

L'eliminazione apparente dell'ergastolo ostativo: un commento a prima lettura del decreto-legge n. 162 del 2022

ELEONORA SANTORO*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Un atto simbolo del nuovo Governo. – 3. La nuova disciplina dell'art. 4-*bis* o.p. – 4. Un'occasione sprecata.

Data della pubblicazione sul sito: 7 gennaio 2023

Suggerimento di citazione

E. SANTORO, *L'eliminazione apparente dell'ergastolo ostativo: un commento a prima lettura del decreto-legge n. 162 del 2022*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico nell'Università degli studi di Firenze.
Indirizzo mail: eleonora.santoro@unifi.it.

1. Premessa

Il presente contributo, redatto nei giorni immediatamente successivi alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto-legge n. 162 del 2022, cerca di offrire un commento a prima lettura delle modifiche adottate in tema di ergastolo ostativo e, inevitabilmente, non tiene conto né della pronuncia n. 227 del 2022 della Corte costituzionale, né del disegno di legge n. A.S. 274 di conversione, con emendamenti, del decreto-legge n. 162, intervenuti entrambi in un secondo momento.

Per completezza, con riguardo al giudizio costituzionale, si segnala che con l'ordinanza n. 227 la Consulta ha restituito gli atti alla Corte di Cassazione, affinché verifichi gli effetti della normativa sopravvenuta sulla rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale e proceda ad una nuova valutazione della loro non manifesta infondatezza, dato che le nuove disposizioni – come si legge nel comunicato stampa dell'8 novembre – trasformano da assoluta a relativa la presunzione di pericolosità che impedisce la concessione dei benefici e delle misure alternative a tutti i condannati, *anche* all'ergastolo, per reati ostativi, che non hanno collaborato con la giustizia.

Per quanto concerne la conversione del decreto-legge n. 162, invece, il disegno di legge, approvato con modificazioni al Senato in data 13 dicembre 2022, è ora all'esame della Commissione Giustizia della Camera (A.C. 705). Considerate le tempistiche ristrette per la conversione definitiva, la quale dovrà intervenire entro la fine dell'anno, pare verosimile ritenere che la Camera non apporterà ulteriori modifiche e che, pertanto, il testo definitivo sarà quello approvato al Senato.

2. Un atto simbolo del nuovo Governo

Il primo Consiglio dei Ministri del Governo Meloni ha approvato, su proposta del Ministro della Giustizia Carlo Nordio, il decreto-legge n. 162 del 2022 contenente misure urgenti in tema di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati non collaboranti con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore della riforma del processo penale (d.lgs. n. 150 del 2022), di obblighi vaccinali anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali (c.d. *rave party*). L'esordio legislativo del nuovo Governo ruota attorno alla sicurezza e alla giustizia penale, intervenendo soprattutto, per quel che qui si intende commentare, sulla disciplina dell'ergastolo ostativo.

Sono le stesse dichiarazioni diffuse dal Ministero ad affermare, infatti, che il provvedimento mira ad assicurare – entro il termine dell'8 novembre indicato dalla Corte costituzionale al Parlamento nell'ordinanza n. 122 del 2022 – una risposta al precedente e peculiare monito contenuto nell'ordinanza n. 97 del 2021, con la quale la Consulta aveva fatto ricorso alla tecnica dell'incostituzionalità prospettata

ma non dichiarata, assegnando al legislatore un termine annuale per disciplinare la materia (termine scaduto il 10 maggio 2022).

Diversamente da quanto accaduto nelle altre due ipotesi di utilizzo da parte della Corte di questa tecnica¹, cioè la dichiarazione, in occasione della ripresa del processo costituzionale, dell'illegittimità costituzionale della normativa sottoposta al suo vaglio² a fronte del perpetrarsi dell'inerzia legislativa, nel caso dell'ergastolo ostativo la situazione che i membri della Consulta si sono trovati ad affrontare era parzialmente differente: il 31 marzo 2022 la Camera, infatti, aveva approvato in testo unificato una proposta di legge (C. 1951) in materia di accesso ai benefici penitenziari nel caso di condanna per reati ostativi, che in quel momento (il 10 maggio, appunto) era all'esame del Senato (S. 2574).

