ad un caso sul quale si concentravano i riflettori dell'opinione pubblica, suggerisce una riflessione sull'impatto che quella previsione è in grado di produrre (e produce di fatto) sull'ergastolo ostativo.

Il caso sottoposto ai giudici milanesi riguardava, peraltro, non un condannato all'ergastolo, bensì un condannato alla reclusione (nella misura di 5 anni e 10 mesi); un caso in cui la stessa applicabilità dell'art. 4 *bis* co. 1 era al centro di una questione di legittimità costituzionale¹⁴; un caso che poneva un

¹⁰ Cfr. per tutti A. DELLA BELLA, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, IPSOA, Milano, 2009, p. 437 ss.

¹¹ Cfr., fra gli altri, E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2019, p. 6; V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2019, fasc. 2/2019, p. 105 ss.; T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, fasc. 3/2018, p. 9; F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, p. 4 e p. 10, <http://www.amicuscuriae.it>; D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2019, 26 marzo 2019, p. 237 ss.

¹² Cfr. per tutti, in dottrina, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 82. In giurisprudenza cfr. Corte cost. 5 giugno – 18 luglio 2019, n. 188, nella quale si dà atto che la *ratio* iniziale della disposizione dell'art. 4 *bis* era (propriamente, per la Corte, "poteva essere") quella di "riservare un trattamento penitenziario di particolare asprezza ai condannati per reati di criminalità organizzata"; tuttavia, la Corte rileva come quella *ratio* si sia andata progressivamente perdendo, per cedere il passo a una logica di mero allarme sociale, connesso al titolo di reato per il quale è stata pronunciata la condanna. Per una proposta tesa a restringere radicalmente la gamma dei reati ostativi di cui all'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. cfr. Commissione Giostra, *Il progetto di riforma penitenziaria*, NEU, Roma, 2019, p. 93 ss.

¹³ Trib. Sorveglianza Milano, ordinanza 17 luglio 2019, n. 5631, F., inedita.

¹⁴ Per la proposizione della questione, cfr. Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord. 2 aprile 2019, in *Dir. pen. cont.*, 8 aprile 2019; Corte d'Appello di Lecce, ord. 4 aprile 2019, *ibidem*. A commento, cfr. G.L. GATTA, *Estensione del regime ex art. 4 bis o.p. ai delitti contro la p.a.: sollevate due prime questioni di legittimità costituzionale*, *ibidem*. Sui problemi relativi al regime intertemporale posti dall'art. 4 *bis* ord. penit. nella versione della c.d. legge Spazzacorrotti, cfr. inoltre L. BARON, *'Spazzacorrotti', art. 4-bis e regime intertemporale*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2019; G.L. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato*,

ulteriore, peculiare problema, relativo ai rapporti tra la collaborazione *ex art. 4 bis* co. 1 e co. 1 *bis* e la misura alternativa che è stata disposta nel caso di specie – la detenzione domiciliare *ex art. 47 ter* co. 01 ord. penit. –, la cui disciplina contempla un'autonoma, esplicita preclusione per chi abbia riportato condanna per un delitto dell'art. 4 *bis*¹⁵. Una situazione complessivamente ben diversa da quelle che attengono all'ergastolo ostativo, e non solo perché la pronuncia del giudice milanese riguardava un condannato 'eccellente'.

Di qui, comunque, lo spunto per una riflessione sulla *collaborazione impossibile*, e in particolare sull'ipotesi in cui l'impossibilità della collaborazione derivi dall'"*integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità*".

Accenno ad alcuni interrogativi posti da questa disciplina.

Qualche punto fermo (o... quasi fermo). I "fatti" sono i fatti specifici che hanno formato oggetto del procedimento¹⁶: non può trattarsi del "complesso delle situazioni e degli elementi di cui si presume che il condannato sia a conoscenza"¹⁷; le "responsabilità", sono quelle di soggetti diversi dal condannato¹⁸, dal quale – nel rispetto del principio '*nemo tenetur se detegere*' – l'ordinamento non potrebbe pretendere comportamenti confessori o autoaccusatori; il momento in relazione al quale si tratta di stabilire se vi sia

favorevole all'applicazione retroattiva, ivi, 26 marzo 2019; V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit.; L. MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, ivi, 14 marzo 2019; D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., p. 239 ss.

¹⁵ Cfr. M. PASSIONE, *Formigoni scarcerato, una buona notizia. Ma il Tribunale è andato contro la legge*, in *Il Dubbio*, 27 luglio 2019: "Il Tribunale non spiega... come sia possibile superare l'espressa esclusione apposta alla concessione della misura dall'art. 47 *ter* co. 01 ord. penit.". A mio avviso, il problema può essere superato sul piano interpretativo: parlano in questo senso sia il tenore letterale dell'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. (che fa riferimento alle "misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata"), sia istanze di eguaglianza-ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, dal momento che risulterebbe irragionevole l'inapplicabilità del disposto dell'art. 4 *bis* co. 1 *bis* ord. penit. alla detenzione domiciliare di cui al co. 01 dell'art. 47 *ter* ord. penit.: la pressione esercitata dall'art. 4 *bis* su qualsiasi condannato a pena detentiva potrebbe allentarsi per effetto della collaborazione, aprendo le porte del carcere, purché non si tratti di un ultrasettantenne, possibile destinatario della detenzione domiciliare *ex art. 47 ter* co. 01 ord. penit.

¹⁶ Cfr. Cass. Sez. I, 5 luglio 2013, n. 40044, Calasso, CED 257411-01. V. peraltro Cass. Sez. I, 26 ottobre 2017, n. 58075, Cagnazzo, CED 271616, che dà rilievo anche a "contributi informativi che consentono la repressione o la prevenzione di condotte criminose diverse". Nella giurisprudenza di merito, v. ad es. Trib. Sorv. Milano, ord. 9 aprile 2018, n. 1345, B., inedita: "L'inesigibilità di un'utile collaborazione va apprezzata in relazione alle specifiche vicende per cui vi è stata condanna e non alle indeterminabili e ipotetiche ulteriori vicende delinquenziali di cui potrebbe essersi macchiata l'organizzazione criminosa (e di cui potrebbe riferire l'appartenente ad essa)". Nello stesso senso, Trib. Sorveglianza Milano, ord. 7 febbraio 2018, n. 1462, P., inedita.

¹⁷ Così Cass. Sez. I, 28 settembre 2018, n. 7998, Benenati, <http://www.cortedicassazione.it>.

¹⁸ Che debba trattarsi delle responsabilità di terzi è sottolineato in Trib. Sorv. Milano, ord. 17 luglio 2019, n. 5631, cit.

stato un “integrale accertamento”, quello in cui, dopo la formazione del giudicato, viene presentata (al Tribunale di sorveglianza) l’istanza di ammissione ai benefici in ragione dell’impossibilità di collaborare¹⁹; la base della decisione del Tribunale di sorveglianza, la motivazione della sentenza di condanna²⁰.

Altri aspetti appaiono problematici (o, meglio, maggiormente problematici). Almeno a prima vista, subordinando il riconoscimento dell’impossibilità di collaborare all’integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, la legge rischia di porre nel nulla, o quasi, la portata della stessa previsione relativa alla collaborazione impossibile: i casi nei quali potrà dirsi che c’è stato quell’integrale accertamento potrebbero risultare del tutto eccezionali, e comunque individuabili dal Tribunale di sorveglianza sulla base di un potere di apprezzamento che sconfinava nell’arbitrio²¹. Peraltro, va dato merito alla Corte di cassazione di essersi impegnata, sia pure in modo non proprio monolitico, a definire i contenuti dell’accertamento, così da conferire una qualche consistenza all’ipotesi legislativa della collaborazione impossibile, tale a seguito di integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità.

Un altro interrogativo riguarda la rilevanza della volontà di collaborare che il soggetto abbia manifestato (o non abbia manifestato) nel corso del giudizio: a fronte di un integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, l’accesso ai benefici potrà essere consentito anche se il condannato non ha mostrato nel corso del giudizio alcuna volontà di collaborare?

La lettera della legge sembrerebbe orientare verso una risposta affermativa²²: la valutazione del Tribunale di sorveglianza avrebbe dunque come oggetto esclusivo la completezza dell’accertamento operato con la sentenza di condanna.

Per altro verso, negare rilevanza al comportamento non collaborativo tenuto dal soggetto nel corso del giudizio per poi ammetterlo ai benefici penitenziari dopo la condanna, in base al rilievo che a quel punto ogni forma di collaborazione è divenuta impossibile, non sembra coerente con la logica complessiva che ispira la disposizione: ha senso una disposizione che dica all’imputato ‘devi collaborare: se non lo fai, dopo la condanna sarai escluso da

¹⁹ Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, op. cit., p. 72, nonché A. RICCI, “*Collaborazione impossibile*”, cit., p. 69.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Il rischio che i presupposti della collaborazione impossibile risultino del tutto indeterminati è avvertito anche in giurisprudenza, dove talora si afferma che “eventuali casi di dubbio sull’esistenza dei presupposti di legge vanno risolti a favore della sussistenza della impossibilità della collaborazione”: così Trib. Sorv. Milano, ord. 17 luglio 2019, n. 5631, cit.

²² In questo senso, in dottrina, A. RICCI, “*Collaborazione impossibile*”, cit., p. 67 ss., e ivi richiami alla giurisprudenza, di merito e di legittimità. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, ord. 17 luglio 2019, n. 5631, cit., ove si legge che “la mancata collaborazione processuale... non costituisce... elemento sul quale fondare un giudizio di possibile collaborazione attuale, perché il fatto di non aver collaborato nel processo non significa che oggi ci sia uno spazio per una collaborazione ulteriore”.

una serie di benefici', salvo poi ammetterlo a quei benefici, una volta intervenuta la condanna, soltanto perché a quel punto la collaborazione, prima possibile, non è più tale?²³

3. Vengo all'impatto della disposizione relativa alla collaborazione impossibile sull'ergastolo ostativo: una tra le molteplici sfaccettature della questione dell'ergastolo ostativo²⁴, relativa al carattere di potenziale perpetuità di questa pena, e in particolare alla sua dimensione empirica²⁵.

Pur in assenza di dati statistici, il riconoscimento della "collaborazione impossibile" a favore di condannati all'ergastolo sembra estremamente raro.

Ricavo un primo indizio in questo senso da un esame della giurisprudenza di legittimità relativa agli ultimi cinque anni, nella quale è presente un numero irrisorio di pronunce relative a condannati all'ergastolo²⁶ che, disponendo l'annullamento con rinvio di provvedimenti di questo o di quel Tribunale di sorveglianza, potrebbero preludere al riconoscimento dell'impossibilità di collaborare.

La mia ipotesi risulta poi corroborata da uno sguardo, gettato con metodo... non scientifico, sulla giurisprudenza milanese. Nel corso di un colloquio con la Presidente del Tribunale di sorveglianza di Milano, le ho chiesto un'approssimativa indicazione circa la frequenza con cui la "collaborazione impossibile" viene riconosciuta da quell'organo giudicante a condannati all'ergastolo: la risposta è stata che i casi non sono più di uno o due l'anno²⁷.

²³ Cfr. A. CAPPELLERI, *Relazione in Seminario di studio "Formazione del giudicato di cognizione e mutamenti in executivis"*, Venezia, 15.2.2008, <http://astra.csm.it/incontri/relaz/15409.pdf>. Osserva l'A. che "da questa lettura conseguirebbe che chiunque, dopo il giudicato, potrebbe ottenere i benefici della collaborazione impossibile, mediante la mera dichiarazione di voler (solo) adesso, collaborare". Di qui la conclusione: "Per sfuggire all'interpretazione assurda di cui sopra... è necessario che l'interessato al riconoscimento della collaborazione impossibile *post iudicatum* alleggi motivi concreti ed effettivi per i quali la collaborazione *ante iudicatum* risulti anch'essa inesigibile".

²⁴ Cfr. F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, cit. Con una felice metafora, l'A. afferma che la questione dell'ergastolo ostativo "può essere assimilata ad una sorta di figura poliedrica dalle molte facce e dai numerosi lati e spigoli, in cui la luce si rifrange dall'uno all'altro in un gioco non sempre facile da governare" (p. 1).

²⁵ Mi richiamo nuovamente a F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, cit., p. 8.

²⁶ Cass. Sez. I, 28 settembre 2018, n. 7998, Benenati, cit.; Cass. Sez. I, 16 aprile 2019, n. 29869, Lamberti, <http://www.cortedicassazione.it>.

²⁷ In relazione al biennio 2018-2019, cfr. Trib. Sorveglianza Milano, ord. 7 febbraio 2018, n. 1462, cit.; Id., ord. 9 aprile 2018, n. 1345, cit.; Id., ord. 2 maggio 2019, n. 3206, F., inedita.

Se dunque la mia ipotesi è fondata²⁸, le conclusioni in tema di ergastolo ostativo alle quali è giunta la Corte EDU nella sentenza *Viola c. Italia*²⁹ non escono intaccate da una riflessione condotta sotto l'angolo di visuale della "collaborazione impossibile".

Va ribadito che la forma di ergastolo modellata dall'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. contraddice il principio di umanità della pena, che la Corte di Strasburgo ha strettamente collegato alle idee di risocializzazione e di dignità dell'uomo³⁰: le prospettive di reinserimento sociale per il condannato all'ergastolo ostativo sono in effetti insufficienti, *de iure e de facto*.

Nonostante gli svariati interventi della Corte costituzionale e dello stesso legislatore, dell'ergastolo ostativo deve dirsi, tuttora, che "non tende alla rieducazione del condannato"³¹ e che viola il divieto di trattamenti inumani: l'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. è, e rimane, a mio avviso, costituzionalmente illegittimo *ex artt.* 27 co. 3 e 117 co. 1 Cost. (in relazione all'art. 3 CEDU). A tacere dei problematici rapporti fra il trattamento sanzionatorio delineato dall'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. e il principio di proporzione³².

L'ergastolo ostativo, dopo i vari aggiustamenti operati dal legislatore e dalle Corti, fa pensare ad una persona che si sia sottoposta a molteplici interventi di chirurgia estetica al viso, nel tentativo di correggere questo o quel difetto ovvero di arginare i danni prodotti dall'avanzare dell'età: l'esito, come spesso accade, non è stato conforme alle attese. Il volto, alterato dal bisturi del

²⁸ Cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *AIC. Osservatorio costituzionale*, fasc. 4/2019, p. 205: gli AA. sottolineano il carattere impervio della via del riconoscimento di una collaborazione impossibile e rilevano che tale 'salvagente' "ha portato a riva davvero pochi ergastolani ostativi, come era prevedibile che fosse".

²⁹ Corte EDU Sez. I, *Viola c. Italia* n. 2, n. 77633/16, 13 giugno 2019. Il testo della sentenza può essere consultato, in traduzione italiana, in E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza*, cit., p. 425 ss. A commento della sentenza *Viola c. Italia*, cfr. D. GALLIANI, "La forza della democrazia è non avere paura", <http://www.ristretti.org>, 16 giugno 2019; D. MAURI, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo? Un primo commento a Viola c. Italia*, <http://www.sidiblog.org>, 20 giugno 2019; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, cit.; S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2019.

³⁰ Sottolinea questo aspetto della sentenza E. DOLCINI, *Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 925 ss.

³¹ In questo senso, testualmente, prima della sentenza *Viola*, E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1500 ss.

³² Cfr. F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, cit., per il quale "è del tutto evidente che, nell'ipotesi in cui il comportamento collaborativo non sia volontariamente adottato, e dunque non si giunga al superamento della preclusione ostativa, il trattamento sanzionatorio peggiore che ne consegue è intenzionalmente e per definizione sproporzionato rispetto alla gravità del reato" (p. 11).

chirurgo, è rimasto non bello: richiamando un'espressione di Alessandro Bernardi, direi "orribile", un orribile... non necessario³³.

0

³³ Cfr. A. BERNARDI, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, Roma, 2012, p. 85 ss. L'A. riserva la qualifica di "orribile necessario" all'ergastolo comune, mentre esprime una valutazione pienamente negativa (p. 94), sul piano costituzionale e politico-criminale, nei confronti dell'ergastolo ostativo.

QUEL CHE POSSIAMO FARE PERCHÉ IL “DIRITTO ALLA SPERANZA” TROVI CONCRETE APPLICAZIONI IN CARCERE

di ORNELLA FAVERO*

Io sono qui in una doppia veste. Sono direttrice di *Ristretti Orizzonti*, rivista realizzata prevalentemente dietro le sbarre, ma anche da una redazione esterna, e del sito con la sua Rassegna Stampa quotidiana sulle pene e sul carcere: E sono anche Presidente della Conferenza Nazionale Volontariato Giustizia.

Non voglio parlare dell'ergastolo ostativo, perché persone più competenti di me hanno detto già tutto o quasi. Voglio parlare del *post ventidue ottobre*, perché il problema che mi sta a cuore è capire cosa succederà nelle carceri, riaperte alla speranza da un possibile pronunciamento di incostituzionalità. Io temo molto che questa speranza entri in rotta di collisione con una situazione nelle carceri che a me pare molto pesante. Voglio spiegarmi meglio. Nella sua relazione introduttiva, Vladimiro Zagrebelsky ha parlato della Lituania, raccontando che lì è stata cambiata la normativa sull'ergastolo: oggi la nuova legge prevede che l'amministrazione penitenziaria possa comunque decidere, sulla base del percorso fatto dal detenuto, in favore di una - non so bene come definirla - “revisione” della pena, per rivederne la perpetuità. Riusciamo solo a immaginare - qualora si riaprisse la questione in Italia dell'ergastolo ostativo - come potrebbe agire l'Amministrazione penitenziaria nei percorsi delle persone detenute, per le quali si aprisse la possibilità di accesso ai permessi premio e alle altre misure extramurarie? Faccio un solo esempio apparentemente eccentrico. Ieri ho letto una circolare del DAP intitolata “*Ordine e sicurezza nelle carceri*”, che pone una serie di restrizioni nella vita quotidiana dei detenuti, individuando soggetti che hanno “una spiccata tendenza all'evasione”. Il clima che si vive nelle carceri oggi è questo, un ritorno alla centralità del tema “ordine e sicurezza”, al posto della rieducazione e del reinserimento. Per restituire ai soggetti ristretti la speranza - all'indomani della sentenza di accoglimento che

* *Direttrice di Ristretti Orizzonti, Presidente della Conferenza Nazionale Volontariato Giustizia*

io auspico - servirebbero invece, aree educative che lavorassero per farla intravedere, quella speranza.

Sono qui presenti giudici come Marcello Bortolato e Giovanni Maria Pavarin, che hanno fatto parte del Tribunale di Sorveglianza di Padova, competente per il carcere Due Palazzi dove prevalentemente lavoro. Rivolgo tramite loro un invito a tutta la magistratura di sorveglianza per aprire un confronto coraggioso, capace di sottrarsi ai condizionamenti del clima odierno ispirato alla filosofia del “far marcire in galera fino all’ultimo giorno di detenzione”. È urgente parlarsi, perché io vedo – per esempio - detenuti a cui è stata riconosciuta l’inesigibilità della collaborazione che, però, restano parcheggiati nei circuiti di Alta Sicurezza: E li rimarranno se gli umori esterni, determinati dalla paura e dalla rabbia, prevarranno su una qualsiasi seria riflessione su come garantire realmente la sicurezza sociale.

Io per questo vi invito a non parlare solo dell’ergastolo ostativo ma a vedere cosa succede concretamente nelle carceri: abbiamo più di novemila detenuti in Alta Sicurezza, e le declassificazioni sono pochissime. Tra l’altro, se ti respingono una richiesta di declassificazione, questo certamente ti permette di fare reclamo al magistrato di Sorveglianza, dove però spuntano le consuete informative della Direzione Distrettuale Antimafia (“*non si possono escludere collegamenti con...*”) che bloccano completamente il percorso delle persone detenute, attingendo a vicende risalenti a venti, trent’anni fa. E nessuno ha nulla da dire, su una simile prassi.

Dentro le carceri ci troviamo con persone detenute che sono state anni in regime di 41-bis, ne sono uscite perché non avevano più collegamenti con le organizzazioni criminali di appartenenza, e ora sono ristretti in questi circuiti di Alta Sicurezza, da dieci, venti, trent’anni. Ciò significa che un percorso trattamentale serio non lo fanno quasi mai, e la possibilità di accedere a un permesso premio di qualche ora grazie al giudicato costituzionale verrebbe loro comunque negata perché non sono pronte, non possono attestare nessuna revisione critica, non sono state sufficientemente “osservate”.

Cominciamo, allora, a riaprire le questioni riguardanti la cosiddetta rieducazione: i parametri usati per valutare le persone detenute, le aree educative schiacciate dai carichi di lavoro e che pure dovrebbero comunque contribuire ad avviare un confronto sui percorsi di reinserimento. Diversamente, il tornante del 22 ottobre potrebbe cadere nel vuoto, nonostante la sua grande importanza.

Riprendo l’intervento di Luciano Eusebi di questa mattina: la prevenzione si fa davvero permettendo alle persone che appartenevano alla criminalità organizzata di prendere in modo netto le distanze dal loro passato; eppure spesso non gli si permette, non gli si riconosce questa possibilità. La declassificazione, per esempio, è un modo di riconoscere che un detenuto ha fatto passi importanti lungo la strada della riabilitazione, non è più quello legato all’organizzazione di prima, ha avuto il coraggio di tirarsene fuori. Ma nemmeno questo si fa, perché ci sono detenuti – lo ripeto - parcheggiati da anni

nei circuiti differenziati, e che si vede rigettare continuamente la richiesta di declassificazione da parte del DAP.

Allora proviamo a invitare anche il DAP a un confronto su questi temi, cerchiamo di fare dei passi ulteriori oltre a quelli che ci hanno condotto alla sentenza della Corte EDU nel caso Viola e alla decisione che verrà della Corte costituzionale: senza un diverso contesto, entrambe potrebbero promettere più di quanto l'attuale realtà carceraria è in grado di mantenere.

Un'ultima osservazione, che sviluppo da giornalista: vorrei ribadire quanto è importante che si lavori molto nell'ambito dell'informazione. Il mondo del volontariato carcerario ci prova in tutti i modi. Da ultimo, il venticinque ottobre a Milano si svolgerà il Festival della Comunicazione sulle pene e sul carcere: un seminario di formazione per giornalisti centrato su questi temi, perché la cattiva informazione ha un peso enorme nell'alimentare le paure, quando invece dovrebbe collaborare a spiegare che a creare maggiore sicurezza sono proprio percorsi diversi dal carcere e ad esso esterni.

Leggo, a conclusione di questo mio intervento, alcune righe scritte una studentessa che ha preso parte ad uno dei nostri progetti di messa in relazione del mondo carcerario con il mondo esterno al carcere: nonostante la sua incerta sintassi, meglio di ogni altra riflessione, le sue righe dimostrano che - anche su temi difficili come l'ergastolo - l'opinione pubblica, se accompagnata e informata in modo equilibrato e preciso, può capire di più, ridurre le proprie paure e accrescere in consapevolezza. Questa ragazza così scrive, dopo aver incontrato, ascoltato, dialogato con diversi detenuti, anche ergastolani: *“Da oggi penso che l'ergastolo sia da riconsiderare come pena per chi ha attraversato un percorso come il vostro: non solo per dare una seconda possibilità ad un uomo pentito, ma anche perché dopo questa esperienza penso vivamente che sia una perdita anche per la società escludervi. Avete sbagliato molto ed è giusto che paghiate per le vostre azioni, avete anche sofferto altrettanto e questa sofferenza secondo il mio punto di vista fa sì che voi abbiate molto da insegnare. A me questo lo avete trasmesso”*.

IL PASSO CORAGGIOSO CHE ANCORA RESTA DA COMPIERE

di FABIO FIORENTIN*

Come soldati alla vigilia di una importante battaglia, schiere di giuristi affilano le armi (per fortuna solo dialettiche) con cui affrontare lo scontro imminente. Dormiranno profondamente, fiduciosi nella bontà della propria causa, come si dice abbia fatto il principe di Condé la notte precedente la battaglia di Rocroi per lui vittoriosa? O veglieranno, piuttosto, nel timore che tutto il loro pur generoso impegno possa non risultare, alla fine, sufficiente per indurre i giudici della Consulta a quell'ultimo, coraggioso passo che ancora resta da compiere per trarre la pena dell'ergastolo nella sua forma ostativa da quel buco nero in cui è stato sospinto da un legislatore dimentico dei pilastri costituzionali e da una giurisprudenza spesso immobile nel richiamare risalenti precedenti, salmodiati come antichi *mantra*? E la "buona battaglia" che l'evolversi della cultura giuridica impone per il recupero di una dimensione della pena coerente con la profonda umanità di quel principio costituzionale che vuole "le pene" – tutte le pene – orientate al recupero sociale del condannato sarà vittoriosa o prevarrà la *Realpolitik*?

In poche altre occasioni la *mission* dell'*amicus curiae* è stato più chiaro di oggi: si tratta di far giungere ai giudici costituzionali, attraverso i buoni argomenti del diritto, quella urgenza, così profondamente avvertita tra gli studiosi, della "necessità" del recupero a Costituzione dell'ergastolo (non più) ostativo così completando, con un ultimo passaggio – certo il più difficile, proprio perché decisivo – un cammino intrapreso ormai da molto tempo.

E allora, premessi i profili tecnico-giuridici che altri, ben più autorevolmente, hanno in numerose sedi già approfonditamente illustrato, ponendo in evidenza l'irriducibile contrarietà dell'attuale regime dell'ergastolo "ostativo" con i parametri costituzionali, per la sua intrinseca irrazionalità e per l'insanabile contrasto con il principio di proporzionalità e con quello della rieducazione del condannato attraverso la pena, l'attenzione sarà qui focalizzata su alcuni aspetti forse satellitari a quelli ma che necessariamente

* *Magistrato, Tribunale di sorveglianza di Venezia*

accompagneranno lo scrutinio della Consulta e sui quali appare, pertanto, opportuna una sottolineatura.

