



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

24
2023

QUADERNI

DEL DIPARTIMENTO JONICO

L'ERGASTOLO OSTATIVO
TRA TUTELA DELLA COLLETTIVITÀ
E DIRITTO ALLA SPERANZA

a cura di

Francesco Perchinunno e Ignazio Lagrotta



EDJ ZIONI
SGE

ISBN: 9788894665147

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Paolo Pardolesi

DIRETTORE DEI QUADERNI

Bruno Notarnicola

COMITATO DIRETTIVO

Vincenzo Pacelli, Adriana Schiedi, Laura Tafaro

COMITATO SCIENTIFICO

Ivan Fortunato, Giuseppe Losappio, Maria Claudia Lucchetti
Francesca Pampurini, Angelica Riccardi, Bronislaw Sitek
Andrea Venturelli, Giuseppe Losappio, Angelica Riccardi

COMITATO EDITORIALE

Rossella Leopizzi (Coordinatrice), Barbara Borrillo,
Rosa Di Capua, Barbara Mele, Lorenzo Pulito

COMITATO DI REDAZIONE

Maria Di Maggio, Francesco Guastamacchia, Daniele Locascio
Pamela Pastore, Melania Povia, Gianluca Ruggiero

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Convento San Francesco - Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy

e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it telefono: + 39 099

372382 • fax: + 39 099

7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

ISBN: 9788894665147



L'ERGASTOLO OSTATIVO
TRA TUTELA DELLA COLLETTIVITÀ
E DIRITTO ALLA SPERANZA

a cura di

Francesco Perchinunno e Ignazio Lagrotta



INDICE

Introduzione

FRANCESCO PERCHINUNNO – IGNAZIO LAGROTTA

L'ergastolo ostativo tra tutela della collettività e diritto alla speranza p. 3

Saluti Istituzionali

ROSA ANNA DEPALO p. 7

EUGENIA PONTASSUGLIA p. 11

VINCENZO MONTEFORTE p. 14

MARIA CASIELLO p. 16

VINCENZO VOZZA p. 17

Relazione introduttiva

GIUSEPPE SANTALUCIA p. 23

Contributi

FRANCESCO PERCHINUNNO

La tenuta costituzionale dell'ergastolo ostativo p. 29

LYDIA DEIURE

Le preclusioni dell'art.4 bis O.P. tra diritto di punire e diritto alla speranza p. 50

GUGLIELMO CATALDI

La presunzione di permanenza del vincolo mafioso. I nuovi oneri probatori in materia di ergastolo ostativo p. 57

ALESSIO COCCIOLI

Collaborazione e libertà personale p. 67

LORENZO PULITO

Ergastolo ostativo ultimi sviluppi normativi: il d.l. 162/2022 - Legge n. 199/2022 p. 73

PAOLO CIOCIA

Diritto alla speranza e dignità dell'uomo p. 88

Conclusioni

GIUSEPPE LOSAPPIO

p. 99

L'ERGASTOLO OSTATIVO TRA TUTELA DELLA COLLETTIVITÀ E DIRITTO ALLA SPERANZA

Introduzione

Questo numero dei Quaderni del Dipartimento Jonico raccoglie le riflessioni scaturite nel corso dell'incontro di studi dal titolo «*L'ergastolo ostatico tra tutela della collettività e diritto alla speranza*», tenutosi il 28 aprile 2023 presso la sala delle conferenze del Dipartimento in «Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture».

Dai recenti approdi della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale sul complesso e delicato tema dell'ergastolo "ostativo" è maturata l'idea di un confronto tra Accademia, Magistratura e Classe forense sui profili più significativi di natura giuridica, prendendo le mosse dai principi costituzionali e dalle garanzie processuali, sino all'individuazione delle principali criticità nella fase di esecuzione della pena, tra cui l'esigenza di tutela della collettività. Il tema in esame, peraltro, è stato oggetto di costante attenzione nell'ambito delle attività di ricerca dipartimentali e delle iniziative didattiche e seminariali intraprese nell'ambito del Corso di Laurea in Giurisprudenza, suscitando particolare interesse tra la componente studentesca e gli addetti ai lavori.

Il presente lavoro, con il contributo delle diverse scienze, delle singole conoscenze ed esperienze che ciascun autore ha maturato nell'ambito dei diversi saperi, si propone di stimolare al lettore una serie di spunti di riflessione sui diritti umani e sulle garanzie della persona nel processo.

Tra gli obiettivi, nell'organizzazione dell'incontro di studi e nella scelta di dare avvio ad una *call*, quello di creare spazi complementari di interazione nella ricerca di un ragionevole ed equilibrato bilanciamento tra le esigenze di tutela della sicurezza e protezione della collettività e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e delle garanzie di libertà di ogni soggetto detenuto, anche se condannato alla pena perpetua.

Quella dell'ergastolo cd. "ostativo" è una tematica che involge diversi profili, la cui genesi normativa è da ricondurre alla normativa antimafia dei primi anni '90 introdotta per esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva, nell'intento di contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa culminato con le stragi di Capaci e di via D'Amelio.

Punctum crucis della questione – di recente posta al vaglio di legittimità costituzionale – la scelta operata dal legislatore di precludere al condannato non collaborante con la giustizia, l'accesso ad un percorso di reinserimento sociale; le censure hanno preso le mosse dall'assunto che il regime ostatico delineato dall'art. 4 bis o.p. contrasti con valori e principi fondamentali della Carta costituzionale, in particolar modo, con il principio rieducativo della pena ex art.27, comma 3 Cost e il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.

Tra i dubbi sollevati, quello della compatibilità con il dettato costituzionale della scelta di assumere la mancata collaborazione con la giustizia da parte del condannato, come unico indice presuntivo, insuperabile, di 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 soggetti detenuti che abbiano scontato molti anni di pena carceraria, ferme restando tutte le altre valutazioni di competenza della magistratura di sorveglianza.

Tra gli equivoci che sono emersi nel dibattito pubblico in tema di ergastolo ostativo, quello di ritenere che l'eliminazione dell'ostatività fosse equivalente ad un'automatica concessione agli esponenti dei sodalizi mafiosi di benefici penitenziari e misure alternative, tra cui la liberazione condizionale, invece di costituire esclusivamente una mera chance di accedervi tramite l'ulteriore vaglio della magistratura di Sorveglianza dei singoli requisiti previsti per ciascun beneficio. Con l'entrata in vigore del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modifiche, dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199, la disciplina in tema di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti c.d. ostativi è stata nuovamente e significativamente modificata con la trasformazione da "assolute" a "relative" delle preclusioni che impedivano l'accesso ai già menzionati benefici. Il nuovo quadro normativo, però, subordinando l'ammissibilità dell'istanza ad una serie di condizioni particolarmente stringenti, sembra aver travalicato le indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale e dalla Corte Edu, pur avendo consentito ai detenuti e internati per reati ostativi che non collaborino con la giustizia, di riprendere, per lo meno, a coltivare la speranza di un riscatto dall'esperienza criminale che li ha consegnati alla pena perpetua.

La graduale erosione della presunzione legale assoluta ha aperto spazi di discussione in merito all'operatività degli automatismi legislativi ed alla compatibilità degli stessi con i fondamentali principi di ragionevolezza ed uguaglianza. La dottrina, infatti, ha posto da tempo sotto la lente di ingrandimento gli automatismi legislativi, ritenuti non a caso categoria legislativa "sospetta", in tutte quelle ipotesi in cui gli stessi si sostanziano in formulazioni tali da non permettere al giudice, in sede applicativa, di tenere conto delle peculiarità del caso concreto. L'apporto giurisprudenziale contrassegnato dall'articolato percorso seguito dal giudice delle leggi (ordinanze n.97/2021, n.122 e n.227/2022) e, incidentalmente, dall'intervento di modifica operato dal d.l. n. 162/2022, ha consentito di superare l'automatismo normativo e l'equazione "mancata collaborazione-pericolosità sociale-divieto assoluto di accesso ai benefici".

Nella collettanea, infine, si richiamano all'attenzione del lettore considerazioni sulla natura e sul ruolo dell'istituto della "liberazione condizionale", seguendo il percorso argomentativo della giurisprudenza della Corte Edu, a partire dalla sentenza della Grande Camera 12 febbraio 2008 (*Kafkaris* contro Cipro), fino alla più recente sentenza Viola contro Italia del 2019. Si tratta, dell'unico istituto che rende non contrastante con il principio rieducativo e, dunque, con l'apparato costituzionale, la pena dell'ergastolo; esso assicura la compatibilità della pena perpetua con la CEDU,

in particolare con l'art. 3, che fa divieto di sottoporre chiunque «a tortura» od a «pene o trattamenti inumani o degradanti». La Corte Edu ha chiarito, infatti, che la pena perpetua non lede la dignità della persona e non integra un trattamento degradante ed inumano, a condizione però che siano previsti, almeno in astratto, strumenti giuridici utili a interrompere la detenzione e a reimmettere i condannati meritevoli nella società. In concreto, non è altro che il divieto di reprimere quel “diritto alla speranza” che non si dovrebbe negare ad alcuno, nemmeno ai detenuti, alle Persone, attinte da una declaratoria di condanna a pena perpetua.

L'incontro di studi accennato in premessa è stato reso possibile grazie alla cortese disponibilità degli illustri Relatori che si ringraziano tutti, anche per aver partecipato alla stesura del numero speciale del presente quaderno jonico che è stato redatto grazie all'apporto significativo e costante di Paolo Ciocia, Paolo De Bartolo, Paolo Clemente, Fabio Tagliente, Ilaria Semeraro e Giampiero De Marzo.

Mentre il presente lavoro vedeva la luce, il Dipartimento ospitava una simulazione del processo costituzionale, nel corso della quale gli Studenti ripercorrevano le tappe più significative del giudizio incidentale celebratosi dinanzi al giudice delle leggi, dando vita ad un entusiasmante confronto dialettico sui temi già indicati.

A dare avvio all'iniziativa, insieme al Direttore del Dipartimento Jonico, Prof. Pardolesi, il Dott. Giuseppe Santalucia, illustre magistrato della Suprema Corte ed estensore dell'ordinanza genetica di rimessione della questione alla Corte costituzionale e l'esimio costituzionalista, Prof. Nicolò Zanon, a sua volta giudice estensore delle ordinanze rese dalla stessa Corte Costituzionale, in tema di ergastolo ostativo.

Nell'occasione, al Collegio al giudicante della prova processuale simulata, hanno partecipato i magistrati Dott.ssa Silvia Sammarco e Mario Mastromatteo, cui va il nostro sincero, vivo ringraziamento.

Francesco Perchinunno
Ignazio Lagrotta

SALUTI ISTITUZIONALI

Rosa Anna Depalo*

Ringrazio gli organizzatori per avermi invitato a questo incontro e per la scelta di un tema di grande attualità ed interesse, icasticamente sintetizzato nella diade: *tutela della collettività – diritto alla speranza*.

Nella loro essenzialità semantica queste espressioni evocano, entrambe, valori fondamentali di rilevanza costituzionale, variamente declinati, non rintracciabili testualmente nella Carta fondativa, eppure impressi in essa come orme indelebili ed indefettibili.

La tutela della sicurezza individuale e pubblica pervade molteplici norme, nella prima e nella seconda parte della costituzione.

E come non riconoscere un *diritto alla speranza* nell'art. 27, comma 3, che proietta ogni condannato, senza distinzione, anche per i reati più gravi ed efferati, nella dimensione sociale in cui si sostanzia la "rieducazione".

«Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato»: che senso avrebbe perseguire questo obiettivo all'interno di un circuito per definizione senza uscita? Perché impegnarsi nella "rieducazione-risocializzazione" se all'orizzonte non potesse mai intravedersi una prospettiva di reinserimento nel tessuto sociale?

E allora è vero che l'art. 27 sottende la convinzione che *nessun uomo è perduto per sempre*, come è stato efficacemente scritto, e che in ogni persona è insita la possibilità di cambiare nel tempo, di divenire altro rispetto all'autore del reato: è compito dell'ordinamento non cristallizzare il condannato al tempo della commissione del reato, ma favorire l'evolvere della sua personalità verso modelli comportamentali consoni al vivere civile.

È quanto ha scritto a chiare lettere la Corte Costituzionale in tante pronunce e specificamente, per quel che qui interessa, nella sentenza dell'11 luglio 2018, n. 149, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 58-quater, comma 4, o.p. nella parte in cui preclude ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 del codice penale, che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ogni beneficio se non abbiano effettivamente espiato almeno ventisei anni di pena. Riprendendo i principi esplicitati dalla Corte Edu, Grande Camera, nella sentenza 9 luglio 2013, *Vinter* e altri contro Regno Unito, la Corte ha rimarcato l'assunto – sotteso allo stesso art. 27, terzo comma, Cost. – secondo cui: «...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. Prospettiva, quest'ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non

* Presidente del Tribunale di Taranto.

chiamare in causa – assieme – la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società...».

In sintonia con questa base teorica, la successiva sentenza della Cedu “Viola c/ Italia” (13 giugno 2019), ha ritenuto: «...*che la personalità di un condannato non rimanga fissata al momento in cui il reato è stato commesso, ma possa evolvere durante la fase di esecuzione della pena, come prevede la funzione di risocializzazione, che permette all’individuo di rivedere in maniera critica il proprio percorso criminale e di ricostruire la sua personalità...».*

Quindi, la speranza del cambiamento e della progressiva fuoriuscita dal circuito si declina come diritto riconosciuto al condannato e dovere della società civile di garantire e favorire. Ma viene spontaneo chiedersi: fino a quando? A quale prezzo per la collettività ed a quali condizioni?

È interessante notare come la legislazione post-costituzionale (ci si riferisce alla legge 25 novembre 1962, n. 1634) riconobbe al condannato all’ergastolo la possibilità di essere ammesso alla liberazione condizionale, purché avesse scontato almeno 28 anni di pena, ma non modificò la competenza a concedere il beneficio che, in base all’art. 43 disp. att. p.p. (r.d. 28 maggio 1931, n. 602), spettava al Ministro della giustizia.

La sentenza 27 giugno 1974, n. 204, nel dichiarare l’incostituzionalità di questa norma per contrasto con l’art. 24 Cost., nella sostanza avviò la riflessione (tuttora in corso) sulla portata dell’art. 27, comma 3, sostenendo che esso contenesse «...*un obbligo tassativo per il legislatore di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzare le finalità rieducative della pena e le forme atte a garantirle...»* ed il connesso «...*diritto del condannato - che deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale - a che, verificandosi le condizioni poste dal diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al fine rieducativo...».*

Questa stessa sentenza individuò per prima il *fil rouge* dell’intera problematica, nella correlazione tra legittimità costituzionale dell’ergastolo e possibilità di accesso alla liberazione condizionale.

I passi successivi sono noti.

Dopo le prime significative aperture degli anni '80, dovute alla Consulta (si pensi alla sentenza del 21 settembre 1983, n. 274, dichiarativa dell’incostituzionalità dell’art. 54 o.p., nella parte in cui non prevedeva l’applicabilità all’ergastolo della liberazione anticipata ed il conseguente scorrimento del termine di 28 anni per accedere alla condizionale) e alla cd. legge Gozzini del 1986 (che abbassava a 26 quest’ultima soglia di pena e riconosceva anche al condannato all’ergastolo permessi premio e altri benefici), la recrudescenza del fenomeno mafioso nei primi anni '90 determinò la regressione di quel processo evolutivo.

Il decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, introdusse nell'o.p. l'art. 4 bis, individuando un articolato sistema di preclusioni per un catalogo di delitti che è andato ampliandosi negli anni, e condizionando la riespansione dei benefici alla collaborazione con la giustizia da parte del detenuto.

La legislazione conseguente agli eccidi di Capaci e via D'Amelio (decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 e legge di conversione 7 agosto 1992, n. 356) configurò il cd. ergastolo ostativo, inibendo l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati alla pena dell'ergastolo per delitti di tipo mafioso, a meno che "collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter dell'ordinamento penitenziario".

Ebbene, nelle prime pronunce di quegli anni (si pensi alla sentenza 11 giugno 1993, n. 306) la Corte Costituzionale non mancò di stigmatizzare la soluzione adottata, intravedendovi «...una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena...», definendo «...la tipizzazione per titoli di reato come non consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario...», nonché giudicando «...preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita...».

Il "dialogo" di questi anni tra le Corti nazionali e la Corte Edu, su cui altri relazioneranno nel corso dell'incontro, ha alimentato un'evoluzione giurisprudenziale che vede un importante approdo nell'ordinanza della Corte cost. n. 97 del 15 aprile 2021: una sorta di "intimazione" a provvedere dettata al legislatore.

La Corte, infatti, è stata perentoria nell'affermare che la presunzione di pericolosità gravante sul condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso che non collabora con la giustizia non è, di per sé, in contrasto con la costituzione, poiché: «...Non è affatto irragionevole (...) presumere che costui mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza...» Ma ha subito precisato che la tensione col sistema costituzionale «...si evidenzia laddove sia stabilito che la collaborazione sia l'unica strada a disposizione del condannato a pena perpetua per l'accesso alla valutazione da cui dipende, decisamente, la sua restituzione alla libertà...» Perciò, ha concluso, «...Anche in tal caso, è insomma necessario che la presunzione in esame diventi relativa e possa essere vinta da prova contraria, valutabile dal tribunale di sorveglianza...».

Il monito non è rimasto inascoltato, tant'è che il decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 e la relativa legge di conversione 30 dicembre 2022, n. 199 hanno tramutato da assoluta a relativa la presunzione di pericolosità ostativa alla concessione dei benefici in favore dei detenuti non collaboranti, sia pure in presenza di determinate condizioni oggettive e soggettive.

Ma il dibattito ora continua su altro fronte: è lecito chiedersi se il "fine pena mai" sia davvero finito, se possa ancora parlarsi di ergastolo ostativo o se, piuttosto, debba prendersi atto che alla presunzione assoluta di pericolosità si sia sostituita la prova impossibile della non pericolosità. È onere del condannato, infatti, allegare «...elementi specifici che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata,

terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti...».

Per non dire dell'innalzamento della soglia edittale di pena che il non collaborante deve espiare per poter accedere alla liberazione condizionale: almeno due terzi della pena temporanea o almeno trenta anni in caso di condanna all'ergastolo per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis dell'o.p., in luogo dei ventisei anni di pena richiesti dall'art. 176 c.p.

I temi da affrontare sono tanti e tutti coinvolgono questioni di fondo di carattere non solo giuridico, ma anche sociologico e di politica criminale.

Personalmente mi chiedo come potrà superare la presunzione di pericolosità un soggetto condannato per mafia a fronte di una giurisprudenza di legittimità, largamente condivisa, secondo cui il sopravvenuto stato detentivo di un affiliato non determina, necessariamente e automaticamente, il venir meno della partecipazione all'organizzazione di stampo mafioso, atteso che la condotta partecipativa può consistere, a certe condizioni, anche nella disponibilità ad assumere nuovamente un ruolo attivo nel sodalizio una volta cessato il forzato impedimento.

Un ruolo fondamentale nella declinazione costituzionale del precetto normativo spetterà alla magistratura di sorveglianza, che si è già confrontata col concetto di rieducazione riferito al condannato anche per reati ostativi, in occasione dell'ammissione ai permessi premio dei detenuti non collaboranti, consentita a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 23 ottobre 2019.

Sulla scia di quegli insegnamenti sono stati sperimentati e realizzati metodi di indagine idonei a scandagliare, da una parte, l'efficacia del trattamento penitenziario e, dall'altra, la perdurante operatività del sodalizio criminoso, l'incidenza delle sopravvenienze investigative o processuali, e le connotazioni del contesto socio-familiare di reinserimento del condannato.

Si tratta, ora, di affinare quella metodica ed applicarla in un ambito di maggiore portata, per far sì che il contemperamento della finalità rieducativa con le esigenze di sicurezza collettiva non resti una petizione di principio, quando riferito al condannato alla pena dell'ergastolo per reati ostativi.

Eugenia Pontassuglia*

Introdurre in poche battute il tema dell'ergastolo ostativo, riservando ai Relatori un migliore approfondimento delle diverse questioni che animano il dibattito, comporta in ogni caso la necessità di confrontarsi con le due esigenze, apparentemente contrapposte, messe in luce nello stesso titolo dato a questo convegno: “tutela della collettività e diritto alla speranza”.

Da una parte il diritto del detenuto, condannato per aver commesso reati di particolare allarme sociale (tra cui quelli commessi all'interno di contesti di criminalità organizzata) a sperare che quel fine pena “mai”, impresso sugli atti redatti dall'amministrazione penitenziaria che ne attestano la posizione giuridica, non sia una condizione irreversibile atta ad annullare la funzione rieducativa della pena e a rendere effettiva e concreta (sia pure in un futuro lontano e a conclusione di quel percorso rieducativo), la possibilità di aspirare alla concessione dei benefici penitenziari e di misure alternative alla detenzione.

Dall'altra parte, l'esigenza di tutelare la collettività dal rischio che possano tornare ad operare, all'interno della società, soggetti ancora appartenenti alle organizzazioni criminali.

L'approccio alla tematica dell'ergastolo ostativo e la valutazione della persistente attualità delle ragioni che lo mantengono in vita, non possono prescindere dalla ricostruzione della genesi di questo istituto.

L'ergastolo ostativo rientra nell'ambito di quel pacchetto di norme che costituiscono la legislazione antimafia e che ha avuto origine dall'elaborazione formatasi sulla base del pensiero di Giovanni Falcone; al fine di rendere effettivo il contrasto alle organizzazioni criminali di stampo mafioso, capaci attraverso la loro struttura, di erodere i principi della convivenza civile e della stessa vita democratica, la legislazione antimafia è stata improntata sul principio del cd. “doppio binario”, prevedendo l'applicazione di una normativa specifica, diversa da quella ordinaria, per la trattazione dei procedimenti concernenti i reati di criminalità organizzata.

L'ergastolo ostativo è stato introdotto nel nostro ordinamento con una legge di riforma dell'ordinamento penitenziario, varata nel 1991, prima ancora delle stragi di Capaci e Via D'Amelio, in un contesto storico in cui gli omicidi di mafia erano all'ordine del giorno; con l'introduzione dell'art. 4 bis o.p., si prevede che i condannati all'ergastolo per delitti di criminalità organizzata o eversiva, a differenza degli altri detenuti, potessero accedere ai benefici premiali solo dopo aver fornito la prova di aver reciso i contatti con le organizzazioni di appartenenza.

Nel giugno del 1992, quale risposta dello Stato alla strage di Capaci, si modificò nuovamente la norma inserendo, quale ulteriore condizione per l'ammissione ai benefici, la dimostrazione dell'accesso da parte del condannato ad un programma di collaborazione con la giustizia; in tal modo, si intendeva valorizzare la portata del contributo “utilmente”

* Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Taranto.

prestato dal collaboratore di giustizia all'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione e la cattura degli autori dei reati.