Come noto, la Corte costituzionale, dopo una breve camera di consiglio, accogliendo l'istanza di differimento presentata dall'Avvocatura dello Stato, ha rinviato una seconda volta l'udienza, per consentire la prosecuzione dei lavori parlamentari. In disparte qualsiasi considerazione sull'opportunità di un ulteriore rinvio in costanza di un intervento legislativo *in fieri*, è doveroso sottolineare che la discussione in aula al Senato non è mai stata calendarizzata e che, con lo scioglimento anticipato delle Camere, il provvedimento, non essendo stato portato a compimento al termine della legislatura, è decaduto automaticamente.

Inaugurata la nuova legislatura, quel testo approvato alla Camera, con l'astensione dell'attuale maggioranza che lo reputava eccessivamente permissivo, è stato traposto, salvo talune minime modifiche, negli artt. da 1 a 4 del d.l. n. 162/2022.

3. La nuova disciplina dell'art. 4-bis o.p.

Prioritariamente rispetto all'analisi del contenuto dell'intervento normativo, non possono tacersi le perplessità circa la sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza indispensabili affinché, ai sensi dell'art. 77 Cost., il Governo possa adottare provvedimenti provvisori con forza di legge. Se da un lato, infatti,

¹ Il riferimento, *mutatis mutandis*, è al celebre Caso Cappato, v. Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 207 e all'obbligatorietà della pena detentiva per i reati di diffamazione aggravata dall'uso della stampa, v. Corte cost., 9 giugno 2020, n. 132. In questa sede, sia sufficiente ricordare che la Consulta si è spinta sino ad impartire delle indicazioni estremamente dettagliate al legislatore circa l'intervento correttivo da adottare soltanto nella vicenda Cappato, per poi invece diminuire le prescrizioni nelle altre due questioni, con un atteggiamento decisamente più cauto con riguardo all'ergastolo ostativo. Per un'analisi della tecnica decisoria utilizzata nell'ordinanza n. 97 del 2021, paragonata anche ai suoi due precedenti, v. M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos, Osservatorio sulla Corte costituzionale*, 2/2021.

² Cfr. Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242 e 12 luglio 2021, n. 150.

non è revocabile in dubbio che l'Esecutivo non avesse a disposizione altre alternative, se non l'adozione di un decreto-legge, per intervenire – sia pure con una riforma che difficilmente sembra poter soddisfare le richieste della Corte costituzionale – prima dell'udienza dell'8 novembre, dall'altro, non convince fino in fondo che possa essere considerata straordinaria la necessità e l'urgenza di apportare modifiche alla disciplina dell'art. 4-*bis* o.p., in ragione dei moniti rivolti al legislatore e dell'imminenza della data fissata per l'udienza, come indicato in apertura del decreto-legge. Invero, l'urgenza di provvedere tesa ad evitare una decisione del Giudice delle leggi non può che essere addebitata al legislatore stesso, il quale ha accumulato un consistente ritardo nell'intervenire, a maggior ragione tenuto conto dell'ulteriore rinvio concesso dal giudice costituzionale. Con riguardo all'ergastolo ostativo, dunque, il dubbio sull'esistenza dei presupposti che legittimano l'adozione del decreto-legge pare essere quantomeno lecito.

Per quanto concerne la novella normativa, invece, sembra opportuno chiarire sin d'ora che, per alcuni aspetti, la riforma appare addirittura peggiorativa della disciplina censurata dalla Corte costituzionale, in base alla quale era preclusa la concessione della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo per i delitti ostativi di “contesto mafioso”, che non avesse utilmente collaborato con la giustizia e che avesse scontato già 26 anni di carcere (anche grazie ai provvedimenti di liberazione anticipata), a causa di una presunzione assoluta di mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, superabile soltanto per effetto della condotta collaborativa.

In primo luogo, l'art. 1, co. 1, lett. a), n. 1 del decreto-legge apre le modifiche alla l. n. 354/1975 con l'ampliamento del catalogo dei reati ostativi previsti dall'art. 4-*bis* (già particolarmente eterogeneo), stabilendo che il regime ostativo si applica anche «ai delitti diversi da quelli ivi indicati, in relazione ai quali il giudice della cognizione o dell'esecuzione ha accertato che sono stati commessi per eseguire od occultare uno dei reati di cui al medesimo primo periodo ovvero per conseguire o assicurare al condannato o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di detti reati»³. Detto altrimenti, la disposizione consente al giudice della cognizione e dell'esecuzione di accertare il nesso teleologico, consentendo di riconoscere l'ostatività anche in capo a chi abbia commesso un reato aggravato, ai sensi dell'art. 62, n. 2, c.p., o collegato, ai sensi dell'art. 371 c.p.p., indipendentemente da un eventuale cumulo con le pene inflitte per i reati di cui al comma 1, dell'art. 4-*bis* o.p.⁴.