Una prima considerazione vuole contribuire a sgomberare il campo da uno dei più insidiosi fraintendimenti che rischiano di offuscare la nitidezza della *quaestio* sollevata dai rimettenti: ciò su cui la Consulta è chiamata a deliberare non è l'abolizione per via giudiziaria dell'ergastolo e non siamo, dunque, di fronte a una sorta di drammatica ordalia destinata a ripercuotersi sul sistema delle pene nel suo complesso, così come lo conosciamo, o sulla natura dell'ergastolo quale unica pena che nasce perpetua. Non si tratta, cioè, di sostenere una battaglia abrogazionista dell'ergastolo, la cui valenza anche (e, nel nostro ordinamento, ormai essenzialmente) simbolica costituisce, nell'attuale momento storico, un ostacolo "psicologico" forse non ancora superabile; si tratta, invece, più semplicemente, di recuperare a costituzionalità quella tipologia di pena, attraendola entro quel perimetro che le Corti di garanzia – in un dialogo sempre più intenso e fecondo – hanno nel tempo tracciato come una sorta di *limes* posto a difesa della civiltà giuridica e dei diritti fondamentali di tutti i consociati e dunque, anche di coloro che, avendo commessi gravissimi delitti, si trovano in espiazione di pena, financo della pena massima che il nostro ordinamento conosce.

Da questo angolo visuale, con una sfumatura paradossale si potrebbe persino affermare che l'auspicabile "messa a regime costituzionale" dell'ergastolo nella sua variante "ostativa" possa indirettamente corroborare la sopravvivenza della versione "ordinaria", nella misura in cui quest'ultima – attraverso la somministrazione di alcuni benefici penitenziari e la concessione della liberazione condizionale - garantisce al condannato quel "diritto alla speranza" a che, verificatisi i presupposti normativamente stabiliti e non essendo più sussistenti valide ragioni penologiche per procrastinare l'accesso alle misure extramurarie o alla definitiva liberazione, si schiuda una concreta prospettiva di rilascio in seguito ad un riesame da parte dell'autorità pubblica.

Il recupero a Costituzione dell'ergastolo "ostativo" è, quindi, operazione non solo doverosa sotto il profilo dei principi costituzionali e convenzionali, ma è anche un intervento che, lungi da svuotare di significato quella grave sanzione, ne lascia intoccato il significato simbolico e ne rafforza, altresì, la legittimità di pena conforme alla cornice costituzionale e convenzionale. Il condannato all'ergastolo che abbia tenuto un comportamento tale da dimostrare un sicuro ravvedimento e venga ammesso dapprima all'esperienza dei permessi premio, quindi alla semilibertà e, infine, alla liberazione condizionale dopo aver espiato determinate soglie di pena (art. 176 c.p.), partecipa infatti alla logica di progressione trattamentale non dissimile da quella che governa l'esecuzione delle pene temporanee e restituisce l'ergastolo al contesto costituzionale, quale tipologia di pena *de iure* e *de facto* comprimibile.

Un secondo profilo essenziale a disinnescare le obiezioni ispirate a mal concepite (e peggio espresse) istanze di difesa sociale riguarda il fatto che l'eventuale tramonto dell'ergastolo nella sua forma ostativa non si tradurrà in

un'automatica sorta di "condono" per i condannati che vi sono sottoposti, la cui liberazione o anche il solo accesso alle più limitate forme di benefici penitenziari non è questione né dell'oggi né, probabilmente, dell'indomani del pronunciamento dei giudici costituzionali. Come ha riconosciuto la Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si è da tempo impegnata su alcuni dei temi fondamentali che anche la Consulta dovrà a brevissimo affrontare, rimuovere una preclusione assoluta alla concessione dei benefici penitenziari non significa affatto che questi ultimi vengano *tout court* concessi, con una sorta di automatismo. Il sistema penitenziario configurato dalla legge di ordinamento penitenziario si fonda, infatti, sul già evocato principio della progressione trattamentale, sulla partecipazione attiva al programma individuale ed alle offerte rieducative proposte dall'équipe dell'istituto penitenziario. È, inoltre, fondamentale il risultato dell'osservazione sulla personalità del condannato che, attraverso un periodo di tempo anche protratto, attesti gli eventuali effetti positivi del trattamento così da avviare l'esecuzione *extra moenia*, con l'ammissione del detenuto a benefici progressivamente più ampi (dal lavoro all'esterno, ai permessi premio, alla semilibertà e alle misure alternative alla detenzione fino alla concessione della liberazione condizionale). Si tratta di un graduale e controllato percorso di reinserimento della società civile esterna che non solo non ha natura "obbligata", nel senso che la persona ristretta non matura alcun "diritto" o "aspettativa legittima" all'ammissione ai benefici penitenziari in assenza di un accertamento valutativo del giudice di sorveglianza sui progressi trattamentali e di un vaglio di compatibilità dei benefici esterni con la residua pericolosità sociale del condannato; ma integra una progressione costantemente sottoposta al controllo del giudice, dei servizi sociali e delle forze dell'ordine tale che, in caso di comportamenti del soggetto non conformi alla legge o alle prescrizioni imposte dal giudice, può invertire senso e restituire l'interessato all'espiazione della pena nel contesto detentivo.

Un sistema così concepito dovrebbe tranquillizzare anche i più irriducibili fautori delle esigenze di difesa sociale, i quali dovrebbero, del resto, trovare motivi di rassicurazione considerando tre dati, che paiono eloquenti: la quota nient'affatto "allarmante" di detenuti ammessi ai benefici penitenziari esterni (inferiore al 50% dei ristretti); il ridottissimo numero di detenuti che, ammessi alle misure extramurarie, commettono nuovi delitti o, evadendo, si sottraggono all'esecuzione; per converso, l'altissima percentuale di persone che, ammesse ad un percorso di reinserimento sociale nel corso della detenzione, non incorrono successivamente in fenomeni di recidiva nel reato (percentuale che, come è noto, sostanzialmente si azzerava in presenza di un'attività di lavoro stabile e di un effettivo reinserimento sociale).

Un meccanismo di accesso alle misure esterne al carcere connotato da una attenta e finanche severa dosimetria dei benefici penitenziari da parte della magistratura di sorveglianza appare, quindi, in grado di "assorbire" gli effetti di una pronuncia del giudice costituzionale che consenta il dispiegarsi – anche per gli ergastolani "ostativi" - di una valutazione restituita alla competenza tecnica

e alla responsabilità della magistratura di sorveglianza, posto che quest'ultima sarà comunque tenuta a una rigorosa disamina dei profili di pericolosità sociale del condannato sulla cui base articolare un eventuale e graduale accesso a forme di esecuzione esterna al carcere senza alcun automatico e incontrollato "liberi tutti". Il sistema dell'esecuzione penale e il governo che dell'ordinamento penitenziario viene fatto dai giudici di sorveglianza merita, dunque, la piena fiducia della Consulta.

Un terzo aspetto che dovrebbe essere tenuto in considerazione riguarda la constatazione che, nell'ambito di un regime penitenziario "ostativo", assolutamente impermeabile alle aperture esterne, non vi sono spazi per esperire neppure un tentativo di recupero della persona detenuta: da una parte, il soggetto resta inchiodato al giorno in cui ha commesso il reato, con lo stigma di irrecuperabilità impresso dal titolo del reato stesso, dall'altro, il sistema penitenziario non può realizzare il tentativo di recuperare il soggetto attraverso il trattamento rieducativo nei cui confronti, del resto, l'interessato non avrebbe alcun interesse o stimolo. A sua volta, al giudice di sorveglianza non sarà consentita alcuna disamina sul percorso penitenziario realizzato dal soggetto, sugli eventuali progressi compiuti e in relazione alla pericolosità sociale eventualmente ancora presente. Si realizza, in altri termini, un corto circuito paralizzante di ogni possibilità di rendere la persona condannata per un delitto "ostativo" un elemento recuperabile e perfino utile alla società civile. Per converso, la via d'uscita rappresentata dalla collaborazione con la giustizia non assicura di per sé che il "collaborante" sia persona non più pericolosa, non richiedendosi in capo a quel soggetto alcuna resipiscenza o ripudio dell'ideologia criminale, ma solo che la collaborazione sia "utile" alle indagini, ben potendo, la medesima, essere prestata per scopi utilitaristici o, peggio, per scopi di vendetta personale o di odio nei confronti di altri soggetti.

Il quarto profilo da valutare riguarda la possibile ricaduta dell'eventuale *dictum* costituzionale favorevole alle prospettazioni del rimettente sull'istituto della collaborazione con la giustizia disciplinato dall'art. 58-ter della l. n. 354/75, indissolubilmente collegato all'ergastolo "ostativo". È stato rimarcato dalla pressoché unanime elaborazione dottrinale che il combinato disposto degli artt. 4-bis e 58-ter integra un costrutto inserito nella dinamica dell'esecuzione penitenziaria a fini esclusivamente preventivi e di difesa sociale, oltre a perseguire la dichiarata finalità di incentivare, attraverso la collaborazione con la giustizia, la lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Ci si può chiedere se l'eventuale trasformazione della attuale presunzione assoluta di persistenza dei collegamenti del condannato con la criminalità organizzata in una presunzione soltanto relativa affidata al prudente vaglio del giudice di sorveglianza, pur potendo costituire un punto di caduta accettabile nella ponderazione degli equilibri valoriali presidiati dalla Costituzione, incida però in termini eccessivamente pregiudizievole sull'istituto della collaborazione con la giustizia delineato nel già evocato art. 58-ter ord. penit. e sulle esigenze ad esso sottese.

Occorre precisare che, anche nel caso dell'eventuale superamento dell'attuale regime dell'ergastolo "ostativo" per effetto dell'imminente intervento della Corte costituzionale, resterebbe in vigore la disciplina premiale imperniata sull'art. 16-*nonies* del d.l. 8/1991 che incentiva la collaborazione con la giustizia (sia pure in forme non esattamente sovrapponibili a quelle disciplinate nell'art. 58-*ter* ord. penit.) lasciando, quindi, sopravvivere il profilo marcatamente premiale di tale speciale disposizione, che istituisce una vera e propria "corsia preferenziale" per i condannati collaboratori di giustizia nell'applicazione di taluni importanti benefici premiali a prescindere dalle condizioni ordinarie previste per i condannati per delitti "comuni". Parimenti intoccata dovrebbe permanere la rimozione dei limiti di pena del regime ostativo che la collaborazione con la giustizia di cui all'art. 58-*ter* ord. penit. assicura a chi collabora positivamente con la giustizia. Verrebbe effettivamente meno, invece, il profilo penalizzante integrato dalla preclusione assoluta alla concessione dei benefici in assenza di una collaborazione effettiva.

In definitiva, la perdita di attrattiva della collaborazione sarebbe limitata – per utilizzare impropriamente una terminologia civilistica - al venir meno della prospettiva *de damno vitando* che induce l'interessato a collaborare, ma non a quella *de lucro captando*. Detto questo, occorre altresì ribadire che, anche in una prospettiva sensibile alle esigenze di tutela della collettività sociale, la rimozione dei limiti di pena non equivale certamente alla ammissione *tout court* del soggetto alle misure esterne, la cui concessione resterebbe comunque subordinata allo scrutinio del giudice di sorveglianza, chiamato a valutare anche le ragioni della mancata collaborazione con la giustizia e le eventuali motivazioni che – nel singolo caso – la giustificano e consentono, pertanto, di superare la presunzione di persistenza dei collegamenti del soggetto con il sodalizio di appartenenza.

Le considerazioni che si sono espone sembrano univocamente dipingere un quadro non drammatico – sotto il profilo delle esigenze di difesa sociale – dell'eventuale adesione della Corte costituzionale alla linea tracciata dalla giurisprudenza di Strasburgo con la recente sentenza *Viola c. Italia* che, del resto, la Consulta aveva già per alcuni aspetti abbracciato con la pronuncia n. 149/2018.

E tuttavia, un buon motivo per non abbandonarsi al sonno che accompagnò il Gran Condé la notte prima di Rocroi è dato dalla recente sentenza n. 188/2019, con cui il Giudice delle leggi ha impresso il sigillo della legittimità all'opzione legislativa volta ad implementare il "catalogo" dei reati ostativi inseriti nell'art. 4-*bis* ord. penit. prevedendo un più severo trattamento sanzionatorio per particolari delitti a motivo dell'allarme sociale da essi suscitato. In questa prospettiva, l'assetto dell'attuale art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., imperniato sul "doppio binario penitenziario" risulta - ad avviso del giudice costituzionale - compatibile con la Carta fondamentale laddove risponda alla scelta del legislatore di considerare un determinato reato di

particolare allarme sociale, ricollegandovi, in forza di una scelta discrezionale, un trattamento più rigoroso in fase di esecuzione.

Non si può, infatti, trascurare l'impatto che l'arresto n. 188/2019 potrebbe avere in tutti i giudizi di costituzionalità che riguarderanno il "doppio binario penitenziario".

Quel legittimo esercizio della discrezionalità legislativa, nel cui ambito trova spazio l'apprezzamento della gravità connessa al titolo di reato per il quale vi è stata condanna, dell'allarme sociale che ne consegue e dell'oggettiva pericolosità del comportamento descritto dalla fattispecie astratta potrebbe costituire, infatti, un fertile terreno di coltura per altre decisioni che, assumendo non arbitrarie le scelte legislative sottese al sistema di presunzioni legali di pericolosità degli autori di determinati reati, facciano pendere la bilancia dalla parte delle esigenze di difesa sociale con sacrificio delle istanze rieducative.

Le affermazioni della Consulta appaiono, in questa prospettiva, molto distanti da quelle utilizzate nella sentenza n. 149/2018 e si pongono a monito per quanti ritengano ottimisticamente in qualche modo "scontato" l'esito del pronunciamento del Giudice delle leggi.

L'ergastolo "ostativo" potrebbe, insomma, avere trovato un importante *assist* alla sua sopravvivenza nella legittimazione conferita dalla pronuncia n. 188/2019 al soddisfacimento delle istanze di prevenzione generale a fini di deterrenza, perseguito dal legislatore con l'implementazione del "doppio binario penitenziario" a detrimento della connotazione rieducativa della pena, in nome dell'allarme sociale suscitato nell'opinione pubblica da taluni fenomeni criminali.

ORA TOCCA AI GIUDICI COSTITUZIONALI. IL VIAGGIO DELL'ERGASTOLO OSTATIVO AL CAPOLINEA?

di DAVIDE GALLIANI*

SOMMARIO. 1. Due premesse. Una filiazione impossibile e il cuore di *Viola v. Italia n. 2*. – 2. Certamente, un problema (molto) italiano. – 3. Il versante Strasburgo: il *referral* di *Viola* e il dissenso in *Viola*. – 4. Il versante Consulta: invasione invocata, invasione preventivabile. – 5. Scenari futuri, europei e nostrani. – 6. *Viola* definitiva cambia lo scenario?

1. Prima premessa. Qualsiasi automatismo e qualsiasi perpetuità sono incompatibili con l'eguaglianza, la ragionevolezza, la proporzionalità e la rieducazione. Una filiazione impossibile. Più intuibile per gli automatismi, non difficile da dimostrare per le perpetuità, fisse per definizione. Altra filiazione impossibile: l'obbligo di motivazione del giudice, che è la dignità del mestiere. Diciamo così: una motivazione dignitosa è pressoché impossibile, vuoi perché non resta nulla da dire (automatismi), vuoi perché non potrà mai essere davvero conforme al principio di eguaglianza (perpetuità).

Seconda premessa. A proposito di *Viola v. Italia n. 2*. Forte in certi passaggi, cauta in altri. Scritta con attenzione, senza lasciare inevaso nulla. Se si dovesse evidenziarne il cuore, eccolo: è profondamente inumano e degradante sostenere che l'ergastolano ostativo è, naturalisticamente e giuridicamente, libero di scegliere, di collaborare o meno con la giustizia; sostenerlo è come dire che la Repubblica si gira dall'altra parte; e non può farlo, perché ha il dovere di comprendere fino in fondo i diversi motivi che possono spingere una persona a collaborare e a non collaborare. Come altre volte, la Corte di Strasburgo sostiene ciò che potevano già sostenere noi, grazie alla nostra Costituzione, che ha senso solo se letta in modo unitario e sistematico, in un insieme di logica e di coerenza, che spetta in ultima istanza alla Corte costituzionale affermare e quando serve riaffermare.

Dirò nel merito poco altro. Semmai qualche dato e qualche informazione, in veste informale di *amicus curiae*. Del resto, scritti in tema non ne mancano, oggi.

* Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Milano Statale

2. Da un lato, se tra l'85% di Stati al mondo che mantengono l'ergastolo il 70% prevede l'ergastolo con la possibilità di accedere alla liberazione condizionale e se tra i 300.000 ergastolani al mondo in 230.000 (80%) possono accedere alla liberazione condizionale, è evidente che i 1.255 ergastolani ostativi sul totale di 1.790 ergastolani costituiscono un'eccezione. Al mondo, otto su dieci ergastolani possono ottenere la liberazione condizionale, figlia di un giudizio individualizzato tra pericolosità/rieducazione (ad es., in Germania, dopo 15 anni, e poi, se del caso, arriva la misura di sicurezza). In Italia, il contrario: sette ergastolani su dieci non potranno avere questo giudizio, senza utile collaborazione con la giustizia.

E vale osservare subito due cose. Una, che buona parte degli ergastolani ostativi sono in carcere da due decenni e hanno già chiesto, senza esito positivo, la collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante.

Seconda, che, in verità, il numero degli ostativi, ergastolani compresi, non è mai realmente quello che leggiamo nei dati statistici ministeriali. Facile spiegarlo. Difficile giustificarlo. In sentenza di condanna, di mafia nemmeno l'ombra. Passi un decennio in carcere, ti rivolgi alla sorveglianza per il primo permesso. Ecco che, dal cilindro, può essere tirata fuori la tua ostatività. Pertanto, quando riportiamo i dati ministeriali, dovremmo sempre aggiungere una frase di questo tipo: "salvo ostativi imprevedibili" (l'aggettivo da solo basta per riflettere in termini di legalità-prevedibilità, convenzionale e costituzionale).

Dall'altro lato, a chi affermasse "certo, al mondo siamo un'eccezione, ma la mafia italiana è", varrebbe chiedere di spiegare, secondo la comune esperienza – che è *ragionevolezza pratica*, non teorica – come si possa trattare allo stesso modo un mafioso e un vigile urbano che si è "intascato" trecento euro di multe. Non sono opinioni: nel 1991 – nell'art. 4 bis, I c., ord. penit. – erano ricomprese quattro tipologie di reato¹, al 2018 se ne erano aggiunte altre sette², infine, con la innominabile legge 3/2019, ne sono arrivate altre cinque³. Calcolatrice alla mano: da quattro a sedici, quadruplicazione dei reati dentro la cd. "prima fascia". La comune esperienza non ne esce bene, a meno che si tiri in ballo l'emergenza (cosa di peggio di trattare la mafia come un'emergenza, figurarsi il peculato, che forse esiste da prima della mafia, ma il dibattito è aperto) o la populistica difesa sociale (che peraltro non può che essere illimitata, in sfregio alle forme e ai limiti della Costituzione).

Sento già l'azzeccagarbugli di turno: ma con il peculato non si arriva all'ergastolo. Sommessamente verrebbe da dire...andiamoci piano, tra poco arriviamo a trenta anni. Fuori di battuta: se dimostri la irragionevolezza del regime ostativo in sé, mi riferisco sempre a quello della "prima fascia", poi è

¹ Terrorismo, mafia, sequestro di persona, traffico di stupefacenti.

² Riduzione in schiavitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, tratta, acquisto/alienazione di schiavi, violenza sessuale di gruppo, favoreggiamento immigrazione clandestina.

³ Peculato, concussione, corruzione, induzione indebita, istigazione alla corruzione.

normale che cada per ogni ipotesi. Ancora più chiaramente: se non regge per il mafioso stragista, non può reggere per il vigile urbano furbacchione; se non regge per l'ergastolano, a maggior ragione non tiene per gli altri.

3. Da un lato, è possibile che il *panel* della Grande Camera si esprima prima del 22 ottobre 2019. Nel 2018, il *panel* si è riunito otto volte: 29 gennaio (1/7), 5 marzo (0/19), 9 aprile (1/13), 28 maggio (2/14), 2 luglio (0/15), 10 settembre (0/13), 8 ottobre (0/14), 3 dicembre (1/20). Nel 2019, cinque volte: 4 febbraio (2/15), 18 marzo (1/14), 6 maggio (1/10), 24 giugno (2/13), 9 settembre (1/20). Pertanto: nel 2018, dopo la riunione del 10 settembre, vi è stata quella dell'8 ottobre, che ha trattato non pochi casi (14); nulla impedisce che anche nel 2019, dopo la riunione del 9 settembre, ce ne possa essere una ad ottobre...prima del 22 ottobre. Può accadere perché è già accaduto!

Scrivevo ed è giunta la comunicazione ufficiale: il *panel* deciderà il 7 ottobre 2019.

Dall'altro lato, il punto è anche cosa dirà il *panel*. Il testo della Convenzione e i dati sopra riportati sono chiarissimi (tra parentesi ho riportato il numero di *referral* accettati sul numero totali richiesti): la Grande Camera è un evento eccezionale. Nelle 13 riunioni (tutte quelle del 2018 e tutte quelle fino a quella compresa del settembre 2019), sul totale di 187 richieste, il *referral* è stato accordato in 12 casi: il 6%. Dato che la Camera della I Sezione che ha deciso *Viola* era consapevole della particolare importanza della questione (a parte che lo dice espressamente, non si usa una "quasi-pilota" a caso), che dire del consolidamento giurisprudenziale, che pur con qualche forzatura potrebbe entrare nel discorso del *referral*?

Lasciamo parlare l'unico giudice dissenziente in *Viola*, in fondo non tutto il male viene per nuocere. Nella sua incredibile opinione, che rasenta lo zero scientifico⁴, il giudice dissenziente contesta *Viola* perché ribalta *Hutchinson*. Mi spiace per il giudice, ma si tratta di un *assist* non a favore, ma contro il *referral*: lo sanno tutti che *Hutchinson* è l'unica (pessima) battuta di arresto nella giurisprudenza consolidatissima di Strasburgo dopo *Vinter*.

Ancora i numeri, lasciamoli parlare. Dei quarantasette Stati parti della Convenzione, in dieci presentavano l'ergastolo senza possibilità di accedere alla liberazione condizionale, introdotto in molti casi dopo la necessaria abolizione della pena di morte. Ebbene, solo uno Stato è stato salvato (il Regno Unito), mentre sei sono caduti per contrasto con l'art. 3 (Ucraina, Lituania, Ungheria,

⁴ Dice (§ 8): "Viola non è detenuto perché socialmente pericoloso, ma per dare un sentimento di giustizia alle famiglie delle vittime e alla società italiana in generale". La tentazione di non commentare è forte. Ma due cose non riesco a non dirle. Primo. Le famiglie delle vittime meritano rispetto, non di essere strumentalizzate, fermo restando che non tutte sono favorevoli a questo ergastolo ostativo. Secondo. Anche io faccio parte della "società italiana in generale" e provo un sentimento di profonda ingiustizia nel sapere che la mancata utile collaborazione corrisponde sempre e comunque a pericolosità sociale.

Paesi Bassi, Bulgaria, Turchia). Il giudice dissenziente in *Viola* non ha fatto bene i calcoli, tra l'altro, a questo punto, sembra segnato il destino dei tre rimanenti Stati, non ancora giudicati (Malta, Svezia, Slovacchia).

Anche qui, mentre scrivevo, è giunta la decisione del *panel*, che ha respinto la richiesta di *referral* avanzata dalla parte resistente. Il *panel* non motiva. E fa male, ma bisogna conoscere il sistema per comprendere perché non motiva. In ogni caso, quanto appena detto sopra forse aiuta a comprendere la sua decisione, che, aggiungo, ha respinto tutte le dieci domande di *referral*. Sulle conseguenze di *Viola* definitiva tornerò nell'ultimo paragrafo.

4. Da un lato, il calendario della Consulta di ottobre 2019 è inequivocabile:

1) 9 ottobre, camera di consiglio, sequestro di persona con morte del sequestrato e benefici solo dopo aver scontato effettivamente 2/3 della pena temporanea (rel. Viganò);

2) 22 ottobre, udienza pubblica, casi Cannizzaro e Pavone, permesso e ergastolo ostativo (rel. Zanon);

3) 23 ottobre, camera di consiglio, art. 4 bis ord. penit. ai minori (rel. Amato);

4) 23 ottobre, camera di consiglio, divieto domiciliari per rapina aggravata (rel. Viganò).

Non ancora fissate: otto questioni di costituzionalità sulla legge 3/2019, una sulla irragionevolezza in sé del peculato dentro il regime ostativo, sette sulla irretroattività. Una vera e propria invasione di ordinanze sul regime ostativo, peraltro invocata da una Consulta che non si stanca di ripetere, giustamente, di non far essiccare il giudizio incidentale. Una battuta: hai voluto la bicicletta, ora pedala!

E quella sul 4 bis ai minori è bellissima, invito alla lettura dell'ordinanza: il regime ostativo favorisce la mafia, impedendo le misure alternative (anche fuori dal territorio di provenienza) per i minori che non collaborano. Non solo. Questa ordinanza del Tribunale dei Minorenni di Reggio Calabria è, da un lato, l'ennesima dimostrazione che il lavoro degli Stati generali dell'esecuzione penale continua a vivere, nonostante tutto; dall'altro lato, dimostra chiaramente che è più che possibile parteggiare per un sistema penale/penitenziario ragionevole (*id est*, costituzionale), e allo stesso tempo schierarsi a favore di significative riforme per contrastare in modo più efficace le organizzazioni criminali di stampo mafioso⁵.

⁵ Il Tribunale dei Minorenni, da un lato, riporta in modo minuzioso i lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale, anche per dimostrare che il legislatore delegato è andato in eccesso di delega (invece di eliminare e superare gli automatismi, li ha estesi ai minori); dall'altro lato, proprio quel Tribunale o meglio alcuni suoi giudici si sono schierati, attraverso articoli, libri, stesura di protocolli, a favore di talune riforme legislative, come ad esempio l'inserimento dell'indottrinamento mafioso, quale esplicita ipotesi di condotta vessatoria abituale, misura proposta anche durante gli Stati generali dell'Antimafia.

Dall'altro lato, una sorta di invasione preventivabile. Solo due casi, particolarmente significativi. Il primo: la decadenza automatica dalla responsabilità genitoriale per i condannati all'ergastolo, come per l'incesto e la soppressione/occultamento di cadavere. La sentenza 31/2012 della Corte costituzionale fa ben sperare: dichiara incostituzionale l'automatismo, rispetto alla soppressione/occultamento, ritenendolo in sé irragionevole, contrario all'art. 3 Cost., perché si basa sul tipo di autore e non sull'autore (e il reato) in carne e ossa.