Su questa normativa, che in sostanza esclude la possibilità per i condannati che non collaborano con la giustizia di dimostrare di aver positivamente intrapreso e portato a termine un programma rieducativo, si innesta l'ordinanza con la quale la Corte Costituzionale nel 2021, anche sulla scia della giurisprudenza della Corte Edu – che, in nella pronuncia del 2019 Viola c/ Italia aveva affermato che non può giustificarsi, neanche invocando il contrasto alle organizzazioni mafiose, la violazione alle disposizioni della CEDU che vietano in termini assoluti le pene inumane o degradanti – sospendeva il giudizio di legittimità costituzionale dell'art.4 bis o.p. che le era stato rimesso dalla Corte di cassazione, ritenendo che spettasse, in primo luogo, al Parlamento modificare la disciplina dell'ergastolo ostativo.

Con la legge n.199/2022 il legislatore è, dunque, intervenuto sulla norma sostituendo alla presunzione assoluta di pericolosità sociale che impediva l'accesso ai benefici, la possibilità di dimostrarne la cessazione attraverso la prova dell'allontanamento del condannato dal contesto criminale di origine; in sostanza, al fine del superamento della condizione di ostatività dell'ergastolo, si impone la necessità di verificare la ricorrenza di più condizioni concorrenti tra loro, dall'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dalla condanna ovvero l'impossibilità di averlo fatto per carenza di mezzi nonché elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla mera partecipazione al percorso rieducativo e alla tenuta di una buona condotta carceraria, tali da escludere l'attualità di collegamenti, anche indiretti, con la criminalità organizzata e il pericolo di un loro ripristino.

La riforma dell'art. 4-bis o.p. pone l'interrogativo di verificare se questo approccio normativo, sicuramente più aperto e conforme al dettato costituzionale, in particolare all'art 27 Cost., tenga sufficientemente conto delle caratteristiche dell'agire mafioso e, in particolare, della forza del vincolo associativo che lega il mafioso all'organizzazione criminale di appartenenza.

L'esperienza giudiziaria fondata sui processi celebrati per gli omicidi di mafia e sui reati ascritti all'organizzazione mafiosa, consente di affermare che il vincolo mafioso – che continua ancora, in molte realtà criminali, a crearsi con l'affiliazione – è un vincolo che dura per sempre, è indissolubile e non si spezza se non in presenza della collaborazione o della volontà manifestata dalla stessa organizzazione attraverso la decisione di estromettere l'affiliato.

Se ci si confronta con questa realtà, appare evidente che lo stato di detenzione non solo non è determinante per la rescissione di quel vincolo ma, come l'esperienza rivela, spesso lo rafforza. Ogniqualvolta viene eseguita un'ordinanza di custodia cautelare ex art. 416-bis c.p. si pone il problema, per gli affiliati, di poter continuare a mantenere in carcere il legame con l'organizzazione di appartenenza, di dettare regole e impartire ordini, di mantenere i contatti con l'esterno attraverso i colloqui con mogli e figli ed è proprio nell'ottica di fronteggiare questi rischi che lo strumento più adeguato continua ad essere, per le figure di vertice dell'organizzazione, l'applicazione del regime detentivo differenziato disciplinato dall'art 41 bis o.p.

Peraltro, neanche il comportamento tenuto all'interno del carcere è sintomatico della rescissione di quei legami; all'interno del carcere, infatti, il mafioso continua a mantenere una buona condotta che gli consente di essere quasi di esempio per tutti gli altri detenuti; non infrequenti i casi in cui i condannati studiano, si laureano, seguono percorsi di formazione nel corso della detenzione.

Neanche l'affermazione che non si può correlare la concessione dei benefici premiali alla collaborazione con la giustizia, perché potrebbe accadere che il mafioso non collabori con la giustizia per timore di ritorsioni nei confronti suoi o dei suoi familiari, appare del tutto convincente. E ciò considerando che, seppure questo timore fosse reale, non ci si spiegherebbe come mai, nei processi di mafia, è sempre più frequente registrare casi in cui gli imputati manifestano la volontà di "dissociarsi" dall'organizzazione, se non interpretando, tali casi, come espediente finalizzato a beneficiare di riduzioni di pena (peraltro non incidente sullo *status* di mafioso e sulla permanenza del vincolo associativo).

L'ulteriore domanda che occorre porsi è se la tutela di queste esigenze sia ancora oggi attuale e legittimi il mantenimento in vita dell'istituto dell'ergastolo ostativo.

È sufficiente dire che è finita la stagione delle stragi di mafia per operare una rivisitazione della legislazione antimafia? O, al contrario, è necessario prendere atto dell'evoluzione della struttura delle organizzazioni mafiose che alla violenza hanno sostituito altre modalità di infiltrazione nel tessuto economico e sociale che appaiono, comunque, altrettanto pericolose per il vivere civile?

L'esistenza stessa di questi interrogativi rende manifesta la complessità delle questioni sottese al tema di cui ci stiamo occupando.

Un rilevante compito nella valutazione delle condizioni che possono legittimare l'applicazione della disciplina dell'ergastolo ostativo è stato affidato ai magistrati di sorveglianza cui toccherà valutare, in concreto, se il legame del condannato con l'organizzazione di provenienza, in assenza di collaborazione con la giustizia, possa considerarsi definitivamente reciso.

La magistratura di sorveglianza, in ogni caso, non può essere lasciata sola.

Un grande impegno si deve richiedere a tutti coloro che sono chiamati a fornire, a quei magistrati, gli elementi necessari per consentirgli di pervenire ad una valutazione corretta: ai magistrati delle Direzioni Distrettuali Antimafia, ai magistrati della Direzione Nazionale Antimafia, ma ancor prima alle forze di polizia operanti sul territorio ed alla stessa polizia penitenziaria che deve essere in grado di cogliere, dalle attività svolte nell'ambito delle rispettive attribuzioni (dagli accertamenti di natura patrimoniale all'osservazione e all'ascolto delle conversazioni in carcere nei casi di detenuti sottoposti al regime ex art. 41 bis o.p.), tutti gli elementi sintomatici dell'agire mafioso, nella prospettiva di sottoporli alla valutazione del giudice, chiamato ad esprimersi sull'effettiva rescissione del vincolo da parte del condannato e sull'accesso ai benefici premiali.

Vincenzo Monteforte*

1. Ringrazio anzitutto per l'invito il Dipartimento jonico e porto i saluti del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Taranto, anche a nome del Presidente.

Ricorderà, il Prof. Perchinunno che, quando ci incontrammo per discutere circa la concessione del patrocinio da parte dell'Ordine degli Avvocati di Taranto, il Presidente ed io accogliemmo con entusiasmo e pieno spirito di condivisione l'iniziativa.

Il tema è di grande attualità ed interesse e la partecipazione attiva dell'Avvocatura alle fasi che hanno contraddistinto gli interventi della Corte Edu e della Consulta, non fa che inorgoglierci ed è ulteriore attestazione del contributo costante e fattivo della classe forense nella tutela dei diritti della persona e delle garanzie processuali.

Vedo con enorme piacere che l'incontro è stato condiviso anche da AIGA e Camera penale di Taranto, cui mi sento profondamente legato, e ciò costituisce ulteriore prova dell'interesse degli Avvocati per tematiche così delicate e la costante disponibilità a partecipare e condividere con Accademia e Magistratura, occasioni di confronto e studio sempre proficui.

Per cui esprimo ancora una volta la mia gratitudine verso gli organizzatori dell'evento odierno – in particolare nei confronti dei proff.ri Triggiani e Perchinunno – certo che saranno fornite, dagli illustri Relatori presenti, adeguate risposte ai numerosi interrogativi sul tema in esame.

2. L'interesse per la tematica è comprovato dalla circostanza che le disposizioni che disciplinano l'ergastolo ostativo in Italia sono state sottoposte al giudizio della Corte Edu e della Corte Costituzionale. Infatti, recependo le sollecitazioni della Corte sovranazionale, il giudice nazionale, ha sottoposto al vaglio di legittimità costituzionale la disciplina dell'ergastolo ostativo in Italia.

Com'è noto, l'ordinamento penitenziario italiano prevede due distinte forme di ergastolo, quello ordinario, che consente di ottenere il riesame della pena inizialmente inflitta al detenuto dopo ventisei anni di detenzione e l'ergastolo ostativo, disciplinato dall'art. 4 bis o.p. In quest'ultima ipotesi, l'alto livello di pericolosità del condannato conduceva all'impossibilità di concedergli la liberazione condizionale e gli altri premi e benefici penitenziari, previsti invece per l'ergastolo semplice.

Di conseguenza, il detenuto si trovava senza alcuna prospettiva di rilascio e senza possibilità di far riesaminare la pena che gli era stata inflitta; al di là della condotta assunta all'interno dell'Istituto Penitenziario, la pena rimaneva non modificabile e non suscettibile di alcun controllo e di valutazione circa i risultati del percorso trattamentale e rieducativo.

* Avvocato, Consigliere dell'Ordine di Taranto. Oltre all'indirizzo di saluto, l'Avv. Monteforte ha fatto pervenire brevi riflessioni, il cui testo è stato coordinato con il contributo dell'avv. Aurora Giovanna Ruffo del Foro di Taranto.

Molti condannati alla pena dell'ergastolo ostativo – si pensi al caso Viola – lamentavano che il sistema italiano favorisse maggiormente le esigenze di politica criminale, a discapito della risocializzazione del condannato, violando proprio quella che rappresenta la dignità umana del detenuto. Lo Stato italiano non garantiva, dunque, la possibilità al detenuto di lavorare per il suo reinserimento all'interno della comunità.

Il Governo, con riferimento alla disciplina sull'ergastolo ostativo, aveva sottolineato che l'art. 4 bis o.p. trovava però applicazione unicamente per i reati gravissimi, per esempio per quelli connotati dall'elemento di matrice mafiosa, in ordine ai quali si poteva accedere alla liberazione condizionale e ai benefici penitenziari, in caso di una stabile collaborazione.

Il tema dell'ergastolo ostativo, come detto, è poi approdato dinanzi alla Corte Costituzionale che, con l'ordinanza n.97/2021 (e le successive pronunce del 2022), pur non dichiarando l'incostituzionalità delle norme censurate, di fatto l'ha accertata, invitando il legislatore ad assumere gli interventi normativi necessari.

Sicché il legislatore, di recente, ha previsto con il d.l. n.162/2022 che i condannati per reati connessi all'associazione di tipo mafioso potranno accedere ai benefici penitenziari anche in assenza di collaborazione con la giustizia (a patto che rispettino una serie di condizioni), dopo aver scontato almeno 30 anni di pena.

Maria Casiello*

Quando ho ricevuto l'invito a portare i saluti della Fondazione Scuola forense, che presiedo da pochi mesi, ho aderito convintamente alla giornata di Studi "*L'ergastolo ostativo tra tutela della collettività e diritto alla speranza*", che vuole approfondire temi di grande attualità e verso i quali v'è da richiamare l'attenzione del dibattito pubblico e della successiva elaborazione della politica.

In una terra che ha fame di Diritti, come la nostra terra jonica, è fondamentale che la "speranza", legittima aspettativa ad una vita migliore, sia coltivata, affinché le nuove generazioni – ormai da lungo tempo propense a lasciare le regioni del sud Italia – rivalutino la offerta formativa e lavorativa che il nostro territorio può e deve mettere a disposizione.

La partecipazione al dibattito su temi così complessi che abbracciano contemporaneamente principi di Diritto, Etica e Morale, deve essere preceduta dalla consapevole e approfondita conoscenza delle regole che governano il nostro sapere e agire giuridicamente orientato.

L'uomo che ha commesso un crimine, anche quando efferato, in una Società evoluta deve avere accesso alla revisione critica dei suoi comportamenti; una Società matura, a tempo debito, deve esaminare quell'uomo anche alla luce dei motivi che lo hanno indotto a commettere il reato e infrangere il patto sociale di cui agli scritti di Rousseau, ovviamente senza mai perdere di vista le Vittime dei reati e la loro giusta aspettativa alla punizione del reo.

In questo complesso temperamento di interessi e sensibilità, ogni azione umana va indagata a fondo e compresa. Come scriveva Fedor Dostoevskij "*non c'è niente di più facile che condannare un malvagio, niente è più difficile che capirlo*".

Ebbene, l'ambizioso compito della Scuola Forense, che mi onoro di presiedere, è proprio quello di formare menti critiche, dando strumenti per approfondire e ampliare gli orizzonti solo apparentemente angusti dei nostri Codici.

Con grande entusiasmo la Scuola Forense plaude e partecipa a giornate di approfondimento come questa, auspicando che ce ne siano di nuove.

* Presidente Scuola forense dell'Ordine degli Avvocati di Taranto.

L'argomento del convegno, "L'ergastolo ostativo tra tutela della collettività e diritto alla speranza", rappresenta certamente un tema di straordinaria attualità e di particolare interesse, giuridico e sociale.

Il tema è connotato da un percorso tortuoso e tormentato, scandito dalle ordinanze della Corte costituzionale ed è giunto all'approdo della legge n. 199/2022 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. n. 162/2022, la cui emanazione ha inciso nella parte motiva della pronuncia n.15197 dell'11.04.2023 resa dalla Corte di cassazione, I sez. pen., in ragione della formale mitigazione, da "assoluta" in "relativa", della presunzione di pericolosità ostativa alla concessione dei benefici in favore del detenuto non collaborante, in presenza di "stringenti e concomitanti condizioni".

Va ricordato che, nel 2013, la sentenza "pilota" Torreggiani della Corte Edu aveva indotto lo Stato Italiano ad instaurare un percorso di miglioramento della fase dell'esecuzione penale ed in tale direzione si erano mosse molteplici commissioni ministeriali, tra le quali occorre menzionare quella presieduta dal Prof. Glauco Giostra (istituita con d.m. 19 luglio 2017), che aveva elaborato una proposta di interventi in tema di ordinamento penitenziario ed in particolare di misure alternative alla detenzione, rimasta però in larga parte inattuata; per converso, si è assistito all'affermazione dell'opposto principio della detenzione, considerata come regola e non quale eccezione, in un'ottica "carcerocentrica" estranea ai canoni fondanti il diritto penale liberale.

Nella introduzione della proposta di riforma elaborata dalla detta commissione, si apprezza l'enunciazione di un principio che, al lume dell'apparato vigente della legislazione penitenziaria, appare quanto mai attuale: «...*Uno Stato che ispiri il proprio ordinamento al principio del recupero sociale dei condannati non dovrebbe tollerare che questi siano sottoposti ad una trama di norme e di disposizioni amministrative che ne paralizzano la capacità di autodeterminazione precludendo loro ogni possibilità di sviluppo della personalità e costringendoli, troppo spesso, a cercare semplicemente di sopravvivere, cioè di conformarsi passivamente alla schiacciante compressione di regole spersonalizzanti...*»

Come noto, la Corte Edu, con la sentenza 13/06/2019 n. 7763-16 (Viola c/ Italia) ha stabilito che l'ergastolo ostativo viola "il divieto di trattamenti inumani e degradanti" ed il generale rispetto "della dignità dell'individuo". A mente di detta pronuncia, da un canto, la mancanza di collaborazione non deve necessariamente ritenersi collegata ad una scelta libera e volontaria, potendo invece essere determinata dal timore di mettere in pericolo la propria incolumità o quella dei propri familiari e, d'altro canto, la collaborazione non sempre esprime un vero cambiamento o una effettiva dissociazione dal contesto criminale. La Corte ha perciò concluso che laddove «...*l'assenza di collaborazione con la giustizia determina una presunzione inconfutabile di pericolosità sociale...*», si priva il condannato

* Presidente della Camera Penale di Taranto.

di qualsiasi prospettiva di emenda, in contrasto con la funzione di risocializzazione della pena.

La Consulta, con sentenza n. 253 del 2019, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di accordare permessi premio ai condannati alla pena dell'ergastolo per reati ostativi, evidenziando l'esigenza che il giudice possa in concreto apprezzare positivamente fatti e condotte che esprimano un sicuro ravvedimento del detenuto. Ad essere censurata dalla Corte costituzionale, non è la presunzione di perdurante pericolosità posta dal legislatore nei confronti del condannato per delitti di cui all'art. 4- *bis* o.p. che non collabori con l'autorità giudiziaria, bensì il suo carattere assoluto. La Corte riconduce la situazione del detenuto ad un sistema di presunzioni semplici e la previsione di una presunzione *iuris tantum* e non *iuris et de iure*, fa sì che essa risulti superabile attraverso l'acquisizione di elementi "individualizzanti" capaci di escludere tanto l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, quanto il pericolo che questi legami possano essere riallacciati¹.

Con l'ordinanza n. 97 del 2021, il Giudice delle leggi aveva evidenziato come la disciplina ostativa contenuta nell'art. 4-bis, comma 1, o.p., elevando l'utile collaborazione a presupposto indefettibile per l'accesso (anche) alla liberazione condizionale, sancisse a carico del detenuto non collaborante, una presunzione assoluta di perdurante pericolosità non superabile da altro se non dalla collaborazione stessa, che però non poteva essere considerato l'unico strumento a disposizione del condannato all'ergastolo, attesa la necessità che la presunzione in parola divenisse relativa e potesse essere vinta da prova contraria, valutabile dal Tribunale di Sorveglianza. Ponderato il rischio che la dichiarazione di incostituzionalità della norma in scrutinio potesse ledere le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva, la Corte disponeva il rinvio del giudizio, invitando il Parlamento ad affrontare la materia sulla scorta dei canoni costituzionali esplicitati e delle criticità evidenziate.

Intervenuto il d.l. n. 162/2022, la Corte costituzionale, con ordinanza n. 227 del 2022, dopo aver lumeggiato i principi espressi con le precedenti pronunce, ha statuito che spettasse al giudice rimettente la valutazione in merito alla portata applicativa dello *ius superveniens* nel giudizio *a quo*.

Già all'indomani della riforma, la dottrina ha mostrato un certo scetticismo, evidenziando dubbi interpretativi e stigmatizzando come l'attuale impalcatura normativa dissimuli, in realtà, una presunzione semi-assoluta, in ragione della problematicità che caratterizza i nuovi parametri richiesti dalla legge².

¹ M. Laterza, *Diritto Penale e Processo*, 2023, 10, 1331. Per una puntuale ricostruzione del percorso argomentativo affrontato dalla Corte costituzionale si veda il commento di M. Bortolato, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, in *Diritto Penale e Processo*, 2020, 5, 632

² Si vedano: A. Ricci, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 11 e F. Gianfilippi, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l'interprete*, in *Giustizia Insieme*, 2 novembre 2022, par. 4.

Nelle more è stata approvata la legge n. 199 del 2022 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. n.162 del 2022.

Con sentenza n. 15197 dell'11 aprile 2023, la Prima Sezione Penale della Corte di cassazione ha evidenziato come «...il principale portato della nuova disciplina si rinviene nella trasformazione da assoluta in relativa della presunzione di pericolosità ostativa alla concessione dei benefici e delle misure alternative in favore dei detenuti non collaboranti. Costoro, infatti, sono ora ammessi alla possibilità di proporre richiesta, che può essere accolta in presenza di stringenti e concomitanti condizioni, diversificate a seconda dei reati per i quali è intervenuta la condanna...».

In disparte i dubbi che anche l'attuale assetto normativo genera in relazione al principio costituzionale di emenda e rieducazione del condannato, nonché con riguardo al divieto di retroattività della norma penale di sfavore, laddove si è innalzato a 30 anni (e non più 26) il periodo di pena da scontare per accedere alla liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo, nulla prevedendo in ordine alla sua applicazione nel tempo; senza tema di smentita può affermarsi che ci si trovi al cospetto di un vero e proprio labirinto di regole, nel quale anche l'attento giurista fatica ad orientarsi.

Basti pensare alla complessa attività istruttoria, che rasenta la *probatio diabolica*, che è chiamato a compiere il Tribunale di Sorveglianza, o al ricorso a concetti di indistinto contenuto precettivo quale il "collegamento con il contesto nel quale il reato è stato commesso", che paiono incoerenti rispetto al primato della legge sulla interpretazione giurisprudenziale e tradiscono pericolose dinamiche di accelerazione del processo degenerativo della tipicità del precetto penale³.

Il nuovo assetto normativo, infatti, prevede che il condannato all'ergastolo c.d. ostativo possa accedere ai benefici penitenziari, anche in assenza di collaborazione, ove:

- dimostri l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna, ovvero l'assoluta impossibilità di adempiere;
- allegghi elementi specifici, diversi ed ulteriori rispetto alla regolare condotta intramuraria, alla partecipazione al percorso rieducativo ed alla mera dichiarazione di dissociazione, che inducano ad escludere l'attualità di collegamenti con associazioni criminali e con il contesto nel quale il reato è stato commesso; in proposito è bene evidenziare che trattasi di un (mero) onere di allegazione, che non può essere trasformato in un'inversione dell'onere della prova⁴;
- dia contezza di iniziative a favore delle vittime, tanto nelle forme risarcitorie, quanto in quelle della giustizia riparativa; secondo autorevole dottrina⁵ siffatte iniziative possono assumere rilievo ma la loro assenza non riveste effetto preclusivo, tanto più con riferimento ai programmi di giustizia riparativa, rispetto ai quali vige il principio fissato dall'art. 58, comma 2, D.lgs., secondo cui «...in ogni caso, la mancata effettuazione del programma,

³ G.D. Caiazza, Senato della Repubblica, Audizione Presidente U.C.P.I. su D.L. n. 162/2022.

⁴ E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo riformato articolo mortis*, in www.sistemapenale.it, 7 novembre 2022, par. 3.

⁵ L. Eusebi, *Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 8, p.1005.

l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non producono effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa...».

Accertata la sussistenza di tali condizioni, al Tribunale di Sorveglianza compete una articolata, quanto farraginoso, attività istruttoria volta ad accertare:

- il perdurare dell'operatività dell'associazione criminale di appartenenza o del contesto illegale in cui il delitto venne commesso;
- il profilo criminale del detenuto;
- la sua posizione all'interno dell'associazione;
- la sussistenza di nuove imputazioni o misure cautelari o di prevenzione sopravvenute;
- infrazioni disciplinari intervenute in corso di detenzione.

A completamento di siffatto impervio percorso, il Tribunale deve richiedere il parere del p.m. presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado o, nel caso di condanne per i delitti di cui agli artt. 51 commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., del p.m. presso il Tribunale distrettuale e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo.

Ancora, il Tribunale di Sorveglianza deve acquisire informazioni dalla Direzione dell'istituto di detenzione e disporre accertamenti sulle condizioni reddituali e patrimoniali, sul tenore di vita, sulle attività economiche, sulla pendenza o definitività di misure di prevenzione nei confronti del condannato, degli appartenenti al suo nucleo familiare o delle persone comunque a lui collegate.

È agevole cogliere in concreto i risvolti problematici connessi alla complessità dei nuovi adempimenti procedurali previsti dall'attuale assetto normativo, che all'evidenza comportano un considerevole aggravio del carico di lavoro, già particolarmente oneroso anche in considerazione della endemica carenza di risorse dei Tribunali di Sorveglianza.