³ Ai sensi della disposizione transitoria di cui all'art. 3, co. 1, del d.l. n. 162 del 2022 la nuova disciplina si applica solo ai reati commessi dopo l'entrata in vigore del decreto, cioè dal 1° novembre 2022.

⁴ R. DE VITO, *Finisce davvero il “fine pena mai”?* *Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Questione Giustizia*, 2 novembre 2022.

Quest'estensione mostra, quindi, una finalità ben lontana dal voler ricondurre l'art. 4-*bis* al suo originario scopo (ossia la lotta, sul versante penitenziario, ai più gravi delitti espressione della criminalità organizzata), dilatando ulteriormente il raggio di applicazione dell'ostatività, con l'inserimento di altre fattispecie di reato all'interno di un catalogo già notevolmente variegato e comprensivo di delitti accumulati fra loro soltanto dal forte allarme sociale. Per di più, la disposizione pone dei problemi rispetto agli elementi probatori da allegare o provare per essere ammessi a fruire dei benefici penitenziari, dato che la qualità della richiesta probatoria rafforzata (allegazione di elementi tali da escludere non solo l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche il pericolo del loro ripristino) assume dei connotati diversi a seconda che essa venga posta nei confronti di chi non è propriamente affiliato all'organizzazione criminale oppure di un "partecipe". Proprio in questo senso, coloro che vengono condannati per un delitto aggravato secondo la nuova disciplina stabilita dal decreto potrebbero facilmente essere dei soggetti estranei al sodalizio criminale o addirittura esser stati coinvolti nell'attività delittuosa dell'organizzazione in modo del tutto occasionale, pertanto, sembra eccessivo richiedere nei loro riguardi un tale onere probatorio, tra l'altro irragionevolmente non diversificato in ragione del profilo dei condannati⁵.

In secondo luogo, l'art. 1, co. 1, lett. a), n. 2 sostituisce il comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* con tre nuovi commi (1-*bis*, 1-*bis*.1 e 1-*bis*.2) i quali racchiudono il nucleo fondamentale della riforma: riconfigurano cioè l'articolo, individuando i requisiti per l'ammissione a tutti i benefici penitenziari esterni – non solo per la liberazione condizionale – in assenza di collaborazione.

Per il condannato per i reati ostativi non collaborante con la giustizia vengono introdotti una serie di elementi specifici che consentono di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o il rischio di ripristino di tali contatti, non essendo sufficiente la buona condotta o la partecipazione al trattamento. Più precisamente, si stabilisce che debba essere dimostrato l'adempimento (o l'impossibilità dello stesso) delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna e che debbano essere allegati elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti nonché il pericolo del loro

⁵ Sul punto cfr. M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 28 febbraio 2022, 13 ss., che riflette sulla necessità di distinguere la posizione del "partecipe" da quella dell'"estraneo" all'organizzazione criminale, nell'ambito dei reati di c.d. prima fascia, ai fini del regime probatorio richiesto per l'ammissione ai benefici penitenziari.

ripristino (anche indiretti o tramite terzi), tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile. Si prevede, altresì, che il giudice possa accertare, al fine della concessione dei benefici, la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa.

Nel solco tracciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 253 del 2019 con riguardo ai permessi premio⁶, si prevedono dei criteri stringenti attraverso cui dimostrare la dissociazione dall'ambiente criminale di provenienza, tanto che l'onere di allegazione non solo dovrà essere parametrato ai fattori personali e ambientali, alle ragioni dell'assenza di collaborazione con la giustizia e alla revisione del proprio comportamento criminale, ma dovrà anche sostanziarsi in elementi diversi dalla buona condotta e dalla proficua partecipazione al programma trattamentale. Un percorso ad ostacoli particolarmente tortuoso che spinge ad affermare che, se già con riguardo all'onere di specifica allegazione per i soli permessi premio in dottrina si era parlato di una «*probatio quasi diabolica*»⁷, siamo passati adesso «dalla presunzione assoluta di pericolosità sociale alla prova impossibile di non pericolosità»⁸. Per tale ragione l'eliminazione dell'ergastolo ostativo sembra essere piuttosto apparente, soprattutto se unita alla previsione di una nuova soglia edittale per la richiesta di liberazione condizionale da parte degli ergastolani non collaboranti: 30 anni in luogo di 26 (art. 2, co. 1, lett. b), del d.l. 162/2022)⁹.