Peraltro, la decadenza automatica per tutti i condannati all'ergastolo è davvero da stato etico-fascista, rasenta una sorta di giudizio divino (una santa sanzione accessoria), oltre che essere del tutto oramai incoerente: se l'ergastolo non è costituzionalmente illegittimo perché può non essere una pena perpetua, seguendo la (non brillante) Consulta del 1974, il padre o la madre ergastolani potranno ben uscire un giorno dal carcere. Marcirai in carcere, pertanto non potrai mai essere un buon padre. Ecco lo stato etico, ecco il fascismo. E noi che facciamo? Esattamente nulla, qualcuno forse penserà alla riabilitazione, ma obiettivamente è meglio pensare dalla cognizione di sollevare la questione di costituzionalità.

E si noti che se decadono (automaticamente) i poteri di natura personale sui figli, rimangono invece i doveri di mantenere, istruire ed educare, che altro non sono che una specificazione del più generale dovere di rispettare l'integrità fisico-psichica e morale di ogni persona.

Qui arriverà, ne sono convinto, una seconda questione di costituzionalità. Esploserà la questione del vetro divisorio, che si erge al compimento dei 12 anni del figlio o della figlia e, azzardando un'ipotesi, sarà a proporla al giudice *a quo* uno dei circa trecento ergastolani ostativi che sono oggi al 41 bis. L'interesse superiore del minore è una cosa seria, non immune da critiche, ma di sicuro, se vale, deve valere per ogni minore, anche per il figlio o la figlia di un mafioso. Non attendiamo che a dircelo sia la Corte di Strasburgo!

5. Da un lato, a proposito di Europa, è solo questione di attendere. Prima o poi, arriverà alla Corte di Giustizia un rinvio pregiudiziale di questo tenore: il giudice deve negare il MAE, anche nel caso in cui lo Stato che lo richiede è stato condannato per violazione dell'art. 3 CEDU, avendo una pena (chiamasi: ergastolo ostativo) inumana e degradante, che viola la dignità umana? Una domanda retorica, tanto appare scontata la risposta. E la Corte di Giustizia, del resto, potrà anche andare "oltre" la Corte di Strasburgo: così sta avvenendo con la questione MAE e sovraffollamento, così potrà avvenire con la questione ergastolo ostativo, magari nel senso di essere meno benevoli nei confronti del legislatore⁶.

⁶ La Corte di Strasburgo non ha mai detto quanto deve essere breve il sovraffollamento per non ledere la dignità umana, la Corte del Lussemburgo invece ha già detto che 20 giorni non

Dall'altro lato, il legislatore, appunto. I suoi silenzi pesano tanto quanto le sue pseudo-riforme. Il diritto penale alla deriva (conio di Francesco Palazzo) è prima di tutto il diritto penale di origine legislativa. Ma, insomma, il legislatore ce lo dobbiamo tenere, ci mancherebbe altro.

Provi un attimo allora ad ascoltare. Ha due cose da fare, subito, oggi. Primo. Migliorare il sistema di protezione dei collaboratori di giustizia, manca di interventi individualizzati. A volte penso che la vita di un collaboratore di giustizia è tanto infernale quanto quella di un ergastolano ostativo. Il sistema protezione collaboratori andrebbe riformato, per garantire una esistenza dignitosa alle (circa) 6.000 persone che lo popolano: 1.200 collaboratori e 4.800 familiari, di questi secondi la metà minori. Dei 1.200 collaboratori, 500 sono liberi, 400 in detenzione domiciliare, 300 in carcere, questi ultimi, che verosimilmente comprendono anche ergastolani ostativi, a dimostrazione che non ha senso svolgere il giudizio individuale pericolosità/rieducazione solo dopo la utile collaborazione. Lo faccia questo intervento il legislatore, dimostri di essere più forte della mafia, sappia proteggere e di interessarsi dei collaboratori. Fiducia, ecco una parola chiave.

Le collaborazioni, questa la convinzione di molti, non dipendono solo dalla lunghezza della pena o dalla durezza della detenzione. Hanno molto a che fare con il sistema paese nel suo complesso, che deve vedere il legislatore attore protagonista di una profonda riforma del sistema protezione collaboratori di giustizia, nel senso di prevedere sempre più misure individuali, calate sulle singole persone. Come volevasi dimostrare: le misure automatiche sono sempre da criticare, conviene a tutti adottare provvedimenti caso per caso, situazione per situazione⁷.

Secondo. Il legislatore deve rispondere alla domanda di giustizia, non a quella di vendetta. Altrimenti, si scava la fossa da solo, spariscono le (flebili) possibilità di risollevarsi. Negli Stati Uniti, invece di eliminare la pena capitale, il legislatore ha reintrodotto la sedia elettrica, prontamente usata in Tennessee questa estate, parlo dell'estate del 2019. In Italia, il legislatore, invece di eliminare e superare gli automatismi, ha deciso di estenderli, al vigile urbano di turno, al minore di turno, e chissà domani a chi altro ancora. Si è scavato la fossa da solo, perché il regime ostativo, in questo modo, è lontano anni luce dalla giustizia, incredibilmente vicino alla vendetta. Ecco allora cosa dovrebbe fare il legislatore.

La Corte costituzionale, se tiene la barra dritta, consoliderà la sua repulsione verso gli automatismi. Il loro destino è segnato: non potranno più tappare la bocca del giudice, al quale si deve riconoscere il mestiere, quello di

sono un periodo breve! Il superamento di *Mursic* è iniziato a Lussemburgo (si veda C-220/18 PPU, *ML*, Prima Sezione, 25 luglio 2018).

⁷ E converrà anche tornare sul modo con il quale sono redatte le informative sull'attualità dei collegamenti...anche queste spesso non individualizzate (poco sembra cambiato da quando Sandro Margara scriveva, in sentenza, "non viste le informative di polizia", per dire quanto erano standardizzate, per niente individualizzate).

dare conto delle scelte, caso per caso. Speriamo abbiano le ore contate, anzi speriamo che la Corte tenga la barra dritta, contro gli automatismi, a favore del consolidamento e della coerenza della sua giurisprudenza⁸.

È qui che si apre lo spazio per il legislatore, che non potrà più togliere il mestiere al giudice, ma, in modo ragionevole, dargli una mano, ad esempio indicando cosa tenere in considerazione, una volta che non è stata prestata la utile collaborazione. Difficile e complessa la questione della giustizia riparativa, tutto da scoprire il significato di una eventuale aggiunta di comportamenti a favore della legalità. Lo spazio esiste, ne approfitti, il legislatore ragionevole.

Evidentemente, sto parlando del legislatore di domani. Per quello di ieri e di oggi, il tempo è scaduto, ora la parola alla Corte costituzionale. Come le Costituzioni, anche le corti costituzionali servono soprattutto in tempi bui. Come dice Elvio Fassone, la disperazione è la grande tentazione, ma il datore di lavoro della Corte costituzionale e della Costituzione ha un altro nome, si chiama speranza.

6. Da una parte, sembra che le alternative, per la Consulta, a proposito del caso Cannizzaro e del caso Pavone, siano due: o dichiara incostituzionale il solo permesso premio per tutti i reati ricompresi nell'art. 4 bis, I c., oppure, utilizzando la illegittimità costituzionale consequenziale, dichiara incostituzionale anche l'assegnazione al lavoro all'esterno e le altre misure alternative alla detenzione, liberazione condizionale compresa. La prima ipotesi sembrerebbe guardare al *petitum*, la seconda al testo della disposizione di cui al I c. dell'art. 4 bis⁹.

⁸ Non diversamente leggo la (recentissima) sentenza 216/2019 della Corte costituzionale. Vero che non dichiara incostituzionale il divieto di sospensione dell'esecuzione, nei confronti del furto in abitazione. Tuttavia, è ancora più vero che l'impalcatura di tutta la motivazione si basa sul fatto che, una volta disposto il carcere, riemerge e deve riemergere il potere della magistratura di sorveglianza, vale a dire quello di valutare, in modo individualizzato, ogni richiesta di accesso alle misure e ai benefici. Senza considerare il duro monito al legislatore, "a difesa" della magistratura di sorveglianza: è davvero incongruente, dice la Corte, un sistema nel quale la sorveglianza, non infrequentemente, interviene quando la persona ha scontato tutta o quasi tutta la pena. Pene detentive brevi, minore pericolosità sociale del condannato, notorio sovraccarico che affligge la sorveglianza, nonché il tempo necessario per la relazione sul detenuto: messi insieme questi fattori generano il forte monito al legislatore...e quindi staremo a vedere, anche se un legislatore sordo come quello nostrano è difficile scovare.

⁹ "L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste nel 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'art. 58-ter della presente legge" (corsivo aggiunto): e da qui inizia lo strabiliante elenco. Non è questione di fermarsi alla interpretazione letterale, tuttavia non di poco conto evidenziare che non vi è alcuna distinzione letterale tra lavoro all'esterno, permessi premio e altre misure alternative. Dato che il legislatore ben sapeva che erano differenti i tempi e le condizioni da soddisfare per ogni misura alternativa, non peregrino sostenere che, da un punto di vista letterale, il regime ostativo (quel "*solo*" della disposizione) si applica in ogni caso ad ogni misura alternativa. Il nodo problematico, sempre da un punto di vista della lettera della

Proviamo a domandarci: sono realmente due le alternative? Qualche spunto. Intanto, vale ricordare che Marcello Viola ha domandato, senza esito positivo, due volte il permesso premio e che, nella richiesta di liberazione condizionale, le argomentazioni dei giudici interni hanno rinviato alle decisioni sui permessi premio (lasciando in disparte il fatto che ha sempre chiesto anche di sollevare questione di costituzionalità). Non solo. Esiste la progressività trattamentale, in base alla quale i permessi altro non sono che il primo *step* di un percorso del tutto unitario. Ancora. Comprensibile, ancorché non giuridicamente obbligatorio, che si diano prima i permessi, poi la semilibertà e infine la liberazione condizionale. Non di meno, che fare se la liberazione condizionale non ti è accordata *a seguito* del mancato accordo dei permessi? Insomma, la regola che tutto sorregge – l’automatismo legislativo – è davvero di quelle *simul stabunt simul cadent*: o sta in piedi così come è, oppure cade e se cade trascina con sé le situazioni che dipendono giuridicamente da quella regola.

È la magistratura di sorveglianza che dovrà valutare caso per caso, richiesta per richiesta. In tanti gridano allo scandalo, ma non esistono giudici di serie A e giudici di serie B. E di certo si avrà una progressiva messa a punto della giurisprudenza nel suo complesso, distinta a seconda delle situazioni, ma non così distante, per via del compito che dovrà ritagliarsi il giudice di legittimità. Non è mai ricordato abbastanza: l’automatismo legislativo frustra il lavoro non solo della sorveglianza, ma anche della Cassazione. Nessuna rivoluzione, tutto sommato. Si torna alla Costituzione: il giudice costituzionale come giudice che protegge gli altri giudici, che riassegna loro il mestiere più bello e certo più complicato del mondo, Università a parte...

Se, invece, dovesse cadere solo la regola per i permessi, si avrebbe nell’ordinamento un vuoto di tutela: non si può sostenere che l’automatismo ha un senso per la liberazione condizionale, poiché l’esito sarebbe inumano e degradante, contrario al senso di umanità.

Lo spiego in parole povere: non collaboro, ma riesco ad ottenere un permesso; ne ottengo poi un altro, e poi un altro ancora; in un modo o nell’altro, vorrà dire che ho tenuto regolare condotta in carcere e che fuori dal carcere non ho infranto alcuna norma, quindi ho intrapreso la strada della rieducazione. E ora che posso finalmente trasformarla in risocializzazione più continua e strutturata, il sistema pretende che io debba collaborare? Ma i motivi per i quali non l’ho fatto prima, che non hanno impedito il permesso, cosa succede, diventano lettera morta? Adesso, in sede di valutazione della semilibertà e della liberazione condizionale, prevale sempre e comunque la pericolosità sociale, desunta dalla mancata collaborazione? Una pazzia: ti faccio respirare un poco di aria fuori dal carcere, ma nulla di più, se vuoi altro ti devi decidere a collaborare! Un vuoto di tutela incredibile, che disegna un’incoerenza forse ancora peggiore

disposizione, è quindi quel “*solo*”: tutte le misure che lo precedono possono essere concesse “*solo*” se vi è utile collaborazione con la giustizia. Se cade il “*solo*”, va da sé che rimane in piedi tutto il resto: tempi e condizioni per ogni misura, ma anche evidentemente la necessità di acquisire elementi tali da escludere l’attualità dei collegamenti, di cui all’art. 1-*bis*.

di quella di oggi: è contrario al senso di umanità lo scenario che si verificherebbe (e si pensi alla liberazione anticipata: conta come pena scontata solo per i primi dieci anni e dopo torna ad essere del tutto inutile?).

Dall'altra parte, per restare all'ipotesi minimalista, vale la pena evidenziare due ulteriori (molto probabili) scenari. Se la Consulta dovesse decidere per la sola incostituzionalità del permesso premio (per tutti i reati dentro il I c. del 4 bis), lo scenario conseguente, già oggi, risulta delineato: buona parte degli ergastolani ostativi ha maturato i presupposti per chiedere tutto, dal permesso alla liberazione condizionale; nel momento in cui si chiede ad es. la liberazione condizionale, magari in subordine la semilibertà, il dubbio di legittimità costituzionale sarebbe più che fondato. E quindi la Corte potrebbe essere chiamata a risolvere prestissimo il problema che oggi ha solo rimandato. Vi è chi dice: "passo dopo passo". E comprendo bene. Ma allo stesso modo vi è il gigantesco vuoto di tutele, non da domani, ma sin da oggi.

Non solo. Dall'altra parte, vi è anche la questione Strasburgo, vale a dire la definitività di *Viola*: dobbiamo per forza aspettare una nuova sentenza, questa volta davvero pilota? Facile prevedere che, se non si usa l'illegittimità costituzionale consequenziale, questo potrebbe essere l'esito ("quasi pilota" è una decisione che vuole evitare una "pilota", ossia evitare che i pochi ricorsi oggi depositati diventino domani una valanga).

Ed è bene che la Consulta ci rifletta in modo molto attento: Marcello Viola non ha il diritto di uscire dal carcere. Ha però il diritto di avere una valutazione individualizzata circa il sicuro ravvedimento. Come lui, ce ne sono molti, anzi moltissimi. Perché dobbiamo sempre attendere Strasburgo?

E la risposta peggiore sarebbe quella di chi evidenzia che la scelta circa il sicuro ravvedimento è di competenza del legislatore. Anche fosse illuminato, il legislatore non può cozzare contro la comune esperienza, la cui traduzione giuridica, l'eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni, è il "valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un paese civile", senza il quale "le norme che ne fan parte degradano a livello di gregge privo di pastore" (sentenza 204/1982 della Corte costituzionale).

Che il diritto penale e quello penitenziario siano un gregge privo di pastore è quasi un eufemismo. Cosa vuole fare la Corte costituzionale? Spero voglia ribadire che il nostro è un paese civile, ove l'eguaglianza, la ragionevolezza, la proporzionalità vengono prima di qualsiasi discorso circa il "corretto" posizionamento di ruoli tra la stessa Consulta e il legislatore. La Corte di Strasburgo non si è rintanata dietro il margine di apprezzamento¹⁰. Decidano

¹⁰ E ora sta subendo una squallida e disinvolta campagna diffamatoria, che mi auguro qualcuno dai piani alti voglia quanto meno stigmatizzare. Quando non condanna l'Italia in tema di 41 bis è una Corte che ben comprende la pericolosità della mafia, quando invece la condanna per l'ergastolo ostativo è una Corte che favorisce la mafia. Certi titoli di giornali, con sotto alcune foto di giudici di Strasburgo, sono libertà di pensiero, ci mancherebbe. Ma sono anche molto ipocriti e incoerenti. Squallidi e al limite della diffamazione. Chi conta cosa aspetta a dire: "le sentenze si possono criticare, i giudici si rispettano". È l'ABC della democrazia, che evidentemente a volte in molti dimenticano.

ora i giudici costituzionali cosa fare. Il viaggio nelle carceri non dovrebbe mai arrestarsi, il viaggio dell'ergastolo ostativo – che tutto preclude se, potendolo fare, non collabori – è forse giunto al capolinea¹¹.

¹¹ Viene da precisare che il discorso sulla collaborazione impossibile, irrilevante, inesigibile non rientra nel tema, infatti il presupposto dal quale si deve partire è che si possa prestare la utile collaborazione con la giustizia. Solo da aggiungere, allora, che è auspicabile una rinnovata giurisprudenza di legittimità, specie per le decisioni della sorveglianza che evidenziano “zone d’ombra” ancora da chiarire. Più che giusto aspettarsi dalla Cassazione una più ferma giurisprudenza, volta a “convincere” la sorveglianza a non fermarsi alla constatazione di “zone d’ombra”, ancora una volta plasmando le sue decisioni su valutazioni sempre più individuali e tassative.

LA POSSIBILITÀ DI UNA PRONUNCIA DI INCOSTITUZIONALITÀ DIFFERITA SUL FINE PENA MAI?

di MIRIANA LANOTTE*

SOMMARIO: 1. Un quadro complesso. 2. Una prima strada: sentenza interpretativa di rigetto. 3. Un approccio più cauto: “*Cappato bis*”.

1. La delicatezza della questione pendente dinnanzi alla Corte Costituzionale, posta dalla Sezione I della Corte di Cassazione e dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia, in ordine alla possibilità di dichiarare illegittimo l’art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., impone di analizzare le questioni giuridiche e di valutare le possibili strade percorribili dalla Consulta attraverso un approccio cauto ed avveduto.

“L’irreversibile presunzione legislativa assoluta di pericolosità”¹, dichiarata dalla Prima Sezione della Corte di Strasburgo in contrasto con la dignità umana e con il divieto di pene disumane e degradanti che negano la possibilità di un percorso rieducativo - valori desumibili dall’art. 3 della CEDU -, è stata ulteriormente confermata, a seguito del *referral* proposto dal Governo italiano, con la decisione della *Grand Chambre* dell’8 ottobre 2019.

Ne consegue che la Consulta nell’esaminare la questione dovrà tenere conto non solo dei parametri costituzionali - ovvero l’art. 3 e 27 comma 3 Cost. - individuati dai remittenti, ma anche dell’interpretazione evolutiva e definitiva dell’art. 3 CEDU accolta dalla Corte EDU.

Il *thema decidendum*, a ben vedere, non verte sulla perpetuità della pena detentiva dell’ergastolo, ma sull’applicazione combinata dell’art. 22 c.p. con gli artt. 4-*bis* e 58-*ter* della legge sull’ordinamento penitenziario, che impedisce la concessione dei permessi premio, (e, conseguentemente, della liberazione condizionale, delle misure alternative alla detenzione e degli altri benefici penitenziari) ai soggetti che, condannati per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* c.p., non hanno fornito una collaborazione con la giustizia. Ciò significa che la mancata collaborazione non consente, in nessun caso, al Tribunale di Sorveglianza competente di valutare nel merito la

**Cultrice della materia di Diritto dell’Unione Europea, Università di Bologna.*

¹ Corte EDU, 13 giugno 2019, caso *Viola c. Italia* 2°, punto 67.

ricorrenza dei presupposti richiesti dall'art. 30-ter ord. penit. in relazione al requisito della pericolosità sociale al fine di concedere il beneficio.

2. Si tratta di una presunzione assoluta poiché prevede un automatismo che priva il giudice, nel singolo caso concreto, di valutare il percorso di rieducazione in assenza di collaborazione. Detto in altri termini, il condannato non potrà, nemmeno potenzialmente, essere considerato meritevole di alcun beneficio, se non ha collaborato con la giustizia, posto che solo mediante la collaborazione - sempreché questa sia esigibile - si può dimostrare di aver reciso definitivamente i legami con l'associazione criminale². La stessa Corte Costituzionale, invero, ha affermato che se la collaborazione con la giustizia consente di presumere la dissociazione della persona dall'ambiente criminale mafioso, non è vero il contrario, ovvero che l'assenza di collaborazione non permette di affermare il mantenimento dei rapporti con il sodalizio criminale.

Le doglianze della Corte di Cassazione con riferimento agli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. trovano fondamento nelle precedenti sentenze della Consulta che, in diverse occasioni, hanno dichiarato illegittimo il meccanismo di presunzione assoluta³, posto che quest'ultimo nega al giudice la possibilità di valutare la pericolosità sociale, svilendo la funzione rieducativa della pena, che pur non essendo l'unica funzione, non può essere del tutto estromessa⁴.

La complessità della questione richiede di impostare il ragionamento giuridico partendo da un punto fermo, ovvero dal sistema di principi che governa non solo il precetto penale, ma anche la relativa sanzione, in particolare il principio di legalità della pena e di ragionevolezza⁵.

Il principio di legalità della pena impone che la determinazione del trattamento sanzionatorio sia riservata alla discrezionalità del legislatore, il quale deve consentire, però, al giudice di infliggere una pena appropriata sulla base delle caratteristiche del reato, in modo da ottenere un trattamento sanzionatorio graduato, individualizzato e rispondente ai canoni costituzionali dell'art. 3 e dell'art. 27 comma 1 e 3 Cost..

Il principio di legalità della pena, tuttavia, non copre soltanto il momento in cui viene comminata la sanzione, ma anche quello dell'esecuzione della pena, dove assurge un ruolo preminente l'art. 27 comma 3 Cost., in virtù del quale la

² E. DOCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO de ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappicchelli, Torino, 2019.

³M. DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, co.3 c.p.p.*, in *Dir. pen. e processo*, 2016, fasc. 1, p. 114 ss.; e ancora V. MANES, *Lo sciame di precedenti della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 457 ss.

⁴F. VIGANO', *Obblighi convenzionali di tutela penale?* in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V.MANES- V.ZAGREBELSKY, Giuffrè, Milano, 2011, p. 243 ss.

⁵F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXVII, Principio di legalità e diritto penale, 2007, 1279 ss.

pena oltre ad avere finalità di prevenzione generale e speciale negativa, ha finalità rieducativa. Ciò comporta che risponde all'art. 27 comma 3 Cost. una pena che può, in corso di esecuzione, essere sottoposta al giudizio di adeguatezza, proporzionalità al fine di valutare il graduale processo di reinserimento e rieducazione del condannato⁶.

Si deve a tal riguardo osservare che un sistema rigido di predeterminazione legislativa della risposta punitiva - come quello delle pene fisse, messo in discussione dalla Consulta con una serie di recentissime decisioni⁷ - non consente, al momento della commisurazione della pena, di assicurare la graduazione della sanzione in relazione al reale disvalore della condotta. Allo stesso modo un sistema di pene rigide e immodificabili fondato su presunzioni assolute vieta al giudice, che valuta la pena in corso di esecuzione, di rivedere il trattamento sanzionatorio a cui il condannato è sottoposto e di rispettare il principio di rieducazione della pena⁸.

Orbene, se queste sono le coordinate costituzionali da seguire, l'applicazione al caso concreto determina (*rectius*, dovrebbe determinare) l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* 1 comma ord. penit. per contrasto con gli artt. 3, 27 comma 3, 117 comma 1 della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 3 CEDU, nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo per i delitti di cui al 416-*bis* c.p. possa essere ammesso ai benefici penitenziari se non mediante una effettiva collaborazione.

Nel nostro ordinamento, al fine di concedere misure alternative alla detenzione, non esiste una presunzione di generale affidabilità di ciascun soggetto; al contrario, devono sussistere degli elementi positivi sulla base dei quali il giudice può ragionevolmente ritenere la misura adeguata in relazione agli obiettivi di rieducazione. Se ne deduce, allora, che non sarebbe ragionevole stabilire una presunzione assoluta di "inaffidabilità" legata ad un singolo elemento, quello della collaborazione, che priva così il giudice della possibilità di verificare in concreto l'evoluzione personale del condannato⁹.

Bene si comprende che per alcune tipologie di crimini particolarmente efferati, quali quelli legati all'art. 416-*bis* c.p., il legislatore subordini la concessione del beneficio alla circostanza che l'imputato riesca a dimostrare il proprio allontanamento dalla associazione criminale. Si tratta, però, almeno in alcuni casi, di una *probatio diabolica* che può essere soddisfatta soltanto tramite

⁶ E. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7-8/2018, p. 145 ss.; e ancora A. PUGIOTTO, "Il blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018), in www.osservatorioaic.it, 19 novembre 2018, p. 405 ss.

⁷ Corte Cost., 5 novembre 2012, *sentenza 251 del 2012*; Corte Cost., 5 gennaio 2018, *sentenza 149 del 2018*; Corte Cost., 25 settembre 2018, *sentenza 222 del 2018*.

⁸ L. TUMINIELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 10 ss.

⁹ D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?* in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 2 ss.

la collaborazione¹⁰. Ma non sempre la mancanza di collaborazione è “*legata ad una scelta libera e volontaria*”. Parimenti la scelta di non collaborare potrebbe fondarsi su motivi diversi “*dalla persistenza dell’adesione ai valori criminali e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza*”¹¹.

In altri termini, ancorché sia possibile (e finanche auspicabile), per delitti gravi, condizionare l’accesso a misure alternative alla detenzione alla prova della dissociazione dall’ambiente mafioso - posto che la concessione di qualsiasi beneficio consente al soggetto di rientrare in contatto con il mondo esterno e di ricostituire o riprendere il rapporto associativo mettendo in pericolo l’ordine pubblico e la sicurezza - non è ammissibile, perché contrario ai parametri costituzionali e convenzionali suddetti, presumere *iure et de iure*, che in mancanza di collaborazione il soggetto abbia mantenuto il rapporto associativo. Dunque, la preclusione ai benefici penitenziari diviene un automatismo applicato agli autori di reati ostativi che scontano una pena non conforme ai dettati costituzionali.

Ci si chiede, allora, se altre possano essere le modalità attraverso le quali l’imputato provi di non essere più parte del *pactum sceleris*.

A tal fine è necessario individuare nuovi parametri e criteri che permettano al giudice dell’esecuzione di valutare la fine del legame associativo da parte dell’imputato. Appurata tale dissociazione, si consentirà al giudice di valutare i requisiti legati alla pericolosità sociale di cui al 30-ter ord. penit. per la concessione dei benefici.