Va poi rimarcato che le informazioni e i pareri ulteriori richiesti devono costituire il patrimonio informativo utile affinché il Giudice di sorveglianza possa ponderare l'effettività del percorso rieducativo svolto dal condannato, la cui valutazione resta affidata all'esclusivo apprezzamento dell'organo giurisdizionale.

In particolare, si è osservato in dottrina che *“a differenza delle informazioni, volte ad ‘aiutare’ il giudice perché assuma una decisione ponderata e pienamente consapevole, i pareri delle procure rappresentano un limite di dubbia opportunità apposto alla discrezionalità della magistratura di sorveglianza”*⁶.

Discrezionalità che dovrà sempre confrontarsi con l'esistenza *“di una sottilissima linea di demarcazione che, in presenza di condannati per reati gravissimi, divide le valutazioni attinenti alla pericolosità sociale da quelle caratterizzate dalla mera condanna morale per i gravi fatti posti in essere”*, consentite ed anzi doverose le prime, inammissibili le seconde⁷.

Per ottenere la liberazione condizionale il condannato all'ergastolo ostativo, non collaborante, dovrà comunque aver espiato 30 anni di pena, mentre per il collaborante rimane il limite di 26 e dovranno decorrere 10 anni (5 per i collaboranti) dalla liberazione

⁶ Così E. Dolcini, *ibidem*

⁷ Cass. pen., sez. I, sent. 30 marzo 2023, n. 23556.

condizionale affinché si estingua la pena perpetua e vengano revocate le misure di sicurezza personali.

Non poche perplessità induce *“una normativa che, nulla prevedendo in relazione alla sua applicazione nel tempo, restringe, con possibile frizione con il principio costituzionale del divieto di retroattività della norma penale di sfavore, l’accesso alla liberazione condizionale che, al pari delle altre misure alternative costituisce, per usare le espressioni della sentenza n. 32 del 2020 della Corte costituzionale, una vera e propria pena alternativa alla detenzione con accentuata vocazione rieducativa”*⁸.

Senza alcuna pretesa di esaustività in ordine all’ordito normativo, ciò che nella presente sede preme evidenziare è come occorra, in realtà, superare la visione antinomica tra i caratteri retributivo e rieducativo della pena, che devono invece essere concepiti e ponderati in un contesto sinergico, non soltanto in chiave di contemperamento delle esigenze di prevenzione sociale e di emenda del condannato, quanto in funzione della restaurazione dell’ordine sociale violato, posto che un condannato che dia prova di ravvedimento rappresenta un sicuro beneficio per la collettività.

La risocializzazione del condannato, viepiù per reati di particolare gravità, infatti, rappresenta la perfetta sintesi del diritto “soggettivo” e “privatistico” del detenuto al reinserimento nel tessuto sociale e della esigenza “pubblicistica” di tutela della comunità.

Conclusivamente, riprendendo il titolo del convegno, non si può sottacere come al “diritto alla speranza” troppo spesso si contrapponga drammaticamente un “obbligo della disperazione”, manifestatosi nel 2022, con 84 suicidi in carcere e migliaia di tentativi di suicidio ed atti di autolesionismo⁹, che certamente trovano le loro cause in molteplici fattori, non ultime le condizioni di sovraffollamento ed inadeguatezza – in termini di strutture, personale, progettualità – degli istituti di reclusione, ma che altrettanto sicuramente manifestano la carente tutela dei principi costituzionali di risocializzazione del detenuto, di assistenza sanitaria, di diritto all’affettività, al lavoro, all’istruzione, a condizioni di vita dignitose.

⁸ Cass. pen., sez. I, sent. 11 aprile 2023, n. 15197.

⁹ Fonte Osservatorio Carcere U.C.P.I., *L’irraggiungibile stagione della riforma penitenziaria*.

RELAZIONE INTRODUTTIVA

Giuseppe Santalucia *

Focalizzo l'attenzione sulla giurisprudenza della Corte di cassazione, motore principale delle questioni di incostituzionalità che hanno indotto il legislatore a modificare il precedente assetto normativo.

Le questioni nascono, come è giusto che sia, dal dialogo con le parti del giudizio *a quo*, e la remissione di quella concernente l'ergastolo ostativo è stata sollecitata, con pervicacia, dal difensore del ricorrente.

Essa era stata dichiarata manifestamente infondata nel grado di merito dal Tribunale di sorveglianza, secondo una giurisprudenza che si era consolidata tacitando non marginali dubbi.

La prima sezione penale della Corte di cassazione ha invece raccolto la richiesta avendo già intrapreso, con una ordinanza di rimessione di qualche anno prima, del 2019, un percorso di rieducazione di consolidati approdi interpretativi. in tema di preclusioni all'accesso ai permessi premio.

La giurisprudenza si era assestata sull'assenza di incompatibilità del sistema dell'ergastolo ostativo con le norme costituzionali e convenzionali.

Le disposizioni dell'art 4-bis ord. pen., come è noto, regolano l'accesso ai benefici penitenziari, cioè a quei benefici che danno la possibilità temporanea di interrompere, sospendere la condizione segregatrice, di un carcere come luogo di isolamento dal resto della società.

Tra questi ricordiamo l'assegnazione del lavoro all'esterno, l'affidamento in prova, la detenzione domiciliare, la semilibertà o ancora la liberazione condizionale, che è lo strumento più importante perché trova applicazione anche nei confronti di condannati alla pena dell'ergastolo.

L'ergastolo ostativo in senso stretto, ora disciplinato dal recente decreto-legge n. 162 del 2022, convertito con modificazioni dalla legge n. 199 del 2022 (possiamo parlare oggi di una ostatività temperata), operava per i condannati a pena perpetua per reati compresi nell'art. 4-bis. Per costoro restava preclusa la possibilità di concessione dei benefici penitenziari e quindi di tutte le condizioni di misure extramurarie, salvo che avessero inteso collaborare con la giustizia.

Cos'è allora l'ergastolo ostativo?

È l'ergastolo irrogato per reati compresi nel catalogo di cui all'art. 4-bis quando i condannati non siano anche collaboranti.

* Consigliere Corte di Cassazione e Presidente Associazione Nazionale Magistrati.

Oggi non si può parlare più di ergastolo ostativo in senso stretto, e lo dimostra il decreto-legge n. 162 di cui si è detto, che ha inciso sulla norma precedente, tanto che si può parlare oggi di una ostatività temperata.

L'istituto della collaborazione venne introdotto all'interno dell'art. 4-bis nel 1992 in seguito alle stragi di mafia; esso fa della collaborazione con la giustizia un indice di prova nell'avvenuta rescissione del vincolo associativo tra il soggetto detenuto e l'organizzazione mafiosa.

La collaborazione, quando seria ed effettiva, rivela che il detenuto, prima appartenente ad un contesto criminale, si può avviare lungo il percorso rieducativo, che lo accompagna alla completa risocializzazione.

In assenza di collaborazione, salvi i casi di collaborazione impossibile o inesigibile, si aveva un ostacolo non superabile all'accesso ai benefici. Quindi la collaborazione seria ed effettiva era ed è prova della rescissione del vincolo associativo.

Sull'istituto della collaborazione si è molto discusso, e la Corte Costituzionale ha negli anni molto temperato questa rigida presunzione, introducendo le categorie, a cui si è appena fatto cenno, della collaborazione impossibile, perché se tutto è stato già accertato (quindi il panorama investigativo è ormai chiaro) il detenuto non può apportare alcun ulteriore valido contributo; e della collaborazione inesigibile nei casi in cui non sia oggettivamente pretendibile, per il ruolo criminale avuto dal condannato, una sua fattiva collaborazione (l'esclusione della pretesa di collaborazione quanto il condannato ha visto il riconoscimento delle attenuanti di cui all'art. 114 o 116, o, ancora, all'art. 62 sta a dimostrare che non avrebbe senso imporre una collaborazione irrilevante).

Questi strumenti di temperamento della imposizione della collaborazione sono stati spazzati via dalla nuova normativa, che si è innestata in un complesso reticolo di disposizioni –art. 4-bis – (il catalogo dei reati è stato progressivamente ampliato, fors'anche in modo irragionevole: pensiamo ad esempio all'introduzione di reati del c.d. "codice rosso"), divenuto nel tempo un eterogeneo contenitore per aggravare il trattamento sanzionatorio punitivo, sì da atteggare il divieto di accesso ai benefici penitenziari in senso aggiuntivamente afflittivo-sanzionatorio.

I ripetuti interventi integrativi avevano fatto perdere all'istituto una ratio unitaria.

I reati originariamente contenuti nell'art. 4-bis, reati di terrorismo e di mafia, presentano in maniera prevalente una tendenziale irreversibilità del fenomeno associativo; molti altri sono addirittura estranei a contesti di criminalità associata.

Anche sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 32 del 2020, sollecitata da vari giudici remittenti e tra questi anche la Corte di Cassazione sezione I penale, che aveva posto la questione sulla ragionevolezza dell'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art 4-bis co.1, - comma relativo ai reati di fascia di maggiore gravità per cui la collaborazione doveva accompagnarsi alla sussistenza di

elementi che facessero escludere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata –.

È appena il caso di ricordare che il legislatore in ultimo ha spazzato via quest'ultimo tipo di reati dalle disposizioni limitative dell'accesso ai benefici penitenziari.

Il meccanismo regolato dall'art. 4-bis non è una pena: esso disciplina l'accesso alle misure penitenziarie alternative alla detenzione funzionali alla inclusione del risocializzato, ma non è un aggravamento sanzionatorio.

La Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 32 del 2020 ha fatto un enorme passo in avanti nel dichiarare che le misure alternative non sono semplicemente delle diverse modalità per eseguire una pena, come tradizionalmente si diceva; e che esse fanno sì che la pena (quindi la reclusione) non resti nel tempo la stessa per contenuto e intensità. Di qui la conclusione che deve essere applicato, in caso di successioni di leggi nel tempo, il principio dell'art 2 c.p., attuazione dell'art. 25 Cost., in tema di retroattività della legge di favore e di irretroattività della legge peggiorativa del trattamento penale.

A questo risultato si è giunti anche sulla spinta della giurisprudenza della Corte Edu, che ha interagito in modo significativo con la nostra giurisprudenza interna.

Si è ragionato sulla incompatibilità con la funzione rieducativa e risocializzante della pena in generale di una pena perpetua che non ammetta eccezioni.

Si è messo l'accento sulla necessità di individualizzazione del trattamento perché la nostra Costituzione non conosce categorie di detenuti ma, anzi, riconosce una categoria unitaria che poi si differenzia sotto la modalità di espiazione della pena.

Se è vero che il vincolo associativo di tipo mafioso ha la caratteristica della irreversibilità, non può ciò mettere in ombra lo statuto costituzionale della pena.

In tale contesto la collaborazione non può sostanziare una presunzione assoluta, perché la scelta di collaborazione ha una cifra soggettiva ineliminabile.

La collaborazione è rimessa alla libertà di scelta del detenuto e ci si è resi conto (grazie soprattutto alle sentenze della Corte Europea per le loro riflessioni) che il sistema non poteva incentrarsi sull'assolutezza della presunzione di rescissione del vincolo associativo affidata unicamente alla collaborazione (la giurisprudenza costituzionale ha già testato con le misure cautelari che le presunzioni assolute non reggono).

Utile è ricordare quanto statuito con l'ordinanza di remissione che ha condotto ad una sentenza importantissima, la sentenza costituzionale n. 253 del 2019 in tema di permessi premio. La Corte di cassazione, sempre la I sezione penale, prima di giungere alla rimessione della questione sull'ergastolo ostativo, si è interrogata sulle condizioni di ammissione ai permessi premio di detenuti per reati di cui all'art. 4-bis non collaboranti.

Il permesso premio non è una misura alternativa ma consente di sperimentare l'utilità di un approfondimento del percorso trattamentale e su questo versante si è ragionato sulla tollerabilità di un sistema di presunzioni che peraltro è stato demolito, proprio con interventi della Corte costituzionale, sul terreno delle misure cautelari.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 253 del 2019 ha svelato che i tempi erano ormai maturi e ha ricordato che la Corte Edu, come già statuito nella sentenza Viola vs. Italia, ha indicato che la pena perpetua è convenzionalmente compatibile se esiste la possibilità di un diritto alla speranza, cioè la possibilità che attraverso un percorso rieducativo e risocializzante il detenuto possa ambire quanto meno a misure extramurarie, perché la speranza è un tratto costitutivo della dignità umana.

Il diritto alla speranza è una premessa di successo del processo rieducativo: se il detenuto non potesse coltivare la speranza come potrebbe esserci un'adesione anche minima al percorso risocializzante? Solo il diritto alla speranza può assicurare il rispetto della tutela della dignità umana di qualunque detenuto, a prescindere dal reato commesso.

Tornando alla intollerabilità della presunzione assoluta, si è messo in luce che può condurre a non marginali distorsioni ritenere che l'assenza della collaborazione sia sempre indicativa della sussistenza del legame associativo, potendo nel concreto delle singole vicende umane trovare cause tutt'affatto diverse (per protezione dei parenti che continuano a vivere nel territorio in cui opera la cosca, per esempio).

Quello che non è stato considerato tollerabile è proprio questa presunzione assoluta, che nessun sistema penale liberale può ammettere quando sono in gioco beni fondamentali e libertà personale (sia in fase cautelare che in fase esecutiva).

Particolare importanza assume la questione della incidenza della collaborazione come indice unico di rescissione del legame associativo sul principio del *nemo tenetur se detegere*, perché il rischio è che si induca il soggetto a collaborare facendo venir meno l'effettività del diritto di difesa.

Si è detto che l'impossibilità di scelta del 'se' collaborare è una negazione del diritto alla autodeterminazione difensiva.

La presunzione assoluta è quindi caduta in virtù dell'evoluzione di quell'orientamento interpretativo, espresso già giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 149 del 2018 sull'incostituzionalità dell'art 58-quater ord. pen. relativo ai r condannati all'ergastolo per reato di sequestro di persona, laddove si pretendeva l'effettiva espiazione e il decorso di un termine di pena prima di accedere ai benefici. Si è allora detto che la concessione dei benefici non può essere legata a criteri rigidi.

Il venir meno di un sistema di rigide preclusioni ha ricadute sull'organizzazione giudiziaria e sulla magistratura di sorveglianza in particolare, perché esso rendeva inutile ogni indagine individualizzata, inevitabilmente costosa in termini di risorse ed energie processuali.

Una delle ragioni che militava per il mantenimento del sistema di preclusioni era quella di preservare la magistratura di sorveglianza da possibili illecite pressioni, che possono essere particolarmente pericolose.

La caduta della presunzione porta certamente maggiore lavoro di approfondimento istruttorio, di coinvolgimento delle Procure della Repubblica sotto il profilo della raccolta di elementi informativi per la decisione che poi dovrà assumere.

Tutto questo ha comunque portato alla necessità di riportare il sistema alla conformità col principio enunciato dall'art. 27 Cost.

Ormai la situazione è cambiata.

La Corte Costituzionale, con la prima ordinanza n. 97 del 2021, decise di non decidere perché una dichiarazione di illegittimità avrebbe creato un vuoto normativo intollerabile su questo terreno di particolare complessità, e affidò al legislatore il compito di costruire nuove regole entro un termine dato.

Il legislatore ha così predisposto una trama fitta di regole per l'accesso ai benefici penitenziari, prevedendo oneri di allegazione e prova (questo desta numerosi dubbi di incostituzionalità) al detenuto non collaborante.

Basta leggere l'art 4-bis nella nuova formulazione per avvedersi che, in relazione alle condanne per reati che non hanno una struttura associativa, si richiede ora l'adempimento delle obbligazioni risarcitorie, delle obbligazioni di riparazione pecuniaria nei confronti delle vittime, andando ben oltre il riscontro di una regolare condotta carceraria e della partecipazione del detenuto al percorso rieducativo.

Alcune delle nuove condizioni di accesso sono state mutate dalle argomentazioni e dalle indicazioni contenute nella sentenza costituzionale n.253 del 2019 che ha dichiarato l'illegittimità della pretesa di collaborazione per l'accesso ai permessi premio.

Regolarità di condotta carceraria e partecipazione al percorso rieducativo non sono elementi sufficienti.

Bisogna approfondire l'indagine per escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata come già richiesto dall'art. 4-bis ed escludere in aggiunta financo il pericolo del ripristino del legame associativo.

È abbastanza evidente quanto sia difficile poter provare l'assenza di un pericolo di tal fatta.

Come dimostrare l'assenza di pericolo?

La nuova normativa norma aggiunge che vi deve essere l'assenza di un pericolo di ripristino anche indiretto o tramite terzi, tenuto conto delle "circostanze personali e ambientali", dato questo già indicato dalla giurisprudenza costituzionale.

Mi sembra allora che la magistratura di sorveglianza dovrà indagare sulle ragioni sottese alla scelta di non collaborazione.

Vien fuori la necessità di una pesante istruttoria: in questo senso se l'onere di allegazione per il detenuto è fortissimo, l'onere istruttorio per gli uffici giudiziari è altrettanto pesante.

La Corte di cassazione a questo punto si è interrogata su come ci si debba orientare per il caso in cui il condannato abbia fatto domanda prima della nuova normativa pur senza essere collaborante.

Nel caso oggetto della questione di costituzionalità il Tribunale di sorveglianza aveva preso in considerazione il dato della non collaborazione del detenuto per omicidio aggravato ex art.7 della l. 203 del 1991 e non aveva ovviamente approfondito oltre.

Il Tribunale di sorveglianza, infatti, nell'emettere l'ordinanza ora sottoposta al giudizio di rinvio aveva applicato una normativa che per il vero non è mai stata dichiarata incostituzionale e che quindi non è stata travolta *ex tunc*.

La Corte di cassazione, ciò nonostante, ha disposto l'annullamento con rinvio per non tradire il senso complessivo dell'intervento della Corte costituzionale, ma ha ritenuto di non poter affrontare l'esame di non manifesta infondatezza della costituzionalità della nuova normativa.

Per la rimessione di una questione alla Corte costituzionale occorre stabilirne anzitutto la rilevanza, e per far ciò bisogna conoscere quale sia la situazione concreta del detenuto, che non era stata ovviamente esplorata per via della preclusione ai benefici derivante automaticamente dall'assenza di collaborazione. Solo dopo si potrà valutare l'eventuale non manifesta infondatezza della questione, che allora non può che essere affidata al giudice di merito, titolato al compimento di una istruttoria al fine di verificare la ricorrenza in concreto delle nuove condizioni per l'accesso ai benefici.

La nuova normativa è complessa e la Corte di cassazione non si è spinta sino all'esame di non manifesta infondatezza perché ha ritenuto di non apprezzare la manifesta irrilevanza delle questioni di costituzionalità.

Vedremo cosa succederà innanzi al Tribunale di sorveglianza nel giudizio di rinvio, che potrà alla luce di una definizione del contorno fattuale entro cui si colloca la richiesta di liberazione condizionale di quel detenuto, se questa normativa possa essere ritenuta conforme o meno all'art. 27 della Costituzione.

Francesco Perchinunno

LA TENUTA COSTITUZIONALE DELL'ERGASTOLO OSTATIVO *

| ABSTRACT | |
|--|--|
| Il contributo analizza il tema dell'ergastolo ostativo prendendo le mosse dall'ordinanza n.97 del 2021 della Corte costituzionale, sino alle recenti modifiche apportate dal d.l. n.162/2022 che ha consentito di superare l'equazione "mancata collaborazione-pericolosità sociale-divieto assoluto di accesso ai benefici". La tematica assume particolare interesse anche per la tecnica decisionale della "doppia pronuncia", cui la Corte costituzionale ha nuovamente fatto ricorso per preservare lo «spirito di leale collaborazione istituzionale» con il Parlamento e non creare gravi lacune legislative. | The paper analyzes the issue of life imprisonment starting from the Constitutional Court's ordinance no. 97 of 2021, up to the recent amendments made by Legislative Decree no. 162/2022 which leads to overcome the equation "lack of cooperation-social dangerousness-absolute prohibition of access to benefits". The issue is also of particular interest for the decision-making technique of the "double pronouncement", to which the Constitutional Court has again resorted to preserve the 'spirit of loyal institutional cooperation' with Parliament avoiding serious legislative gaps. |

| PAROLE CHIAVE | |
|--|--|
| Fine rieducativo della pena – ergastolo ostativo – diritto alla speranza | The re-educative purpose of sentence – life imprisonment – right to hope |

SOMMARIO: 1. Premessa e inquadramento del tema. – 2. I motivi di interesse dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2021: l'evoluzione dell'ergastolo "ostativo". – 3. Il nuovo quadro normativo, le ordinanze n.122 e 227 del 2022 e la restituzione degli atti al giudice rimettente. – 4. La replica a Corte della tecnica della "doppia (triplice) pronuncia". – 5. Considerazioni conclusive.

1. L'accezione "ostativa" dell'ergastolo è stata coniata dalla dottrina per indicare quelle ipotesi di perpetuità della pena detentiva non suscettibili di attenuazioni, se non previa

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

collaborazione con la giustizia. Sul piano strettamente normativo, occorre fare riferimento all'art. 4 bis (Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti) che, nel quadro dell'ordinamento penitenziario, fece emergere la ragione "ostativa" alla concessione di benefici per il soggetto detenuto (permessi premio e misure alternative alla detenzione), nella volontà o meno di collaborare, intesa come elemento comprovante il distacco del condannato dai legami con l'associazione mafiosa. La *ratio* dell'ergastolo ostativo può individuarsi nella "presunzione assoluta" di pericolosità del condannato che rifiuta di collaborare con la giustizia; nel quadro che si era delineato a seguito della modifica operata dalla legislazione antimafia del 1992, la "collaborazione" si offriva come il fattore di differenziazione rispetto all'ergastolo comune, per il quale invece permaneva la possibilità di un progressivo miglioramento del trattamento penitenziario, parallelo alla crescita dell'opera di rieducazione del reo.

Sin dalla pubblicazione del comunicato stampa che ha preannunciato l'emanazione dell'ordinanza n.97/2021, in tema di ergastolo ostativo, si è annidata nell'opinione pubblica l'idea di una pronuncia protesa alla graduale erosione dell'istituto che sancisce la "pena perpetua", per ragioni correlate alla dissonanza con la finalità della rieducazione e del reinserimento sociale del condannato, consacrati nell'art. 27 della Carta costituzionale, tra le garanzie processuali di matrice costituzionale che garantiscono un elevato grado di tutela della persona nel processo¹.

Da una disamina delle ragioni poste a sostegno della richiamata ordinanza nella sua parte motiva è emerso, tra gli altri, il proposito da parte del Giudice delle leggi di rivisitare la conformità ai principi costituzionali di quelle disposizioni normative destinate ai soggetti condannati al carcere a vita – risalenti, come detto, all'epoca delle stragi di mafia e ai provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa – che avevano configurato la collaborazione con la giustizia come "l'unica via di accesso alla liberazione condizionale"².