Infine, non possono tacersi la vaghezza e l'elasticità delle formulazioni linguistiche utilizzate nella nuova disposizione – si pensi alle “condizioni personali e ambientali” – che, ferma la scarsa qualità della legislazione, prestano il fianco all'interpretazione ad opera di coloro che dovranno applicare la norma al caso concreto. Tale indeterminatezza se, per un verso, è manifestazione di un vizio della disposizione, per altro verso, potrebbe essere un espediente per favorire l'esegesi dei giudici i quali, avendo a disposizione un ventaglio ampio di possibilità,

⁶ Per un'analisi del precedente giurisprudenziale sia consentito rinviare a A. CARDONE, E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2022, 80-84.

⁷ M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.

⁸ R. DE VITO, *Finisce davvero il “fine pena mai”?*, cit.

⁹ Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. b) del decreto la pena si estinguerà decorsi dieci anni dalla data del provvedimento di liberazione condizionale e comporterà sempre il divieto di incontrare o mantenere contatti con condannati per reati di grave allarme sociale e con persone sottoposte a misure di prevenzione personali o patrimoniali.

potrebbero riempire di contenuto dei concetti ampi, tentando di interpretarli in chiave aderente ai principi espressi dalla Corte costituzionale.

L'impianto della riforma prosegue, poi, con la predisposizione di un meccanismo procedurale privo di automatismi, secondo le indicazioni fornite dal giudice costituzionale, per la concessione dei benefici penitenziari (art. 1, co. 1, lett a), n. 3). Per contemperare il diritto del detenuto di richiedere la concessione del beneficio con l'esigenza di garantire la sicurezza collettiva, il decreto prevede un procedimento rafforzato di valutazione delle istanze, caratterizzato dall'obbligo da parte del giudice di sorveglianza di acquisire plurimi pareri: il parere del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di condanna di primo grado o, se si tratta, di condanna per i delitti indicati nell'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo. Non solo, il giudice di sorveglianza dovrà anche acquisire informazioni dalla direzione dell'istituto ove è ristretto l'istante, nonché disporre accertamenti nei confronti del medesimo, degli appartenenti al suo nucleo familiare e delle persone ad egli collegate, «in ordine alle condizioni reddituali e patrimoniali, al tenore di vita, alle attività economiche eventualmente svolte e alla pendenza o definitività di misure di prevenzione personali o patrimoniali». Il legislatore ha stabilito un termine di 60 giorni dalla richiesta affinché i pareri, le informazioni e gli esiti degli accertamenti vengano trasmessi al giudice, prorogabile, in ragione della loro complessità, di ulteriori 30 giorni. Decorso inutilmente il termine, il giudice potrà decidere in assenza degli stessi.

La disciplina stabilisce, inoltre, un'inversione dell'onere probatorio nel caso in cui dall'istruttoria emergano indizi circa l'attualità dei collegamenti col sodalizio criminale o con il contesto nel quale il reato è stato commesso, oppure il pericolo del loro ripristino, infatti, in questa ipotesi sarà il condannato a dover fornire «idonei elementi di prova contraria». Sembra opportuno soffermare l'attenzione sul fatto che al detenuto non viene più richiesto un mero onere di allegazione, ma un vero e proprio onere di fornire elementi di prova contraria, particolarmente difficoltoso per chi si trova ristretto in un istituto penitenziario.

È lampante, dunque, l'entità dell'apparato istruttorio richiesto ai fini della decisione sulla concessione dei benefici al quale, specularmente, si unisce un preciso onere motivazionale in capo al giudice, che dovrà indicare specificatamente le ragioni dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza, tenuto conto anche dei pareri acquisiti.