A questo punto, si potrebbe prospettare una sentenza interpretativa di rigetto attraverso la quale la Corte Costituzionale trasformi la presunzione assoluta in relativa o aggiungendo alla collaborazione, nel caso in cui questa non venga attuata, altri elementi - compito sicuramente molto arduo - che dimostrino la dissociazione dell’imputato, oppure reinterprestando l’art. 4-bis 1 comma ord. penit., in senso conforme alla Costituzione.

In entrambi i casi la nuova interpretazione tradirebbe l’intenzione del legislatore del 1992.

3. Il quadro normativo/valoriale descritto non consente di prospettare una sentenza di accoglimento *tout court*, perché l’eliminazione della norma alleggerirebbe la pressione contro i delitti di criminalità organizzata, dimostrando, dal punto di vista politico, un cedimento dello Stato rispetto al fenomeno mafioso. Al contempo, deve escludersi una sentenza di rigetto in

¹⁰M. BONTEMPELLI, *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1530 ss.

¹¹Corte EDU, caso *Viola contro Italia 2°*, cit., punto 118.

quanto dopo la pronuncia della Corte di Strasburgo i profili di incostituzionalità sollevati postulano una risposta da parte della Consulta¹².

Tuttavia, occorre riflettere sulla conformità di una pronuncia interpretativa di rigetto con il principio di riserva di legge.

L'attribuzione del monopolio penale al potere legislativo consente di evitare forme di arbitrio da parte di altri poteri dello Stato e risponde all'esigenza di riduzione dell'alea del penalmente rilevante.

Si deve aggiungere che la *ratio* del principio di riserva di legge in materia penale è di stampo garantista, serve a riservare la scelta di incriminazione, per la sua significativa potenzialità negativa, al Parlamento.

Il dubbio che sorge, a questo punto, è se il tema della modifica o dell'abrogazione della preclusione di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., non sia una scelta di politica criminale che necessiti di una legge parlamentare, frutto di quella dialettica democratica tra maggioranza e minoranza¹³.

Il legislatore ha introdotto la norma con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, poi modificata a seguito degli omicidi Falcone e Borsellino, con la L. 7 agosto 1992, n. 356. La disposizione rappresentava sicuramente la risposta dello Stato ai fenomeni criminali ed emergenziali di quegli anni, ma oggi riveste il ruolo di principale strumento alla lotta alla mafia¹⁴.

I profili di incostituzionalità permangono e sono evidenti, ma ci si chiede se non fosse anche in questo caso, opportuno, come è già avvenuto di recente nella nota vicenda *Cappato*, adottare lo strumento dell'incostituzionalità differita affidando “*i delicati bilanciamenti al Parlamento, essendo il compito naturale di questa Corte quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolte*”¹⁵.

Si auspica, in questa occasione, che l'eventuale deferenza della Corte Costituzionale nei confronti del Parlamento, a differenza del precedente già richiamato, sia effettivamente sfruttata.

¹² Si tenga conto del valore vincolante delle sentenze CEDU nel nostro ordinamento. Sul tema gli ultimi arresti giurisprudenziali della Corte costituzionale (sentenza n. 49 del 2015) e della Corte di Strasburgo (caso *G.I.E.M. srl e altri c. Italia*) sembrano far emergere un attrito.

¹³ F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014, p. 1 ss.

¹⁴ V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, a cura di V. GREVI, Cedam, Padova, 1994, p. ss.

¹⁵ Corte Cost., 24 ottobre 2018, ord. n. 207 del 2018.

UNA NECESSITÀ DI POLITICA CRIMINALE O UN'ANACRONISTICA, CRUDELE ED ABNORME PUNIZIONE DI STATO?

di ANTONIO LEGGIERO*

SOMMARIO: 1. Il contesto giuridico-storico. – 2. L'ergastolo ostativo come impedimento assoluto alla fruizione dei benefici ordinamentali? – 3. *Excursus* di giurisprudenza costituzionale. – 4. L'intervento della Corte EDU e il suo orientamento giurisprudenziale. – 5. Considerazioni criminologiche conclusive.

1. In data 20 dicembre 2018 la Prima Sezione penale della Corte di Cassazione con ordinanza n. 59 promuoveva questione di costituzionalità davanti alla Corte Costituzionale, in riferimento alla *vexata questio* dottrinale e giurisprudenziale dell'ergastolo ostativo. Nello specifico, dal punto di vista tecnico-giuridico, la Suprema Corte nomofilattica impugnava davanti alla Consulta l'art. 4 *bis* comma 1 ord. penit. in riferimento ai condannati per crimini commessi *ex art. 416 bis* c.p. o comunque condannati per agevolazione delle associazioni mafiose, i quali - per l'effetto del suddetto disposto normativo - vengono pretermessi dalla fruizione di ogni beneficio di legge. A parere del giudice *a quo*, con tale ferrea e rigida preclusione si violano i fondamentali articoli della *Grundnorm* 3 e 27 comma 3, aventi ad oggetto l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge e la basilare funzione rieducativa della pena.

Infatti, in base all'asserzione del Giudice di legittimità, viene frustrata sia l'assoluta ed inderogabile necessità che tutti gli individui siano uguali davanti alla legge (art. 3 Cost.), sia impedita l'ineliminabile attuazione della funzione rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.). Ciò, dal momento che con l'irrogazione della pena dell'ergastolo ostativo si crea una sorta di "categoria speciale" di detenuti (*rectius* individui), oltre al fatto che con la suddetta delimitazione si sterilizza e si preclude la funzione rieducativa della pena (considerato che il condannato non potrà mai uscire dal carcere),

* Professore a contratto di Criminologia, Direttore di Masters in Criminologia

contravvenendo ad uno dei postulati fondamentali del nostro ordito costituzionale.

Nel caso specifico, portato all'attenzione degli Ermellini, erano emerse delle perplessità sulla legittimità della mancata concessione del beneficio ordinamentale del permesso premio ad un ergastolano, a causa del fatto che il medesimo non aveva mai collaborato con la giustizia, obliterando del tutto l'indiscutibile ed acclarata considerazione in base alla quale il detenuto in questione aveva sempre risposto positivamente ai parametri del programma di recupero trattamentale.

Successivamente, a distanza di cinque mesi da questo primo atto di promovimento d'incidente di costituzionalità, se ne registrava un altro – autonomo e distinto ma avente contenuto normativo simile – proveniente dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia, il quale con ordinanza 28 maggio 2019 n. 135 palesava le medesime perplessità costituzionali anche se in relazione ad un altro caso. Questa volta si trattava di un soggetto condannato all'ergastolo ostativo, il quale era a tutti gli effetti un *intraeus* ad un noto sodalizio mafioso.

Ergo, emergeva prepotente (assurgendo a somma dignità davanti alla Consulta) il nodo gordiano dell'ergastolo ostativo: vale a dire una tipologia di ergastolo “rinforzata” che viene inflitta a criminali di particolare spessore (di solito affiliati ad organizzazioni criminali mafiose) che non consente loro di fruire di alcun tipo di beneficio ordinamentale ed istituzionale.

L'unica *chance* ordinamentale prevista per questa categoria di detenuti è quella della “*utile ed esigibile collaborazione con la giustizia*” (ex art. 58 *ter* ordinamento penitenziario). Soltanto questa strada di netta e brusca dissociazione con il pregresso *excursus* criminale consente al condannato di poter fruire dei benefici *ex lege*.

In caso contrario, l'ergastolo ostativo non consente nessun margine di manovra (nemmeno quello usuale della liberazione condizionale), facendo sì che effettivamente la pena in questione ritorni ad essere, come era nei decenni passati, una vera e propria pena perpetua.

Ciò - si ripete - soltanto con riferimento a criminali di particolare spessore nei confronti dei quali, per la fondamentale necessità di tutela e salvaguardia della collettività e per l'ineludibile meccanismo di difesa sociale che ogni Stato degno di tal nome deve avere, viene attivata questa *extrema ratio* detentiva.

2. Così impostata la *vexata questio* dell'ergastolo ostativo, sembrerebbe *prima facie* far propendere per una preclusione assoluta da parte di soggetti condannati a tale tipologia di pena nei confronti della fruizione dei benefici *ex lege* programmati.

Tuttavia, gioca un ruolo importante nella vicenda normativa la dinamica dell'art. 58 *ter* ord. penit. il quale, com'è noto, consente di superare tale sbarramento mediante una collaborazione “*utile ed esigibile con la giustizia*”, escludendo *ex adverso* la cosiddetta collaborazione impossibile da praticare

(perché ad esempio il condannato non è in grado di apportare alcuna utilità conoscitiva alle indagini con le sue dichiarazioni).

Questa *chance* ordinamentale - che evidentemente appare ai giudici *a quibus* troppo gravosa (*absit iniuria verbis*) nonché ardua da praticare e compulsiva nei confronti del soggetto condannato - non è stata ritenuta eccessivamente gravosa da diversi interventi della Corte Costituzionale stessa, in passato, investita della questione.

Fra l'altro, la stessa Consulta ritiene che il "grimaldello" dell'art. 58 *ter* sia giustificato e ragionevole in ottemperanza a chiare esigenze di necessità di prevenzione generale e di difesa sociale.

A contrario, con evidente sintonia di connubio, i Giudici rimettenti ritengono eccessivo lo strumento della collaborazione utile elevata a parametro di "prova legale esclusiva" e come assiomatica di una cessata pericolosità sociale del detenuto, fra l'altro chiedendo che nei singoli casi concreti si indaghi e si penetri la ragione di fondo che milita a favore dell' "ostinato silenzio" da parte dell'ergastolano ostativo.

Nello specifico, i Giudici di Palazzo Cavour auspicano che vengano tenute nella doverosa considerazione anche le singole e specifiche motivazioni che possono compulsare un detenuto di tal tipo verso la non collaborazione (paura per la propria incolumità, per quella dei congiunti, condizionamenti morali, sociali, economici e così via).

Da parte sua, invece, il Tribunale di Sorveglianza di Perugia rimarca la necessità che anche altri fattori ed indici possano essere indicativi e prognostici a favore di un ravvedimento del condannato e della rescissione dei legami con l'*humus* criminale di appartenenza. Ragion per cui, si contesta la presunta e pretesa esclusività di considerazione prognostica di ravvedimento, esclusivamente imperniata sulla collaborazione utile ed esigibile.

In buona sostanza, si avversa una certa monocentrica e monolitica concezione del recupero del condannato esclusivamente avvitata intorno al polo dell'assenza di collaborazione.

Sulla spinosa ed ardua tematica dell'ergastolo ostativo non poteva mancare (a seguito di reiterati giudizi instaurati davanti ad essa) anche l'intervento autorevole della Corte EDU di Strasburgo.

Paradigmatica è stata la posizione assunta dalla Corte medesima nel caso *Viola c. Italia n. 2*. Dopo aver riconosciuto che la "*legislazione interna non vieta, in modo assoluto e con effetto automatico*", la possibilità della fruizione dei benefici di legge, ammettendo che la collaborazione utile ed esigibile sia un adeguato e congruo spiraglio di fruizione, successivamente procede con dei distinguo evidenziando come "*nella sua applicazione pratica tale meccanismo finisca per limitare eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità per quest'ultimo di domandare il riesame della pena*". È evidente l'impostazione di fondo di tipo nettamente compromissorio, sebbene protesa e sbilanciata verso un'asimmetria di fondo di avversione verso l'istituto *de quo*.

Tuttavia, l'*j'accuse* diventa più evidente nel momento in cui la Corte EDU stigmatizza la supposta equazione legislativa della pericolosità sociale-assenza di collaborazione, proprio in quanto l'opzione del ravvedimento può essere frenata o addirittura impedita da contropunte arginatorie che impediscono all'ergastolano di porla in essere (in base ai motivi sopra esposti).

Del resto si evidenzia che la stessa collaborazione con gli organi inquirenti, al tempo stesso, può non essere la prova regina o la prova-provata di un ravvedimento con connessa rescissione con il sodalizio criminale di appartenenza, dal momento che come volano della collaborazione vi possono essere soltanto biechi e perversi meccanismi di ottenimento dei benefici di legge, dissimulando un'ancora persistenza del vincolo alla *societas sceleris*.

Alla luce di quanto esposto, è evidente che il meccanismo dell'ergastolo ostativo è visto con (non del tutto) malcelato disfavore da parte della Corte dei Diritti Umani, la quale considera tale istituto comunque connotato da un alone di negatività di fondo, auspicandone l'intervento di riforma da parte del legislatore nazionale.

Sic rebus stantibus, il giudizio davanti alla Corte Costituzionale (che, *medio tempore*, ha congruamente ed opportunamente riunito le due similari *questiones* calendarizzandolo per il 22 ottobre 2019) potrebbe essere conculcato nell'alveo dell'impostazione EDU, dal momento che *ex art.* 117 Cost. l'ordinamento italiano è tenuto al rispetto degli obblighi pattizi internazionali e la CEDU è una delle più importanti, se non quella di maggiore riferimento istituzionale ed ordinamentale.

3. Nel corso degli anni, la giurisprudenza del Giudice delle Leggi ha quasi sempre assunto un orientamento favorevole all'art. 4 *bis* ordinamento penitenziario, avvolgendo lo stesso nel manto della legittimità costituzionale. Anche se, talvolta, ha effettuato delle battute d'arresto contestando e contrastando "*la tendenza normativa di "tipi di autore"...per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita*" (sentenza n. 306/1993), tuttavia, come linea di tendenza, ha sposato l'impostazione emergenziale del legislatore circa l'ergastolo ostativo ed il divieto in generale di concessione di benefici in alcuni contesti, giungendo ad affermare che l'ostatività prodotta nell'art. 4 *bis* ord.penit. non possa ritenersi *sic et simpliciter* violativa dell'art. 27 comma 3 Cost. (sentenza 239/2014).

Del resto, la Consulta aveva già ritenuto insussistente l'asserito contrasto fra finalismo rieducativo ed art. 4 *bis*, evidenziando come non esista una gerarchia fissa tra le finalità della pena previste e contemplate dalla Costituzione.

Ciononostante, i Giudici rimettenti hanno enucleato, fra le tante (anche di segno opposto), alcune sentenze dove veniva esaltato il ruolo e la primazia della finalità rieducativa, ancorandosi a tali importanti statuizioni per la redazione dell'atto di promovimento di incidente costituzionale. Importante, fra queste, la

recentissima sentenza n. 149/2018 dove si predica “*il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena.*”.

Altro arresto costituzionale valorizzato dal Tribunale di Perugia è stata l’ordinanza del Giudice delle Leggi n. 117/2019, la quale ha posto l’enfasi sul silenzio nel diritto di difesa considerandolo “*corollario essenziale dell’inviolabilità del diritto di difesa, riconosciuto dall’art. 24 Cost.*”. Proprio basandosi su quest’ultima pronuncia, si è utilizzato il contenuto della stessa come una leva di Archimede per sollevare l’impossibilità di utilizzare il silenzio da parte dell’ordinamento come una colpa, tanto da far scattare il divieto della concessione dei benefici di legge nel caso dell’ergastolano ostativo non collaborante.

Come opposta a questa impostazione dei rimettenti, però, va riportata la sentenza n. 188/2019 della Corte Costituzionale la quale testualmente recita: “*al tempo presente, l’unica adeguata definizione della disciplina di cui all’art. 4 bis ord. penit. consiste nel sottolinearne la natura di disposizione speciale, di carattere restrittivo, in tema di concessione dei benefici penitenziari a determinate categorie di detenuti o internati, che si presumono socialmente pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato per il quale la detenzione o l’internamento sono stati disposti.*”.

Pertanto - a giudizio della Corte Costituzionale - la trabeazione che regge l’impalcatura del contenitore dei reati che ricadono sotto la scure della restrizione ostativa è l’allarme sociale, concetto dogmaticamente e gnoseologicamente fondamentale sia per il Legislatore che per le Istituzioni e, come tale, adeguatamente considerato.

4. Come già anticipato, più volte la Corte CEDU è stata investita della questione oggetto della nostra disamina e, nonostante *prima facie* si sia mostrata più o meno generosamente tollerante nei confronti dell’istituto *de quo*, in realtà in concreto esprime- con modalità d’insofferenza malcelata - il suo disfavore verso la pena dell’ergastolo ostativo.

Tale impostazione di fondo sembrerebbe deporre a favore di una compulsione nei confronti delle nostre Istituzioni e del nostro Legislatore verso un ridimensionamento, se non addirittura un’abolizione, di tale tipologia di pena perpetua.

Entrando nel merito del *leit motiv* della maieutica pretoria dei Giudici di Strasburgo, si può sinteticamente affermare che non c’è un’ostatività di base verso le pene perpetue e/o indeterminate. Occorre però, secondo la loro autorevole impostazione, che tale perpetuità e/o indeterminatezza debbano essere connotate da una proporzione per il reato commesso e debbano recare *in re ipsa* sempre una *chance* ordinamentale di rilascio.

Con maggior impegno esplicativo, deve sempre esistere per il condannato gravato da tale tipologia di pena un margine di manovra che gli consenta di

poter uscire, grazie ai benefici istituzionali *ex lege*, dalle maglie tendenzialmente e potenzialmente perpetue della reclusione. Tale assunto pretorio di base va ricercato primariamente nella matrice della sentenza *Vinter ed altri c. Regno Unito*. A corroborare tale forte impostazione dei Giudici di Strasburgo sovviene la già ripetutamente menzionata sentenza *Viola c Italia n. 2*.

Il vero *punctum dolens* della *vexata questio*, che impegnerà di qui a qualche settimana la Corte Costituzionale, è che entrambi i giudici *a quibus* non hanno richiamato nei loro atti di promovimento l'asserita violazione *ex art. 117 comma 1 Cost.* Com'è noto, l'articolo in oggetto della nostra *Grundnorm* impone l'esatta ottemperanza ai dettami degli accordi internazionali e fra questi, come anticipato, rientra preminente e prepotente la CEDU. Conseguentemente, la violazione e l'elusione degli articoli EDU (in questo caso l'articolo 3) si tradurrebbe automaticamente nella violazione ed elusione dell'articolo 117 Costituzione.

Ciononostante, questo fondamentale aspetto non sembra essere stato esplicitamente inserito nei rispettivi atti di promovimento, come argomento a supporto delle supposte censure di incostituzionalità. Ed allora sorge un'interessante, quanto amletica, perplessità: potranno i giudici della Consulta decidere anche *in subiecta materia* o saranno impediti dall'ineludibile divieto imposto dal basilare principio, vigente in materia di giudizi costituzionali, di corrispondenza fra chiesto e pronunciato (*ex art. 27 legge n. 87 del 1953*)?

Tuttavia, è doveroso evidenziare che la Corte EDU (proprio nella sentenza *Viola c. Italia n. 2*) ha posto l'enfasi sul fatto che la *questio* dell'ergastolo ostativo è diventato un "*problema strutturale*" di cui il legislatore italiano deve farsi carico, percorrendo la corsia costituzionalmente preferibile della riforma parlamentare. Fra l'altro nella decisione in commento, la medesima Corte auspica che la rescissione del *nexum* con la *societas sceleris* da parte del condannato all'ergastolo possa transitare anche attraverso ulteriori canali "*diversi dalla collaborazione con la giustizia e dall'automatismo legislativo attualmente in vigore.*".

5. A questo punto il tempo stringe. Il giorno del *redde rationem* si approssima a grandi passi (22 ottobre 2019). Addetti ai lavori e diretti interessati attendono, con ansia, il solenne responso della Consulta sull'argomento dell'ergastolo ostativo, con la medesima trepidazione dei supplicanti apollinei presso il santuario dell'oracolo di Delfi. *Quid juris?* Quale sarà il verdetto della Corte Costituzionale? Probabilmente, la Consulta si pronuncerà con modalità caute ed intermedie investendo della delicatissima problematica il Legislatore, che, per la verità, è l'unico soggetto istituzionale titolato e legittimato a risolvere un intrico normativo di notevole spessore, involgente aspetti fortemente configgenti ed antitetici espressione di posizioni

antinomiche attestate sul versante della fondamentale tutela dei diritti umani, da una parte, e sull'imprescindibile attività di difesa sociale, dall'altra.

Entrando nel merito della schietta disquisizione giuridica, mediante un'oculata ed attenta esegesi dottrinale ed ermeneutica normativo-giurisprudenziale, si può sostenere che se è vero che l'articolo 3 della nostra Costituzione (uno degli articoli di cui si predica con veemenza la violazione) impone il rispetto dell'obbligo di trattare tutti gli individui in modo uguale ed uniforme (*uguaglianza formale*), al tempo stesso presenta anche il rovescio della medaglia, doveroso precipitato di tale assunto (dai giuristi unanimemente riconosciuto) con un'accezione egualmente indiscussa, in base alla quale altro aspetto dell'uguaglianza (egualmente da tutelare) è rappresentato dal trattamento di situazioni e soggetti diversi in modo differente (*uguaglianza sostanziale*).

Entrambe le prospettive e le tecniche normative sono il precipitato dogmatico ed ontologico del principio di eguaglianza.

Alla luce di ciò, non si vede come il trattamento legislativo ed ordinamentale-penitenziario di maggior rigore e più intensa afflittività imposto e riservato a determinate categorie di criminali (ricadenti sotto le forche caudine dell'ergastolo ostativo), possa arrecare un qualsivoglia *vulnus* al menzionato principio di eguaglianza, minandone l'effettiva consistenza. Si tratta semplicemente di regolamentare situazioni processuali dissimili e di irrogare sanzioni diverse a soggetti che hanno necessità di essere destinatari di pene variamente calibrate, in ossequio all'indiscusso ed indiscutibile principio di uguaglianza sostanziale. Tutto ciò, in ragione della loro elevatissima pericolosità sociale. Ragion per cui, non si coglie effettivamente l'*ubi consistam* della violazione costituzionale del fondamentale articolo terzo della Costituzione.

In riferimento, invece, all'altra pretesa violazione della *Grundnorm*, potenzialmente concretantesi nell'asserito contrasto con l'art. 27 comma 3, il discorso diventa maggiormente complesso.

In effetti, se è innegabile che il disposto normativo in oggetto prevede l'obbligo della rieducazione come insito imprescindibilmente nella pena, al tempo stesso (come evidenziato da più parti in dottrina e da molte statuizioni anche da parte del Giudice delle leggi) non è affatto da considerare che tale finalità sia l'unica praticabile nonché percorribile dall'ordinamento e dalle sue Istituzioni.

Del resto, anche lessicalmente e semanticamente, l'analisi letterale del comma conduce ad una non assoluta unicità ed univocità della rieducazione del condannato. Infatti, il verbo usato *tendere* esprime plasticamente un anelito, uno sforzo, una tensione verso la rieducazione. È però innegabile, soprattutto in un'accezione realistica di politica criminale, che tale slancio non sempre è praticabile (oltre che non sempre – per usare un eufemismo - coronato da successo). Ed allora lo Stato e le sue Istituzioni non possono abdicare all'applicazione di una pena che possa dispiegare la sua utilità e,

conseguentemente, hanno il diritto-dovere di scomodare e “resuscitare” le “antiche” ma sempre valide finalità della pena di tipo general-preventivo o special-preventivo (come nel caso dell’ergastolo ostativo), senza oscurare del tutto i penetranti riflessi in chiaroscuro dell’antica finalità retributiva.

Fino a quando lo Stato, il legislatore, i giudici ottempereranno a precetti normativi ispirati a tali (scomode) finalità penalistiche, magari usate con modalità succedanee e sussidiarie, si ritiene che non si potrà mai invocare un’asserita illegittimità costituzionale. L’importante è che una sorta di primazia da parte dell’ordinamento penitenziario e quindi dal legislatore sia riservata alla finalità di recupero e di reinserimento sociale del condannato, posponendo le altre - pur valide - impostazioni teleologiche.

Fra l’altro, lo Stato ha il sacrosanto dovere istituzionale di prevedere ed attuare ogni misura – anche di tipo punitivo-penalistico (nell’alveo dei principi fondamentali dell’ordito istituzionale) - di difesa sociale per garantire (*rectius* tutelare) la sicurezza dei cittadini ed il normale svolgimento della vita collettiva degli stessi.

In definitiva, anche se incastonato in questa cornice normativa del disposto costituzionale dell’art. 27 comma 3 Cost., la pena dell’ergastolo ostativo non può dichiararsi distonica rispetto all’ordinamento nonché contrastante con quanto sancito dalla *Grundnorm*. Del resto, com’è universalmente acclarato negli studi criminologici da decenni, non tutti i detenuti (criminali) sono uguali. A maggior ragione, questi soggetti non lo sono nei confronti dell’irrogazione delle pene. Ergastolo compreso.

Non è assolutamente predicabile, realisticamente e concretamente, una presunta e pretesa validità ed efficacia omnicomprensiva e totalizzante della rieducazione della pena. Al riguardo, gli studi criminologici più attenti suddividono i detenuti in tre grandi categorie: i *criminali di un solo crimine*, nei confronti dei quali può addirittura paradossalmente non servire la tanto decantata rieducazione, dal momento che quasi sicuramente non ripeteranno, una volta scarcerati, il crimine commesso (ad es. un anziano uxoricida); i *criminali per così dire “ordinari”*, verso cui l’anelito dell’impegno rieducativo deve essere sostenuto con la massima enfasi al fine di un loro recupero; infine i *criminali “professionali”*, soggetti criminali che hanno elevato il crimine ad una scelta di vita, del tutto consapevoli dei pro e contro di tale strada intrapresa, i quali sono del tutto indifferenti, insensibili ed impermeabili alle sirene ed alle lusinghe del circuito trattamentale, con qualsiasi modalità poste in essere.

È lapalissiano che quest’ultima categoria annovera i criminali appartenenti alle organizzazioni mafiose, camorristiche e ndranghetistiche, nonché di altri consorzi criminali, nei cui confronti l’attività rieducativa e trattamentale penitenziario- pur sempre dovuta- è del tutto aleatoria ed improduttiva: praticamente inutile. Nei confronti di costoro, lo Stato ha il sacrosanto dovere istituzionale di tutelare la collettività, applicando delle leggi che rispondano a logiche special-preventive, isolandoli e neutralizzandoli per evitare che perseverino nel prosieguo della loro carriera criminale.

Il Giudice delle leggi non può e non deve dimenticare che sono proprio i criminali/detenuti sussunti in quest'ultima categoria i destinatari dell'ergastolo ostativo, ognuno dei quali si è reso responsabile di decine e decine di omicidi commessi su commissione con modalità terribili e raccapriccianti.