¹ Il riferimento è alla formulazione letterale dell'art. 4 bis, come modificata dall'art. 15, primo comma, lettera a), del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), poi convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356. L'introduzione del c.d. "carcere duro" e dell'ergastolo ostativo seguirono l'onda emotiva delle terribili stragi di Capaci e di via d'Amelio. Particolarmente vasto il contributo offerto dalla dottrina sul tema: *ex plurimis*, E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1500 ss.; Id., *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. contemp.*, n.3/2018; L. Eusebi, *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1515 ss.; G. Fiandaca, *Ergastolo ostativo, carcere duro e dintorni*, in *Questione giustizia*, 9 marzo 2021; E. Perucatti, *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata*, *Coll. "Diritto penitenziario e Costituzione"*, Editoriale scientifica, 2021; E. Dolcini, F. Fiorentin, D. Galliani, R. Magi, A. Pugiotto, (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Giappichelli, Torino, 2020; A. Pugiotto, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio cost.*, fasc. 3/2018, p. 405 ss.; Id., *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 marzo 2013; D. Galliani, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Osservatorio cost.*, fasc. 4/2019, p. 191 ss.; C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali sull'ergastolo ostativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016.

² L'ordinanza Corte cost. 15 aprile/11 maggio 2021, n. 97, si colloca in un solco di continuità con la più recente giurisprudenza (di legittimità, costituzionale e sovranazionale), nell'ottica del superamento dell'assunto che la scelta di collaborare sia di per sé equipollente al sicuro ravvedimento del condannato all'ergastolo, ma senza

Vi è poi un altro profilo che su piani diversi suscita interesse e merita approfondimento con riferimento alla particolare tecnica decisoria adottata dalla Corte nella citata ordinanza del 2021 e nelle successive consequenziali pronunce; come in altre recenti occasioni, infatti, la Consulta ha fatto ricorso alla tecnica della cd. “doppia pronuncia”, nell’intento di lasciare spazio al legislatore per colmare un vuoto normativo o ridisegnare la materia legislativa sottoposta a censura.

Al centro del dibattito e delle analisi esegetiche, la necessaria e complessa opera di bilanciamento tra le esigenze di sicurezza pubblica, contraddistinte dalla necessità di preservare la normativa poste a tutela della collettività nella lotta alla criminalità mafiosa e le esigenze di tutela dei suindicati principi riconosciuti dall’art. 27 Cost., i cui effetti si estendono anche a favore delle persone condannate alla pena perpetua³.

La Corte costituzionale, esaminando le censure sollevate dalla Corte di cassazione in ordine al regime applicabile (all’epoca dei fatti) ai condannati alla pena dell’ergastolo per reati di mafia e di contesto mafioso che non abbiano collaborato con la giustizia e che richiedano l’accesso alla liberazione condizionale, ha posto in evidenza come la disciplina dell’ergastolo ostativo precluda in modo assoluto – ai soggetti che non abbiano utilmente collaborato con la giustizia – la possibilità di accedere al procedimento per chiedere la liberazione condizionale, anche quando il loro ravvedimento risulti sicuro. Tale disciplina “ostativa”, facendo della collaborazione l’unico modo per il condannato di recuperare la libertà, determina una “tensione” con gli artt. 3 e 27 della Costituzione e con l’articolo 3 della CEDU. Purtroppo, l’intervento “demolitorio” – ha precisato il giudice delle leggi – tramite l’immediata declaratoria di accoglimento delle questioni sollevate, avrebbe rischiato di pregiudicare «le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva» perseguite dalla legge, nell’intento di contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa.

Per una disamina più approfondita dei principi coinvolti, giova ripercorrere le fasi più significative dello scrutinio svolto dalla Consulta in ordine alle disposizioni oggetto di censura (artt. 4-bis comma 1 e 58-ter, l. n. 354/1975 e art. 2 d.l. n.152/1991).

2. La questione ha tratto origine dall’ordinanza di rimessione 3/18 giugno 2020 mediante la quale, la Corte di cassazione, ha osservato come il regime restrittivo per

che la mancata collaborazione possa svuotarsi di efficacia e rilevanza. Tra le ragioni poste a sostegno della decisione, la Consulta ha ravvisato l’opportunità – in ragione del principio di collaborazione istituzionale – di offrire al legislatore la possibilità di disciplinare la materia, al fine di scongiurare la possibilità che si verificassero gravi distonie attuative, avendo il Parlamento un margine operativo più ampio di quanto non abbia il giudice costituzionale (anche alla luce della preesistenza di un dibattito parlamentare e di specifiche proposte di legge). Per una disamina, a prima lettura, volendo, F. Perchinunno, *Prime riflessioni sull’ordinanza n.97/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, Focus - Human Rights n. 1 - 22/09/2021, pp. 197 ss.

³ Nei pochi giorni intercorsi dalla data di emanazione del comunicato stampa (15 aprile 2021) alla successiva data in cui è stata depositata e resa pubblica la motivazione (11 maggio 2021) il dibattito è stato contrassegnato da particolare interesse e fervore, per la delicatezza dei temi correlati alla tematica sottoposta al vaglio di costituzionalità. Dal comunicato, era già emerso, in via anticipata, che l’incompatibilità con la Costituzione derivava dal carattere assoluto della presunzione, sicché vi era l’esigenza di un imminente intervento legislativo (entro il termine di circa un anno).

l'accesso ai benefici penitenziari (art. 4-bis o.p.) sia applicabile, con riguardo alla liberazione condizionale, per effetto dell'articolo 2 del d.l. n. 152 del 1991⁴; purtuttavia, con riferimento ai cosiddetti delitti di "prima fascia" (art. 4-bis) il beneficio può essere richiesto e ritenuto ammissibile, solo nelle ipotesi di collaborazione con la giustizia o nelle ipotesi equivalenti di collaborazione impossibile o inesigibile⁵.

Quanto alla "rilevanza" delle censure sollevate, essa si è emersa nella ostatività della normativa in esame ad una valutazione di merito del giudice naturale (Tribunale di sorveglianza) dei presupposti per la concessione dei benefici; la Corte remittente, sul punto, ha evidenziato come l'accoglimento delle questioni non avrebbe comunque implicato *ex se* l'ammissione alla liberazione condizionale, ma avrebbe consentito, per lo meno, il percorso argomentativo e la valutazione dei presupposti da parte del giudice di merito.

In ordine al presupposto della "non manifesta infondatezza" la Corte rimettente ha preso le mosse dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità di segno contrario⁶, per poi osservare che proprio la residua possibilità per i condannati all'ergastolo di beneficiare della liberazione condizionale, anche attraverso il computo dei periodi di liberazione anticipata, avrebbe preservato la disciplina dell'ergastolo dalla difformità rispetto al quadro normativo costituzionale (come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale, sentenze n. 161 del

⁴ Con ordinanza 3 giugno 2020 (iscritta al n. 100 del registro ordinanze 2020 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 34, prima serie speciale, dell'anno 2020), la Corte di cassazione, prima sezione penale, ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 27 terzo comma e 117, primo comma, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale in ordine a tre disposizioni diverse, gli artt. 4-bis comma 1 e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché dell'art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203, nella parte in cui, nel combinato disposto di queste tre norme, viene ad escludersi che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo – per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste – che non abbia collaborato con la giustizia. Nel giudizio *a quo*, il ricorrente - condannato alla pena perpetua in relazione ad un delitto aggravato di omicidio volontario aggravato dal contesto mafioso - aveva chiesto di ottenere un provvedimento di liberazione condizionale, ma la richiesta era stata dichiarata originariamente inammissibile dal Tribunale di Sorveglianza in assenza di collaborazione, trattandosi di beneficio limitato ai soli condannati che abbiano prestato collaborazione con la giustizia ai sensi del 58-ter del precitato o.p. o che siano nell'impossibilità di collaborare o, infine, la cui collaborazione sia inesigibile.

⁵ La Corte rimettente, sul punto, aveva puntualmente evidenziato che la preclusione normativa aveva impedito al Tribunale di sorveglianza l'esame di merito della domanda di liberazione condizionale (pena già espiata e margini di ravvedimento del condannato). Nello specifico, il ricorrente aveva peraltro già scontato oltre ventisei anni di reclusione (nel cui computo andavano ricompresi anche i periodi di liberazione anticipata) e dunque si era maturata una delle condizioni oggettive per chiedere il beneficio.

⁶ Il richiamo operato dalla Corte è anzitutto alla sentenza n. 135 del 2003 con cui era stata negata l'esistenza di una preclusione assoluta di accesso al beneficio della liberazione condizionale, sul presupposto che il limite dipenda da una scelta volontaria dell'interessato che può decidere liberamente – disse allora la Corte – se collaborare o no. In precedenza, con la sentenza n. 273 del 2001 era stata considerata legittima la scelta legislativa di individuare nella collaborazione un criterio legale di verifica del sicuro ravvedimento maturato dal condannato; allo stesso modo, la Corte di legittimità, aveva più volte ritenuto manifestamente infondate le questioni inerenti alla disciplina dell'accesso ai benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo cosiddetto ostativo, considerata per costoro la possibilità di conseguire la liberazione condizionale in presenza però dell'indice legale di ravvedimento dato dalla scelta collaborativa (per tutte, Cass. pen. I sez. 22 marzo - 1° luglio 2016, n. 27149 e 17 gennaio - 16 febbraio 2017, n. 7428).

1997, n. 274 del 1983 e n. 264 del 1974), in piena assonanza con la giurisprudenza della Corte Edu che ha sempre valorizzato l'esistenza di strumenti per la cessazione della pena, in presenza di significativi progressi trattamentali, anche nel caso di condanna la pena perpetua⁷.

Sicché, alla luce di queste considerazioni e dei precedenti evocati, poiché sostanzialmente la scelta se collaborare o no, non era da considerarsi, secondo il rimettente, una scelta essenzialmente libera, appariva “inumano e degradante” un trattamento che alla fine si fonda sulla reclusione a vita, nell'assenza di qualsiasi possibilità di uscita dal carcere⁸. Con la pronuncia n. 253 del 2019, peraltro, la stessa Corte aveva già riconosciuto (in tema di concessione dei cd. “permessi premio”) che la disciplina allora vigente si fondava su una presunzione assoluta di perdurante pericolosità non superabile se non per il tramite della collaborazione stessa e di conseguenza affermandone, proprio in quanto assoluta e non relativa, l'incompatibilità con il dettato costituzionale⁹.

A parere della Corte rimettente, le disposizioni censurate avrebbero rischiato di comprimere ingiustificatamente la funzione rieducativa della pena, anche in considerazione dell'orientamento espresso dalla *Grande Chambre* della Corte Edu il 13 giugno 2019 (Marcello Viola c. Italia) e dalla stessa Consulta (sentenza n. 253 del 2019) che univocamente faceva propendere verso una valutazione di non manifesta infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale prospettati dalla stessa Corte con l'ordinanza in esame¹⁰.

Il quadro particolarmente fitto degli interventori che hanno chiesto e ottenuto di partecipare al giudizio in qualità di “*amici curiae*” ha determinato un considerevole ampliamento del quadro di valutazione da parte del Giudice delle leggi¹¹. Nucleo centrale

⁷ Il principio si allinea all'espresso divieto di trattamenti disumani o degradanti (art. 3 Cedu), più volte evocato nella giurisprudenza della Corte EDU (sentenze 12 febbraio 2008, Kafkaris contro Cipro; 29 aprile 2008, Garagin contro Italia; 9 luglio 2013, Vinter e altri contro Regno Unito; 15 dicembre 2015, Gurban contro Turchia; 16 aprile 2016, Murray contro Olanda; 17 gennaio 2017, Hutchinson contro Regno Unito; 12 marzo 2019, Petukhov contro Ucraina).

⁸ Sul punto, infatti, la Corte EDU (dalla sentenza Vinter contro Regno Unito in poi) ha preso in specifica considerazione la compatibilità convenzionale di un regime che condiziona appunto l'accesso alla liberazione condizionale, alla collaborazione dell'interessato con l'autorità giudiziaria, evidenziando come la scelta collaborativa non possa rappresentare l'unico parametro per identificare e misurare un percorso di effettiva risocializzazione, potendo quella scelta fare difetto per ragioni diverse dalla conservazione di un legame con organizzazioni criminali o mafiose.

⁹ La questione al vaglio della Consulta nella sentenza n. 253 del 2019 verteva sul divieto di accordare “permessi premio” e non la liberazione condizionale. In sintesi, la Corte aveva affermato che la presunzione in sé non risulta costituzionalmente illegittima, non essendo irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza. Occorre, purtuttavia, che tale presunzione sia relativa e non già assoluta, atteso che, una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena (artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.).

¹⁰ Si tratta della nota sentenza della Corte Edu, 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16, Marcello Viola c. Italia e della sentenza Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253.

¹¹ Gli interventi delle parti e degli “*amici curiae*” (questi ultimi ammessi a partecipare al giudizio *ad quem* con decreto presidenziale 15 febbraio 2021, in ottemperanza al disposto di cui all'art. 4-ter, comma 3, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale) hanno esteso il campo di valutazione, offrendo spunti di interesse nel quadro valutativo della Consulta. Tra gli interventori, a titolo di *amicus curiae* “Antigone”

posto al vaglio di costituzionalità con l'ordinanza della Suprema Corte del 2020, la disciplina normativa ostativa alla concessione del beneficio della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo, per delitti di "contesto" mafioso, che non aveva inteso collaborare utilmente con la giustizia, pur avendo già scontato ventisei anni di carcere (anche grazie a provvedimenti di liberazione anticipata). La censura ha interessato, in concreto, il suindicato complesso di norme e la "presunzione assoluta" – non superabile se non per effetto dell'attività di collaborazione – che comportano la declaratoria di inammissibilità delle richieste del detenuto di accedere alla liberazione condizionale senza una valutazione, in concreto, da parte del giudice di sorveglianza. *Thema decidendum*, pertanto, la conformità o meno ai parametri costituzionali di una normativa che implica, per il soggetto condannato all'ergastolo non collaborante, una trasformazione della pena perpetua *de iure*, in pena perpetua anche *de facto*. Sul punto, la Corte rimettente ha premesso che, sia l'evoluzione legislativa, sia la giurisprudenza costituzionale, avevano evidenziato che la compatibilità della pena dell'ergastolo (art. 22 c.p.) con il principio costituzionale di risocializzazione si fondava proprio sulle previsioni che, in progresso di tempo, consentivano al condannato a tale pena di accedere alla liberazione condizionale.

Il percorso argomentativo della Corte prende le mosse dai passaggi che hanno portato all'estensione della liberazione anticipata ai condannati all'ergastolo e al ruolo di tale beneficio quale fattore di riequilibrio nella tensione tra il corredo genetico dell'ergastolo (il suo essere una pena senza fine), da una parte e l'obiettivo costituzionale della risocializzazione di ogni condannato, da altra parte. Si è fatta largo sempre più la consapevolezza che il divieto della riammissione alla liberazione condizionale costituisca ragione di esclusione permanente dei condannati all'ergastolo, dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, in aperto contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost.; in tal senso, il connotato di perpetuità dell'ergastolo non può autorizzare, sia pure dopo l'esito negativo di un periodo trascorso in liberazione condizionale, una preclusione assoluta all'ottenimento di un nuovo beneficio, naturalmente se sussista il presupposto del sicuro ravvedimento. Il beneficio della liberazione condizionale, dunque, va inquadrato come unico istituto che rende non contrastante con il principio rieducativo e, dunque, con l'apparato costituzionale, la pena dell'ergastolo, come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte EDU, a partire dalla sentenza della Grande Camera 12 febbraio 2008 (Kafkaris contro Cipro), fino alla già citata sentenza Viola contro Italia del 2019 che ha affermato che il beneficio in esame assicura la compatibilità della pena perpetua con la CEDU, nello specifico, con l'art. 3, che fa divieto di sottoporre chiunque «a tortura» od a «pene o trattamenti inumani o degradanti». La Corte EDU, inoltre, ha chiarito che la pena perpetua non lede la dignità della persona, e quindi non integra un trattamento degradante ed inumano, a condizione però che siano

(associazione per i diritti e le garanzie nel sistema penale); il Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità "Macrocrimes", sempre in veste di *amicus curiae*, l'associazione "Nessuno Tocchi Caino", già partecipe, nel ruolo analogo di *amicus curiae*, del giudizio definito dalla Corte EDU con predetta sentenza Viola; il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale ed infine, l'organizzazione di volontariato "L'altro diritto ODV, Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità".

previsti in astratto, strumenti giuridici utili a interrompere la detenzione e a reimmettere i condannati meritevoli nella società¹².

In questo quadro di sottili equilibri, si è detto, l'art. 4-bis, comma 1, o.p., (il cui irrigidimento si colloca nell'epoca delle tristemente note stragi di mafia) genera "tensione" tra i suindicati principi, elevando la "collaborazione" come presupposto indefettibile per l'accesso (anche) alla liberazione condizionale e determinando una presunzione di perdurante pericolosità, correlata alla mancata rescissione dei suoi collegamenti con la criminalità organizzata. Una presunzione assoluta, non superabile da altro se non dalla collaborazione stessa – stando a quanto affermato dalla sentenza n. 135 del 2003 – non è frutto di un automatismo, poiché è lo stesso detenuto, scegliendo di collaborare, a poter spezzare la consequenzialità prevista dalla disposizione censurata. L'impossibilità di accedere alla liberazione condizionale (e agli altri benefici penitenziari) è insomma una preclusione che non discende automaticamente dall'art. 4-bis, comma 1, o.p. «ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo».

L'orientamento espresso dalla Corte sin dalla sentenza n. 306 del 1993 assume un indirizzo diverso, iniziando progressivamente ad affermarsi (sentenze n. 253 del 2019 e n. 306 del 1993) il principio secondo cui la collaborazione con la giustizia non sia necessariamente presupposto di ravvedimento, così come *a contrario*, l'assenza di collaborazione non fosse in grado di assurgere ad insuperabile indice legale di mancato ravvedimento. E ciò, in considerazione del fatto che la condotta collaborativa ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette e non per forza elemento da cui dedurre l'effettiva risocializzazione del condannato (rilievi espressi, come detto dalla Corte EDU, soprattutto nella sentenza Viola contro Italia).

La stessa Corte di Strasburgo ha valutato la collaborazione con le autorità solo come uno tra gli elementi da cui desumere la prova della possibile dissociazione del condannato dal vincolo criminale, poiché ve ne sono altri che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto; la presunzione assoluta di pericolosità a carico del non collaborante manifesta la propria irragionevolezza, perché si basa su una generalizzazione che i dati dell'esperienza possono smentire (sentenza 253 del 2019). Dalla disamina è riaffiorato il dibattito in tema di collaborazione evidenziandosi che, per il condannato all'ergastolo "ostativo", la collaborazione astrattamente può comportare scelte drammatiche, obbligandolo ad assumersi rischi per la sicurezza dei propri cari o alla rinuncia a detta scelta per preservarli da pericoli, come già osservato nella sentenza n. 253 del 2019, o ancora a rischiare di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati¹³. È stato ribadito come

¹² Cfr., Grande Camera 17 gennaio 2017, *Hutchinson v. Regno Unito*. L'idea della necessaria "riducibilità", *de iure e de facto*, della pena dell'ergastolo, si coglie nella possibilità di imporre soglie minime di esecuzione effettiva della pena, prima di poter accedere alla scarcerazione (sentenza 9 luglio 2013, *Vinter contro Regno Unito*; 4 settembre 2014, *Trabelsi contro Belgio*; 26 aprile 2016, *Murray contro Paesi Bassi*; 4 ottobre 2016, *T.P. e A.T. contro Ungheria*).

¹³ Nel dettaglio, la Corte, al punto 6) del "*Considerato in diritto*" ha evidenziato che: «In realtà, la disciplina ostativa prefigura una sorta di scambio tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario. Per il condannato all'ergastolo a seguito di un reato ostativo, lo "scambio" in questione può assumere una portata drammatica, allorché lo

non sia in discussione il valore e l'utilità della collaborazione, quanto piuttosto la difficile compatibilità con i principi costituzionali, quando essa risulti l'unica possibile strada a disposizione del condannato all'ergastolo, per accedere alla liberazione condizionale. A parere della Corte, inoltre, la presunzione di pericolosità gravante sul condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso, non collaborante, si pone come vero e proprio elemento di "tensione" con i parametri costituzionali evocati dal giudice *a quo*, proprio nella parte in cui è sancito che la collaborazione rappresenti, appunto, l'unico rimedio a disposizione del condannato a pena perpetua per l'accesso alla libertà condizionale. Dal carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata scaturisce, per la magistratura di sorveglianza, l'impossibilità di valutare l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, garantita dall'art. 27, terzo comma, Cost.

Diversamente dalla censura oggetto della precitata pronuncia n. 253 del 2019, la posta in gioco in esame è ancora più radicale, poiché sottoposta a scrutinio è la medesima norma (art. 4 bis o.p.), unitamente alle altre censurate, nella parte in cui non consentono che un soggetto condannato all'ergastolo, il quale non collabori utilmente con la giustizia, possa chiedere, dopo un lungo tempo di carcerazione, una valutazione in concreto circa il suo sicuro ravvedimento, premessa per l'accesso alla libertà condizionale e, quindi, per l'estinzione della pena.

La presunzione di pericolosità gravante sul condannato per il delitto di associazione mafiosa e/o per delitti di "contesto mafioso", che non abbia collaborato con la giustizia, deve poter essere superata – si è affermato – anche in base a fattori diversi dalla collaborazione e indicativi del percorso di risocializzazione dell'interessato; peraltro, detta presunzione permane non essendo irragionevole ipotizzare che il condannato conservi i propri legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, per la particolare forza intimidatrice e capacità di protrarsi nel tempo di quest'ultima (cfr. Corte cost., la sentenza n. 253 del 2019; in materia cautelare, le sentenze n. 48 del 2015, n. 213 e n. 57 del 2013, n. 164 e n. 231 del 2011 e l'ordinanza n. 136 del 2017).

Il quadro appena delineato, di particolare rilievo, non si è affatto affievolito nel tempo, se si pensa che il vincolo associativo può rimanere inalterato anche in esito a lunghe carcerazioni, proprio per le caratteristiche del sodalizio criminale in questione, finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, come quella che generalmente viene espressa dalla collaborazione con la giustizia. La Corte ha evidenziato, sul punto, che le censure di illegittimità costituzionale afferiscono quindi ad aspetti delicati e complessi, particolarmente centrali, meglio "apicali" in seno alla normativa apprestata per il contrasto alle organizzazioni criminali e ciò sia quanto alle fattispecie di reato che con riguardo all'entità della pena inflitta. Sicché un intervento meramente "demolitorio" avrebbe comportato un evidente rischio per il complessivo equilibrio della disciplina in esame, ma

obbliga a scegliere tra la possibilità di riacquisire la libertà e il suo contrario, cioè un destino di reclusione senza fine. In casi limite può trattarsi di una "scelta tragica": tra la propria (eventuale) libertà, che può tuttavia comportare rischi per la sicurezza dei propri cari, e la rinuncia a essa, per preservarli da pericoli».

soprattutto per le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa.