Da ultimo, la novella puntualizza che i benefici penitenziari possono essere concessi al detenuto sottoposto al regime detentivo di cui all'art. 41-*bis* o.p. solamente dopo che il provvedimento applicativo dello stesso sia stato revocato o non prorogato, denotando un'indebita identificazione – che, seppur diffusa nell'opinione pubblica, non dovrebbe invece appartenere al legislatore – fra

condannati per reati ostativi e detenuti sottoposti al regime di detenzione speciale, i quali potrebbero, tra l'altro, essere condannati a una pena temporanea e non all'ergastolo. Il decreto, in tal modo, impedisce ai ristretti in 41-*bis* di richiedere qualsiasi beneficio penitenziario, con una disposizione alquanto categorica che non sembra pienamente in linea con taluni fondamentali arresti della giurisprudenza costituzionale. Da molto tempo, infatti, la Consulta ha chiarito che il regime detentivo speciale comporta limitazioni intramurarie e non anche, necessariamente, l'impossibilità di accedere alle misure extramurali¹⁰.

A completamento della nuova disciplina, il decreto-legge dispone anche una modifica della competenza con riguardo alla decisione circa la concessione dei permessi premio e dei provvedimenti di ammissione al lavoro all'esterno (art. 1, co. 1, lett. b) e c) soltanto, però, relativa ai condannati per delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, nonché per i delitti di cui all'art. 416-*bis* del c.p. o commessi avvalendosi del c.d. metodo mafioso ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste. Per costoro la decisione non sarà più di competenza del magistrato di sorveglianza, ma del tribunale di sorveglianza, in un'ottica che evidentemente privilegia la decisione collegiale, considerata forse più ponderata rispetto alla monocratica, ma che al contempo priva l'istante di un grado di giudizio, non potendo più giovare quest'ultimo dell'opportunità di presentare reclamo avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza (strumento utilizzabile anche dal pubblico ministero in caso di decisione monocratica favorevole al detenuto)¹¹.

Conclusivamente, il decreto dispone delle norme transitorie per "armonizzare" la disciplina previgente con le nuove previsioni (art. 3). Come già accennato, l'estensione dell'ostatività alla nuova categoria dei reati aggravati o collegati si applicherà soltanto a coloro che abbiano commesso tali reati a partire dal 1° novembre 2022, mentre per coloro che hanno commesso reati ostativi prima dell'entrata in vigore del decreto, che dimostrino l'impossibilità e/o l'irrelevanza della collaborazione (stante la limitata partecipazione al fatto criminoso o l'ormai intervenuto integrale accertamento delle circostanze e delle responsabilità ad esso connesse) e la sussistenza di elementi idonei ad escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, varrà la possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale secondo la disciplina previgente, cioè, nel caso degli ergastolani ostativi, trascorsi 26 anni in espiazione di pena (e non 30, come attualmente disposto). Escluso quest'ultimo caso, per tutti gli altri condannati all'ergastolo si applicherà immediatamente la nuova soglia edittale.

¹⁰ Cfr. Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, punto 5.3. del *Considerato in diritto*.

¹¹ Similmente R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"?*, cit.

La normativa transitoria, salvo non volerne sostenere la volontarietà da parte del legislatore, sembra errare di coordinazione giacché esclude i permessi premio e il lavoro all'esterno dall'ultrattività della disciplina relativa alla collaborazione impossibile/inesigibile, riferendosi espressamente soltanto alle misure alternative alla detenzione del Capo VI, titolo I, o.p. e alla liberazione condizionale. Il quadro che ne risulta è quindi frammentato perché, da un lato, per misure intermedie quali i permessi e il lavoro fuori dal carcere, i detenuti non collaboranti per impossibilità/inesigibilità dovranno sottostare alla nuova procedura disposta dal decreto, mentre, dall'altro, per le domande di misure alternative e finanche per la liberazione condizionale, si applicherà la disciplina previgente, che valorizza la collaborazione non possibile o non esigibile. Il paradosso è evidente: per la concessione di un permesso premio, ovvero una misura che si colloca fra le modalità di esecuzione della pena, la procedura sarà quella più gravosa attualmente vigente, mentre per la liberazione condizionale, che si inserisce fra le cause di estinzione della pena, si applicherà il meccanismo della collaborazione impossibile e/o irrilevante.