Naturalmente- al di là di metafisiche pretese di redenzione ultronee a questo contributo- non si può negare che anche costoro hanno diritto a percorrere l'ardua ma salvifica "strada di Damasco". Possono farlo, soddisfacendo una già esistente e legittima *condicio juris* che è prevista nell'articolo 58 *ter* dell'ordinamento penitenziario.

Tutt'al più – in una prospettiva *de iure condendo*- può essere auspicabile una riforma da parte dell'Istituzione a ciò preposta (il Parlamento) che renda l'ergastolo ostativo maggiormente consentaneo ai dettami di Strasburgo. E sembra che i recentissimi sviluppi militino verso questa (legittima) opzione. Non dimenticando mai però che se è vero che ogni criminale ha il diritto ad una *chance*, al tempo stesso non va assolutamente posto in essere il turpe fenomeno, definito in criminologia della "scotomizzazione della vittima", fenomeno perverso posto in essere sovente dalle Istituzioni, per il quale la vittima di un crimine lentamente, progressivamente ed irreversibilmente esce di scena dal palcoscenico della giustizia.

È doveroso ricordare che dietro ogni criminale aleggia sempre l'ombra della sua vittima, come nella straordinaria e famosissima opera shakespeariana del Macbeth e dell'ombra di Banco che perseguita il suo omicida.

IL DIALOGO TRA LE CORTI SULL'ERGASTOLO OSTATIVO: UN'OPPORTUNITÀ PER IL GIUDICE DELLE LEGGI

di MARTA MENGOZZI*

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte EDU sul caso Viola: opportunità e rischi per la Corte costituzionale. – 2. Una considerazione sul piano del diritto costituzionale: il rischio di strumentalizzazione del singolo per fini di politica criminale.

1. Mi limito a due brevi considerazioni: una relativa al rapporto delle questioni che giungono davanti alla Corte costituzionale con la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla stessa materia; e un'altra, invece, formulata esclusivamente in una prospettiva di diritto nazionale.

Quanto al primo profilo, occorre riconoscere che la vicenda dell'ergastolo ostativo costituirà inevitabilmente un nuovo importante capitolo di quel dialogo tra le Corti che è uno dei tratti più interessanti e caratteristici del costituzionalismo contemporaneo, poiché la decisione della Consulta sulle due questioni oggetto del seminario non può prescindere dal contenuto della sentenza della Corte EDU, I Sezione, sul caso Viola c. Italia (n. 2), emessa il 13 giugno 2019 (e divenuta definitiva il successivo 7 ottobre, a seguito della pronuncia del collegio di cinque giudici della Grande Camera che ha respinto la richiesta di rinvio formulata dal governo italiano ai sensi dell'art. 43 CEDU).

Nonostante le differenze che caratterizzano i diversi giudizi, l'argomento centrale posto all'attenzione del giudice costituzionale e di quello internazionale è il medesimo: quello della legittimità – sotto il profilo costituzionale, in un caso, e convenzionale, nell'altro – della scelta, fatta nell'art. 4-*bis* ord. pen., di assumere la mancata collaborazione con la giustizia da parte del condannato come indice presuntivo insuperabile dell'assenza di un percorso di revisione critica, tale da impedire qualsiasi forma di risocializzazione mediante l'accesso ai c.d. benefici penitenziari, anche nel caso di persone che abbiano scontato molti anni di pena carceraria e ferme restando tutte le altre valutazioni di competenza della magistratura di sorveglianza¹.

* *Ricercatrice in Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Roma Tor Vergata.*

Tuttavia, il rapporto tra la decisione affidata alla Consulta e quella del giudice internazionale assume caratteri piuttosto complessi in ragione di diverse peculiarità, che vanno in direzioni non tutte convergenti.

Da un lato, infatti, la sentenza Viola riguarda specificamente il nostro Paese ed è stata presa in relazione a un caso concreto che non è dotato di specificità particolari rispetto a quelli da cui originano le questioni di legittimità costituzionale; anzi, ha espressamente indicato l'esistenza in Italia di un problema strutturale cui è legata la violazione convenzionale e ha segnalato l'esigenza di un suo superamento, assumendo il carattere di decisione “quasi pilota” (e non quello di una sentenza pilota a tutti gli effetti solo perché i molteplici casi analoghi che la Corte EDU potrebbe trovarsi a giudicare sono indicati come soprattutto potenziali). Infine, essa deve considerarsi espressiva di un “orientamento consolidato”, se si considera che il rigetto della richiesta di rinvio da parte del collegio di cinque giudici della Grande Camera significa che il caso è stato considerato tale da non sollevare gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione, ponendosi in linea con una giurisprudenza precedente priva di particolari incertezze o incoerenze². Per cui non sembra darsi alcuno di quei casi che, in passato, hanno giustificato, in alcune controverse decisioni, il discostamento da parte della Corte interna rispetto agli orientamenti espressi dal giudice di Strasburgo³.

Dall'altro lato, però, vi è un dato formale di non poco conto. Il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost. non è stato evocato dai remittenti, in nessuna delle

¹ La sostanziale identità delle questioni giuridiche che vengono in rilievo è dimostrata dalla consonanza tra le considerazioni che motivano le ordinanze di remissione e quelle svolte nella sentenza Viola. Cfr., in particolare: par. 4 del considerato in diritto dell'ord. Corte Cass., del 20.12.2018 sul caso Cannizzaro e quella analoghe contenute nell'ord. del Tribunale di Sorveglianza di Perugia del 28.5.2019; e, nella sentenza della Corte EDU, soprattutto i §§116-121 e i §§125-131.

² In effetti, gli orientamenti della Corte EDU in materia si sono stabilizzati da alcuni anni, dopo la svolta impressa dalla sentenza della Grande Camera nel caso *Vinter e altri c. Regno Unito*, del 2013. I relativi principi sono stati, infatti, poi ripresi in diverse occasioni: sia nella sentenza *Murray c. Paesi Bassi*, del 2016, anch'essa assunta dalla Grande Camera, sia in diverse altre decisioni di sezioni semplici (v., ad esempio: sez. IV, *Trabelsi c. Belgio*, del 2014; sez. II, *Lázló Magyar c. Ungheria*, del 2014, sez. IV, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, del 2016). Vi è stata, invero, una “battuta di arresto” nell'ambito di tale filone, con il caso, deciso ancora una volta dalla Grande Camera, *Hutchinson c. Regno Unito*, nel 2017. Ma i giudici del *panel* della Grande Camera nel caso Viola hanno inteso evidentemente considerare questa singola decisione – con una valutazione che appare del tutto condivisibile – come un caso isolato che, nell'ambito di una giurisprudenza coerente e univoca, non è idoneo a creare un'effettiva incertezza sulla interpretazione ormai affermatasi dell'art. 3 CEDU con riferimento al tema della pena perpetua senza possibilità di liberazione anticipata.

³ La Corte costituzionale ha in talune occasioni ridimensionato i vincoli discendenti da decisioni della Corte EDU facendo riferimento, di volta in volta, alle peculiarità della vicenda concreta all'esame del giudice internazionale (v., ad esempio, Corte Cost., 236 del 2011); o alla dottrina del “margine di apprezzamento” e alla necessità di bilanciamento con altre posizioni giuridiche di tango costituzionale (v., ad esempio, Cost. Cost., sentt. n. 311 e 317 del 2007; e n. 246 del 2012); o, ancora, al carattere “non consolidato” dell'orientamento della Corte EDU (sent. n. 94 del 2015).

due ordinanze che vengono all'esame della Consulta, entrambe precedenti alla sentenza Viola. Il riferimento agli orientamenti convenzionali sul tema della pena perpetua alleggia, in qualche modo, nelle argomentazioni dei giudici *a quibus*, che citano entrambi i principi espressi nella sentenza *Vinter* della Corte EDU de 2013⁴, ma formalmente la contestazione rispetto alla violazione degli obblighi internazionali, con riferimento all'art. 3 CEDU, non è stata mossa.

Così, il rilievo della sentenza Viola fuoriesce dal perimetro del giudizio della Corte costituzionale.

Ciò, tuttavia, non significa che essa non possa (e non debba) avere un peso nell'ambito di una relazione di cooperazione tra Corti nella tutela dei diritti, che si muova nella direzione di una convergenza più ampia possibile degli orientamenti interpretativi.

In qualche modo, anzi, la Corte costituzionale si trova davanti un'importante opportunità, poiché le circostanze le offrono l'occasione di ribadire e rinforzare la priorità della tutela offerta dalla Carta costituzionale italiana in tale delicato settore, mostrando come questa garantisca un livello di protezione dell'individuo non inferiore a quello internazionale.

Le argomentazioni del giudice europeo non devono, dunque, entrare nel giudizio costituzionale attraverso il riferimento agli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell'art. 117 Cost., quasi fossero un corpo estraneo, ma possono essere "metabolizzate" e utilizzate per rivedere quegli orientamenti interpretativi delle norme costituzionali, che in occasioni precedenti avevano condotto a conclusioni di diverso segno, come nella ormai non recente e più volte evocata sentenza Corte Cost., n. 135 del 2003.

Un processo di dialogo a distanza non dissimile a quello che ha talora avuto luogo, determinando una sorta di "circolo virtuoso"⁵, già prima che le sentenze gemelle (nn. 348 e 349 del 2007) riconoscessero formalmente le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea istituita *ad hoc*, quale parametro integrativo di legittimità costituzionale⁶.

Del resto, a sconsigliare un atteggiamento di contrapposizione concorrono anche ragioni di ordine più pragmatico.

Se, infatti, la Corte dovesse decidere di rigettare le questioni di legittimità costituzionale, essa contribuirebbe a mantenere lo Stato in una situazione di illecito internazionale per violazione dei diritti dell'uomo. Renderebbe, poi, certamente molto più arduo quel percorso di adeguamento che la Corte internazionale ha richiesto al nostro ordinamento, indicando come necessaria una riforma del regime dell'ostatività "preferibilmente" per iniziativa legislativa. Se l'opzione a favore di interventi di questo tipo è senz'altro condivisibile, le tendenze espresse dalle scelte parlamentari più recenti – rispetto alle quali da più parti si è parlato di "populismo penale" – sembrano muoversi in una

⁴ Già citata alla nota 2 come il precedente della Corte EDU più significativo in materia.

⁵ Così S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli 2005, 94.

⁶ Cfr., ad esempio, Corte Cost., sent. n. 388 del 1999.

direzione opposta, e non lasciano certo presagire un atteggiamento di solerte conformazione alle indicazioni provenienti dalla Corte EDU.

Per cui, una decisione di non accoglimento segnerebbe un momento di grave difficoltà nei rapporti con il sistema convenzionale, potendosi facilmente prevedere una moltitudine di ricorsi risarcitori davanti al giudice internazionale e un successivo ritorno della questione davanti alla Corte costituzionale con più puntuale riferimento al parametro oggi formalmente mancante, per chiamarla ancora una volta a supplire all'inerzia del legislatore.

Viceversa, il possibile ricorso da parte del nostro giudice delle leggi all'istituto dell'illegittimità consequenziale per espungere il meccanismo dell'ostatività rispetto non solo al permesso premio (come richiesto dalle ordinanze dei giudici *a quibus*), ma anche a tutti gli altri benefici, come più volte prospettato nel corso del seminario, potrebbe in qualche modo fronteggiare (e risolvere) fin d'ora il problema strutturale indicato dalla Corte europea.

2. Del resto, anche su un piano più strettamente legato al diritto interno, non mancano le ragioni per ritenere necessario che la Corte torni sul suo orientamento in materia, risalente, nei termini più completi, alla citata sentenza n. 135 del 2003.

Senza ripercorrere tutti i molti e convincenti argomenti emersi nel corso del seminario e gli altri già indicati da tempo dalla dottrina che si è occupata del tema⁷, che si aggiungono (o, in parte, si sovrappongono) a quelli spesi nella sentenza Viola e nelle ordinanze di rimessione, mi limito a sottolineare un singolo punto.

Non soltanto non vi è niente di persuasivo, a mio avviso, in termini di ragionevolezza, nella identificazione proposta dalla Corte nel precedente sopra indicato tra la mancata collaborazione utile e l'impossibilità di riconoscere in capo al condannato un percorso di revisione critica e di dissociazione dal contesto criminale di riferimento; ma l'equiparazione compiuta dal meccanismo dell'ostatività finisce anche il porsi in rotta di collisione con alcuni risalenti e saldi insegnamenti della stessa giurisprudenza costituzionale sotto un profilo più specifico ma di grande rilievo.

Penso, in particolare, alle acquisizioni in tema di funzione della pena recate dalla storica sentenza Corte Cost., n. 313 del 1990, che resta un saldo punto di riferimento, ripreso e ribadito anche dalla giurisprudenza più recente (v., ad esempio, la sent. n. 149 del 2018; la decisione è, peraltro, citata nella stessa sentenza Viola). Oltre alle tante considerazioni che sono state già fatte, deve aggiungersi che il meccanismo sembra incarnare esattamente il rischio indicato

⁷ Tra gli altri, v. soprattutto C. MUSUMECI- A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; E. DOLCINI- E. FASSONE- D. GALLIANI- P. PINTO DE ALBUQUERQUE- A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019.

in tale pronuncia: quello della strumentalizzazione dell'individuo per fini generali di politica criminale, più ancora che per quelli relativi ai bisogni collettivi di stabilità e sicurezza sociale.

Sono, infatti, evidenti gli obiettivi di carattere investigativo che sostengono la scelta, rivelati anche dalla possibilità per i condannati per i reati ostativi di accedere ai benefici prescindendo dalla collaborazione quando questa, in qualche modo, “non serva”; nel caso, cioè, in cui vi sia già stato l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità. In qualche modo, ciò significa che la collaborazione è considerata criterio legale di valutazione del percorso personale del condannato (e, quindi, condizione imprescindibile per l'accesso ai benefici) solo quando lo Stato con le sue sole forze non sia già riuscito a fare integralmente luce sui fatti. Con evidente ingiustificata disparità di trattamento tra chi sia stato condannato per un fatto che la magistratura è riuscita ad accertare in modo sufficientemente approfondito e chi invece sia stato condannato in un contesto dai contorni meno definiti.

In altri termini, questa previsione – introdotta per porsi in linea con le indicazioni della giurisprudenza costituzionale sul tema, ma implicante numerosi problemi (evidenziati, tra l'altro, nell'intervento di Emilio Dolcini in questo seminario) – svela oltre ogni ragionevole dubbio quella che Francesco Palazzo nella sua relazione ha definito l'anima “opportunistica” della norma, orientata a finalità politico-criminali assai più che ad indicare una presunzione assoluta di pericolosità per alcuni reati.

E, se è così, è evidente l'uso strumentale che tale meccanismo fa del singolo rispetto a tali obiettivi. Una constatazione, questa, che lo condanna all'illegittimità sotto molteplici profili: non soltanto per le considerazioni svolte dalla stessa Corte nella sentenza n. 313 del 1990 in tema di finalità della pena⁸, ma anche per la sua incompatibilità con il principio personalista di cui all'art. 2 Cost. che, nella sua lettura più diretta ed immediata, impedisce che l'uomo sia considerato in funzione dello Stato, indicando, piuttosto, tra i due, la relazione inversa⁹.

Ci si attende, dunque, dalla Corte costituzionale una sentenza che, come ha fatto a suo tempo la n. 313 del 1990, segni una coraggiosa discontinuità rispetto al passato, riaffermando la centralità della tutela offerta al singolo dalle norme costituzionali.

⁸ Riprese anche nella recente sentenza n. 149 del 2018, ove di ribadisce “il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena”.

⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Cedam, Padova 1975, 137.

L'ART. 4-BIS COMMA 1 O.P. ALLA PROVA DEI FATTI: IL DEFICIT DI RAZIONALITÀ EMPIRICA E TELEOLOGICA

di CLAUDIA PECORELLA* e MONICA TRAPANI**

SOMMARIO: 1. Il deficit di razionalità empirica della presunzione assoluta di pericolosità sociale del non collaborante. – 2. Il deficit di razionalità teleologica della disposizione rispetto alle esigenze di difesa sociale. – 3. L'illegittimità del meccanismo preclusivo nel suo complesso.

1. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di Cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia hanno ad oggetto il primo comma dell'art. 4-bis o.p., che preclude al condannato all'ergastolo, per uno dei delitti in esso indicati, l'accesso a qualunque beneficio penitenziario o misura alternativa, inclusa la liberazione condizionale, qualora non collabori con l'autorità giudiziaria e non si trovi nella condizione di poter invocare l'impossibilità o l'inesigibilità di tale collaborazione. L'unico beneficio conseguibile, da chi si trova sottoposto a questo regime 'ostativo', è la liberazione anticipata, che consente di ridurre la durata della pena da scontare, ma di per sé non comporta alcun 'assaggio' di libertà per il condannato.

Al di là delle diverse situazioni considerate nelle ordinanze di remissione (il fatto di essere un mero concorrente esterno dell'associazione criminale o un suo partecipe), così come dello specifico beneficio di cui si chiedeva la concessione nel caso concreto (il permesso premio), il dubbio sulla razionalità di quel meccanismo preclusivo è sorto di fronte a persone condannate all'ergastolo che, *pur non avendo collaborato con la giustizia*, nel corso della loro lunga detenzione *hanno intrapreso un proficuo percorso trattamentale*, propedeutico (di regola) a un loro graduale reinserimento nel contesto sociale. Situazioni di questo tipo – soprattutto, ma non esclusivamente, di condannati alla pena dell'ergastolo -, nelle quali l'art. 4-bis, comma 1, o.p. impedisce il riconoscimento dei progressi compiuti sul piano rieducativo, sono oggi tutt'altro che rare e fonte di dichiarato disagio per operatori penitenziari e magistrati di sorveglianza.

* Ordinario di Diritto penale, Università di Milano Bicocca

** Assegnista di ricerca in Diritto penale, Università di Milano Bicocca

La realtà dei fatti rende dunque manifesta l'irragionevolezza della pretesa di assumere la collaborazione come prova indefettibile della 'rieducazione' del condannato e al contempo smentisce la premessa, sulla cui base la Corte costituzionale ha dichiarato in passato legittima questa disciplina (Corte cost. 135/2003), che la mancata collaborazione – ove questa sia esigibile – sia sempre frutto di una “libera” scelta del condannato, se con tale espressione ci si riferisce a una scelta che coinvolge, nel bene e nel male, solo colui che è chiamato a farla.

Se davvero la ragione della mancata collaborazione – *rectius*, di tutte le mancate collaborazioni - risiedesse nel fatto di voler salvaguardare la propria appartenenza al consorzio criminale piuttosto che aderire alle leggi (e ai valori) dello Stato, non potremmo trovarci di fronte a persone detenute in regime ostativo, e non collaboranti, i cui progressi sul piano della rieducazione vengono attestati e documentati dagli operatori penitenziari, ma anche dai magistrati di sorveglianza quando decidono di accogliere un'istanza di collaborazione impossibile o inesigibile sulla sola base del materiale giurisprudenziale disponibile, e contestualmente concedono un beneficio penitenziario o una misura alternativa. La preferenza accordata al gruppo criminale, piuttosto che allo Stato, sarebbe evidentemente colta già dal Gruppo di Osservazione e Trattamento dell'istituto di reclusione – che più di chiunque altro si relaziona quotidianamente con il detenuto – come ostacolo insormontabile nell'opera rieducativa o come verosimile causa del suo fallimento: difficilmente si arriverebbe a dichiarare, in questi casi, che il condannato ha effettuato una “rivisitazione del suo passato criminale” o addirittura ha raggiunto un “sicuro ravvedimento” in vista del possibile conseguimento della liberazione condizionale.

Lo scollamento dalla realtà (dall'*id quod plerumque accidit* nel linguaggio della Corte) delle motivazioni teoriche addotte, dal legislatore prima e dalla stessa Corte costituzionale poi, a sostegno della compatibilità del regime ostativo dell'art. 4-bis primo comma o.p. con la finalità rieducativa della pena (anche dell'ergastolo) è oggi sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, con la quale diverse autorità giudiziarie hanno finalmente voluto condividere il loro disagio nell'applicazione di questa rigorosa e ingiustificata disciplina. Un disagio che non può oggi non essere acuito dal riconoscimento oramai definitivo, da parte della Corte EDU, della intrinseca irrazionalità della pretesa equivalenza tra assenza di collaborazione e persistenza di pericolosità sociale del condannato, dalla quale deriva una pena dell'ergastolo davvero ‘senza scampo’, in contrasto con l'art. 3 CEDU (sentenza Viola c. Italia).

2. Vi è tuttavia anche un diverso profilo, altrettanto (se non ancora più) rilevante per cogliere l'irragionevolezza e dunque l'illegittimità costituzionale del meccanismo preclusivo contemplato nel primo comma dell'art. 4-bis o.p.: quello della irrazionalità del mezzo impiegato (la *sensibile compressione della*

funzione rieducativa della pena) rispetto allo scopo perseguito (*la difesa della società dalla criminalità organizzata*, attraverso la collaborazione dei condannati).

Com'è noto, infatti, l'art. 4-bis o.p. ha subito un capovolgimento di prospettiva nel corso del tempo. Nella versione introdotta con il d.l. 13 novembre 1990 n. 324, la collaborazione con la giustizia rispondeva a una logica premiale, in quanto permetteva ai condannati per reati di criminalità organizzata di sottrarsi al più lungo tempo di espiazione della pena per essi contestualmente previsto per poter accedere ai benefici penitenziari; in assenza di collaborazione, la 'neutralizzazione' del condannato era dunque assicurata per un tempo più lungo di quello ordinario, senza tuttavia che ciò pregiudicasse integralmente le prospettive della sua risocializzazione.

Dopo le stragi di Capaci e di via D'Amelio, il d.l. 8 giugno 1992 n. 306 ha cambiato radicalmente la fisionomia dell'art. 4 bis o.p., dando luogo al regime ostativo che oggi conosciamo. Il Ministro proponente, Claudio Martelli, vedeva nell'onere collaborativo "*l'arma più efficace (...) per contrastare la criminalità organizzata*", atteso che "*praticamente tutti i processi che hanno ottenuto qualche risultato (...) sono stati fondati (...) sulla collaborazione di ex appartenenti alle associazioni di stampo mafioso*"¹. E benché nella relazione alla legge di conversione del decreto-legge si sostenesse che la scelta collaborativa fosse l'unica a poter esprimere con certezza la volontà di emenda del reo, attribuendole così una valenza pure sul piano della rieducazione del condannato, era ed è tuttora evidente che la modifica introdotta con il d.l. 306 del 1992 è stata "*essenzialmente espressione di una scelta di politica criminale, e non penitenziaria*", attribuendosi preminenza ad "*obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale*" (C. cost. 306/1993) a scapito della finalità rieducativa della pena, E se è vero che il legislatore può "*far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena*", ciò può fare solo "*nei limiti della ragionevolezza*" oltretutto a condizione "*che nessuna di [quelle finalità] ne risulti obliterata*" (ancora C. cost. 306/1993).

Orbene, si può seriamente dubitare che il regime ostativo delineato nel primo comma dell'art. 4-bis o.p. rispetti davvero quei limiti: alla "*rilevante compressione della finalità rieducativa della pena*" che esso comporta (usando le parole della Corte costituzionale) non è corrisposto, nel corso di ben 27 anni di vigenza, il conseguimento della utilità sperata, non avendosi conoscenza di collaborazioni con la giustizia prestate da persone detenute che non fossero già collaboranti prima dell'inizio dell'esecuzione della pena. Come era facilmente immaginabile, la decisione di collaborare con l'autorità giudiziaria, se non è maturata nella fase processuale, nella quale consistenti sono i benefici conseguibili sul piano della sanzione che verrà poi inflitta, non sopraggiunge nella fase dell'esecuzione della pena, per quanto lunga e pesante essa possa essere.

¹ *Resoconto stenografico dell'Assemblea del Senato*, seduta del 6 agosto 1992, p. 61.

Al di là del fatto che “*i comportamenti meritori che integrano le condotte collaborative (...) sono in pratica evenienze rare in un momento cronologicamente distante dai fatti, nel quale è difficile immaginare che ci si possa adoperare per evitare ulteriori conseguenze dell’attività delittuosa o aiutare concretamente l’attività giudiziaria ai fini dell’accertamento*”², l’esperienza ha infatti dimostrato che le ragioni, di qualunque tipo esse siano – e sappiamo che il timore per l’incolumità propria e dei propri familiari è quella preponderante –, che hanno trattenuto il soggetto dal collaborare nel momento in cui era più vantaggioso (durante il processo), permangono, e magari si rafforzano anche, durante l’espiazione della pena: in un tempo, in cui i rapporti con l’esterno sono rarefatti e avvolti dall’incertezza e la relazione con i familiari diventa la principale ragione di vita per il condannato. Del tutto irragionevole è stato ritenere che le motivazioni che hanno indotto l’*imputato* a rinunciare ai cospicui vantaggi collegati alla collaborazione con la giustizia sarebbero potute venir meno nel corso della detenzione e al solo fine di conseguire la fruizione di benefici penitenziari e/o di misure alternative alla detenzione comunque lontane nel tempo.

Anche sotto questo profilo, dunque, la realtà dei fatti ha fatto emergere un ulteriore, e verosimilmente insormontabile, *deficit* di razionalità (questa volta, teleologica) della disciplina introdotta nel primo comma dell’art. 4-bis o.p., della quale è necessario prendere atto a distanza di così tanti anni dalla sua introduzione.

3. Quest’ultima considerazione porta con sé una conseguenza molto importante, perché induce a ritenere che viziato da illegittimità costituzionale sia il primo comma dell’art. 4-bis o.p. in tutta la sua portata. Nel precludere ai condannati non collaboranti tutte quelle misure o benefici extramurari che costituiscono, nella prospettiva adottata dal nostro ordinamento penitenziario, gli strumenti indispensabili del percorso di risocializzazione, la disposizione in esame *pregiudica la potenzialità rieducativa di qualunque pena detentiva debba essere scontata in carcere* e non solo, quindi, della pena dell’ergastolo.