Sempre a parere della Corte, la mancata collaborazione se non può ritenersi condizione ostativa assoluta, può comunque costituire un fondamento non irragionevole di presunzione di pericolosità specifica e non può competere, pertanto, ad essa stessa Corte, bensì al legislatore, decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella degli altri ergastolani; scelte fra le quali potrebbe, ad esempio, annoverarsi la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione. Le valutazioni che ineriscono scelte di politica criminale eccedono, infatti, i poteri dei giudici della Consulta, appartenendo semmai alla discrezionalità legislativa, sicché un'immediata declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate sulla legislazione vigente, pur giustificata da valide ragioni, avrebbe determinato disarmonie e contraddizioni nella complessiva disciplina di contrasto alla criminalità organizzata, minando il rilievo che la collaborazione con la giustizia continua ad assumere nell'attuale sistema.

Sul punto, la stessa Corte EDU nella sentenza Viola contro Italia aveva infatti evidenziato la necessità che la disciplina in questione ponesse «un problema strutturale», tale da richiedere che lo Stato italiano operi con una iniziativa legislativa, come accaduto, ad esempio, già dopo la sentenza n. 253 del 2019, per mezzo di una disciplina di “assestamento” del sistema¹⁴. Da qui la necessità che l'intervento di modifica di aspetti essenziali dell'ordinamento penale e penitenziario sia, in prima battuta, oggetto di una più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa.

A parere della Corte, un accoglimento immediato delle questioni proposte avrebbe comportato, come già detto, effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame, originando, quale “normativa di risulta”, un sistema penitenziario caratterizzato, a sua volta, da evidenti profili di incoerenza, nel quale i condannati per i reati di cui all'art. 4-bis, comma 1, o.p., pur non collaborando utilmente con la giustizia, potrebbero essere valutati al fine di ottenere uno o più permessi premio (secondo i principi di cui alla sentenza n. 253 del 2019). Una immediata pronuncia di accoglimento avrebbe potuto comportare, per i condannati (non collaboranti), l'accesso (anche) al procedimento di ammissione alla liberazione condizionale, rimanendo loro inibito l'accesso alle altre misure alternative (lavoro all'esterno e semilibertà) che invece normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso il recupero della libertà.

¹⁴ Un resoconto delle conclusioni acquisite e delle intenzioni di riforma maturate è offerto dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere (istituita con l'omonima legge 7 agosto 2018, n. 99), che ha rassegnato, in data 20 maggio 2020, una «Relazione sull'istituto di cui all'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale». In argomento, inoltre, risultano presentate proposte di legge (XVIII legislatura, A.C. n. 1951), e anche il Governo, nel riferire per mezzo della Rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa circa lo stato di esecuzione della sentenza Viola contro Italia, ha evocato una situazione “dinamica” di sviluppo della disciplina in questione.

In conclusione, a parere della Corte, sempre per ottemperare allo spirito di leale collaborazione istituzionale con l'organo legislativo, è apparsa opportuna la scelta del rinvio della decisione, con fissazione della discussione delle questioni di legittimità costituzionale in esame ad altra successiva udienza (10 maggio 2022), così da consentire al Parlamento – cui spetterebbe in primo luogo ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione paventate – un congruo tempo per occuparsi nuovamente della materia in esame.

Il rinvio della decisione di circa un anno e la sospensione del processo disposta dalla Corte ha determinato la consequenziale dilatazione del termine di sospensione del giudizio *a quo*¹⁵.

3. Il dialogo tra Corte costituzionale e Legislatore in tema di ergastolo ostativo trova un approdo al termine di una lunga interlocuzione. All'udienza del 10 maggio 2022, dopo il differimento della decisione disposto con ordinanza n.97/2021, la Corte costituzionale aveva rinviato ulteriormente all'udienza pubblica dell'8 novembre 2022 la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis, comma 1, 58-ter, o.p. e dell'art. 2, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, preso atto che erano rimaste immutate le ragioni che l'avevano indotta a sollecitare l'intervento del legislatore complessiva, ponderata e coordinata disciplina della materia¹⁶.

La Consulta, nel disporre il nuovo rinvio, aveva comunque evidenziato che, nelle more del primo differimento, era stata approvata dalla Camera una iniziativa legislativa in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia» e che il disegno di legge in questione era stato trasmesso al Senato¹⁷. Nello specifico, l'udienza pubblica dell'8 novembre 2022 era stata rinviata su istanza del Presidente del Consiglio dei ministri intervenuto in giudizio, proprio in considerazione dello stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge, al fine di consentire al Parlamento di completare i propri lavori. Con la restituzione degli atti, il Giudice delle leggi ha demandato al giudice *a quo*, nel caso concreto, la decisione tra la rivalutazione della rilevanza e non fondatezza delle questioni e la verifica dell'incidenza della riforma sulla sussistenza dei requisiti per l'accesso alla liberazione condizionale.

Nel corso dell'udienza camerale del giorno 8 novembre 2022, la Corte costituzionale ha nuovamente esaminato le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte di cassazione e, con ordinanza n. 227 del 2022, ha deciso di restituire gli atti al giudice *a quo*,

¹⁵ Al punto 11) del “considerato in diritto” «...*Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo...*», in conformità all'art. 23, secondo comma, l. n. 87/1953.

¹⁶ Si tratta di Corte cost., ord. 10/13 maggio 2022, n. 122.

¹⁷ Si tratta del disegno di legge C. 1951-A, recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646». Per una accurata ed analitica disamina delle modifiche apportate dal D.L. 162/2022 all'originaria formulazione dell'art. 4 bis o.p., si rinvia a L. Pulito, *Ergastolo ostativo e ultimi sviluppi normativi: il d.l. n. 162/2022 e la legge di conversione n. 199/2022*, in questo volume.

a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162¹⁸, precisando che le modifiche introdotte incidono «immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione» e che "spetta, pertanto, al giudice rimettente valutare la portata applicativa dello *ius superveniens* nel giudizio *a quo*, anche all'esito del procedimento di conversione del decreto-legge»¹⁹.

Le nuove disposizioni, infatti, incidono immediatamente e direttamente sulle norme oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, trasformando da “assoluta” in “relativa” la presunzione di pericolosità che impedisce la concessione dei benefici e delle misure alternative a favore di tutti i condannati (anche all’ergastolo) per reati cosiddetti “ostativi”, che non hanno collaborato con la giustizia. A parere della Corte, la modifica attuata dal decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 – sebbene operata da un decreto-legge ancora in corso di conversione – incide immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall’ordinanza di rimessione prevedendo l’integrale sostituzione del comma 1-bis dell’art. 4-bis o.p. e l’aggiunta di due nuovi commi (1-bis.1 e 1-bis.2) consente a costoro di essere ammessi a chiedere i benefici, sebbene in presenza di nuove, stringenti e concomitanti condizioni, diversificate a seconda dei reati che vengono in rilievo.

Non pare revocabile in dubbio che la maggiore incidenza della novella legislativa rispetto alle norme censurate, sia il passaggio da assoluta in relativa, della presunzione di pericolosità “ostativa” alla concessione dei benefici e delle misure alternative in favore dei detenuti non collaboranti, che vengono ora (in virtù della novella) ammessi alla possibilità di farne istanza, sebbene in presenza di stringenti e concomitanti condizioni, diversificate a seconda dei reati che vengono in rilievo. Per invero, si tratta di un profilo innovativo che si allinea al graduale processo di erosione degli automatismi normativi e delle presunzioni legali, spesso stridenti con principi e garanzie costituzionali, tra i quali il principio del giudice naturale, la cui diretta matrice costituzionale può apprezzarsi nell’art. 25 Cost., ma che trova piena e sistematica attuazione nel titolo IV della Carta costituzionale. Il dialogo tra Corte costituzionale e Legislatore, sul punto, sembra convergere nell’obiettivo di

¹⁸ Tra le modifiche più significative contenute nel D.L. 31/10/2022, n. 162 (Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia., in G.U. 31 ottobre 2022, n. 255- convertito in Legge 30/12/2022, n.199, pubblicata in G.U. 30 dicembre 2022, n. 304): escludere dal novero dei reati ostativi i delitti contro la pubblica amministrazione; estendere il regime differenziato per l'accesso ai benefici anche ai reati non ostativi, ma che siano caratterizzati da nesso teleologico con tali reati; trasformare da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità ostativa alla concessione dei benefici in favore dei detenuti non collaboranti, che vengono ora ammessi alla possibilità di farne istanza, sebbene in presenza di stringenti e concomitanti condizioni e con innalzamento della durata del periodo di pena da espiare (almeno trenta anni di pena, quando vi è stata condanna all'ergastolo, in luogo dei precedenti ventisei), diversificate a seconda dei reati che vengono in rilievo; sostituire la disciplina della collaborazione impossibile o irrilevante con una nuova regolamentazione dell'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, applicabile a tutti i detenuti ed internati che non collaborano con la giustizia; prevedere l'ampliamento delle fonti di conoscenza cui la magistratura di sorveglianza deve ricorrere e la modifica del relativo procedimento, nonché l'onere in capo al detenuto di fornire elementi di prova contraria in caso di indizi, emergenti dall'istruttoria, dell'attuale sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o con il contesto nel quale il reato è stato commesso, ovvero del pericolo di loro ripristino.

¹⁹ Si veda, Corte cost., ord. 8/11 novembre 2022, n. 227.

ripristinare una riserva di giurisdizione che l'automatismo legislativo in esame aveva di fatto svuotato di qualsiasi autonomia funzionale, ostruita dalla presunzione legislativa di pericolosità sociale e di mancato ravvedimento del reo non collaborante.

In definitiva, le modifiche – sebbene apportate, come detto, da un decreto-legge ancora in corso di conversione – incidendo immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione, hanno indotto la Corte costituzionale a restituire gli atti al giudice *a quo*, anche per uniformarsi alla costante giurisprudenza costituzionale che si applica in presenza di modifiche normative che incidono profondamente sull'ordito logico che sta alla base delle censure prospettate, o che intaccano il meccanismo contestato dal rimettente.

Definitosi il giudizio incidentale – senza voler uscire dai confini assegnati e solo per fornire un aggiornamento in ordine al tribolato percorso giurisprudenziale attraversato dalle norme censurate, la Suprema Corte, esaurita la funzione di giudice *ad quem*, ha annullato con rinvio l'ordinanza genetica del Tribunale di sorveglianza territorialmente competente, al fine di consentire una nuova valutazione in ordine alla possibilità di concedere la liberazione condizionale al richiedente, condannato per un reato ostativo, alla luce delle modifiche apportate all'art. 4-bis o.p. dal d.l. n.162/2022 (come convertito con l. 199/2022)²⁰.

Nel “considerato in diritto”, la Corte di cassazione, prendendo le mosse dall'ordinanza oggetto di impugnazione e dalla preclusione normativa che, in assenza di collaborazione con la giustizia, non avevano consentito di valutare la ricorrenza dei presupposti per la concedibilità della liberazione condizionale in favore del soggetto ricorrente – anche in forza di precedenti decisioni di inammissibilità dell'istanza di accertamento dell'impossibilità/inesigibilità della collaborazione – ha evidenziato come sia significativamente mutato il quadro normativo. In tal senso, a parere della Corte, già la precitata ordinanza n.227/2022 della Giudice delle leggi, aveva esaminato i tratti peculiari della nuova disciplina che ha fatto della mancanza di collaborazione con la giustizia una preclusione soltanto relativa prevedendo la possibilità di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione anche per i detenuti condannati per reati ostativi, non collaboranti, seppure in presenza di "stringenti e concomitanti condizioni". Sicché, il ricorso necessitava di nuova disamina alla luce del nuovo contesto di regole, in linea con le indicazioni rese dalla stessa Consulta, al fine di valutare la portata applicativa dello *ius superveniens* nel giudizio in cui è stata sollevata la questione di costituzionalità.

Occorre, a parere della Corte, una nuova verifica in ordine ai dubbi di costituzionalità – come sollecitato dalla Corte costituzionale – sul duplice piano della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle questioni. Accertata la ricorrenza delle menzionate condizioni, il Tribunale è chiamato a una complessa attività istruttoria, consistente nell'acquisizione di dettagliate informazioni, anche a conferma degli elementi offerti dal richiedente, di cui il giudice di legittimità non dispone²¹. In ragione di tali evenienze, la Corte di cassazione ha

²⁰ Cass. pen., sez. I, sent., (data ud. 08/03/2023) 11/04/2023, n. 15197.

²¹ La nuova disamina spettante al giudice di merito impone di verificare, ad esempio, il perdurare dell'operatività del sodalizio criminale di appartenenza o del contesto criminale in cui il delitto fu commesso;

provveduto con declaratoria di annullamento dell'ordinanza in questione, con rinvio per nuovo giudizio al Tribunale di sorveglianza.

La recente modifica attuata dal legislatore con il d.l. n.162/2022, trasformando da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità ostativa alla concessione dei benefici e delle misure alternative in favore dei detenuti non collaboranti, ora ammessi alla possibilità di farne istanza, pur in presenza di stringenti e concomitanti condizioni diversificate a seconda dei reati che vengono in rilievo, ha consentito a costoro di riprendere a coltivare la speranza di un riscatto dall'esperienza criminale che li ha consegnati alla pena perpetua.

Questo è il lascito che ci viene consegnato dalla giurisprudenza sovranazionale e nazionale: la negazione del “diritto alla speranza” e della “libertà di collaborare”, genera una violazione del principio di dignità umana e sottopone il condannato all’ergastolo ad un trattamento inumano e degradante, soprattutto ove si evidenzino progressi del condannato verso la risocializzazione che rendono legittima l’aspettativa di una valutazione dell’effettiva risocializzazione del condannato stesso da parte del giudice naturale.

Il “diritto alla speranza” prescinde da fattori legati alla dosimetria della pena, non può essere negato a nessuno, neanche ai condannati per reati gravi. Questa è la portata costituzionale della pena, della sua umanizzazione e del finalismo rieducativo che deve caratterizzarla; questo è il senso del compito affidato allo Stato di agevolare il reinserimento sociale anche nelle ipotesi di irrogazione di pena perpetua; questo è il bagaglio culturale e valoriale che ci hanno consegnato i Padri costituenti e che si coglie dalla lettura sistematica dei principi e delle garanzie costituzionali.

4. Come accennato nella parte introduttiva, le pronunce costituzionali in esame evidenziano – pur su piani diversi – altri profili di interesse direttamente correlati agli effetti che scaturiscono dalla sospensione del processo costituzionale e al ricorso alla tecnica della “doppia pronuncia” (*rectius*: “triplice pronuncia”, almeno nel caso che ci occupa, in virtù delle ordinanze n. 97 del 2021, n. 122 e 227 del 2022). È tornato nuovamente alla luce il vivace dibattito che aveva accompagnato l’emanazione dell’ordinanza n.207 del 2018, resa dalla Corte costituzionale incidentalmente al giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. (Istigazione o aiuto al suicidio)²² e dell’ordinanza n.132 del 2020, tramite la quale la Corte aveva nuovamente optato per la scelta di differire la decisione ad altra successiva data (21 giugno 2021), al fine di procedere alla definitiva trattazione delle questioni di

il profilo criminale del detenuto; la sua posizione all'interno dell'associazione; le eventuali nuove imputazioni o misure cautelari o di prevenzione sopravvenute; le infrazioni disciplinari commesse in corso di detenzione.

²² Particolare interesse ha suscitato il “caso Cappato” portato all’esame della Corte costituzionale che se ne è occupata con l’ordinanza n.207/2018 e con la successiva sentenza n.242/2019. Per una disamina approfondita dei profili correlati all’ordinanza n.207 che offre spunti di comparazione con l’ordinanza n.97/2021, cfr. A. Morrone, (a cura di) *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, Bologna, il Mulino, in *forumcostituzionale.it*, 2018, p. 60; Id. *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, ivi, 2018, pp. 3-13.

legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, c.p. (Diffamazione) e dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa)²³.

Il ricorso a siffatta tecnica decisoria appare ormai in via di consolidamento nella cornice dei provvedimenti adottati dalla Corte costituzionale per risolvere le questioni di incostituzionalità, pur profilandosi dubbi e criticità – non soltanto di carattere meramente processuale – che discendono dalla scelta di disporre il rinvio del giudizio in corso, con fissazione di una nuova data di discussione. Si pensi agli effetti che la sospensione del processo costituzionale determina nel quadro delle garanzie e tutele dei soggetti e delle parti interessate (in seno al giudizio *a quo* ed altri giudizi interessati dalla normativa censurata) e all'esigenza di preservare la particolare natura del processo costituzionale e la scansione temporale che lo contraddistingue²⁴.

Seguendo le ragioni della Corte, la scelta persegue quello «spirito di leale collaborazione istituzionale» che ha fondamento nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni da parte di ogni organo costituzionale; nel caso di specie, il galateo istituzionale può evincersi nell'esigenza di consentire al legislatore di dare astrattamente alla luce progetti di legge già in corso di discussione, o nuove discipline normative urgenti (in materia penale) conformi ai principi costituzionali e convenzionali.

La “decisione in due tempi” (nel caso di specie, si è giunti ai “tre tempi”) dei processi costituzionali trae origine, tuttavia, anche dalla constatazione che i frequenti inviti rivolti dai giudici della Consulta al legislatore e i “moniti” sempre più frequenti, non abbiano sortito gli auspicati effetti, lasciando immutato il quadro normativo di preannunciata difformità ai precetti costituzionali o, in altre ipotesi, determinando gravi vuoti o lacune legislative difficilmente colmabili. Peraltro, la particolare natura della legge penale e gli effetti ad essa correlati, in alcuni casi, impongono il ricorso a rimedi differenti rispetto alla

²³ Si tratta di Corte cost., ord. 9/26 giugno 2020 n.132. Tra i commenti a detta ordinanza, A. Ruggeri, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta online*, Studi 2020/II; R. Pinardi, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum Quad. cost.*, n.3/2020, p. 103 ss.; M. Picchi, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc.3/2020, p. 1411 ss.; volendo, F. Perchinunno, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n.132/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7 ottobre 2020, p. 220.

²⁴ La stessa Corte costituzionale, in diverse occasioni, si è soffermata sulla natura del processo costituzionale e sulla difformità dello stesso rispetto al giudizio comune. In merito alla particolare natura della Corte costituzionale e alla sua anima giurisdizionale, si rinvia all'accurata e disamina offerta da A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, p. 251 ss.; cfr., altresì, Aa.Vv., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, cur. R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017. Quanto, poi, agli interventi della Corte costituzionale, *ex plurimis*, Corte cost. nn. 16/2008, 31/2000 e, sia pur afferenti ad altra attività decisoria, le pronunce da 45 a 49 del 2005, ove era stata evidenziata la necessità di preservare le peculiarità di un procedimento che comunque deve «tenersi e concludersi secondo una scansione temporale definita». Sul punto, sia consentito rinviare, a F. Perchinunno, *Prime riflessioni sull'ordinanza n.97/2021 della Corte costituzionale*, cit. p. 197 ss.; Id., *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n.132/2020 della Corte costituzionale, ibidem*, n. 27/2020, p. 220 ss.; Id. *Profili evolutivi del principio del contraddittorio: dal "giusto processo" all'attuazione costituzionale*, in *Iurisdictio*, n.3/2022 p. 174 ss.

mera caducazione delle disposizioni impugnate, proprio al fine di evitare gravi scompensi del sistema e potenziali rischi per la tutela e sicurezza della collettività. La perdurante inerzia del legislatore potrebbe rappresentare, pertanto, una delle ragioni (giustificate) sottese alla scelta di segnalare l'urgenza dell'intervento legislativo, determinando spazi in cui la cooperazione del legislatore si fa ancora più essenziale²⁵. Peraltro, non è revocabile in dubbio che la Corte costituzionale possa individuare sia nella giurisdizione comune (c.d. seguito giudiziario), sia nell'attività del Parlamento (c.d. seguito legislativo), gli strumenti essenziali dell'effettività delle proprie decisioni e del principio della certezza del diritto²⁶; l'auspicato spirito sinergico tra Corte e legislatore, può collocarsi, pertanto, in un quadro di rinnovato incremento dei canali di comunicazione formale e informale tra tali organi, prevalentemente caratterizzato dal ricorso ai cosiddetti "moniti".

Un altro effetto che scaturisce dal ricorso alla tecnica decisoria in esame attiene alla natura del processo costituzionale, alla sua difformità rispetto al giudizio comune e alla necessità, rimarcata in passato dalla stessa Corte costituzionale, di preservare le peculiarità di un procedimento che comunque deve «tenersi e concludersi secondo una scansione temporale definita»²⁷. Con le richiamate ordinanze n. 207 del 2018 e 132 del 2020 (in materia di suicidio assistito) erano già emersi rilievi critici di eccessiva "creatività processuale" in ordine al modello processuale in esame, al di là dell'accennata prassi diffusa in altri ordinamenti di sviluppare nuove tecniche processuali e decisorie per favorire «costruttive sinergie tra Corti costituzionali e legislatori»²⁸. La dottrina ha evidenziato le

²⁵ Così emerge dalla relazione del Presidente della Corte costituzionale del 28 aprile 2020, sull'attività processuale della Corte costituzionale nel corso del 2019, in *Cortecostituzionale.it*. Sin dal richiamo alle linee di tendenza che hanno caratterizzato la giurisprudenza costituzionale del 2019 è affiorata, nella premessa della relazione, la necessità di rafforzare il dialogo con il legislatore. Con riferimento alla tecnica della decisione "in due tempi", emersa già in occasione della vicenda del caso Cappato (in materia di fine vita), è stato affermato che si tratta di una "sperimentazione di una nuova via processuale al medesimo scopo di contemperare il rispetto della discrezionalità del legislatore e la necessaria garanzia dei principi costituzionali". Tale tecnica processuale, peraltro, richiama nella forma alcune esperienze tratte dal diritto comparato (Corte suprema canadese e dalla Corte suprema del Regno Unito) – come già asseritamente emerso nella parte motiva dell'ordinanza n.207/2018 – nell'intento di contemperare l'esigenza di rimuovere un vizio di incostituzionalità dalla disposizione dell'art. 580 c.p. e lasciare in primis al legislatore lo spazio per intervenire in una materia di particolare complessità, al centro dei dibattiti e delle dinamiche politiche e culturali.

²⁶ Sul punto, si veda, E. Lamarque, *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di) *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, Torino, 2002, p.200 ss.

²⁷ Cfr., in tal senso, le sentenze nn. 16/2008 e 31/2000 e, sia pur afferenti ad altra attività giurisdizionale, le pronunce da 45 a 49 del 2005. sia consentito rinviare, sul punto, a F. Perchinunno, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n.132/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7 ottobre 2020, p. 220.