4. Un'occasione sprecata

La necessità di riscrivere l'art. 4-*bis* o.p. scaturisce dalla nota pronuncia della Corte costituzionale (ordinanza n. 97 del 2021), con la quale è stata rilevata l'illegittimità costituzionale della disciplina – in quanto, essendo la collaborazione l'unico strumento per poter acquisire la libertà, si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, nonché con l'art. 3 della CEDU – ma non dichiarata, contestualmente, nel dispositivo. In quell'occasione la Corte se, per un verso, ha giudicato ragionevole che la collaborazione sia un positivo strumento di dimostrazione dell'avvenuta rottura dei rapporti col sodalizio criminale, dall'altro, ne ha affermato la incompatibilità con la Costituzione se e in quanto risulti l'unico strumento per poter accedere alla liberazione condizionale, perché, contrariamente, è necessario che la presunzione di pericolosità possa essere vinta da prova contraria, valutabile dalla magistratura di sorveglianza in ordine all'intero percorso carcerario del condannato e non solo sulla base della scelta di non collaborare con la giustizia. Nel rispetto dell'incomprimibile discrezionalità del legislatore, però, il giudice costituzionale ha ritenuto che spettasse al Parlamento individuare il punto di equilibrio fra la lotta alla criminalità organizzata e la funzione rieducativa della pena che, anche per i condannati all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, o.p., non può non essere orientata alla fine della detenzione.

A seguito di un doppio rinvio dell'udienza, siamo finalmente dinnanzi alla lettura di quella riforma tanto attesa, che avrebbe dovuto esprimere un bilanciamento fra contrapposte esigenze istituzionali e che, all'opposto, pare essere

un'altra occasione mancata per ricomporre la materia in modo conforme al dettato costituzionale. Il Governo, infatti, sull'onda mediatica della sicurezza e della pena certa per i boss-mafiosi, ha innovato in modo insufficiente la legislazione penitenziaria, con delle novelle frammentate, poco coordinate e prive di un generale ripensamento della disciplina relativa alla concessione di benefici, non solo di natura diversa, ma anche nei confronti di condannati per una serie eterogenea di delitti, a volte ben distanti dalla matrice della criminalità organizzata.

Come già evidenziato, il decreto, per taluni versi, aggrava ulteriormente la disciplina censurata dalla Corte costituzionale. Innanzitutto, con una disposizione inutilmente punitiva, di cui non si comprendono a pieno le ragioni, è stato disposto l'aumento da 26 a 30 anni della pena da scontare prima di poter presentare l'istanza di liberazione condizionale; in secondo luogo, la nuova disciplina, con l'impianto probatorio particolarmente oneroso che ne deriva, si applica indistintamente a tutti i benefici penitenziari, tradendo così una noncuranza e non adeguata considerazione dell'importanza della progressione trattamentale del detenuto; in terzo luogo, viene esteso il perimetro dell'ostatività, con la comprensione di altre ipotesi di reato (aggravate *ex* dell'art. 62, n. 2, c.p., o collegate ai sensi dell'art. 371 c.p.p.) ed, infine, viene abrogato il meccanismo della collaborazione impossibile/inesigibile ma, irragionevolmente, solo per i permessi premio e per l'affidamento al lavoro all'esterno.

Già con queste sottolineature si può convenire sul fatto che il legislatore non abbia risposto alle sollecitazioni della Consulta che, quindi, difficilmente potrà dirsi soddisfatta all'udienza dell'8 novembre quando si troverà a valutare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte dal legislatore. Preme sottolineare come tali determinazioni siano contenute all'interno di un provvedimento, il decreto-legge, che, secondo il disposto dell'art. 77 Cost., è per sua definizione provvisorio, giacché perde efficacia *ex tunc* qualora non sia convertito in legge entro 60 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Conseguentemente, peculiare e di non facile risoluzione è la situazione in cui incorrerà la Corte, che, nonostante il doppio rinvio in chiave di collaborazione istituzionale, dovrà vagliare sì una novella legislativa ma racchiusa in un atto privo di stabilizzazione normativa, per la quale bisognerà attendere almeno la scadenza del termine per la conversione. Ancora una volta, dunque, potrebbe sovrapporsi il termine della legalità costituzionale col tempo della legislazione¹², con un'indebita confusione fra il compito di rendere giustizia costituzionale, appartenente al Giudice delle leggi, e quello di stabilire i tempi di attuazione, ovvero di non attuazione (con tutti i rischi che ne derivano sul piano ordinamentale) della nostra Carta fondamentale, che compete invece al Parlamento.