Se rispetto a quest’ultima il meccanismo preclusivo del primo comma dell’art. 4-bis o.p. incide sull’unica condizione che permette a quella pena di essere considerata compatibile con l’art. 27 comma 3 Cost., non meno grave è l’effetto che esso produce sulle pene detentive temporanee, rispetto alle quali è comunque garantita al condannato l’uscita dal carcere al termine della pena. Una pena che deve essere scontata per tutta la sua durata all’interno dell’istituto penitenziario, senza che sia possibile – stante il regime ostativo – che il condannato possa sperimentare momenti di libertà, destinati a diventare col tempo (e in caso di esito positivo) sempre più lunghi e di maggiore impegno nell’attività extramuraria. Una pena che rischia di rivelarsi completamente

² Così F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, *sub art.* 58-ter, p. 726.

inutile per il singolo, ma anche per la società, alla quale viene ‘restituito’ un individuo, per legge presunto pericoloso perché non collaborante, e al quale non è stata offerta la possibilità di preparare il suo reinserimento sociale, in modo graduale e responsabile. Una situazione nella quale il rischio di una sua ricaduta nel reato – anche se non necessariamente dello stesso tipo di quello che lo ha originariamente portato in carcere – sembra essere elevato. Con buona pace delle esigenze di difesa sociale per le quali quel meccanismo preclusivo è stato introdotto.

In conclusione, alla prova dei fatti l’idea del legislatore del 1992 di combattere la criminalità organizzata mostrando il pugno di ferro si è dimostrata illusoria e ha sortito risultati inaccettabili sul piano dei principi costituzionali:

- una perpetuità *de facto* delle pene dell’ergastolo scontate in regime ostativo, pur in presenza di percorsi rieducativi che potrebbero e dovrebbero preludere al graduale reinserimento del condannato, che costituisce l’obiettivo ultimo dell’investimento di tempo e denaro che lo Stato ha effettuato per lui nella fase dell’esecuzione della pena;

- la privazione di passaggi essenziali del percorso trattamentale, quali sono quelli extramurari, per i condannati a pene medio-lunghe, che si trovano a dover affrontare il ritorno in libertà del tutto impreparati e ai quali nessun rimedio è stato offerto per contenere quegli effetti desocializzanti, che sono notoriamente propri di qualsiasi regime detentivo.

ALCUNE BUONE RAGIONI PER UN ALLINEAMENTO TRA ROMA E STRASBURGO

di ANDREA PUGIOTTO*

SOMMARIO: 1. In gioco è il meccanismo ostativo (più che l'ergastolo). – 2. Capitalizzare la *ratio decidendi* della sentenza *Viola c. Italia n° 2*. – 3. Una presunzione legislativa *assoluta*. – 4. Precedenti giurisprudenziali non ignorabili. – 4. Un meccanismo viziato all'origine. – 5. Illegittimità consequenziale o carta a carbone?

1. Trovo saggio e persuasivo l'invito di Francesco Palazzo a impostare la *quaestio* nei termini di un controllo di razionalità della preclusione, introdotta dal combinato disposto degli artt. 4-bis e 58-ter dell'ordinamento penitenziario.

Che cosa chiedono, in fondo, i due giudici *a quibus* alla Corte costituzionale? Di restituire all'ergastolano ostativo non collaborante il gesto di cerchiare una data sul calendario, a indicare il giorno in cui anche lui – al pari di tutti gli altri detenuti - potrà domandare al proprio giudice una valutazione dei progressi compiuti durante l'espiazione della pena, al fine di potere accedere a misure extramurarie¹. Detto in termini giuridicamente più ortodossi: si chiede alla Consulta di ripristinare una riserva di giurisdizione che l'automatismo legislativo in esame svuota di qualsiasi autonomia funzionale, annegandola nella presunzione legislativa di pericolosità sociale e di mancato ravvedimento del reo non collaborante.

La «*questione “madre”*»² che rimanda all'insensatezza costituzionale di un carcere a vita, cioè di una pena *fino* alla morte, resta sullo sfondo. Avrebbe guadagnato certamente il proscenio se la *quaestio* fosse sorta in relazione al precluso accesso alla liberazione condizionale³, ma così non è stato. Il che

* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara*

¹ Non di desiderio si tratta, bensì di un vero e proprio diritto valido «per tutti i condannati a pena detentiva, *ivi compresi gli ergastolani*», a che il protrarsi della pretesa punitiva dello Stato «venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espia abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo» (sent. n. 204/1974)

² F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in questo volume, §1.

³ Era esattamente questa l'ipotesi sottesa alla *quaestio legitimitatis* da me formulata – chiavi in mano – per avvocati e giudici di sorveglianza, nel dichiarato tentativo di far approdare

induce a calibrare diversamente l'obiettivo: non tanto il superamento dell'ergastolo ostativo, quanto un *adattamento costituzionale* del suo regime.

2. È l'impostazione che meglio consente di capitalizzare la *ratio decidendi* della sentenza *Viola*⁴. L'accertata incompatibilità con l'art. 3 CEDU, infatti, è diretta conseguenza del *deficit* logico e giuridico che corrode come ruggine il perno del regime ostativo: la doppia presunzione legislativa, di pericolosità sociale e di mancata emenda, collegata all'assenza di collaborazione con la giustizia.

I giudici di Strasburgo suggeriscono ai giudici costituzionali pensieri ben meditati. Su tutti, la dimostrazione che l'equivalenza collaborazione=ravvedimento è falsa in entrambe le direzioni⁵. Lo *storytelling* legislativo secondo cui solamente la condotta collaborante sarebbe indice di sicuro ravvedimento e di scissione dall'originario sodalizio criminale, è un luogo comune. E come tutti i luoghi comuni travisa la realtà, semplificandola oltremisura. Fare della collaborazione con la giustizia l'unica condizione risolutiva del regime ostativo, dunque, non risponde a una necessità logica empiricamente fondata, bensì a un'opzione di politica criminale - maldestramente dissimulata - che piega la detenzione a ingranaggio interno al meccanismo investigativo.

3. Nel caso, resto persuaso che si tratti di una presunzione legislativa assoluta, perché il divieto di accesso ai benefici penitenziari è conseguenza *automatica* della norma censurata.

La Corte costituzionale di ieri lo nega, perché la sola collaborazione richiesta dalla legge è quella *esigibile* da un reo che sceglie di tacere, pur potendo parlare. Una libera scelta scudata dal comma 1-bis dell'art. 4-bis, dove si è sedimentata la giurisprudenza costituzionale che ha disinnescato l'ostatività nei casi di collaborazione impossibile o irrilevante. Dunque, di «*presunzione peraltro vincibile*» (sent. n. 273/2001) si tratterebbe.

a Palazzo della Consulta il meccanismo dell'ostatività applicato all'ergastolo: cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 13 luglio 2016. Diversamente, le due questioni incidentali ora sottoposte alla Corte costituzionale riguardano la mancata concessione del permesso-premio.

⁴ Espressione di un orientamento granitico a Strasburgo: cfr., da ultimo, F. FIORENTIN, *La Corte di Strasburgo conferma: la pena perpetua non riducibile è sempre contraria alla Convenzione europea*, in *Cass. Pen.*, 2019, 3054 ss., con riferimento all'arresto giurisprudenziale immediatamente precedente alla decisione sull'ergastolo ostativo italiano (Corte EDU, Sez. V, *Petukhov c. Ucraina*, 12 marzo 2019, ric. n. 41216/13).

⁵ Cfr. D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo. (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio Cost.*, 2019, n. 4, 194-198.

Non è così. Quella della Corte è un'argomentazione viziata da un grossolano errore prospettico⁶. Seguitemi nel ragionamento: le ipotesi di collaborazione comunque inesigibile non relativizzano la presunzione legale in esame, limitandosi semmai a ridurne l'ambito di operatività. Ma, una volta circoscritta l'area di applicazione, al suo interno non esiste condotta diversa da quella collaborativa che possa aprire l'accesso sbarrato ai benefici penitenziari.

Tutto ciò assume accenti kafkiani nell'ipotesi dell'errore giudiziario, estrema ma non astratta: *do you remember* il processo Borsellino-bis?⁷ Il caso del condannato che non può collaborare perché innocente incarna una condotta impossibile, eppure esigita dall'ordinamento, in contraddizione con l'assunto della giurisprudenza costituzionale secondo cui una collaborazione può essere pretesa solo se «*naturalisticamente e giuridicamente*» praticabile (sent. n. 89/1999).

4. Del resto, che l'accesso ai benefici penitenziari possa darsi anche *in assenza* di una condotta collaborante è quanto la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto in passato.

Lo ha fatto, ad esempio, elaborando il c.d. principio di progressione del trattamento e del divieto di una sua incolpevole regressione. La Corte se ne è servita per impedire l'applicazione retroattiva della riforma dell'art. 4-bis che introduceva l'obbligo di collaborazione con la giustizia, mettendo così in sicurezza le misure extramurarie già concesse a chi pure non aveva collaborato per ottenerle (cfr. sent. n. 306/1993, ma anche le sentt. nn. 137/1999 e 445/1997).

Lo ha fatto, inoltre, negando efficacia ostativa alla collaborazione impossibile o irrilevante perché, in ambo i casi, inesigibile, rendendo così accessibili i benefici penitenziari *indipendentemente* dalla collaborazione con la giustizia: le deroghe ora travasate nel comma 1-bis dell'art. 4-bis, infatti, sono incarnate da silenti condotte omissive⁸.

Si tratta, in ambo i casi, di indirizzi giurisprudenziali riassumibili nell'affermazione della sent. n. 306/1993: «*dalla mancata collaborazione non*

⁶ Un errore prospettico reiterato, sia in giurisprudenza che in dottrina, benché segnalato da tempo oramai risalente: cfr. R. GRANATA, *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, in *Giust. Civ.*, 2002, 296 ss.; ID., *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.: notarelle aggiuntive*, ivi, 2005, 2004 ss.; ID. *Ancora in tema di misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, ivi, 2005, 2291 ss..

⁷ Il riferimento è ai sette imputati nel processo Borsellino-bis, condannati con sentenza definitiva all'ergastolo ostativo, ristretti per 17 anni in regime di carcere duro *ex art. 41-bis o.p.*, successivamente riabilitati grazie alle dichiarazioni di altri collaboratori di giustizia: cfr. M. BRUCALE, *Carcere ed ergastolo, alcune riflessioni*, ne *L'Opinione*, 19 giugno 2015.

⁸ Infatti, rispetto alla collaborazione richiesta dal comma 1 dell'art. 4-bis o.p., le deroghe previste nel suo comma 1-bis sono «veri e propri atteggiamenti "non collaborativi" e dunque del tutto opposti a una fattiva cooperazione con la giustizia da parte del detenuto» (A. RICCI, *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo"*, Cedam, Padova, 2013, 5).

può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale». Come colla sulle dita, sarà difficile per la Corte costituzionale di oggi staccarsi da tali precedenti.

5. Come per la teoria dell'albero dai frutti avvelenati, tutto nasce da un vizio d'origine: in uno Stato di diritto la collaborazione con la giustizia può essere incentivata, ma non coercita⁹. La norma impugnata questo invece fa: non assicura al reo collaborante un premio; sanziona con un carcere privo di alternative il reo non collaborante.

Il regime ostativo incapsula così una pena accessoria, *post sententiam*, quasi che il non collaborare sia più grave ancora del reato commesso. Sacrifica così tutte le principali misure trattamentali (a cominciare dall'inutile concessione della liberazione anticipata¹⁰) che pure sono «in attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena» (così la sent. n. 149/2018)¹¹, violando finanche l'art. 27, comma 3, Cost.

⁹ Sulla non esigibilità, in senso penalistico, di una costrizione all'agire utilitaristico cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. Pen.*, 2012, 1223.

¹⁰ C'è da augurarsi che, nella sua imminente sentenza, la Corte costituzionale abbandoni il fragilissimo argomento secondo cui il beneficio della liberazione anticipata (che l'art. 4-bis, comma 1, o.p. non preclude ai condannati per reati ostativi) rappresenterebbe un adeguato incentivo a un'attiva partecipazione all'opera di rieducazione, escludendosi in ragione di ciò una qualche violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. In realtà, per l'ergastolano senza scampo, il beneficio della liberazione anticipata è inutile, privo di scopo, eccentrico. *Inutile*, perché per il reo non collaborante la sua concessione non muta di un'oncia tempi o modalità della detenzione. *Privo di scopo*, perché la prospettiva di un reinserimento nella società non esiste per il condannato all'ergastolo ostativo. *Eccentrico*, rispetto a un percorso trattamentale costruito a tappe progressive, nessuna delle quali può essere tagliata da chi, non collaborando, finirà la sua vita dietro le sbarre.

La liberazione anticipata si rivela così «una monade costituzionalmente disorientata» (C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 82), invece di essere quel «tassello essenziale» del vigente ordinamento penitenziario di cui ragiona la sent. n. 149/2018.

¹¹ Sull'importanza di tale sentenza, nel disegnare il volto costituzionale della pena, la dottrina è unanime: cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 18 luglio 2018; D. GALLIANI, *Eguaglianza e rieducazione fanno il trattamento, il resto è incostituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2018, 911 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, in *Giur. Cost.*, 2018, 1657 ss.; M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1359 ss.; A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. Cost.*, 2018, 1646 ss.; F. SIRACUSANO, *Dalla Corte costituzionale un colpo "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1787 ss.; S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pene" al*

6. Un'ultima considerazione di prospettiva. Accertata l'incostituzionalità del meccanismo preclusivo per questi (e altri) motivi¹², il dispositivo di accoglimento andrà esteso – in via consequenziale – con riferimento a *tutte* le misure alternative (ben oltre il solo beneficio premiale), e per *tutti* i reati ostativi (ben oltre quelli commessi da Cannizzaro e Pavone).

Se ne dubita autorevolmente in dottrina¹³; ciò nonostante inviterei tutti a una semplice riflessione. La collaborazione è elevata dal comma 1 dell'art. 4-bis a *conditio sine qua non*, indipendentemente dalla congerie dei delitti elencati ed a prescindere dall'eterogeneità delle misure penitenziarie precluse. Nella necessità di una condotta collaborante ogni differenza si ricompone in unità: caduta la ragione ostativa, quelle differenze torneranno in gioco davanti al giudice di sorveglianza, richiamato a una valutazione caso per caso, in relazione alle specificità del reato commesso e del beneficio richiesto. È un esito imposto, del resto, dalla logica della progressività del trattamento che colloca su gradini differenti ma consecutivi le misure extramurarie, oggi egualmente precluse al reo non collaborante¹⁴.

Ci sono voluti sedici anni perché tornasse a Palazzo della Consulta la *quaestio* di cui oggi discutiamo¹⁵. Il suo *thema decidendum* è circoscritto al beneficio premiale e a due specifici reati perché lo imponeva il requisito processuale della rilevanza. Ma la rilevanza ordinamentale della *quaestio* è

plurale e "condannato" al singolare anche in materia di ergastolo (a margine di Corte Cost., sent. n. 149 del 2018), in Consulta Online, 2018, fasc. 3, 505 ss.; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, La funzione rieducativa della pena, le rigidità dell'ergastolo e l'opera correttiva della giurisprudenza costituzionale, in Dir. Pen. e Proc., 2019, 363 ss.

¹² Condensati ora nel recentissimo volume collettaneo di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019.

¹³ Cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2019, 934-935.

¹⁴ È su questa base che gli atti di intervento della parte privata Pavone (p. 10-11) e del Garante Nazionale dei diritti dei detenuti e delle persone private della libertà personale (§16) invitano la Corte costituzionale a verificare se sussistano, nel caso di accoglimento della *quaestio* principale, le condizioni per un'estensione consequenziale della dichiarazione d'incostituzionalità (entrambi sono consultabili nel sito www.amicuscuriae.it, sezione "documenti").

¹⁵ È stata la sent. n. 135/2003 a respingere come infondati i dubbi di costituzionalità sull'ergastolo ostativo, riproposti tenacemente dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze dopo una prima interlocutoria decisione d'inammissibilità per difetto di rilevanza (ord. n. 359/2001): la relativa ordinanza di rimessione si può ora leggere nel volume curato da F. CORLEONE, *Alessandro Margara. La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, opg, droghe e magistratura di sorveglianza*, Fondazione Michelucci Press, Firenze 2015, 221 ss.

Alla luce dell'intenso dibattito che accompagna l'atteso verdetto del prossimo 22 ottobre cui è ora chiamata la Corte costituzionale, lascia increduli la scarsa attenzione prestata in dottrina a quel oramai lontano precedente: salvo errore, la sent. n. 135/2003 fu commentata solo da L. CREMONESI, *La Consulta "stoppa" la rieducazione. Impedito all'ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, in *Dir. e Giust.*, 2003, n. 19, 14 ss. e A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2003, 1351 ss.

molto più ampia e richiede una generalizzata bonifica normativa, sfruttando le potenzialità garantiste che l'art. 27 della legge n. 87 del 1953 mette a disposizione della Corte costituzionale: un potere officioso che, già in altre occasioni, i giudici costituzionali hanno adoperato come tecnica di tutela dei diritti fondamentali¹⁶. Diversamente, dovremo in futuro aspettarci uno stillicidio di sentenze di accoglimento – una per ogni reato ostativo, una per ogni beneficio penitenziario precluso - scritte con la carta a carbone.

Non si sprechi, dunque, l'occasione. Come riconosciuto a Strasburgo, in gioco è il diritto alla speranza quale misura della dignità di Caino: sappiano, i giudici costituzionali, che negare o non garantire a tutti il primo, significa annichilire la seconda.

¹⁶ Rubo la felice espressione a G. BRUNELLI, *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.* 2002, 3644 ss.. Non mancano precedenti simili proprio in riferimento al regime ostativo dei benefici penitenziari: cfr. le sentt. nn. 357/1994 e, soprattutto, 68/1995, segnalate da D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo*, cit., 208.

PROBLEMI DELL'OSTATIVITÀ SANZIONATORIA. RILEVANZA DEL TEMPO E DIRITTI DELLA PERSONA

di DOMENICO PULITANÒ*

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"*, intitola 'il Fatto Quotidiano' del 9 ottobre) e della questione che sarà esaminata a Palazzo della Consulta.

La discussione sul 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 è 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

* *Emerito di Diritto penale, Università di Milano Bicocca*

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).

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. È 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.

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?

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 *premiale* 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 premiale (il profilo premiale 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 però, 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.

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.

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.

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, è 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 proprio 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 libertà (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.

LA DECISIONE SULL'AMMISSIBILITÀ DEGLI INTERVENTI DEI TERZI: UN ALTRO BANCO DI PROVA PER L'“APERTURA” DEL PROCESSO (E DELLA CORTE)

di GIORGIO SOBRINO*

SOMMARIO: 1. Affollamento a Palazzo della Consulta. – 2. L'ammissibilità degli interventi dei terzi: titolarità o meno dell'«interesse qualificato». - 3. L'ammissibilità dell'intervento/partecipazione al giudizio del Garante nazionale quale «*amicus curiae*».

1. Vorrei soffermarmi sul problema dell'ammissibilità degli interventi spiegati nel giudizio di costituzionalità che ci occupa dall'associazione Nessuno Tocchi Caino, dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e dall'Unione delle Camere Penali Italiane, tutti molto significativi e densi dal punto di vista del contenuto. E vorrei farlo collocando questo problema – che di per sé ha natura processuale – nel più ampio contesto della ridefinizione del ruolo della Corte Costituzionale nel nostro sistema, a cui stiamo assistendo nell'ultimo periodo (e che sta suscitando un ampio dibattito tra i costituzionalisti¹).

Credo infatti che si possa istituire un collegamento tra questo processo di (auto-)ridefinizione della Corte, attualmente in corso, e la decisione che essa assumerà (anche) riguardo alla partecipazione di questi soggetti – di per sé estranei ai rapporti processuali dei giudizi *a quibus* – al giudizio sulla legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo. Più in particolare: la decisione della Corte Costituzionale sul punto – a fronte di una legittimazione ad intervenire di questi terzi che, lo si dice subito, pare oltremodo dubbia se si guarda alla pregressa giurisprudenza costituzionale in materia – potrebbe dare il “segno” di un certo orientamento circa la concezione del giudizio di costituzionalità, quale giudizio “aperto” oppure “chiuso”, “soggettivo” od

* *Ricercatore di Diritto costituzionale, Università di Torino*

¹ Per una radicale critica, di recente, v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss.

“oggettivo”; e, di riflesso, circa la posizione e la connotazione del suo giudice nell'attuale contesto costituzionale.

La “traccia” elaborata per questo Seminario rileva giustamente che tutti i terzi intervenienti sopra ricordati rivendicano la titolarità di un «*interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio*», che – secondo la giurisprudenza costituzionale consolidata – è requisito necessario per ammettere l'“ingresso” nel giudizio di costituzionalità di soggetti diversi dalle parti del processo principale. La particolarità di questo giudizio – che *si aggiunge* al problema “tradizionale” dell'ammissibilità degli interventi dei terzi in sé considerata – è che il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute, in via subordinata alla richiesta di ammissibilità dell'intervento quale terzo, chiede di partecipare al giudizio di costituzionalità «*nel ruolo di amicus curiae*», contribuendo per questa diversa via alla funzione di giurisdizione “oggettiva” della Corte Costituzionale (pag. 2 dell'atto di intervento). Si tratta, per quanto consta, di una richiesta del tutto innovativa, che mira ad un allargamento della dialettica processuale inedito per la Corte Costituzionale italiana (a differenza di altri Tribunali costituzionali e della Corte EDU²), in relazione alla quale è necessario domandarsi se l'art. 4 comma 3 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte possa consentire una tale innovazione.

Alla luce di ciò, nelle brevi notazioni che seguono tratterò separatamente i due profili indicati.

2. Iniziando dalla questione dell'ammissibilità degli interventi dell'associazione Nessuno Tocchi Caino, del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e dell'Unione delle Camere Penali Italiane quali terzi nell'ormai prossimo giudizio di costituzionalità, occorre ricordare preliminarmente che – nel silenzio dell'art. 4 delle Norme integrative circa i presupposti che legittimano l'intervento – la giurisprudenza costituzionale tradizionale si è mostrata piuttosto “chiusa” e restrittiva. Il principio-cardine al riguardo³ è che «*la partecipazione al giudizio incidentale di legittimità costituzionale è circoscritta, di norma, alle parti del giudizio a quo, oltre che al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale*»; l'intervento di soggetti terzi è ammissibile solo qualora – come si diceva sopra – essi «*siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura*». La necessità di un «*interesse qualificato*» è stata affermata

² Cfr., al riguardo, T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale aperto? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. cost.*, 2019, 374 ss.

³ Ribadito, da ultimo, dall'ordinanza n. 204/2019; ma v. in precedenza le sentt. n. 180/2018, n. 13 e n. 98/2019).

dalla Corte anche con riguardo ai soggetti «*rappresentativi di interessi collettivi o di categoria*» (v., per esempio, la sent. n. 194/2018 in relazione alla CGIL), oltre che per le persone fisiche o giuridiche portatrici di interessi individuali.

La dottrina per contro, come è noto, ha sollecitato una maggiore “apertura” ai terzi del processo costituzionale, sulla base di argomenti diversi che riguardano, da un lato, il “buon funzionamento” di tale processo (e della sua dialettica) in sé; dall’altro lato – e più in generale –, il ruolo e le finalità dello stesso giudizio di legittimità costituzionale nell’ordinamento e pure la *legittimazione* della Corte Costituzionale⁴.

Va poi ricordato che la giurisprudenza costituzionale più recente – in alcuni limitati casi – ha “aperto” maggiormente alla partecipazione dei terzi al giudizio incidentale, mettendo parzialmente in discussione il suo tradizionale orientamento. Il riferimento è alla sentenza n. 180/2018, che ha dichiarato ammissibile l’intervento dell’Unione delle Camere Penali nel giudizio riguardante la disciplina sull’astensione degli avvocati dalle udienze; ed alla sentenza n. 13/2019, che ha dichiarato del pari ammissibile l’intervento del Consiglio Nazionale del Notariato nel giudizio sulle norme che regolano l’attività dei Consigli Notarili Distrettuali prodromica all’apertura di un procedimento disciplinare nei confronti dei notai, della quale veniva contestata la sottrazione alla normativa *antitrust*⁵.

E’ quest’ultima giurisprudenza, in particolare – non a caso richiamata ripetutamente negli atti di intervento dei tre soggetti di cui in questa sede si discute –, a costituire la base della rivendicazione di un «*interesse qualificato*» da parte dei tre intervenienti nel giudizio sulla legittimità dell’ergastolo ostativo, e ad alimentare quindi le loro aspettative (o speranze) di vedersi ammessi a partecipare in concreto allo stesso⁶. Fatte queste precisazioni, per valutare le reali prospettive di ammissibilità di tali interventi sembra allora opportuno (e

⁴ Per alcuni importanti contributi in proposito v., da ultimo, T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale aperto?*, cit., spec. 383 ss.; A. PUGIOTTO, *Per un’autentica dialettica a Corte*, in *Quad. cost.*, 2019, 361 ss.

⁵ La ancor più recente – e già citata – ordinanza n. 204/2019, con cui la Corte ha dichiarato ammissibile l’intervento di ArcelorMittal Italia s.p.a. nel giudizio avente ad oggetto la disciplina sulla prosecuzione dell’attività produttiva nello stabilimento ILVA di Taranto in costanza di sequestro penale – e ha applicato per la prima volta le norme procedurali approvate il 21 novembre 2018 – non sembra invece esprimere un orientamento altrettanto innovativo, basandosi sull’argomento per cui ArcelorMittal Italia s.p.a. è l’attuale gestore dello stabilimento e quindi verrebbe pregiudicata dall’accoglimento delle questioni di costituzionalità, che censurano appunto l’autorizzazione alla prosecuzione dell’attività produttiva fino al 2023.

⁶ Si veda, in tal senso, la dichiarazione “confessoria” contenuta nell’atto di intervento dell’associazione Nessuno Tocchi Caino, a pag. 3: «*questa difesa intende valorizzare le “non indifferenti aperture” alla partecipazione dei terzi nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale che sono state riconosciute da codesta Corte nella sua più recente giurisprudenza in materia. È appunto sulla base di questi recenti “aperture” che, con il presente atto, si sostiene che l’associazione Nessuno Tocchi Caino abbia legittimazione ad intervenire come terzo nel presente giudizio incidentale di legittimità costituzionale in quanto portatrice di un interesse “qualificato” ...*».

ragionevole) operare un confronto tra le ragioni poste dalla Corte a fondamento dell'ammissibilità dell'intervento dei terzi nei recenti casi sopra richiamati e, dall'altro lato, la posizione giuridica dei tre odierni intervenienti, quale risulta dal contenuto dei rispettivi atti depositati.