²⁸ Si tratta della sentenza: Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, Carter contro Canada, 2015, CSC 5, con la quale la Corte canadese aveva affermato che nulla poteva imporre a un medico di dover agire contro la propria coscienza o contro le proprie convinzioni religiose, rinviando al Parlamento il compito di individuare un corretto bilanciamento fra diritti potenzialmente confliggenti e, a tal fine, sospendendo l'efficacia della pronuncia per 12 mesi. Il medesimo criterio era stato condiviso dalla sentenza della Corte Suprema inglese in materia di assistenza al suicidio, (Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, Nicklinson e altri, [2014], UKSC 38) ove fu statuito che una simile questione necessitava di una valutazione approfondita da parte del legislatore, che ha la possibilità di intervenire – coinvolgendo una pluralità di esperti e di portatori di interessi contrapposti – dettando una nuova, complessiva regolamentazione

sue perplessità circa l'esatta natura dei provvedimenti, definiti nei modi più disparati, quasi fossero una sorta di miscellanea di più tecniche decisorie, o un "ibrido" privo di un definito spazio di collocazione²⁹. La stessa Corte non aveva tardato ad inquadrarla tra le "nuove" tecniche decisorie, ricorrendo, in occasione dell'ordinanza del 2018, ad una definizione di ordinanza ad "incostituzionalità prospettata". L'auspicio espresso in quella occasione, per invero, era che il ricorso alla tecnica in esame fosse in futuro "assai parco e vigilato"³⁰.

Purtuttavia, appare innegabile che l'ordinanza n. 97 del 2021 abbia seguito le orme lasciate dalle precitate ordinanze, come emerge dalla scelta del "rinvio a data certa" e dal cospicuo corredo costituito dall'ampia trattazione dei profili connessi alla disciplina normativa censurata, tanto da prestarsi ad essere definita, anch'essa, ordinanza solo "*quoad*

della materia di carattere non penale, in linea con l'esigenza di *attuare uno spirito «collaborativo» e «dialogico» fra Corte e Parlamento*. Cfr., sul punto, D. De Lungo, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in *Federalismi.it*, n.17/2019, 18 settembre 2019. Quanto, poi, alla disamina dei numerosi profili di interesse manifestati dall'ordinanza n.207/2018, il dibattito è stato particolarmente intenso. Ex plurimis, G. Serges, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, n. 2, p. 27 ss.; E. Rossi, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in *Forum Quad. Cost.*, Rass., 5 luglio 2019; A. Ruggeri, *Frantendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018*, in *Consulta Online*, 2019, fasc. I (Estratto) 21 febbraio 2019, p. 92 ss.; M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2 (26-6-2019).

²⁹ Numerose le definizioni formulate sin dall'ordinanza n. 207/2018: «incostituzionalità differita», «incostituzionalità prospettata», «opportunità costituzionale», «incostituzionalità sospesa e condizionata», «sospensiva dell'annullamento», «sospensiva di incostituzionalità accertata, ma non ancora dichiarata», «anticipatrice di incostituzionalità», «incostituzionalità-ombra», «incostituzionalità (parziale e sopravvenuta) accertata ma non dichiarata», «ordinanza-delega»; oltre a svariati epiteti tipo: «ircocervo», decisione «fantasiosa», «bifronte», «bipolare», «ibrida», perfino «omeopatica». La ricostruzione delle distinte tesi e denominazioni, in C. Panzera, *L'ordinanza "una e trina"*, in *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum Quad. cost.* (Rass.), 7 giugno 2019, pp. 1-5. L'A., riconoscendo nell'ordinanza in commento, così "complessa e poliedrica", una "singolare discrasia tra veste formale e contenuto sostanziale" ne ravvisa la necessità di un'analisi sistematica al fine di coglierne le diverse "facce", per poi concludere con la constatazione che ci si trovi al cospetto di un provvedimento frutto di più tecniche decisorie "un rigetto, un accoglimento, un rinvio dell'udienza con monito". Che ha in sé precipue finalità: «ribadire la generale validità dell'art. 580 c.p. alla luce del dettato costituzionale; sospendere temporaneamente la sua applicazione in casi del tutto eccezionali nei quali è in gioco il diritto del malato ad una scelta libera, consapevole e informata delle terapie; stimolare il Parlamento ad introdurre una disciplina ritenuta costituzionalmente necessaria; assicurarsi il controllo sul seguito attraverso l'automatica ripresa del giudizio sospeso».

³⁰ Nel corso dell'ampio dibattito ci si era interrogati, inoltre, se la decisione così particolarmente innovativa si sarebbe posta quale premessa metodologica per ulteriori e più incisivi interventi a confine con la discrezionalità legislativa e quale spazio avrebbe acquisito la nuova declinazione del principio di leale collaborazione nell'ambito dei rapporti fra Corte e Parlamento. Cfr., sul punto, A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, 2018, fasc. III, (Estratto), 20 novembre 2018, p.573. L'Autore, tra i più disparati dubbi, aveva posto quello attinente al potenziale l'avvicendamento, in seno al collegio, di uno o più giudici tra una udienza e l'altra, con il rischio di vedute difformi tra i singoli giudici rispetto ai predecessori, o ancora, nell'ipotesi in cui il legislatore si fosse attivato seguendo il solco tracciato dalla Corte nella ordinanza, nulla avrebbe potuto escludere che la nuova disciplina possa essere caducata da un collegio diversamente orientato rispetto al passato, il tutto a discapito della certezza del diritto.

formam” ma, in tutto e per tutto, sentenza “*quoad substantiam*”. Altro profilo di assonanza tra le pronunce indicate afferisce al richiamo che la Corte formula alle proposte di legge in corso d’esame dinanzi alle Camere, circostanza *a fortiori* posta a fondamento della scelta di differire la decisione a nuova successiva udienza, nell’ottica di uno «spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni». Nel caso dell’ordinanza n.97 del 2021 è stato ricordato (punto 9 del “*considerato in diritto*”), che la stessa Corte EDU, nella sentenza Viola contro Italia, ha sostenuto che la disciplina in questione pone «un problema strutturale», tale da richiedere che lo Stato italiano la modifichi, «di preferenza per iniziativa legislativa»; peraltro, lo stesso legislatore, a seguito della sentenza n. 253 del 2019, si era attivato in direzione di una disciplina di “assestamento” del sistema³¹.

Vi è poi un dato che prescinde dalla richiamata tecnica decisoria inerente alla natura penale delle discipline legislative in esame (riserva di legge), da cui scaturisce la necessità che l’opera di bilanciamento dei valori costituzionali e il lavoro di adeguamento alle innovazioni dell’intero ordinamento interno ed euro-unitario, debbano seguire l’iter ordinario di normazione affidato in prima istanza alle Assemblee elettive.

Si è accennato in precedenza come la scelta della doppia pronuncia possa trovare fondamento nell’esigenza di salvaguardare l’ordinamento da pericolose mutilazioni di leggi astrattamente a “contenuto costituzionalmente vincolato”³², scelta non distonica rispetto alla dichiarata idea di ridisegnare perimetri normativi che attengono alle libertà e ai valori fondamentali, facendo ricorso all’iniziativa legislativa parlamentare; la decisione rappresenta, per il giudice delle leggi, la più efficace garanzia di conformità allo spirito democratico e al riparto delle competenze riveniente dall’ordinamento costituzionale³³.

Come già accaduto, in forma più attenuata e meno dilatata, rispetto all’oggetto del *decisum* dell’ordinanza n. 132 del 2020, la scelta di evitare l’immediata declaratoria di incostituzionalità – anche in ragione della riserva di legge che regola la materia penale – assume contorni più significativi quando le norme censurate attengono al tema della “libertà

³¹ Nello specifico, la Corte ha richiamato il resoconto offerto dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere (istituita con l’omonima legge 7 agosto 2018, n. 99) rassegnato il 20 maggio 2020, in una «Relazione sull’istituto di cui all’articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale». In materia sono state presentate altre proposte di legge (XVIII legislatura, A.C. n. 1951), e anche il Governo, nel riferire per mezzo della Rappresentanza permanente d’Italia presso il Consiglio d’Europa circa lo stato di esecuzione della sentenza Viola contro Italia, ha evocato una situazione “dinamica” di sviluppo della disciplina in questione.

³² Si pensi agli interventi della Corte (sia pur di diversa natura) direttamente correlati alla emanazione della sentenza n.16/1978 e alla introduzione delle categorie delle leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato” o “costituzionalmente necessarie”, in ordine alle quali, a più riprese, la Corte ha dichiarato inammissibili le richieste referendarie tese all’abrogazione totale di dette tipologie di leggi (poiché strettamente connesse ai principi costituzionali). Ebbene, a sostegno delle numerose decisioni che hanno inteso salvaguardare il testo normativo (pregno di principi e valori costituzionali) dalla possibile scure referendaria, è stato posto il principio che, piuttosto che determinare un vuoto normativo in materie caratterizzate da leggi imperniate su un nucleo di costituzionalità, sia preferibile porre un veto e indicare la strada dell’iniziativa legislativa per modificare l’assetto normativo sotto esame.

³³ Sul punto, cfr. M. Cecchetti, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul “caso Cappato”*, in *Federalismi.it*, n. 17/2019, pp. 2-3.

personale”. La Corte, tuttavia, ha piena consapevolezza degli effetti che simili decisioni generano rispetto all’organo legislativo, potendosi prefigurare sia che la disciplina legislativa – sollecitata dalla Consulta – sia portata alla luce, ovvero con la conseguente restituzione degli atti all’autorità remittente per *ius superveniens*, (come nel caso in esame, a seguito del varo del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162), sia che perduri l’inerzia del legislatore e, nel qual caso, come è avvenuto con la sentenza n.242/2019 (dopo il rinvio operato dall’ordinanza n. 207/2018), la Corte è chiamata necessariamente a decidere.

Occorre, infine, volgere lo sguardo sugli effetti “sistemici” nei confronti di tutti quei giudizi in cui la medesima fattispecie incriminatrice oggetto di censure è in corso di applicazione. Infatti, anche nel caso delle tre ordinanze in tema di ergastolo ostativo, il rinvio della decisione ha comunque determinato evidenti effetti di natura meramente procedurale correlati alle norme processuali della Carta costituzionale. Si pensi ai canoni che regolano il giusto processo e, nello specifico, al principio di “ragionevole durata” (art. 111 Cost., comma 2) che rischia di subire una notevole compressione nelle ipotesi di differimento delle decisioni e di sospensione sia dei giudizi *a quo*, sia di quelli correlati alle disposizioni censurate³³. Il principio in esame – cui non si sottrae per sua natura il processo costituzionale – tra le regole del “giusto processo” è peraltro quello che ha inciso maggiormente nella scelta del legislatore costituzionale di porre mano alla riforma dell’art. 111 Cost., in considerazione delle numerose violazioni dell’art. 6 Cedu e dell’allarmante primato del nostro Paese nelle reiterate condanne da parte della Corte di Giustizia. Tra l’altro, come già accennato, la scelta della doppia pronuncia impone un’ulteriore riflessione legata alla natura dei processi costituzionali che in più occasioni la stessa Corte ha ribadito essere difforme dai processi comuni, per la definita e breve scansione temporale che li contraddistingue³⁴. In tal senso, la stabilizzazione del ricorso alla tecnica decisoria in esame

³³ Nell’ordinanza n.207/2018, la Corte si era espressa nei seguenti termini: «...Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio *a quo*. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l’applicazione della disposizione stessa in parte qua...»; nell’ordinanza n.132/2020 (che si allinea alle precedenti decisioni, la sentenza n. 242 del 2019 e l’ordinanza n. 207 del 2018): «...rimarranno nel frattempo sospesi anche i giudizi a quibus...negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se eventuali questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame analoghe a quelle in questa sede prospettate debbano parimenti essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate alla luce dei principi sopra enunciati, così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l’applicazione delle disposizioni censurate...». Infine, nell’ordinanza n. 97 del 2021, la Corte si era espressa con indicazioni di estrema sintesi: «...Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio *a quo*...».

³⁴ Si allude alla rilettura del principio del contraddittorio operata dalla Corte costituzionale, di recente, aprendo le porte anche a persone fisiche e giuridiche (non parti processuali) diversamente dai precedenti orientamenti; in tal senso – per quanto concerne la natura del processo costituzionale difforme dal giudizio comune – depongono i frequenti richiami (cfr. le sentenze nn. 16/2008, 31/2000, e le pronunce da 45 a 49 del 2005) ove emerge la necessità di preservare le peculiarità di un procedimento che comunque deve «tenersi e concludersi secondo una scansione temporale definita»; sia consentito rinviare a F. Perchinunno, *Il principio del contraddittorio: genesi e attuazione costituzionale*, in *"Liber Amicorum per Sebastiano Tafaro. L'uomo, la persona e il diritto"*, Cacucci, Bari, 2019.

potrebbe assumere dimensioni più estese trasformando un'eccezione, in regola, con effetti sui tempi di definizione dei processi (non solo penali) che potrebbero essere deleteri³⁵.

Tra gli interrogativi posti di recente dalla dottrina, ci si è chiesti se la Consulta non abbia già inteso operare, sia pur implicitamente, un giudizio di bilanciamento tra l'invocato "spirito di leale collaborazione istituzionale" e il suo *self restraint* fondato sul rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni (oltre che sulla riserva di legge), nell'intento di ricondurre alla funzione di «magistero costituzionale» l'organo legislativo³⁶. Come sempre avviene quando in gioco ci sono i valori fondamentali della persona, occorre una delicata, puntigliosa ed efficace opera di bilanciamento³⁷.

La Corte, in caso di inerzia del legislatore, rischia ogni volta di entrare in uno spazio operativo che non le compete e compiere inopinate scelte di politica criminale, con allarmanti ricadute di sistema, con la verosimile conseguenza di squilibri tra le fattispecie normative – si pensi alla prevenzione generale e alla sicurezza collettiva che lo Stato persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa – che essa stessa non potrebbe governare³⁸.

E dunque, oggi l'auspicio è che siano meglio delineati i confini del potere normativo della Corte costituzionale, soprattutto nelle situazioni in cui «le ragioni della Costituzione esigono contemperamenti che non possono essere lasciati al caso, ma che meritano un quadro legale certo, rispettoso della divisione dei poteri, in grado di rendere concreto il metodo della collaborazione istituzionale tra legislatore e Corte costituzionale»³⁹.

5. Le considerazioni conclusive di sintesi portano ad evidenziare, anzitutto, l'accentuazione del ruolo riconosciuto all'accesso alla liberazione condizionale, quale

³⁵ In senso conforme, C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n.6/2019.

³⁶ Sul punto, si v. R. Pinaridi, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, op.cit., p. 106 ss.; Id., *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.* 2019, p. 1797 ss. L'A. ha posto l'accento su alcuni profili di criticità riemersi in ordine alla una nuova tecnica di decisione, evidenziando che il tentativo con la quale il Collegio cerca di instaurare un dialogo più proficuo con gli organi legislativi, «...fornisce un'ulteriore conferma del suo modo recente ed assai disinvolto di applicare le regole che presiedono al processo costituzionale, quasi che le stesse rappresentassero un elemento interno del bilanciamento di cui la Corte si serve per giungere alla propria decisione». Il dubbio che sorge – e su cui molti studiosi hanno avanzato perplessità – è che «...il famoso "pendolo" della Corte, da sempre oscillante tra l'anima politica e quella giurisdizionale che connotano le funzioni della stessa, si è spostato, più di quanto accaduto in precedenza, verso la prima...».

³⁷ Sulle trasformazioni del giudizio di legittimità costituzionale, si rinvia a: A. Barbera, *Il contributo dell'Enciclopedia del diritto agli studi di diritto costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 2009 (Paper del Forum), p.6; Id., *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica, Introduzione al volume "Una e indivisibile"*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 9 ss.; A. Morrone, voce "*Bilanciamento (giustizia costituzionale)*", in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 185 ss.

³⁸ Forse l'ordinanza può leggersi come una denuncia: la Corte è giunta al punto di "massima espansione della forza normativa della giurisprudenza"? Sul punto, cfr. le considerazioni espresse da A. Morrone, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Consulta Online*, 2021, fasc. II (Estratto), spec. p. 391.

³⁹ A. Morrone, *Finale di partita...*, cit., p. 392. L'A. evidenzia come «...il giudice delle leggi non pare più disposto a svolgere un ruolo di supplenza che la Costituzione...finisce per riservarle, in un contesto nel quale il legislatore, per motivi diversi, non è più in grado di svolgere la sua funzione...».

fattore di riequilibrio nella tensione tra la natura di “pena senza fine” dell’ergastolo e l’esigenza di risocializzazione di ogni condannato di matrice costituzionale.

Nella complessa opera di bilanciamento, il giudice delle leggi, pur ribadendo l’indubbio rilievo e utilità dell’istituto della collaborazione nell’ambito della legislazione premiale vigente, intesa come libera e meditata decisione di dimostrare l’avvenuta rottura con l’ambiente criminale, ha evidenziato che può trattarsi, sia pur in casi limite, di una “scelta tragica” che può comportare rischi per la sicurezza dei propri cari. La portata drammatica che è nell’onere di collaborazione può richiedere la denuncia a carico di terzi, comportare pericoli per i propri cari e determinare autoincriminazioni anche per fatti non ancora giudicati, tutte ragioni che vanno a configurare ipotesi di incompatibilità con la Costituzione se e in quanto la collaborazione risulti l’unica possibile strada, a disposizione del condannato all’ergastolo, per accedere alla liberazione condizionale.

In tal senso, particolare apprezzamento può riconoscersi al tessuto argomentativo fatto proprio dal giudice *a quo*, sia in termini di sensibilità e sistematica aderenza ai principi e alle garanzie costituzionali, sia per aver portato all’attenzione della Consulta una questione che necessitava, da tempo, di un significativo intervento esegetico e chiarificatore.

Dal complesso e articolato percorso contrassegnato dalle tre ordinanze della Corte costituzionale (dall’ord. 97/2021 all’ord. n.227/2022) e dall’intervento di modifica, in particolare, dell’art. 4 bis (l. n. 354/1975) per mezzo del d.l. n. 162/2022, è stata anzitutto superata l’equazione “mancata collaborazione-pericolosità sociale-divieto assoluto di accesso ai benefici”⁴⁰. La novella ha trasformato le preclusioni che impediscono l’accesso ai benefici in caso di condanna per delitti “ostativi”, da “assolute a relative”, pur travalicando le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU), così determinando un quadro normativo ritenuto per molti versi deteriore rispetto al precedente⁴¹.

Come osservato dal giudice *a quo*, proprio la residua possibilità per i condannati alla pena perpetua di ottenere il beneficio della liberazione condizionale aveva preservato la disciplina dell’ergastolo, conservandola nell’alveo della compatibilità costituzionale. Peraltro, il carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata impediva alla magistratura di sorveglianza, prima della novella, di valutare – dopo un lungo tempo di carcerazione, che può aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto – l’intero percorso carcerario del condannato all’ergastolo, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero anche di un tale condannato alla vita sociale, ai sensi dell’art. 27, terzo comma, Cost.

La modifica apportata eliminando l’ostatività non ha determinato l’automatica concessione di benefici penitenziari e misure alternative, atteso che la novella ha integrato con requisiti particolarmente stringenti le pregresse condizioni di legge per superare la presunzione di pericolosità che pende sul non collaborante; sicché il passaggio da assoluta

⁴⁰ Sul punto, si v. F. Moro, *L’art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro*, in *Sist. pen.*, 5/2023, p. 123.

⁴¹ Cfr. Corte cost., sentenze n.253/2019, n.161 del 1997, n.274 del 1983 e n.264 del 1974 - Corte EDU, per tutte, Vinter ed altri contro Regno Unito; Viola contro Italia.

a relativa di detta presunzione, non ha comportato alcun diritto alla concessione dei benefici penitenziari, ma solo una mera possibilità di accedervi. Peraltro, la scelta del legislatore, oltre ad uniformarsi ad una giurisprudenza costituzionale sempre più protesa all'erosione degli automatismi normativi, affidando la decisione di accedere o meno ai benefici all'ulteriore vaglio della Magistratura di Sorveglianza, in base ai singoli requisiti previsti per ciascun beneficio, ha restituito dignità al principio del giudice naturale (art. 25, comma 1 Cost.), non di rado, oggetto di ingiustificata compressione in materia penale⁴². Si è certi che il dibattito sarà sempre vivo e acceso e strenua sarà la difesa delle garanzie costituzionali e, nello specifico, del principio espresso nel terzo comma dell'art. 27: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». La certezza nasce dalla consapevolezza dell'ampio rilievo che assume nel nostro ordinamento l'intimo rapporto tra “dignità e libertà personale”, principalmente nella fase di esecuzione della pena e in quella rieducazione che ne è la finalità⁴³. Quella dignità che la stessa Corte costituzionale ha da sempre posto in cima ai diritti inviolabili dell'uomo e che il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale. Ogni scelta, azione o decisione che mette in pericolo la vita e la sua incolumità o risulti lesiva della dignità della persona, genera insanabile contrasto con la tutela dei diritti fondamentali che è nella parte più nobile e meritevole di tutela della Carta fondamentale⁴⁴.

⁴² Per una puntuale e chiara disamina del rapporto tra il principio rieducativo del condannato e le logiche presuntive, si rinvia a F. Delvecchio, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, coll. *Processo penale e politica criminale*, Giappichelli, 2020, spec. pp. 2 ss.; sia consentito rinviare, inoltre, a F. Perchinunno, *La libertà personale in trasformazione*, Cacucci, Bari, 2020, spec. p. 103 ss.: «...La persona incarcerata, infatti, ha bisogno di una tutela più efficace proprio per la sofferenza della propria situazione personale, anche per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato cui grava, in virtù dell'art. 3 della Cedu, un obbligo positivo di assicurare, per ogni detenuto, condizioni di vita compatibili con il rispetto della dignità umana e modalità di esecuzione della misura che non eccedano il limite di sofferenza già connaturato allo stato detentivo...».

⁴³ Sul tema, tra le più autorevoli fonti di ispirazione, A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967; A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, 1989, vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, p. 10 ss.

⁴⁴ I diritti fondamentali si fondano sulla dignità umana che, come diritto della persona, non può essere sottoposta a ponderazioni o bilanciamenti con altri diritti. Sul punto, si rinvia ai puntuali rilievi di P. Ciocia, *Diritto alla speranza e dignità dell'uomo*, in questo volume. Per l'Assemblea costituente nota dominante era il “senso umano” di cui intimamente la Costituzione doveva essere impregnata. In giurisprudenza, la stessa Corte costituzionale aveva evidenziato come le disposizioni di cui all'art. 27, comma 3 Cost. siano statuizioni “di principio” che si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie, ma anche in veri e propri diritti in favore di coloro che si trovino in esse ristretti. In tal senso, “l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in “trattamenti penitenziari” che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà”. La dignità della persona, ha aggiunto la Corte, “il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà...dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale”. Cfr., Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26. Cfr., in tema di dignità della persona, M. A. Cattaneo, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1998; P. F. Grossi, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. Soc.*, 2008, I, p. 31 ss.