¹² Per questo aspetto cfr. I. ROBERTI, *I moniti "a termine" della Corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del parlamento*, in *Federalismi.it*, 17/2021, 191.

Non essendo in alcun modo presagibile l'operato della Corte, quel che pare potersi dire con maggiore certezza è che il legislatore, di nuovo, non ha ascoltato in pieno i moniti che gli erano stati rivolti, tanto che si è parlato di una "truffa delle etichette" nella quale cambiano i termini ma non la sostanza della disciplina¹³. Ad ogni modo, le opzioni decisorie a disposizione della Consulta potrebbero essere, da un lato, il trasferimento del giudizio dalla vecchia alla nuova disciplina, e, dall'altro, la restituzione degli atti al giudice ordinario che aveva originariamente sollevato la questione di costituzionalità sulla precedente legge. La prima ipotesi pare difficilmente praticabile, in ragione della diversità di contenuto fra le due normative, mentre la seconda potrebbe essere forse la più opportuna, poiché consentirebbe sia al giudice del caso concreto di valutare se permangono i dubbi di costituzionalità nonostante l'intervento legislativo, sia al giudice costituzionale di «guadagnare il tempo necessario alla conversione in legge del decreto»¹⁴.

Per converso, qualora si scegliesse di giudicare nel merito la nuova disciplina dell'ergastolo ostativo (o meglio, la nuova disciplina probatoria per accedere ai benefici penitenziari) e la si ritenesse costituzionalmente compatibile, sembra quantomeno auspicabile che vengano fornite delle indicazioni per una conversione in legge con modificazioni, tale da rendere la normativa pienamente rispettosa degli artt. 3 e 27 della Costituzione, nonché dell'art. 3 CEDU, in relazione al quale la disciplina italiana dell'ergastolo ostativo è stata ritenuta non conforme nella celebre sentenza *Viola c. Italia (n.2)*¹⁵. Al contrario, se la conversione in legge non

¹³ Cfr. A. MORRONE, *La Consulta può evitare lo scontro sul decreto truffa sull'ergastolo ostativo*, in *Editoriale Domani*, 7 novembre 2022.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sinteticamente, vale la pena segnalare che la sentenza richiamata rappresenta la prima statuizione della giurisprudenza convenzionale in tema di ergastolo ostativo. In quell'occasione la Corte Edu ha sostenuto che la normativa italiana, prevedendo una presunzione assoluta e inconfutabile di pericolosità derivante dall'assenza di collaborazione con la giustizia, ha l'effetto di privare il detenuto di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione, quest'ultimo, infatti «si trova nell'impossibilità di dimostrare che non sussiste più alcun motivo legittimo in ordine alla pena che giustifichi il suo mantenimento in detenzione, e [...] pertanto tale mantenimento è contrario all'articolo 3 della Convenzione, in quanto, mantenendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale, [...] riconduce in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna» (Corte Edu, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia (n. 2)*, § 128). Fino a quel momento, invece, la Corte Edu si era pronunciata esclusivamente sulla compatibilità con l'art. 3 CEDU dell'ergastolo comune (casi *Scoppola c. Italia* e *Garagin c. Italia*), ritenendolo non incompatibile poiché, essendoci la prospettiva concreta di liberazione, il mantenimento in carcere, anche per un lungo periodo di tempo, non costituisce un trattamento inumano e

dovesse dare gli esiti sperati, sarà di nuovo compito dei giudici *a quo*, che si troveranno ad applicare la normativa al caso concreto, sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte.

degradante. Più in generale, ai fini della valutazione della riducibilità della pena, la giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato i c.d. criteri Murray, v. Corte Edu, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, § 99-100, in base ai quali, i meccanismi di controllo sull'esecuzione della pena ed eventualmente di riduzione della stessa devono: i) essere regolati da una legge chiara ed accessibile; ii) tener conto delle istanze di reinserimento sociale; iii) essere accessibili a partire da non oltre 25 anni dall'inizio dell'espiazione e attivabili su base periodica; iv) essere assistiti da adeguate garanzie processuali. Da ultimo, può risultare non del tutto superfluo richiamare la recente sentenza *Sanchez v. UK* nella quale, sia pure nel diverso contesto dell'estradiizione, il giudice di Strasburgo sembra compiere un *revirement* proprio sull'art. 3 CEDU, cfr. Corte Edu, 3 novembre 2022, *Sanchez v. UK*.