Nel caso deciso dalla sentenza n. 180/2018, l'Unione Camere Penali Italiane – ha rilevato la Corte – aveva proposto alla Commissione di garanzia sugli scioperi il “Codice di autoregolamentazione” oggetto di censura: perciò l'eventuale accoglimento (poi di fatto avvenuto) delle questioni di legittimità costituzionale avrebbe avuto un'«immediata incidenza» sulla sua posizione di «ente rappresentativo degli interessi della categoria degli avvocati penalisti» (punto 4 del *Considerato in diritto*). Nel caso oggetto della sentenza n. 13/2019, a sua volta, la Corte ha riconosciuto al Consiglio Nazionale del Notariato il «compito, di rilievo pubblicistico, di elaborazione dei principi e delle norme deontologiche applicate in sede disciplinare dai consigli» Distrettuali – e nella fattispecie erano oggetto di censura, come si è detto, le norme regolatrici dell'attività dei Consigli Notarili Distrettuali prodromica all'apertura di un procedimento disciplinare a carico dei notai –, oltre che il ruolo di «rappresentante istituzionale del notariato italiano» (punto 2 del *Considerato in diritto*)⁷.

In sostanza, sono *due* i presupposti essenziali della dichiarazione di ammissibilità dell'intervento, in questi giudizi: 1) l'avere l'interveniente un “rapporto diretto” con la normativa oggetto di censura (vuoi in quanto soggetto proponente della stessa, vuoi in quanto soggetto chiamato istituzionalmente ad applicarla); 2) l'essere il soggetto interveniente il «rappresentante istituzionale» di una determinata categoria (in questi casi, professionale).

Questi due presupposti (/condizioni di ammissibilità) sono ravvisabili nel caso dei tre intervenienti nel giudizio sulla legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo?

⁷ Si è poi visto che nella fattispecie oggetto dell'ordinanza n. 204/2019, la legittimazione all'intervento del terzo ArcelorMittal Italia s.p.a. è stata ricavata dalla qualifica di gestore dello stabilimento industriale del quale la normativa censurata autorizza la prosecuzione dell'attività produttiva in costanza di sequestro penale).

Iniziando dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute⁸, con riferimento alle ragioni esposte a sostegno della titolarità dell'«*interesse qualificato*», esse consistono principalmente negli “scopi istituzionali” del Garante stesso – rafforzare la tutela dei diritti delle persone detenute –, e nella sua correlata natura di Autorità di garanzia, composta da soggetti indipendenti dalla politica; e dall'altro lato, nel suo compito di prevenire trattamenti contrari alla dignità umana delle persone ristrette, in particolare sottoponendo agli organi di indirizzo politico «*proposte e osservazioni*» sulla legislazione vigente e sui progetti di legge in corso di discussione, ai sensi della normativa interna di attuazione della Convenzione ONU contro la tortura. In particolare – sottolinea l'atto di intervento –, il Garante ha espresso alcuni pareri sul recente progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario (poi approvato con i d.lgs. n. 123 e 124/2018), nei quali ha chiesto senza successo di eliminare dall'ordinamento italiano l'istituto dell'ergastolo ostativo.

Quanto agli “scopi istituzionali” ed alla natura giuridica del Garante, essi non sono assimilabili, di per sé, a quelli di «*rappresentante istituzionale*» della categoria dei detenuti. Questo però non significa automaticamente che tale Autorità non possa essere riconosciuta titolare di un «*interesse qualificato*» nel giudizio di legittimità costituzionale di cui trattasi: in quanto Autorità di garanzia specificamente istituita dalla legge, esso potrebbe venire ritenuto un soggetto *ancora più “qualificato”* dell'Unione delle Camere Penali e del Consiglio Nazionale del Notariato, di cui ai due precedenti della Corte sopra citati. Maggiori difficoltà sembrano tuttavia sussistere per quanto riguarda l'altro presupposto richiesto dalle sentenze n. 180/2018 e 13/2019: quello del “rapporto diretto” con la normativa oggetto di censura. E' vero che il Garante ha espresso dei pareri durante l'*iter* di approvazione della riforma dell'ordinamento penitenziario, favorevoli proprio all'eliminazione dell'ergastolo ostativo; ma si tratta di una situazione diversa – e di coinvolgimento meno “diretto” del terzo – rispetto a quelle che nei due precedenti citati hanno indotto la Corte ad ammettere l'intervento

⁸ *A latere*, e preliminarmente, occorre segnalare un possibile vizio formale dell'atto di intervento depositato alla Corte. Tale atto è sottoscritto dal Garante personalmente, e non dall'avvocato difensore (v. pag. 15); esso reca in calce (sempre a pag. 15) la procura al difensore, che autentica la firma del Garante (apposta sotto la procura stessa) ma – appunto – non sottoscrive l'atto di intervento. Per questa ragione l'intervento corre il serio rischio di venire dichiarato inammissibile *in limine* (a prescindere dallo scrutinio circa la sussistenza dell'«*interesse qualificato*» in capo al Garante): secondo la giurisprudenza costituzionale l'intervento firmato personalmente dalla parte è, appunto, inammissibile (di recente, ordinanza n. 136/2018). Il combinato disposto dell'art. 3 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte – che richiede l'assistenza obbligatoria del difensore, munito di procura speciale – e degli artt. 125 c.p.c. e 40 – 44 c.p.a. – che prescrivono che l'atto introduttivo del giudizio debba essere sottoscritto dal difensore *a pena di nullità*, qualora la parte non possa stare in giudizio personalmente – sembra portare a tale conseguenza. Né, sempre applicando i principi processualistici, la firma apposta dal difensore a titolo di “autentica” della firma della parte sembra poter surrogare quella (obbligatoriamente) richiesta per l'atto difensivo.

(rispettivamente, il fatto che il terzo avesse *elaborato* la disciplina censurata o che fosse il soggetto istituzionalmente incaricato di *applicarla*).

Passando all'associazione Nessuno Tocchi Caino, essa argomenta l'ammissibilità del proprio intervento essenzialmente sulla base della propria natura di «associazione volontaria maggiormente rappresentativa della categoria dei detenuti», in quanto costituita al fine di promuovere i loro diritti sanciti dalla Costituzione. Al riguardo l'associazione evidenzia, in particolare, che alcuni suoi membri, e ben sette componenti del Consiglio Direttivo, sono detenuti in regime di ergastolo ostativo; e che di recente i suoi obiettivi statuari si sono estesi dall'abolizione della pena di morte nel mondo all'abolizione proprio dell'ergastolo ostativo, inteso quale «pena di morte mascherata» (a tal fine essa ha depositato le sue deduzioni, come «*amicus curiae*», nel giudizio *Viola c. Italia* davanti alla Corte EDU).

Tali elementi non sembrano idonei a configurare la titolarità di un «*interesse qualificato*» in capo all'associazione, per come esso viene definito dalla giurisprudenza costituzionale (tradizionale, e) sopra ricordata. In primo luogo, Nessuno Tocchi Caino – a differenza dell'UCPI e del Consiglio Nazionale del Notariato di cui, rispettivamente, alle sentenze n. 180/2018 e 13/2019 – non è un soggetto «*istituzionale*» dotato del potere di *rappresentanza* (in questo caso) dei detenuti, in base alle norme di legge. In secondo luogo (e correlativamente), il fatto che alcuni suoi membri ed organi direttivi si trovino nella condizione (/regime) di ergastolano ostativo non basta per fondare la legittimazione *autonoma* dell'associazione ad intervenire nel giudizio davanti alla Corte: in questo senso depongono numerosi precedenti, tra cui, per esempio, la recente sentenza n. 194/2018 sul «*Jobs Act*», che ha dichiarato inammissibile l'intervento della CGIL perché essa «*non vanta[va] una posizione giuridica suscettibile di essere pregiudicata immediatamente e irrimediabilmente dall'esito del giudizio incidentale bensì un mero indiretto, e più generale, interesse connesso agli scopi statuari di tutela degli interessi economici e professionali dei propri iscritti*» (ordinanza letta all'udienza del 25 settembre 2018 ed allegata a tale sentenza; in precedenza v. anche la sent. n. 120/2018, che ha dichiarato inammissibili gli interventi della stessa CGIL e di altre associazioni sindacali di lavoratori pubblici nel giudizio sulla legittimità costituzionale del divieto per i militari di costituire associazioni sindacali).

Infine, l'Unione delle Camere Penali Italiane – muovendo comprensibilmente dal richiamo della sentenza n. 180/2018, che la riguarda direttamente e (come si è visto) ha dichiarato ammissibile il suo intervento – afferma di soddisfare anche nel giudizio in esame i requisiti (a) della «*rappresentanza dell'interesse collettivo*» della categoria degli avvocati penalisti e (b) dell'«*interesse qualificato*»: quest'ultimo viene ricondotto al fatto che l'attività dell'associazione in tempi recenti è stata finalizzata, tra le altre cose, a «*evidenziare le criticità*» dell'ergastolo ostativo, in particolare nelle audizioni in Parlamento durante il procedimento di approvazione delle «*norme penali concernenti anche l'esecuzione penale*» e negli «*Stati Generali*».

dell'Esecuzione Penale» promossi nella scorsa legislatura dal Ministro della Giustizia Orlando. L'UCPI sottolinea, inoltre, il proprio interesse a che gli avvocati penalisti italiani possano esercitare la loro funzione garantendo ai loro assistiti l'«applicazione di norme in aderenza al dettato costituzionale», cosa che non avverrebbe nel caso della disciplina sull'ergastolo ostativo censurata dal giudice *a quo*.

Se per quanto riguarda la sussistenza del requisito della «rappresentanza dell'interesse collettivo» non possono esservi dubbi, alla luce appunto della sentenza n. 180/2018, perplessità maggiori possono essere avanzate circa la configurabilità – in questo diverso caso – del presupposto del “rapporto diretto” con la normativa oggetto di censura. A questo proposito, la posizione dell'UCPI nell'attuale giudizio di costituzionalità non sembra equiparabile a quella descritta dalla sentenza n. 180/2018: in quel caso (come si è ricordato sopra), l'UCPI aveva infatti *elaborato e proposto essa stessa* il codice di autoregolamentazione degli avvocati per l'astensione dalle udienze della cui conformità a Costituzione si discuteva; in questo caso, essa ha semplicemente *espresso il suo parere* (al pari di diversi altri soggetti) sulla disciplina dell'ergastolo ostativo in sede di audizione parlamentare, nonché negli «Stati Generali dell'Esecuzione Penale». L'accoglimento o il rigetto delle questioni di legittimità costituzionale della disciplina sull'ergastolo ostativo, perciò, non spiegherebbero un'«incidenza *immediata*» sulla sua posizione di «ente rappresentativo degli interessi della categoria degli avvocati penalisti», come la Corte aveva ritenuto nella sentenza n. 180/2018.

In definitiva, vi sono seri dubbi circa l'ammissibilità dei tre interventi sopra richiamati, alla luce della giurisprudenza costituzionale formatasi fino ad oggi; anche – si ritiene – la più recente (orientata in senso più “aperto” che in passato). Per affermare la sussistenza dell'interesse dei tre soggetti citati ad intervenire nell'attuale giudizio, la Corte Costituzionale dovrebbe probabilmente compiere un passo *ulteriore* nella sua giurisprudenza (sempre nel senso dell'“apertura delle porte” del giudizio).

È per questo motivo che il tema dell'ammissibilità degli interventi di cui trattasi si intreccia, come dicevo all'inizio, con il problema della ridefinizione del ruolo della Corte nel sistema. Se la Corte dovesse ammettere gli interventi (o almeno uno o due di essi) nonostante le criticità sopra rilevate, essa manifesterebbe evidentemente un orientamento favorevole ad una maggiore “apertura” del processo costituzionale verso gli “apporti esterni” e, di conseguenza, la sua volontà di operare nel sistema costituzionale – e nella forma di governo – come un'*istituzione “aperta”* alle istanze provenienti dalla società ed “in contatto diretto” con essa (si tornerà tra breve sul punto).

3. Per ciò che riguarda – in secondo luogo – il problema dell'ammissibilità della partecipazione all'ormai prossimo giudizio di costituzionalità del Garante

dei diritti dei detenuti in qualità (non di “terzo interveniente”, ma) di «*amicus curiae*», le osservazioni da svolgere sono assai più brevi.

Si è già detto all'inizio dell'assoluta novità per la nostra Corte Costituzionale di una tale richiesta. Anche per questo motivo, l'ammissione al giudizio di un «*amicus curiae*» richiederebbe alla Corte di compiere un passo *ancora più lungo* di quello che dovrebbe fare già solo per ammettere i “tre terzi” che si sono proposti come intervenienti. Né si possono tacere i problemi di natura procedurale che si porrebbero in caso di accoglimento della richiesta del Garante – l'«*amicus curiae*», almeno nell'esperienza comparata, ha uno “statuto” e delle prerogative processuali *diverse* da quelli del terzo interveniente, che finora la Corte conosce e ha applicato⁹ – problemi che la Corte dovrebbe necessariamente affrontare.

Di per sé – per provare a rispondere al quesito proposto al riguardo dalla “traccia” del Seminario – l'art. 4 comma 3 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte *non pare precludere* questa ulteriore “apertura” del processo costituzionale: esso è infatti sostanzialmente una norma “in bianco”, che il giudice costituzionale può riempire di contenuto (e ha *già* riempito di contenuto, con riguardo all'intervento dei terzi) come meglio ritiene in base al suo apprezzamento, e tenuto conto delle circostanze e delle esigenze di un determinato momento storico. Tuttavia fino ad oggi, appunto, la Corte Costituzionale non ha mai ammesso a partecipare ai giudizi degli «*amici curiae*», e ha avuto un atteggiamento assai restrittivo già solo nei confronti dei terzi intervenienti.

Un'ultima considerazione. A livello “*di sistema*”, sembra oggi ravvisabile una tensione – per non dire una vera e propria contraddizione – tra la crescente “apertura verso l'esterno” che la Corte Costituzionale sta perseguendo in questo periodo come istituzione, al di fuori del processo costituzionale (testimoniata dall'ampliamento dei suoi strumenti e iniziative di *comunicazione* con i cittadini: «comunicati stampa», implementazione del sito *web*, «*Viaggio in Italia*» nelle scuole e nelle carceri, all'insegna dell'«uscita dal Palazzo della Consulta», come ha affermato il Presidente Lattanzi) e, dall'altro lato, la persistente “chiusura” agli apporti esterni del processo costituzionale stesso (dimostrata, appunto, dall'orientamento restrittivo nei confronti degli interventi dei terzi e dell'uso dei poteri istruttori, effettuato solo in modo “informale”). Ciò ha direttamente a che vedere, mi pare, con la legittimazione della Corte nel sistema costituzionale e con la ricerca, da parte sua, di un nuovo ruolo e collocazione, in una fase obiettivamente complessa (anche) per la giustizia costituzionale: al riguardo è stato sostenuto – in modo estremamente critico – che attraverso la sua attività di “comunicazione esterna” il giudice costituzionale intenda costruire (o recuperare) una legittimazione che è messa fortemente in discussione dalla “fuga” dalle forme, e dai *limiti*, del processo appunto e della motivazione delle sentenze¹⁰.

⁹ T. GROPPÌ, *Verso un giudizio costituzionale aperto?*, cit., 383 ss.

¹⁰ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit.

Considerata in questa chiave, la decisione sull'ammissibilità degli interventi sopra richiamati può essere intesa – a seconda dei punti di vista – come un ulteriore “banco di prova”, o “occasione”, per affrontare questo nodo problematico e, auspicabilmente, per scioglierlo.

SE LA PENA È DAVVERO “A OLTRANZA”: I (SERI) DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ SULL’ERGASTOLO E LE PRECLUSIONI OSTATIVE

di PAOLO VERONESI*

SOMMARIO: 1. “Sovraffollamento” ed “ergastolo ostativo”: due “superlativi di superlativi”. – 2. Segue: due “trattamenti inumani e degradanti”. – 3. L’“ergastolo senza fine” tra pena di morte e tortura. – 4. Quando la pena ha da essere davvero “senza fine”. – 5. Il rilievo del “tempo” che passa e del “cambiamento” che può portare con sé. – 6. I rimedi all’ergastolo ostativo: sono davvero idonei? – 7. Esiti.

1. È noto come la persona carcerata si muova, per definizione, entro *coordinate spaziali e temporali* alquanto particolari e assai diverse da quelle di chi vive in libertà.

La *dimensione spaziale* in cui vive il recluso – già assai compressa – può poi addirittura dar luogo al cosiddetto “sovrappollamento”: una vera e propria aberrazione dell’esperienza carceraria, specie se vissuta in un regime che si vorrebbe democratico e fondato sul rispetto della persona. Tale fenomeno costituisce infatti un conclamato esempio di trattamento inumano e degradante, perciò in contrasto con numerose norme della Costituzione italiana (artt. 2, 3, 13, 27), oltre che con l’art. 3 della Convenzione EDU: lo ha espressamente riconosciuto la stessa Corte di Strasburgo nella famosa “sentenza pilota” *Torreggiani c. Italia*, 8 gennaio 2013 (ma lo stesso assunto è stato espresso in molte altre sue decisioni)¹.

Dunque, nel *sovrappollamento* – stravagante “superlativo di un superlativo”² – la dimensione spaziale della pena rivela una sua palese “patologia”. Una “deviazione di percorso” che genera conseguenze assolutamente invasive sullo stretto piano costituzionale. Senza chiamare in

* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara*

¹ Già prima della sentenza *Torreggiani* – che ai §§65 e ss. elenca una copiosa giurisprudenza CEDU conforme – l’Italia è stata condannata, per le medesime ragioni, nell’altrettanto nota sentenza *Sulejmanovic c. Italia* 16 luglio 2009, n. 22635/03.

² A. PUGIOTTO, *Aprire le celle alla Costituzione*, in F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, Roma, 2012, p. 228.

causa il concetto di dignità – il quale entra però senz'altro in gioco in tali casi ed è, dunque, utilizzato dalla stessa giurisprudenza CEDU (sentenza Torreggiani compresa) – il sovraffollamento impedisce infatti di raggiungere la finalità rieducativa della pena *ex art. 27, comma 3, Cost.*; ostacola la risocializzazione del condannato; lo rende oggetto di un trattamento contrario al senso di umanità (ancora *contra l'art. 27, comma 3*), sottoponendolo, in aggiunta, a un'evidente violenza fisica e morale, la quale si aggiunge (illegittimamente) al *quantum* di pena che gli è stato comminato (violandosi, così, anche l'art. 13, comma 4, Cost.).

A ben vedere – però – anche l'inevitabile (e peculiare) *dimensione temporale* della pena può debordare, a sua volta, verso un “superlativo del superlativo”.

Occorre infatti prendere atto dell'esistenza, nel nostro ordinamento, non solo di un ergastolo “comune” e “ordinario” – che già parrebbe collocarsi al *top* delle pene – ma anche della ben distinta realtà di un “ergastolo (davvero o tendenzialmente) perpetuo”, “ostativo”, “di durata indefinita”. Come a dire che esiste certo l'ergastolo, ma, al di là del perimetro temporale tracciato da quello “di base” – variamente ridimensionabile in base ai risultati della risocializzazione – ne esiste un'ulteriore tipologia ancora più estrema, escludente, risolutiva, spesso invincibile. Un ergastolo che quasi si sovrappone (fino talvolta a identificarsi) con l'autentico e irreversibile “fine pena mai”, e per il quale, cioè, il superamento della potenziale perpetuità – senza dire della totale esclusione dai vari benefici premiali previsti per il reo – appare ben «più difficile, ... più stretto che in quello ordinario, con [ancora] maggiore compressione dunque della finalità rieducativa»³. La parola “ergastolo” è insomma la stessa; gli effetti delle varie sottospecie di questa pena dal medesimo *nomen* sono, però, concretamente molto diversi.

Mutatis mutandis, osservazioni analoghe valgono altresì per quella congerie di pene (in espansione) non ridimensionabili, né alleviabili da benefici penitenziari nonostante i progressi del reo sul fronte della sua emenda: è il caso delle c.d. preclusioni ostative disciplinate all'art. 4-*bis* dell'ord. pen.

2. La seconda (ben più severa) versione della pena perpetua appena evocata – l'ergastolo “ostativo” appunto, ovvero la condanna a vita e senza possibilità di accesso a benefici premiali, comminata a chi si sia reso colpevole dei reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. e, pur essendo in condizioni di collaborare con la giustizia, non si adegui a quanto previsto dall'art. 58-*ter* ord. pen. – si presenta assai simile, si diceva, a un vero ergastolo senza rimedio. Per questo motivo essa ha quindi tutta l'aria di configurarsi quale l'equivalente sul piano temporale (anche considerando i vari benefici penitenziari altrimenti possibili e

³ Così (efficacemente) scrive F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in questo volume. §3.

qui non concessi), di quanto incarnato dal “sovraffollamento” sul versante spaziale dell’esperienza carceraria.

Lo conferma (indirettamente) la stessa giurisprudenza della Corte EDU, nella quale si è progressivamente imposta la tesi per cui l’ergastolo senza concrete (o almeno sufficienti) possibilità di rimodulazione della pena – pur in presenza di buoni risultati sul piano della risocializzazione del reo – costituisce una patente violazione dell’art. 3 della Convenzione; come il sovraffollamento, anche una simile tipologia di “pena perpetua” (o “quasi perpetua”) dà infatti luogo a un trattamento inumano e degradante⁴.

Sul piano temporale, la CEDU esige pertanto un ripetuto riscontro dei progressi concretamente compiuti dal condannato⁵, così come – sul versante spaziale – essa pretende il rispetto di alcune condizioni minime atte a preservare il condannato da situazioni di inumano sovraffollamento (e che la sentenza Torreggiani si pregia di enucleare).

Come tuttavia si dirà, l’ergastolo ostativo – nella disciplina ospitata dal nostro ordinamento penitenziario – prescinde proprio da un simile (sufficiente, ragionevole ed efficace) apparato di riscontri. Esso può venire infatti ridimensionato (e attratto nella più “mite” orbita di disciplina dell’ergastolo che ammette la possibile concessione di permessi premio *et similia*) in base ad “indici” che – per quanto progressivamente ricalibrati e messi a fuoco dalla giurisprudenza⁶ – appaiono comunque decisamente asfittici (e nient’affatto risolutivi) proprio sul versante del riscontro della rieducazione-risocializzazione del reo⁷. Analoghe considerazioni valgono tuttavia per l’intera platea delle preclusioni ostative. Altri se ne sono occupati in questa sede ma – per quanto d’interesse – se ne dovrà dire (succintamente) anche più oltre.

3. Non senza buone ragioni, è stato così possibile argomentare che l’ergastolo ostativo, in quanto “superlativo” dell’ergastolo ordinario – pena potenzialmente senza termine o con una possibilità solo teorica di essere ridimensionata (pur a fronte di un obiettivo recupero del reo) – oltre a essere un peculiare esempio di trattamento inumano e degradante, rappresenterebbe, di fatto, una «pena di morte nascosta»⁸. Come la pena di morte – ma con altri “mezzi” – esso azzerava infatti le possibilità del condannato di “riprendersi la

⁴ Si v. la giurisprudenza citata da V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine” e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in questo volume, *passim*.

⁵ Corte EDU, Grande Camera, sentenza Vinter 9 luglio 2013.

⁶ Si v., ad esempio, le sentt. n. 357/1994 e n. 68/1995.

⁷ Un’ampia disamina delle incongruenze che questo quadro determina è svolta da A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI - A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, spec. pp. 77 ss., 87 ss., 125 ss., 133 ss., 141 ss., 149 ss.

⁸ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, cit., p. 128 ss., ma, dello stesso A., si v. già *Una quaestio sulla pena dell’ergastolo*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 marzo 2013.

vita” anche quando lo meriterebbe. Esso è insomma «privazione di vita perché privazione di futuro, azzeramento di ogni speranza, amputazione dal consorzio umano»⁹. Lo conferma la fredda determinazione dell'*escamotage* burocratico con il quale si indica la data di scadenza della pena riportata nei documenti carcerari di chi vi è sottoposto: il 9999. Un traguardo temporale non a caso definito «metafisico»¹⁰, proprio com'è letteralmente “metafisica” (almeno per certi versi) la morte.

Del resto – com'è noto – lo stesso Beccaria preferiva l'ergastolo alla pena di morte non in quanto pena più mite e umana, bensì – al contrario – proprio perché lo riteneva maggiormente afflittivo¹¹. In base a tali coordinate – e se è vero che il più comprende il meno – l'ergastolo dovrebbe dunque essere assunto quale una pena di morte all'ennesima potenza. E se nel nostro ordinamento – dopo la legge di revisione costituzionale n. 1/2007 – è ormai costituzionalmente vietata la pena di morte (art. 27, comma 4), tale dovrebbe dunque essere anche questa tipologia di ergastolo: in quanto tendente allo stesso effetto o – per portare fino in fondo la riflessione di Beccaria – perché produttiva di effetti addirittura più “cruenti” di una pena capitale.

Non solo. L'ergastolo senza rimedio (o con rimedi solo apparenti e troppo “grossolani”) rivela un'inquietante somiglianza con la tortura: come la tortura finisce quando finisce, senza che sia possibile conoscere in anticipo il momento in cui (e se) terminerà¹². Come la tortura – e considerando gli indici in base al quale, come vedremo, tale ergastolo può essere mitigato – pone il condannato di fronte al dilemma se privilegiare se stesso o danneggiare (direttamente o indirettamente) altri soggetti (colpevoli o, perché no, addirittura incolpevoli); come la tortura può quindi indurre (anche) a dire il falso. Se ne riparlerà comunque più oltre¹³.

Posto quindi che l'art. 13, comma 4, vieta la tortura e le altre violenze fisiche e morali sulle persone *in qualsiasi modo private della libertà personale*, lo stesso dovrebbe valere anche per l'ergastolo senza rimedio (o corredato da rimedi non adeguati, pretestuosi e solo di facciata); in quanto, cioè, trattamento inumano e degradante che, pur avendo altro nome e forma diversa, alla tortura (e alla stessa pena di morte) finisce per assomigliare moltissimo.

⁹ A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, Roma 2012, p. 131.

¹⁰ A. PUGIOTTO, *Progettare lo spazio della pena: il fatto, il non fatto, il mal fatto*, in F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Volte e maschere della pena*, Roma 2013, p. 68.

¹¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Le Monnier, Firenze 1950, p. 249 ss. Tra i primi a sottolineare adeguatamente questo profilo del pensiero dell'illuminista milanese è stato I. MEREU, *La morte come pena*, Espresso Strumenti, Milano 1982, p. 94.