Lydia Deiure

LE PRECLUSIONI DELL'ART.4 BIS O.P.
TRA DIRITTO DI PUNIRE E DIRITTO ALLA SPERANZA *

| ABSTRACT | |
|---|--|
| Con le modifiche apportate alla norma dal D.L.162/2022, conv. in L.199/2022, per adeguarla ai binari tracciati dalla sent. CEDU Viola c/ Italia e dai numerosi interventi della Corte costituzionale, vi è una nuova sfida da affrontare: la magistratura di sorveglianza, tenuta ai margini delle valutazioni su soggetti appartenenti alla criminalità organizzata dal precedente dettato normativo, dovrà confrontarsi con i nuovi compiti che le sono stati assegnati. Nel coltivare il "diritto alla speranza" per soggetti macchiatisi di reati gravissimi, bisogna, tuttavia, non perdere la memoria dei danni arrecati dalle associazioni di stampo mafioso allo Stato. | With the changes you make to the norm by D.L.162/2022, conv. in Law 199/2022, to adapt it to the the Sent. "CEDU Viola c/ Italia" and the numerous interventions of the Constitutional Court, there is a new challenge to be addressing: the supervisory judiciary, kept on the sidelines of the evaluations of persons belonging to organised crime from the previous regulatory provisions, will have to deal with the new tasks that have been assigned to you. In the cultivating the "right to hope" for those guilty of crimes, however, we must not lose sight of the damage done mafia-type associations to the State. |

| PAROLE CHIAVE | |
|--|--|
| Regime ostativo – criminalità organizzata – finalità rieducativa | The ostative regime – organized crime – rehabilitative purpose |

SOMMARIO: 1. Brevi cenni storici sulla norma dell'art.4 bis. – 2. La criminalità organizzata. Un problema tutto italiano. – 3. La magistratura di sorveglianza di fronte ai reati ostativi. - 4. L'assenza del limite della decennialità per la magistratura di sorveglianza. - 5. Esclusione dell'attualità dei collegamenti con l'associazione di appartenenza.

1. I benefici penitenziari, introdotti con la Legge 26 luglio 1975, n. 354, hanno una storia complessa, sviluppatasi nell'arco di quasi cinquanta anni, storia che descrive le mutate sensibilità nei confronti degli autori di reati, rispetto al precedente ordinamento

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

penitenziario risalente all'epoca del fascismo ma ad esso largamente sopravvissuto, sia pure con qualche temperamento, nonostante l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana il 1° gennaio 1948. Com'è noto, la Legge fondamentale riconosce alla pena, nell'art.27, una funzione sociale prevedendo che debba tendere alla rieducazione del condannato.

Non è questa la sede per dibattere sul portato di tale norma ma è bene ricordare che, leggendo i lavori preparatori alla Costituzione, gli estensori della stessa, sia pure con diverse impostazioni politiche e filosofiche, davano per scontate tutte le altre funzioni che la pena assolve (retributiva, special preventiva, general preventiva, afflittiva, ecc.), evidenziando, appunto, la tensione alla rieducazione come una sorta di novità, ribadendo, con una forma diversa, quanto già evincibile dall'art. 3 sulla uguaglianza di fronte alla legge e sulla pari dignità sociale di tutti i cittadini, compresi i condannati che avessero espiato o stessero espiando una pena, pagando il debito con la società.

La tensione della pena alla rieducazione, diretta al reinserimento sociale, altro non significa se non curare che la dignità della persona sia rispettata durante l'espiazione – un momento particolare di una vita – per restituire a chi a detta pena sia sottoposto la dovuta, paritaria posizione rispetto agli altri consociati al ritorno alla vita libera. Che cosa poi si debba intendere per “rieducazione” è un problema che spalancherebbe un mondo anche se, semplicisticamente, si può sintetizzare nel tentativo di orientare il condannato all'adesione alle norme e alle scelte condivise nel contesto sociale di appartenenza.

L'ordinamento penitenziario del 1975, che già prevedeva misure come il permesso di necessità e l'affidamento in prova a servizio sociale, con la Legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini), si arricchì di altre, come il permesso premio e la detenzione domiciliare. Tale scelta legislativa era diretta ad attuare al meglio la previsione costituzionale, essendo le misure che modificavano la pena, in origine, dirette ad autori di reato di modesta entità, creando una differenza trattamentale con chi avesse commesso crimini più gravi. L'intenzione del legislatore del 1975, più tardi, è stata travalicata, comprendendo tra i beneficiari di tali misure coloro ai quali la pena si fosse abbreviata per avvenuta espiazione della parte eccedente.

Nei primi degli anni '90 dello scorso secolo, nell'intento di contrastare efficacemente i fenomeni di criminalità organizzata presenti nel nostro Paese, questi benefici, ad eccezione della liberazione anticipata, furono precluse, con l'introduzione dell'art. 4 bis da parte del D.L. 152/1991, conv. in L. 203/1991, qualora fosse concretamente accertato che il responsabile di reati previsti da questa norma mantenesse contatti con la criminalità organizzata o eversiva. Dopo la strage di Capaci, la norma fu rimaneggiata, aggravandone la portata, perché la concedibilità dei benefici penitenziari assumeva una impreveduta connotazione premiale, originariamente estranea al sistema, al fine di orientare i condannati per reati legati alla criminalità organizzata o eversiva o terroristica verso scelte di collaborazione con la giustizia, collaborazione che, d'altro canto, ai sensi dell'art. 58 ter o.p. abbreviava i tempi d'attesa per l'accesso a talune misure, mentre la non collaborazione rendeva talune fattispecie di reati “ostative” alla ammissione a benefici.

Così modificata, la norma dell'art. 4 bis, sin dall'origine, non ha avuto vita facile: i Magistrati di Sorveglianza sollecitarono interventi della Corte costituzionale diretti a

contenere gli effetti prodotti dalla innovazione, ad esempio, su chi già fruisse di permessi premio¹, oppure su chi avesse avuto una partecipazione limitata nella compagine criminale sì da rendere impossibile un'utile collaborazione², o non fosse in posizione di vertice o fosse un mero esecutore di ordini. La conseguenza è stata che la norma è stata più volte modificata e, dopo che vi sono stati interventi della Corte Edu³ e seguiti da altri della Corte Costituzionale⁴, ci sono state ulteriori modifiche, sollecitate anche dalla Corte di cassazione, mediante rimessione, anche da parte sua, alla Corte Costituzionale⁵ fino a che, faticosamente, si è giunti all'attuale formulazione, prodotta dal D.L. 162/2022, conv. in L.199/2022.

2. Ciò brevemente premesso, va ricordato che siamo l'unico paese d'Europa a “vantare” una criminalità organizzata (sempre più) diffusa su gran parte del territorio, sia pure con modalità, comportamenti, codici differenti. Com'è noto, tale tipologia di criminalità è germinata in Sicilia, Calabria, Campania mentre alla fine degli anni '80 dello scorso secolo se ne è formata una autoctona in Puglia, tanto che, circa dieci anni dopo, Michele Emiliano, all'epoca sostituto procuratore a Bari, scrisse un articolo in cui si raccontava della “mafia che non c'è”. Attualmente, la criminalità organizzata, avendo cambiato volto e modalità di azione, permeando di sé l'economia fino a sfiorare i gangli dello Stato (tanto che gli investitori stranieri titubano a investire in Italia), non è più un fenomeno localizzato ma si è propagato a macchia d'olio, non essendo infrequente che le ordinanze di custodia cautelare disposte da GIP delle madrepatrie di mafia, ndrangheta, camorra vengano eseguite in zone originariamente vergini, dimostrando così che il fenomeno, molto più pervasivo che in passato, grazie agli strumenti informatici, ha perso la sua caratterizzazione territoriale.

Questa peculiarità criminale italiana non è (ancora) compresa appieno negli altri Paesi d'Europa che, al massimo, conoscono, come in Francia, bande delinquenziali organizzate delle periferie che, pur commettendo reati di rilevante allarme sociale, non giungono di certo a creare il diffuso clima intimidatorio, derivante dalla forza dell'associazione che caratterizza e determina l'ambiente in cui operano le compagini nostrane. A questo proposito, con riferimento alla sentenza famosa Viola c. Italia, è opportuno leggere l'opinione dissenziente che fu resa dal giudice polacco Wojtyczek che, evidentemente, conosceva la realtà italiana meglio degli altri. Egli, menzionando l'art. 2 della Convenzione che impone alla legge delle parti contraenti di tutelare la vita delle persone, reputa che tale previsione riguardi «...in particolare la protezione contro la criminalità organizzata. Le alte parti contraenti hanno l'obbligo di adottare misure efficaci per smantellare le organizzazioni criminali che rappresentano una minaccia per la vita delle persone. Per raggiungere questo obiettivo, è essenziale distruggere la solidarietà tra i membri di una siffatta organizzazione e infrangere la legge del silenzio ad essa collegata.

¹ Sent. C. cost. 504/1995; 306/1993.

² Sent. C. cost. 357/1994.

³ Sent. Viola c/Italia del 13.6.2019.

⁴ Sent. C. cost. 253/2019; 32/2020 (riguardo ai reati introdotti con L. 3/2019).

⁵ Ord. Cass. n.100 del 3.6.2020; ord. C. Cost. 97/2021.

A tal fine, le autorità nazionali devono adottare le misure appropriate tenuto conto della situazione specifica del loro paese...», ricordando che il ricorrente, condannato all'ergastolo, era il capo di un'organizzazione criminale.

Questa realtà indusse il legislatore, dapprima, dopo l'assassinio del Prefetto di Palermo Gen. Dalla Chiesa, con L. 646/1982, a creare un'apposita fattispecie, l'art.416 bis c.p., che descrive cosa siano, perseguendole, le "associazioni di tipo mafioso". Successivamente, negli '90 dello scorso secolo (D.L.367/1991, conv. L. 8/1992), su ispirazione delle teorie di Giovanni Falcone, furono istituiti organismi giudiziari e polizieschi di contrasto alla criminalità organizzata, per fare in modo che ci fosse un coordinamento di indagini tramite la Direzione nazionale antimafia che si rapporta con le Direzioni distrettuali antimafia con l'ausilio della Direzione investigativa antimafia al fine di ottenere che la criminalità organizzata trovi un'opposizione statutale mirata e strutturata, in grado di svolgere indagini efficaci derivanti dalle costantemente acquisite conoscenze e dalla collaborazione e penetrare a fondo le varie criminalità ed i contatti intercorrenti tra loro e i consociati. C'è un altro aspetto importante in questa scelta: istituendo le Direzioni Distrettuali Antimafia nel capoluogo del distretto delle varie Corti d'appello, si è formato "un ceto" di magistrati particolarmente specializzato, particolarmente a conoscenza di questi fenomeni sul territorio e fuori di esso, dotatosi di una notevolissima capacità di indagine, non comparabile con quella di quelli estranei a tale organismo. Questo corredo di conoscenze e di memoria è stato particolarmente invisibile alla criminalità organizzata, tanto che molti colleghi sono morti nell'esercizio del loro lavoro: non a caso nel 2019 quando festeggiammo i centodieci anni dell'ANM, ci fu dato un quadretto con l'elenco dei colleghi morti per causa del servizio. La maggior parte di loro era stata uccisa dalla criminalità organizzata.

Questo modello investigativo ha avuto successo tanto da avere ispirato analoghe strutture in altri Paesi che chiedono la nostra collaborazione per scambiare informazioni ed esperienze.

3. A fronte di questo sistema di magistrati super-specializzati di cui sono dotate le Procure distrettuali, non altrettanto si è fatto nell'ambito della Sorveglianza. Il patrimonio di conoscenze sulla criminalità organizzata non è stato condiviso con la magistratura che cura l'esecuzione della pena: la norma dell'art. 4 bis o.p., in origine molto scarna, oggi talmente dettagliata da sfiorare la scarsa comprensibilità (spesso occorre rileggere più volte alcune disposizioni, scoprendo sempre nuovi spunti di riflessione) ha fatto sì che, con il sistema originario, assolutamente preclusivo di quale che sia ipotesi di apertura a quei detenuti, si venisse a creare uno schermo per la magistratura di sorveglianza. La presenza di reati c.d. ostativi "*di prima fascia*" (non solo per l'ergastolo, ma anche per la detenzione a termine) ha impedito la valutazione dei condannati che non si fossero dissociati, e questo ha portato, alla fine, ad un effetto rovinoso.

La magistratura di sorveglianza, difatti, oggi, a mio avviso, non ha una adeguata preparazione per affrontare il grave problema di valutazione che si pone con la modifica introdotta dalla legge 199 del 2022. C'è, da parte del legislatore, uno sfavore nei confronti di questa novità, di questo spiraglio verso il c.d. "diritto alla speranza", facendo riferimento

soprattutto al crimine organizzato (molti degli altri reati inseriti in quella norma non sono associativi, o lo sono occasionalmente). Lo sfavore è verso la magistratura di sorveglianza, nonostante sia quella a cui i delicati compiti di valutazione di soggetti estremamente pericolosi, “voluti” da due Corti supreme, sono demandati. Non a caso, nell’ultima parte del comma 2 della norma, si richiede al giudicante di indicare “specificamente” le ragioni dell’accoglimento o del rigetto, tenendo conto dei pareri ottenuti, quasi che i magistrati di sorveglianza non avessero la consuetudine a motivare in modo specifico.

La “ristrutturazione” della norma del 2022 stabilisce, infatti, come debbano essere fatte le indagini che, di fatto, sia pure sotto forma di “parere”, quanto meno in parte, sono affidate sia alla Direzione nazionale antimafia e sia alla Direzione distrettuale competente. Il problema è che la interazione tra queste magistrature e quella di sorveglianza sarà relativamente limitata, perché come è accaduto in passato, non ci sarà mai – e non potrà esserci, per ovvie ragioni di segretezza delle investigazioni in corso – una totale trasparenza.

Alla magistratura di sorveglianza è attribuito, per legge, un ruolo intermedio tra magistratura e amministrazione, perché, se come giudici concediamo o neghiamo benefici penitenziari, in qualità di magistrati di sorveglianza, gestiamo la vita dei detenuti, ne conosciamo molti aspetti personali, sia per contatto diretto, intrattenendo colloqui nel carcere, sia attraverso la mediazione degli operatori penitenziari. Ma questa conoscenza non è quella che si ha – come accade per procure e giudici di cognizione – di un responsabile di gravi reati commessi nella sua vita attiva, in libertà con la personalità del soggetto che si descrive, a tutto tondo, ma è quella dell’uomo recluso, la cui esistenza è limitata dalle pareti del carcere, sottoposta a regole precise, adeguata ai ritmi della reclusione.

Certo, si può opinare che osserviamo il soggetto nel suo divenire, ne conosciamo gli sviluppi, possiamo valutare se la pena stia sortendo la sua funzione rieducativa o no, mentre in sede di cognizione si valuta l’episodio anche se, come meglio specificherà *infra*, ragionando su compagini mafiose, la prospettiva è diversa perché si finisce non per valutare un singolo episodio, ma un vero e proprio *modus vivendi* permanente, com’è l’associazione. Non a caso, nelle contestazioni delle fattispecie ex 416 bis, la data di inizio della commissione del reato è determinata, mentre quella di fine è (in genere) “*fino a oggi*”.

L’indagine sull’uomo è molto più gravosa e complicata perché gli appartenenti alla criminalità organizzata, a differenza dei “comuni”, sono i detenuti più rispettosi, quelli che si adeguano meglio alle regole carcerarie, perché hanno tutto l’interesse a non turbare l’ordine dell’Istituto per evitare sanzioni che possono determinare perfino al trasferimento, disequilibrando l’assetto raggiunto. Dei contatti che tali detenuti possano intrattenere con l’organizzazione è impossibile avere certezza perché essi, a meno che non siano sottoposti al regime “41 bis”, sul fronte del lecito, intrattengono rapporti epistolari e visivi con i familiari con i quali possono comunicare mediante linguaggio in codice, su quello dell’illecito perché il loro “prestigio” fa sì che possano utilizzare come tramite con l’esterno compagni di pena di scarsa pericolosità sociale, beneficiari di misure premiali ma possono anche avvalersi di sofisticate tecnologie (tipo i non intercettabili microtelefoni satellitari) introdotte in carcere con i più disparati sistemi. Insomma: è molto difficile per il magistrato di sorveglianza, privo della “cultura” e degli strumenti d’indagine specifici cogliere segnali

che possano allarmarlo, salvo episodi eclatanti che svelino orizzonti inaspettati. Altrettanto dicasi per l'équipe trattamentale, impreparata, anche per ragioni di territorio, a capire perfettamente la mentalità mafiosa e, dunque, la reale dissociazione, la maturata non condivisione delle logiche criminali dei soggetti di cui si occupa, condividendo con la magistratura di sorveglianza l'impreparazione sulle tematiche e sulle dinamiche di mafia.

4. Vi è un altro problema che, in un certo senso, si ricollega al primo: quello che, personalmente, reputo molto importante, che condividiamo con la magistratura minorile: non avere il limite decennale di permanenza nell'ufficio. Il magistrato di sorveglianza si incardina nella funzione da giovane e, spessissimo, non la lascia più. Se ciò gli consente di acquisire professionalità, preparazione, competenza nella materia che tratta, rapidità nelle decisioni, a mio avviso, significa non venire mai a contatto con ambienti diversi, con esperienze e bagagli culturali variegati.

Quello che propose la commissione antimafia Motta, in una relazione del 20 maggio 2020, all'indomani della famosa sentenza Viola c. Italia del 2019 e all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019 (che aprì ai permessi i rei di reati c.d. ostativi), fu quello di accentrare tutto quello che riguarda il percorso di detenuti di criminalità organizzata al Tribunale di sorveglianza di Roma, come per i reclami avverso il regime di art. 41 bis, per evitare una giurisprudenza "a macchia di leopardo" potendovi essere "Sorveglianze" più o meno severe (spesso influenzate dalla realtà territoriale di appartenenza) con una sovraesposizione del magistrato rispetto al trattamento da lui riservato agli autori di quei particolari delitti.

Non volendo accedere a questa idea per non privare di prestigio e impoverire culturalmente Tribunali e magistrati di sorveglianza, occorrerebbe, soprattutto dopo la riforma del 2022, prepararli ad affrontare la nuova sfida, dovendosi organizzare, dalla Scuola Superiore della Magistratura, corsi come i celebri "Falcone e Borsellino" destinati ai PM, che preparino ad affrontare la criminalità organizzata non più nell'ottica delle indagini, ma in quella dell'esecuzione della pena.

5. Riguardo al tema della dissociazione dal gruppo criminale, elemento che il comma 1 bis dell'art. 4 bis prevede debba essere dimostrato dall'interessato con allegazioni alla domanda di beneficio succedaneo della collaborazione con la giustizia, già ritenuto una sorta di *probatio diabolica*, va osservato quanto segue.

E noto che per far parte di una compagine associativa, nella fase di ingresso, occorre compiere dei "rituali" che possono partire dal semplice versamento di una quota in denaro ad altri più complessi riti iniziatici: anche le religioni li prevedono. Tali riti servono, oltre che ad associarci a un particolare club o gruppo, a far comprendere l'importanza di quello che si compie, tanto è vero che spesso, per dissociarci, occorre pagare delle penalità o effettuare delle specie di "controrituali".

Le associazioni mafiose compiono rituali complessi, tanto più onerosi, pericolosi e sanguinari a seconda dal grado che si intende raggiungere, riti che sono cambiati nel tempo ma che consolidano l'associato definitivamente, senza consentirgli di dissociarsi, pena,

ovviamente, la morte⁶. Essere mafiosi diviene quindi la scelta di un modo di vivere “nuovo” e diverso dal precedente, una connotazione inalterabile che coinvolge qualunque aspetto dell’esistenza. È quindi difficile credere a dissociazioni “*in pectore*”, non tradottesi in collaborazione con la giustizia, di soggetti mafiosi perché, *per contra*, è facile pensare che chi dimostri quanto richiesto dal comma 1 bis, se con è un elemento di pochissima importanza nell’organizzazione, non avrebbe vita facile all’esterno del carcere. Solo la collaborazione con la giustizia esponendo il soggetto a ritorsioni, fronteggiabili con i programmi di protezione, rompe in modo indiscutibile il vincolo associativo, per cui le indicazioni della Corte di Strasburgo, nell’applicazione concreta, necessiteranno di un taglio accurato.

Il diritto alla speranza va bene per tutti, ma per le associazioni di stampo mafioso non ci si riferisce a gente che aderisce ai nostri valori, anzi: parliamo di persone che sono l’anti-Stato, che non hanno stima e riguardo di quello in cui crede la maggior parte dei cittadini. La sentenza Viola c. Italia è stata sicuramente ispirata non solo dai difensori, ma anche dallo stesso protagonista di quella vicenda che si era sempre dichiarato innocente di reati terribili. Ci si può dichiarare innocenti, ma non esiste, in un sistema come il nostro, che la confessione diventi la prova oltre la quale non si può andare: gli elementi di colpevolezza sono acquisibili in altro modo, sicché se la certezza del reato si raggiunge “oltre ogni ragionevole dubbio”, e vi è la conseguente condanna, lo Stato non ha ragione di credere alle proteste di innocenza. Anche solo pensare che l’asserito “innocente” possa essere, per così dire, compensato con la concessione della liberazione condizionale o di una misura alternativa alla detenzione, sarebbe andare contro qualsiasi principio.

È utile ricordare cosa accadeva nelle carceri, tempo addietro, con i brigatisti: non accettavano lo Stato e non gli chiedevano niente, neppure la liberazione anticipata che loro sarebbe spettata. Perché la mafia che è l’antistato intende, invece, avvalersi dei benefici di un’Istituzione che non riconosce, che combatte e che ha sanguinosamente combattuto, spietatamente, da sempre?

Quando, in modo comprensivo, guardiamo a questi individui, cerchiamo di fare memoria, cerchiamo di superare il pensiero di Ugo Ojetti: “L’Italia è un paese di contemporanei: non ha antenati e non ha posteri, perché senza memoria”. La storia, che spesso dimentichiamo e che percorre il nostro ordinamento, dalla Costituzione alla più recente delle nostre leggi, è fondamentale per affrontare qualsiasi problema senza dover ragionare sull’onda di emozioni, con irrequietezza. Purtroppo, il tempo cancella il ricordo perfino di periodi terribili, affermando nuove visioni della vita, ma dobbiamo pensare che non tutto ciò che oggi appare politicamente corretto è indubbiamente giusto.

⁶ Si pensi alla “punciuta” siciliana che crea un vicolo di sangue; all’incenerimento di un santino tra le mani nel battesimo della ‘ndrangheta; al giuramento di fedeltà nella camorra. Sul punto e a commento dell’ordinanza Cass. SS.UU. 27 maggio 2021, si v. S. Tredici, *Rituale di affiliazione e condotta di partecipazione: la decisione delle Sezioni Unite*, in *Penale. Diritto e Procedura*, n.3/2021, p. 605 ss.