¹² A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 139.

¹³ V. *infra* § 6.

4. Sia chiaro: vi possono essere casi in cui la pena perpetua può (o addirittura deve) senz'altro mantenersi concretamente e lungamente tale. Quando, ad esempio, faccia seguito a fattispecie gravissime e a vicende in cui il necessario tendere della pena – anche di questa pena – alla rieducazione del condannato, non consegua – nonostante gli sforzi volti a recuperare il soggetto – alcun risultato; ipotesi in cui il condannato preserva ed esercita cioè il diritto di non deviare dalla patologia criminale che ne ha già suggerito i comportamenti, legittimando così la difesa che la società si attrezza ad approntare nei suoi confronti.

È quanto pare ricavarsi tra le righe di ciò che sostiene anche la giurisprudenza della Corte EDU, laddove essa afferma che l'ergastolo non è in sé incompatibile con la Convenzione¹⁴: insomma, dipende.

Se si preferisce¹⁵, può però anche auspicarsi – con forse maggior rigore teorico – l'abolizione della pena perpetua (o simil tale) dall'ordinamento, corredando, però, tale scelta con l'opportuna applicazione di misure di sicurezza che, in quanto tali, non possano venire revocate se non quando il soggetto non abbia effettivamente cessato di manifestare la sua pericolosità¹⁶.

Ciò che però appare davvero illegittimo – usando le stesse chiavi di lettura adottate dalla citata giurisprudenza EDU in materia di ergastolo¹⁷ – è però il sostanziale automatismo con il quale questa pena può divenire davvero invincibile e indiscutibile *ex art. 4-bis* dell'ordinamento penitenziario italiano, a prescindere, cioè, dai concreti progressi compiuti dal reo¹⁸. Lo si legge anche nell'importantissima sentenza della CEDU, Viola c. Italia n. 2 del 13 giugno 2019 (ric. n. 77633/16): il meccanismo tracciato dall'*art. 4-bis* non impedisce, in assoluto, di alleviare la condanna all'ergastolo ma – di fatto – limita

¹⁴ V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine”*, cit., §3, il quale sottolinea pertanto che la Corte EDU «ha giudicato inumano il mantenimento in detenzione quando questo, nel corso del tempo, diventi ingiustificato in rapporto alla finalità rieducativa della pena» (§ 2); è dunque in contrasto con la Convenzione una disciplina che non consenta la liberazione del condannato quando questi abbia perseguito e raggiunto la sua emenda, mentre la lunga durata della pena ancora da sopportare ne faccia venir meno la proporzionalità (§. 3). A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 112 s. afferma pertanto che – a suo avviso – «lo standard di tutela fissato in Costituzione resta... più elevato di quello ora ricavato in via interpretativa dalla CEDU», il quale non esclude a priori la possibilità di un ergastolo davvero senza fine. Per un'analisi dell'evoluzione positiva giurisprudenza della Corte EDU in materia di ergastolo, sino alla parziale «battuta d'arresto» rappresentata dalla sentenza della sez. IV, 3 febbraio 2015 e ribadita dalla Grande Camera, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. regno Unito* – ora superata dalla recentissima sentenza *Viola c. Italia n. 2 – v. D. GALLIANI, Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in *Studium Iuris* 2017, p. 968 ss.

¹⁵ F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo*, cit., § 3.

¹⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2007, p. 826.

¹⁷ Si rinvia ancora a V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine”*, loc. cit.

¹⁸ Sulla decisa contrarietà dell'ergastolo ostativo con la funzione rieducativa della pena si v., tra gli altri, le osservazioni di E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, p. 32 s.

«eccessivamente» l'accesso del reo alle misure premiali, oltre che la possibilità di un sempre aggiornato riesame della pena che gli è stata comminata in base ai risultati raggiunti¹⁹.

Alla medesima conclusione può giungersi valorizzando (e conducendo al suo logico sviluppo) quel solido filone della giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente eliminato gli automatismi normativi che impedivano l'applicazione dei benefici penitenziari a prescindere dal percorso di risocializzazione del condannato all'ergastolo²⁰. Una sequela di pronunce in continuo consolidamento, che ha però conosciuto un'improvvisa battuta d'arresto a seguito della recente sentenza n. 188/2019: in essa – infatti – il richiamo alla necessità di rispondere a un troppo evanescente “allarme sociale” finisce per giustificare, in pratica, un meccanismo senz'altro di tal tipo, vanificando le più raffinate distinzioni e i più complessi ragionamenti “personalistici” adottati in altre pronunce della stessa Consulta²¹.

Sul piano interno e sovranazionale è comunque (e insomma) prevalsa (opportunamente) l'idea per la quale va sempre praticata una valutazione individualizzata e calibrata del percorso concretamente intrapreso dal reo e dei risultati da esso così raggiunti; un'attenta analisi «del caso concreto» in cui egli è avvolto, un giudizio diacronico sul suo concreto atteggiamento, il quale rimane «nel tempo comunque rivedibile»²²: solo questo approccio consente che chi è sottoposto alla pena dell'ergastolo operi un effettivo «cambiamento di personalità», ovvero proceda a una vera «ricostruzione della propria personalità», dovendosi, di conseguenza, costantemente agevolare la «stima giudiziale dei progressi compiuti dal condannato»²³: con tutto ciò, ovviamente, che dovrà derivarne.

Come si trova quindi scritto nella sentenza Vinter della Corte EDU²⁴, «anche quando l'ergastolo è una punizione meritata alla data in cui viene inflitta, *col passare del tempo* essa non garantisce più una sanzione giusta e proporzionata»²⁵. La recente e già citata sentenza CEDU, Viola c. Italia n. 2, rincara ulteriormente la dose, aggiungendo la giusta convinzione per cui «la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso. Essa può evolvere», mentre un ergastolo perpetuo o quasi perpetuo, quale quello previsto (accanto a quello ordinario) nell'ordinamento italiano, impedisce una ponderata e attenta verifica dell'«evoluzione» del detenuto «verso la risocializzazione». I motivi sono stati già illustrati da molti ma verranno ulteriormente richiamati (per quanto utile e davvero per sommi capi)

¹⁹ Si v. specialmente il § 110.

²⁰ V., ad esempio, le sentt. n. 57/2013, n. 105/2014, n. 239/2014, nonché, da ultimo, la chiarissima sent. n. 149/2018.

²¹ Per motivate critiche v. F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo*, cit., § 6.

²² Sent. n. 149/2018.

²³ Si v. ancora la sent. n. 149/2018.

²⁴ Sulla quale cfr., molto nitidamente, D. GALLIANI, *The right to hope. La sentenza Vinter e altri v. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris* 2013, p. 404 ss.

²⁵ Corsivo non testuale.

più oltre; tenendo altresì conto che queste considerazioni sono idonee a stendersi su tutte le preclusioni ostative

5. Gli automatismi punitivi, e le connesse presunzioni legali, di norma fissano insomma un *istante*. Gli uni e le altre non si aprono, cioè, all'*evoluzione diacronica* della personalità del condannato e non consentono di saggiarne gli effettivi progressi. Scattano una “fotografia” destinata assai spesso a sbiadire; non proiettano un film teso a registrare come il reo muti davvero (o no) – nel tempo – il proprio essere nel mondo.

Di contro, riaffermare (e tradurre in un’adeguata normativa) la necessità che la pena perpetua (o non alleviabile da alcun beneficio) sia sempre rivedibile in base a una serie di indici che provino l’effettiva rieducazione del reo, rispecchia – anche su questo peculiare terreno – le modalità con le quali la Costituzione introietta nella sua trama il tema del “tempo” e del “cambiamento”²⁶.

Se ne trova conferma in una serie di fattori convergenti.

Lo testimonia la cospicua giurisprudenza costituzionale sulla personalizzazione della pena, tesa a colpire ogni automatismo semplicistico e ogni presunzione legale nient’affatto in grado di registrare quanto effettivamente accade ed evolve²⁷.

Lo confermano, in aggiunta, gli istituti (d’inevitabile creazione giurisprudenziale) tesi a registrare le “illegittimità costituzionali sopravvenute” e i connessi “anacronismi legislativi” causati da una progressione (nel tempo) di una serie di trasformazioni fattuali²⁸.

Lo conferma il principio personalista di cui agli artt. 2, 3 (e altri) della Cost., il quale – facendo perno sulla dinamica dei diritti inviolabili dell’uomo – esige una costante apertura dell’ordinamento verso quanto favorisce lo

²⁶ Su tale profilo, non troppo frequentato dai costituzionalisti, si v. almeno M. D’AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus* 1992, p. 39 ss.

²⁷ Si v., ad esempio, la limpidissima sent. n. 189/2010, punto 3 del *Considerato in diritto* (che rinvia anche ad altre pronunce). Cfr. anche, tra le altre, la sent. n. 68/2012. Utili conferme, a tal proposito, provengono dalla giurisprudenza in materia di giustizia minorile: cfr., tra le altre, la sent. n. 109/1997.

²⁸ Sulle varie ragioni che ne giustificano l’utilizzo v., ad esempio, R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, p. 536 ss. Tra gli esempi più classici di anacronismo legislativo è spesso riportata la cospicua successione di pronunce costituzionali che hanno legittimato il progressivo abbandono del monopolio statale in materia radiotelevisiva. Oppure, ancora, la successione tra le sentenze n. 64/1961 e n. 126/1968 (in materia di adulterio femminile). Anche la sent. n. 161/1985 (che dichiara infondata la *quaestio* proposta contra la legge che disciplina la rettifica dei tratti sessuali) è di norma considerata il frutto del progressivo recepimento di un nuovo concetto di identità sessuale. Grande spazio, su questo versante, ha comunque l’aggiornamento scientifico; da qui l’emergere di una sorta di «principio di ragionevolezza scientifica delle leggi in materia scientifica»: v. S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività scientifica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, spec. p. 434 ss.

“svolgimento della personalità” e il “pieno sviluppo della persona umana”, ovvero una sempre possibile trasformazione/evoluzione dei singoli.

Lo ribadisce il principio pluralista – variamente declinato nella Carta – il quale, unendosi allo stesso principio personalista, esalta il sempre esercitabile diritto di *exit* dalle proprie precedenti collocazioni ideali, sociali, politiche, sindacali, persino familiari o delinquenziali ecc²⁹.

Si tratta, poi, di un assunto tipicamente compreso nel DNA dei diritti sociali, i quali invocano una costante trasformazione (nel tempo) delle insoddisfacenti condizioni di partenza della “persona umana”³⁰.

Ed è altresì una logica sottesa alla dinamica – del tutto aperta al futuro – dei cosiddetti “nuovi diritti”, spesso neppure prevedibili nel loro conio eppure ininterrottamente generati dal volano messo in moto dall’acorta e aggiornata combinazione interpretativa dei diritti fondamentali già sanciti dalla Costituzione³¹.

Questa congerie di fattori (certamente diversi nella loro fisionomia) conferma insomma la contrarietà della Costituzione alle soluzioni definitive, agli ingabbiamenti troppo grossolani, all’irreversibilità delle scelte che non siano dettate da una matura autodeterminazione dello stesso interessato (e non già da una decisione dello Stato “sul” singolo). La nostra Carta elimina dunque (e definitivamente) dal proprio orizzonte ciò che rende impossibile il cambiamento, l’evoluzione, le soluzioni flessibili e calibrate. Ad esempio, esclude e ripudia il fascismo, il totalitarismo e la guerra, le semplificazioni di stampo razzista o le categorie forgiate sul “tipo” di persona e dei condannati, rifiuta ogni dignità giuridica ai pre-giudizi, nega che chicchessia possa venir totalmente privato dei diritti (anche se fosse in carcere o si trovasse immerso nelle fasi finali della vita), così come contrasta l’imposizione di un loro uso paradossalmente predefinito ed eterodeterminato.

Anche da questo quadro (certo sommario) si scorge il retroterra dal quale scaturisce la profonda avversione che l’ordinamento ha dedicato, nel tempo, alla già menzionata pena di morte, quale sanzione che rende tipicamente irrimediabile l’errore compiuto sui destini altrui. La definitiva (e citata) “correzione” incorporata nell’art. 27, ultimo comma, Cost., porta dunque a compimento quanto era già, sia pur solo in parte, anticipato nella precedente

²⁹ Principio personalista e pluralista si fondono tra loro e creano, in tal modo, i presupposti di «un grande processo di emancipazione personale e sociale», senza che la Costituzione indichi «un preciso modello di società»: M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI - G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione inattuata alla Costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano 2013, p. 61.

³⁰ P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2011, p. 489, sottolinea pertanto come i diritti sociali siano espressione del principio di solidarietà e solo mediante la loro dettagliata previsione la Costituzione del 1948 «completa... il catalogo dei diritti fondamentali contenuti nella prima parte» della stessa.

³¹ Sul tema si v. ad esempio F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995.

versione della stessa norma (la quale vietava la pena di morte ma faceva salvi i casi previsti dalle leggi penali militari di guerra), nonché esalta – soprattutto – l’ulteriore correzione inserita dalla legge 13 ottobre 1994, n. 250, la quale ha finalmente espunto dal Codice penale militare di guerra ogni riferimento alla pena capitale, neutralizzando – di fatto – quanto pur continuava a potersi astrattamente ammettere in base al dato testuale dell’art. 27.

Se ci si è insomma posti il problema di estirpare dall’ordinamento la “morte come pena” (anche) in quanto sanzione irrimediabile nei confronti di persone che potrebbero essere innocenti, analogamente dovrebbe escludersi la possibilità di correggere l’ergastolo ostativo solo in presenza di un comportamento collaborativo che – nonostante la condanna definitiva – potrebbe, di fatto, essere variamente inesigibile per il soggetto (perché magari innocente, perché non ha nulla da dire, perché magari teme che, parlando, metterebbe in pericolo i suoi cari, perché non vuole ottenere la libertà a scapito altrui altri ecc.).

A tal proposito, va insomma rilevato come una simile evoluzione normativa sottolinei la propensione più autentica della nostra Carta, indebolendosi – di risulta – quanto si trova affermato nella (per altri versi assai rilevante) sentenza n. 306/1993³²; ovvero che non avrebbe giuridica rilevanza il fatto che il condannato si professi innocente, posto che, dopo la condanna, una tale evenienza assume rilievo solo a seguito dell’avvio dell’apposita procedura di revisione. Non è insomma detto che la procedura di revisione sia l’unica risorsa per reagire a una condanna non meritata o, quanto meno, per “ridurre il danno” provocato da un errore giudiziario; anche l’accesso ai benefici penitenziari e l’osservazione diacronica del condannato possono fungere (almeno) da paracaduti per un ordinamento che non esclude, in realtà, la possibilità dell’errore giudiziario o una pena sempre più calibrata (anche) sul mutamento di personalità del reo nel corso del tempo.

6. A questo punto si colloca la domanda che costituisce il più autentico oggetto delle due *quaestiones* poste all’attenzione della Consulta (e che è sin qui solo aleggiata tra le righe di questo intervento): occorre dunque domandarsi se le condizioni in presenza delle quali il nostro ordinamento consente che l’ergastolo ostativo possa venire rimodulato e concretamente depotenziato mediante l’accesso ai benefici premiali siano tali da realizzare effettivamente il disegno costituzionale appena (sia pur per sommi capi) illustrato.

La risposta pare dover essere negativa, come altri hanno già abilmente motivato.

È infatti intrinsecamente irragionevole far dipendere – in modo peraltro non risolutivo³³ – l’accesso ai benefici penitenziari del condannato per un reato ostativo da una condotta di collaborazione *ex art. 58-ter* dell’ord. pen., la quale

³² Punto 11 del *Considerato in diritto*.

³³ Si rinvia alle osservazioni sviluppate *supra*, in questo volume, da Stefania Carnevale.

può costituire il mero «frutto di valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione»³⁴.

Né ciò tiene conto che – al contrario – vi può essere un effettivo ravvedimento del condannato senza che ciò si traduca in una conseguente collaborazione. È quanto avviene nelle circostanze opportunamente evidenziate anche nella menzionata sentenza Viola c. Italia n. 2 della Corte EDU, nella quale si afferma (sensatamente) che la scelta del condannato di non collaborare con la giustizia può non essere affatto libera, essendo invece condizionata anche dal timore di ritorsioni per sé e per i componenti della propria famiglia. In tali casi, il rifiuto di collaborare non è insomma indice di pericolosità sociale né di refrattarietà al percorso di risocializzazione³⁵. Tutti argomenti (e precedenti) che anche *ex artt.* 11 e 117 Cost. – nonché in base alla sua recente giurisprudenza in materia (e, dunque, a pena di adottare una decisione che potrebbe risultare poi del tutto incongrua) – la Consulta non può più pretermettere dai suoi *itinerari* logici. E ciò anche se questi parametri non venissero menzionati nel *thema decidendum*, proprio perché fatti propri da una consolidata giurisprudenza della stessa Corte EDU che, in quanto tale, s’impone – ripete il nostro giudice di legittimità – quale parametro interposto. Lo prova la stessa naturalezza con cui, nelle circostanze ora all’esame della Consulta, gli stessi remittenti menzionano (e si appoggiano) alla giurisprudenza della Corte EDU pur senza premurarsi di evocare i relativi parametri di richiamo contenuti in Costituzione.

Lo stesso rimettente perugino – analogamente a quanto si rinviene nella *quaestio* promossa dalla Cassazione – chiede pertanto alla Corte costituzionale di far sì che si possano finalmente «valutare nel caso concreto le ragioni che hanno indotto l’interessato a mantenere il silenzio». E sottolinea come lo *status* di condannato non faccia venir meno il “diritto al silenzio” comunque motivato (come si evince anche dall’ord. cost. n. 117/2019, opportunamente citata dal giudice *a quo*, nella quale peraltro si appoggia una simile prerogativa a «norme costituzionali, europee e internazionali»)³⁶.

Né paiono risolutivi, in senso contrario, i già menzionati interventi mediante i quali la Corte costituzionale ha meglio precisato che la “collaborazione” evocata ai fini dell’ottenimento dei benefici penitenziari da parte del condannato per un reato ostativo debba comunque essere “esigibile” e “possibile”³⁷, riducendo certo – ed è comunque un merito – lo spazio d’azione di un limite sin lì troppo gravoso all’accesso ai trattamenti premiali.

Neppure condivisibile appare il troppo sbrigativo assunto per il quale subordinare l’accesso ai benefici penitenziari alla riscontrata collaborazione con

³⁴ Così nella condivisibile sent. n. 306/1993, punto 9 del *Considerato in diritto* (*contra* quanto affermato nelle sentt. n. 273/2001, n. 135/2003 e n. 239/2014).

³⁵ V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine”*, cit., § 3 e A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, cit., 151 ss.

³⁶ Punto 4 del *Considerato in diritto*

³⁷ Sentt. n. 306/1993, n. 357/1994, 68/1995, n. 135/2003.

la giustizia, significa rimettere alla scelta del condannato la possibilità di accedere al beneficio, legittimando, con ciò, la scelta del legislatore di assumere quale «criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare “il sicuro ravvedimento” del condannato»³⁸.

Anche a prescindere da quanto appena affermato *supra* in riferimento alle ragioni che possono indurre il condannato al silenzio, tale argomento prova troppo e già *prima facie* rivela tutta la sua aleatorietà.

La possibile collaborazione del reo costituisce certo un elemento da prendere in considerazione nel percorso di recupero del condannato, ma è del tutto irrazionale e semplicistico farlo assurgere a requisito e a prova esclusivi di tale risultato³⁹. Vale quanto già precisato a proposito delle variegata ragioni che possono indurre il reo a tacere; rileva altresì che altri indici, ben più raffinati, potrebbero testimoniare come i risultati rieducativi raggiunti dal condannato testimonino i suoi effettivi passi in avanti nel percorso di risocializzazione.

Né può diventare una colpa aggiuntiva – come già si accennava – non essere addirittura in grado di collaborare, non avere nomi da denunciare, non voler danneggiare altre persone alle quali si è affettivamente vicini, essere persino innocenti.

L'intrinseca irrazionalità di tale disciplina emerge altresì riflettendo sul fatto che l'ergastolano “senza scampo” (o quasi senza rimedio), e non intenzionato (o non in grado) di svolgere una fattiva collaborazione, può comunque vedersi applicato (in astratto) il beneficio della liberazione anticipata⁴⁰. Tuttavia, un tale riconoscimento gli è del tutto inutile, posto che esso non potrà influire sulla durata della detenzione, né potrà svolgere lo scopo per cui è stato effettivamente concepito – ossia favorire il reinserimento sociale del reo – posto che, pur avendo diritto al beneficio (ed essendogli ciò riconosciuto), egli non potrà comunque farne uso se non – come sempre – dopo aver collaborato⁴¹. Come nello spazio di un imbuto, tutto torna comunque a transitare (e a trovare una diga) nello stesso punto.

Un percorso così intricato e barocco – oltre che esplicitamente ripiegato su se stesso fino a diventare privo di senso – evidenzia tutta la sua cristallina irragionevolezza: che senso ha riaffermare il diritto a godere del beneficio se – di fatto – tutto cospira al fine di renderlo normativamente impossibile? Che senso ha – ancor prima – subordinare la concessione dei benefici a comportamenti non adeguatamente significativi di un reale ravvedimento?

³⁸ Sent. n. 273/2001, ribadita da sent. n. 135/2003.

³⁹ Si v. la giurisprudenza CEDU già richiamata e citata da V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine”*, loc. cit., nonché, da ultimo, la già più volte menzionata sentenza Viola c. Italia n. 2.

⁴⁰ Sent. n. 306/1993.

⁴¹ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 81-82.

7. Da ciò, dunque, deriva la più che ragionevolmente sostenibile illegittimità dell'art. 4-*bis* ord. pen., aggredita, nel caso specifico, attraverso le lenti delle due diverse fattispecie tradotte nelle ordinanze di rinvio adottate dalla Corte di Cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia. Ossia con riguardo ai negati "permessi premio" nei confronti del condannato che abbia agito al fine di favorire associazioni di tipo mafioso, ovvero di colui che, ancor più nettamente, risulti essere un vero e proprio affiliato alla criminalità organizzata e si ostini a non collaborare.

Una dichiarazione di contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. che – se effettivamente pronunciata – potrebbe costituire l'utile aggancio per una serie di ulteriori pronunce di illegittimità costituzionale consequenziale con riguardo ai benefici diversi dal permesso premio: la sentenza CEDU Viola c. Italia n. 2 riguardava, non a caso, la mancata concessione della liberazione condizionale⁴².

Ma la Corte potrebbe addirittura affossare la preclusione ostativa in sé, senza magari avventurarsi a selezionare i reati ostativi per i quali sarebbe consono (o meno) eliminare simili preclusioni, ovvero senza distinguere misura premiale da misura premiale. Una tale operazione parrebbe infatti più consona all'attività del legislatore⁴³ e comunque non sopirebbe le perplessità che già si nutrono sulla disciplina ostativa degli altri istituti premiali e sul modo col quale essi continuerebbero a determinare il destino di numerosi ergastolani ostativi aventi (magari) già maturato il diritto a usufruire di un trattamento premiante.

Meglio sarebbe perciò eliminare sin da subito quanto appare davvero lesivo di diritti fondamentali – se così si ritenga – senza dover attendere l'avvio di quel faticoso effetto a grappolo che, in tali casi, porterebbe via altro tempo, provocando altre violazioni e sofferenze.

⁴² Queste le norme costituzionali usate dai rimettenti quali parametri. Nessun richiamo è invece effettuato all'art. 117 Cost. (benché la giurisprudenza della Corte EDU sia evocata in entrambe le ordinanze di rinvio), né all'art. 13, comma 4.

⁴³ Considerazioni (anche problematiche) sul punto in F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo*, cit., § 6.

1. Elettori legislatori? *Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale* (Ferrara, 13 novembre 1998), Giappichelli, Torino 1999, pp. XII-284
 2. Il "caso Previti". *Funzione parlamentare e giurisdizionale in conflitto davanti alla Corte* (Ferrara, 28 gennaio 2000), Giappichelli, Torino 2000, pp. XIV-298
 3. Stranieri tra i diritti. *Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione* (Ferrara, 26 gennaio 2001), Giappichelli, Torino 2001, pp. XVIII-250
 4. Rogatorie internazionali e dintorni. *La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale* (Ferrara, 29 gennaio 2002), Giappichelli, Torino 2002, pp. XVIII-294
 5. La parità dei sessi nella rappresentanza politica. *In occasione della visita della Corte costituzionale alla Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara* (Ferrara, 16 novembre 2002), Giappichelli, Torino 2003, pp. X-254
 6. Il "caso Cossiga". *Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?* (Ferrara, 14 febbraio 2003), Giappichelli, Torino 2003, pp. XX-460
 7. La laicità crocifissa? *Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici* (Ferrara, 28 maggio 2004), Giappichelli, Torino 2004, pp. XXII-340
 8. Ai confini del "favor rei". *Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia* (Ferrara, 6 maggio 2005), Giappichelli, Torino 2005, pp. XXIV-388
 9. La grazia contesa. *Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale* (Ferrara, 24 febbraio 2006), Giappichelli, Torino 2006, pp. XXXII-340
 10. All'incrocio tra Costituzione e CEDU. *Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo* (Ferrara, 9 marzo 2007), Giappichelli, Torino 2007, pp. XXII-270 [e-book]
 11. Dalla provetta alla Corte. *La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio* (Ferrara, 19 aprile 2008), Giappichelli, Torino 2008, pp. XXVI-232 [e-book]
 12. Il lodo ritrovato. *Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008* (Ferrara, 27 marzo 2009), Giappichelli, Torino 2009, pp. XXIII-319 [e-book]
 13. La società naturale e i suoi nemici. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio* (Ferrara, 26 febbraio 2010), Giappichelli, Torino 2010, pp. XXII-401 [e-book]
 14. Nel "limbo" delle leggi. *Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?* (Ferrara, 16 dicembre 2011), Giappichelli, Torino 2012, pp. XXIV-337 [e-book]
 15. Il Presidente intercettato. *Un inedito conflitto tra il Capo dello Stato e la magistratura requirente, 2012* (Seminario *on line* ospitato sulla piattaforma web del *Forum di Quaderni Costituzionali*)
- ****
16. Per sempre dietro le sbarre? *L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, (Ferrara, 27 settembre 2019), 2019, pp. XXVII-178 [in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rassegna, n. 10 del 2019]