Guglielmo Cataldi

LA PRESUNZIONE DI PERMANENZA DEL VINCOLO MAFIOSO.
I NUOVI ONERI PROBATORI IN MATERIA DI ERGASTOLO OSTATIVO*

| ABSTRACT | |
|--|---|
| Il Legislatore italiano, seguendo la traccia lasciata negli ultimi anni dai giudici di Strasburgo e dalla Corte Costituzionale, di recente, ha convertito in legge, il d.l. n.162/2022 in materia di “divieto di concessioni di benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia”. Le innovazioni introdotte dalla novella si inquadrano nella logica di un superamento della presunzione assoluta di pericolosità sociale e delle restrizioni probatorie previgenti, prevedendo, invece, nuovi oneri probatori, diversi dalla collaborazione al fine di beneficiare di un regime detentivo non ostativo. | The Italian legislator, following the trail left in recent years by the judges of Strasbourg and the Constitutional Court, recently, converted into law the Legislative Decree no. 162/2022 on the "prohibition of granting of prison benefits to prisoners or internees who do not cooperate with justice." Innovations introduced by the novella are framed in the logic of an overcoming of the irrebuttable presumption of social dangerousness and the restrictions evidence, providing for new evidentiary burdens, other than cooperation in order to benefit from a scheme non-obstructive detention. |

| PAROLE CHIAVE | |
|--|---|
| La permanenza dei legami mafiosi – Presunzione legale – ergastolo. | The permanence of mafia ties – Legal presumption – life imprisonment. |

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’elaborato percorso giurisprudenziale in tema di “ergastolo ostativo” – 3. Le recenti modifiche apportate dal d.lvo n. 162/2022 – 4. I nuovi oneri di allegazione e il pericolo di ripristino dei contatti. – 5. Considerazioni conclusive.

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

1. Il dibattito sulla recente riforma dell'art. 4 bis ord. pen. ha assunto toni particolarmente vivaci.

Anche in questo caso occorre, però, al pari di come recentemente è stato affermato sul tema altrettanto divisivo dell'art 41 bis ord. pen., abbandonare le forme di approccio massimalista ed avere il coraggio di riflettere, non avendo paura di tradire la memoria di chi, vittima dell'obbrobrio mafioso, è entrato a pieno titolo a far parte del *pantheon* degli eroi italiani¹.

Anzi, dobbiamo essere consapevoli che proprio un approccio rispettoso dei diritti del condannato costituisce il migliore omaggio alla memoria delle tante vittime innocenti dei soprusi mafiosi.

Oggi, una qualsiasi riflessione sulla riforma dell'art. 4 bis ord. pen. c.p. non può non partire da quanto stabilito dal secondo comma dell'art. 27 della Costituzione: *«le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»*.

Non si può tornare indietro: logiche, spesso invocate sull'onda emozionale del momento, che identifichino l'effettività della pena con il *“buttare via la chiave”* come pure l'ostracismo verso ogni forma di beneficio penitenziario non appartengono alla nostra tradizione e sono in aperto contrasto con la Costituzione e la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo.

Rattrista, dover constatare come troppo spesso occorra ripetere quanto innanzi a dimostrazione di quanto sia difficile riconoscere i diritti fondamentali del condannato quali elementi caratterizzanti lo stato di diritto.

D'altronde, anche la Corte Costituzionale per lungo tempo ha ribadito che *«non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena»*, aderendo, in tal modo, alla teoria polifunzionale della pena².

2. È con la sentenza n. 149 del 21.06.2018 che la Corte attraverso un *«percorso tanto articolato quanto convincente»*³ ha finalmente riconosciuto in maniera esplicita la supremazia della funzione rieducativa della pena affermando che la stessa costituisce *«finalità ineliminabile che deve essere sempre garantita anche nei confronti di autori di delitti gravissimi, condannati alla massima pena prevista dal nostro ordinamento giuridico, l'ergastolo»*⁴.

Le parole utilizzate nella motivazione della sentenza, per la loro chiarezza e profondità, meritano di essere oggetto di attenta riflessione in quanto nelle stesse è racchiusa l'essenza dell'esecuzione penale di uno stato di diritto.

¹ C. Reinoldi, *Il regime differenziato dell'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario, ontologia, problemi, prospettive*, in www.giustiziasieme.it del 20.04.2023.

² Corte Cost., sent. n. 264 del 21.11.1974.

³ E. Dolcini, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo e di rieducazione del condannato*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.07.2018.

⁴ Corte Cost., sent. n. 149 del 21.06.2018, il cui giudice estensore è stato un sensibile giurista quale il prof. Viganò.

Nella sentenza si legge infatti che *«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. Prospettiva, quest'ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non chiamare in causa -assieme - la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore - e la concreta concessione da parte del giudice - di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società»*.

Dopo aver affermato il principio per cui qualsiasi condannato ha diritto di accedere ai benefici previsti dalla legge nella fase esecutiva della pena al fine di assicurare allo stesso un percorso progressivo di reinserimento dello stesso nella società la Corte ha evidenziato, come corollario e in linea con il principio di personalizzazione e proporzionalità della pena, che devono essere esclusi *«rigidi automatismi e deve essere sempre consentita una valutazione individualizzata nella materia dei benefici penitenziari; ove non fosse consentito il ricorso a criteri individualizzanti “l'opzione repressiva finirebbe per relegare nell'ombra il profilo rieducativo” (sentenza n. 257 del 2006), instaurando di conseguenza un automatismo “sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena” (sentenza n. 255 del 2006; in senso conforme, sentenze n. 189 del 2010, n. 78 del 2007, n. 445 del 1997, n. 504 del 1995)»*.

Con la sentenza citata, quindi, si può dire che la Corte aveva già evidenziato l'inconciliabilità tra la «funzione rieducativa della pena» e gli automatismi propri del ragionamento per presunzioni precorrendo in ciò quelle che sarebbero state le successive decisioni attraverso le quali deve ritenersi espunto, dal nostro ordinamento giuridico, il regime del cd “ergastolo ostativo” in linea peraltro con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che con la sentenza Viola aveva evidenziato come lo stesso fosse in contrasto con i diritti fondamentali della persona⁵.

Tracciata la via del superamento delle presunzioni assolute nella fase esecutiva della pena la Corte Costituzionale, con la sentenza additiva n. 253 del 2019, avente ad oggetto la disciplina dei permessi premio per i condannati per partecipazione ad associazione mafiosa o per reati di contesto mafioso, ha affermato l'irragionevolezza della *«generalizzazione per cui la mancata collaborazione è indice (non superabile se non dalla collaborazione stessa) della circostanza per cui egli non ha spezzato i legami che lo tengono avvinto all'organizzazione criminale di riferimento»*⁶.

Con la stessa sentenza però la Corte Costituzionale, non ha mancato di evidenziare la particolarità del tema oggetto del proprio giudizio e le ragioni storiche e sociologiche che

⁵ Corte Edu, sent. n. 77633-16 del 13.06.2019.

⁶ Corte Cost., sent. n. 253 del 23.10.2019.

avevano determinato l'introduzione della predetta presunzione subito dopo il verificarsi delle stragi del 1992.

Si legge infatti in motivazione che *«L'appartenenza ad una associazione di stampo mafioso implica un'adesione stabile ad un sodalizio criminoso, di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo (in materia cautelare, sentenze n. 48 del 2015, n. 213 del 2013, n. 57 del 2013, n. 164 e n. 231 del 2011; ordinanza n. 136 del 2017). Tali ragioni sono di notevolissima importanza e non si sono affatto affievolite in progresso di tempo»*.

In conseguenza di ciò, a fronte della declaratoria di illegittimità, la Corte ha riconosciuto la legittimità della presunzione relativa di protrazione del legame del condannato con la criminalità organizzata di appartenenza anche dopo un rilevante periodo di detenzione e, nella parte motiva, ha stilato un rigido *vademecum* da seguire, da parte della magistratura di sorveglianza, nell'esame delle istanze di concessione di permessi premio evidenziando che la valutazione delle stesse *«non può che estendersi al contesto esterno al carcere, nel quale si prospetti la possibilità di un, sia pur breve e momentaneo, reinserimento dello stesso detenuto, potendosi ipotizzare che l'associazione criminale di originario riferimento, ad esempio, non esista più, perché interamente sgominata o per naturale estinzione»*. La Corte ha inoltre precisato come lo stesso giudizio *«debba rispondere a criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo. Ciò giustifica che la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, pur non più assoluta, sia superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi»* escludenti il pericolo di ripristino dei collegamenti.

Si è giunti infine a specificare come l'indicazione di tali elementi deve avvenire, pena l'inammissibilità dell'istanza, da parte del detenuto richiedente e come a fronte della loro rappresentazione deve essere verificato, per il tramite dei comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza pubblica nonché le procure distrettuali e la PNAA, l'assenza di elementi di segno contrario ostativi alla concessione del permesso premio.

In definitiva, già con la sentenza n. 253 del 2019 veniva individuato, con riferimento alla materia dei permessi premio, un sistema procedimentale e probatorio idoneo a superare la presunzione prevista dall'art. 4 bis ord. pen. trasformata, in aderenza al dettato costituzionale, da assoluta in relativa.

Veniva così infranto il muro delle presunzioni assolute con una spallata i cui effetti erano però limitati, in conseguenza di quanto devoluto al giudizio della Consulta, al divieto di concessione di permessi premi ai condannati per reati di mafia non collaboranti.

Di lì a poco però la stessa Corte, è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sul tema delle presunzioni assolute nella fase esecutiva della pena e questa volta con riferimento all'istituto della liberazione condizionale. In questa occasione però, al fine di evitare il prodursi di pericolosi vuoti normativi, la Corte ha ritenuto doveroso invitare il Parlamento

all'emissione di una nuova disciplina della materia assegnando un termine, poi prorogato, per l'approvazione di una normativa che superasse la presunzione assoluta di pericolosità del non collaborante condannato per partecipazione ad associazione mafiosa e/o per la commissione di delitti di contesto mafioso⁷.

Specificava la Corte nell'ordinanza n.97/2021: «Sarà quindi necessaria l'acquisizione di congrui e specifici elementi, tali da escludere sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino. Un intervento meramente "demolitorio" potrebbe mettere a rischio il complessivo equilibrio della disciplina in esame, e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa. Appartiene perciò alla discrezionalità legislativa decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella degli altri ergastolani, scelte fra le quali potrebbe, ad esempio, annoverarsi la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione nonché valutare se intervenire sugli altri reati ostativi, relativi alla criminalità terroristica, a quella contro la pubblica amministrazione o quelli di natura sessuale».

3. A tale pressante invito ha risposto il legislatore con il d.lvo n. 162/2022, convertito con modificazioni nella legge 30.12.2022 n.199 con il quale, seguendo le indicazioni della stessa Corte, da un lato ha provveduto a superare il limite derivante dalla presenza di presunzioni assolute di pericolosità nei confronti del detenuto non collaborante e dall'altro ha cercato di limitare gli effetti dirompenti che la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 bis ord. pen. avrebbe prodotto sul sistema inserendo una complessa fase preliminare di acquisizione di informazioni e pareri cui ancorare il successivo giudizio della magistratura di sorveglianza.

Il risultato che ne è derivato è attualmente oggetto di valutazioni contrapposte ma, a mio avviso, per giungere ad un definitivo giudizio sullo stesso scevro da pregiudizi ideologici, occorre verificare come verrà declinato, nell'interpretazione giurisprudenziale il nuovo sistema e come lo stesso risponderà alle molteplici e differenti situazioni applicative.

Non voglio però sottrarmi alla responsabilità di una prima valutazione e devo dire che da parte mia vi è una valutazione, seppur con qualche riserva, positiva della riforma.

È indubbio che a seguito della stessa un ruolo fondamentale assume la magistratura di sorveglianza sulla quale è riposto il compito di valutare autonomamente la sussistenza della pericolosità del soggetto che chiede di essere ammesso ai benefici penitenziari senza potersi trincerare dietro gli automatismi delle presunzioni assolute.

Si tratta di un compito particolarmente gravoso, tenuto conto delle difficoltà in cui la stessa opera, sottodimensionata come organico e personale amministrativo, sommersa da quotidiani e improcrastinabili incombenzi, che viene ora onerata da una serie di accertamenti finalizzati a rapportare il giudizio ai molteplici parametri previsti dalla norma.

⁷ Corte Cost. ord. n. 97 del 15.04.2021.

Oggi, ai sensi del novellato art. 4 bis comma primo bis ordinamento penitenziario, benefici quali il lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI dello stesso ordinamento penitenziario possono essere concesse ai detenuti e agli internati per una serie di reati cd di "prima fascia", tra cui quello di partecipazione ad associazione mafiosa e quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso art. 416 bis c.p. ovvero di agevolare le attività delle associazioni in esso previste, anche se gli stessi non abbiano collaborato con la giustizia a condizione che: 1) dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento; 2) alleghino specifici elementi, 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 con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenendo 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.

4. Vengono quindi posti a carico del richiedente una serie di oneri di allegazione così come peraltro era stato stabilito nel meccanismo processuale delineato dalla Corte Costituzionale con la sentenza additiva n. 253 del 2019 in tema di permessi premio.

Proprio in relazione a tali oneri, prima ancora dell'intervento normativo, la Suprema Corte di cassazione⁸ aveva stabilito che *«allo stato attuale della disciplina, è necessario precisare che l'onere di allegazione imposto⁹ al richiedente deve rapportarsi ai due temi di prova prima evocati¹⁰, anche in chiave meramente logica e non rappresentativa, essendo sufficiente la pertinenzialità. In particolare, il richiedente è tenuto ad illustrare gli elementi fattuali che abbiano concreta portata «antagonista» sul piano logico rispetto al fondamento della presunzione relativa di pericolosità (ad es. l'assenza di procedimenti posteriori alla carcerazione, il mancato sequestro di missive, la partecipazione fattiva all'opera rieducativa) ma, a ben vedere, non può essere chiamato a 'riferire' (in sede di domanda introduttiva) su circostanze di fatto estranee alla sua esperienza percettiva e, soprattutto, non può fornire - in via diretta - la prova negativa 'diretta' di una condizione relazionale, quale è il 'pericolo di ripristino' dei contatti. Il pericolo è, infatti, sempre frutto di un giudizio prognostico - spettante al giudice - su cui la parte può incidere in modo solo relativo, manifestando la correttezza del percorso rieducativo».*

Tale affermazione, con la quale viene ad essere circoscritto l'onere di allegazione, deve ritenersi valida anche con riferimento al nuovo testo dell'art. 4 bis comma primo bis ord.

⁸ Cass. I sez., n. 33743 del 14.07.2021.

⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale n. 253.2019 che ha introdotto la cd meccanica procedimentale della necessaria allegazione per il superamento della presunzione -divenuta relativa- di pericolosità del richiedente.

¹⁰ Si tratta della prova dell'assenza di collegamenti e dell'assenza del pericolo di ripristino.

pen. sicché appare a mio avviso superata l'obiezione di coloro che sostengono che il detenuto è nell'impossibilità sostanziale di adempiere all'onere di allegazione in quanto avente ad oggetto circostanze non di sua conoscenza.

Il “*pericolo di ripristino dei contatti*” è quindi “*sempre frutto di un giudizio prognostico spettante al giudice*” che in primo luogo dovrà accertare se l'organizzazione di appartenenza dell'istante sia ancora operativa. A tal proposito va evidenziato che tale accertamento non deve ritenersi scontato perché, se è vero che l'associazione mafiosa è di norma fortemente radicata sul territorio e che è quasi impossibile recidere i legami con la stessa pur tuttavia si deve evidenziare come ciò non ricorra sempre anche alla luce della diversità delle forme che la stessa assume.

La fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p. ovvero il reato di associazione mafiosa, introdotto dall'art. 1 della legge 13.09.1982 n. 646 costituisce una ipotesi delittuosa attraverso la quale il legislatore ha operato, mediante un processo di astrazione normativa «*la riassegnazione di un valore a quelle che sono delle condizioni desumibili dall'immagine empiricamente afferrabile della criminalità organizzata*»¹¹.

Orbene, l'immagine che in quei tristi momenti il legislatore aveva davanti a sé era il volto violento di *cosa nostra*, della *camorra* e della *ndrangheta*, tutte organizzazioni storicamente consolidate nei secoli. Proprio nel 1982 era in corso la seconda guerra di mafia e i corleonesi avevano sferrato un attacco diretto alle istituzioni uccidendo tra i tanti l'onorevole Pio La Torre (il 30.04.1982) e il prefetto Carlo Alberto Dalla Chiesa (il 3.09.1982).

Il necessario processo di astrazione normativa ha determinato però – a parere del sottoscritto – una pregevole sintesi sicché la fattispecie criminale che ne è derivata ha consentito nel tempo, sebbene in alcuni casi faticosamente, il riconoscimento giudiziale della sussistenza dei caratteri associativi mafiosi in relazione a gruppi organizzati operanti in diversi territori. È questo, ad esempio, il caso della sacra corona unita operante nel Salento e di quei clan che, coinvolti in una guerra fratricida, hanno provocato decine di omicidi, a cavallo degli anni 90, sulle strade di Taranto.

L'essere, quello di associazione di tipo mafioso, un reato a fattispecie aperta, ha facilitato nel tempo l'inclusione nel paradigma normativo dello stesso di tutta una serie di nuovi fenomeni variamente definiti: sotto il *gens* di piccole mafie, mafie delocalizzate, nuove mafie vi è stato il riconoscimento giudiziale di diverse organizzazioni, operanti in differenti territori, tutti rientranti nella previsione normativa di cui all'art. 416 bis c.p. sebbene la loro dimensione strutturale ed operatività nello spazio e nel tempo fosse ben diversa da quella propria delle mafie storiche peraltro evolutesi, queste ultime, verso forme più sofisticate e meno appariscenti di controllo del territorio.

Si è di fronte, pertanto, a quella che è stata definita da alcuni come una vera e propria metamorfosi della fattispecie del reato di associazione mafiosa¹² che, se da un lato si confronta con il tema della tassatività dello stesso, dall'altro induce a riflettere su alcune

¹¹ G. Insolera, *L'associazione a delinquere*, Padova, 1983, p. 318.

¹² P. Pomanti, *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: art. 416 bis c.p.*, in *Archiviopenale.it* 2017, n.1.

affermazioni un tempo ritenute massime di comune esperienza: se è vero che la forza intimidatrice caratterizzante l'associazione mafiosa si ricollega necessariamente ad una organizzazione fortemente radicata sul territorio ed è frutto di una protratta operatività nel tempo della stessa, ciò non esclude che la stessa possa dissolversi o che il singolo aderente possa recedere dalla stessa essendo ormai venuti meno quei caratteri di secolare operatività dell'organizzazione stessa e di indissolubilità del legame dei singoli propri delle associazioni storiche, come sociologicamente rilevati al momento di definizione dell'art. 416 bis c.p.

Una volta che ci sia stata l'allegazione da parte del detenuto degli elementi richiesti dall'art. 4 bis comma primo bis ord. pen. e quindi l'istanza viene ritenuta ammissibile il magistrato o il Tribunale di sorveglianza competente provvedono ad acquisire dettagliate informazioni, per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato.

Tali informazioni, nel caso in cui si tratti di detenuto per reati di mafia, ovvero per partecipazione ad associazione mafiosa o per reato aggravato dalle modalità mafiose ex art. 416 bis.1 c.p. nonché per tutti gli altri reati indicati ai capi 1 bis e 1 bis.1 riguardano il perdurare dell'operatività del sodalizio criminale di appartenenza o del contesto criminale nel quale il reato è stato consumato; il profilo criminale del detenuto e dell'internato e la sua posizione all'interno dell'associazione; eventuali nuove imputazioni o misure cautelari o di prevenzione sopravvenute a suo carico e, ove significative, le infrazioni commesse durante la detenzione.

A tali informazioni si aggiungono quelle che vengono richieste alla direzione dell'istituto ove l'istante è detenuto o internato e gli esiti degli accertamenti reddituali e patrimoniali, sul tenore di vita, sulle attività economiche svolte e sulla pendenza o definitività di misure di prevenzione personali o patrimoniali derivanti dagli accertamenti disposti nei confronti del medesimo detenuto, delle persone appartenenti al suo nucleo familiare e delle persone ad esso collegate.

A fronte del superamento della presunzione assoluta di pericolosità il legislatore ha voluto quindi assicurarsi che il magistrato decidente abbia, mediante un complesso sistema di acquisizioni di informazioni, una conoscenza quanto più completa possibile in ordine alla pericolosità del richiedente i benefici. Tale base informativa appare utile anche al pubblico ministero individuato dal secondo comma dell'art. 4 bis ord. pen. come organo deputato ad esprimere un parere, unitamente al Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo entro sessanta giorni dalla richiesta formulata dal detenuto.

Per tale motivo, nel tentativo di coordinare l'acquisizione e la valutazione del coacervo di informazioni previste dalla normativa il Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo ha sottoscritto con i Procuratori distrettuali, in data 22.12.2022, un protocollo d'intesa con cui sono state adottate apposite linee guida e misure organizzative.

Per effetto di tale protocollo elementi informativi quali quelli ricevuti dalla Polizia Penitenziaria per quanto riguarda i rapporti del detenuto con l'esterno, così come desumibili ad esempio dalla corrispondenza e dalla ricezione di somme di denaro, al pari di quelli provenienti dalla Guardia di Finanza ed aventi ad oggetto indagini reddituali e patrimoniali

che investono anche i prossimi congiunti, vengono inserite nella banca dati SIDDA/SIDNA e sono facilmente consultabili venendo così a costituire un patrimonio conoscitivo standardizzato e significativo ai fini della redazione del prescritto parere.

Sempre attraverso il predetto protocollo, il PNAA si è assunto l'onere di trasmissione delle informazioni e degli esiti degli accertamenti al magistrato o al Tribunale di sorveglianza svolgendo in tal modo una funzione di ordinata veicolazione delle acquisizioni previste dalla legge.

Purtroppo, però, spesso avviene che l'ufficio del procuratore distrettuale non può divulgare elementi conoscitivi in suo possesso provenienti da indagini in corso pena l'impropria *discovery* delle stesse. Da ciò deriva un profondo senso di frustrazione da parte, ad esempio, del sottoscritto costretto di frequente ad arrampicarsi sugli specchi per evidenziare la pericolosità di soggetti, ben consapevole della difficile valorizzazione, da parte del magistrato di sorveglianza, degli scarni e a volte inespressivi pareri che allo stesso vengono forniti a causa dell'impossibilità di esporre aggiornati elementi di conoscenza provenienti dalle indagini in corso.

Ciò costituisce un insuperabile *vulnus* alla piena conoscenza dei fatti da parte del magistrato di sorveglianza da cui deriva l'elevata probabilità di una valutazione sulla pericolosità non aderente alla realtà.

Una volta acquisiti tali informazioni, pareri ed esiti degli accertamenti disposti laddove gli stessi concludano nel senso del permanere, anche sotto il profilo indiziario, dei collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata di appartenenza o con il contesto con il quale il reato è stato commesso, ovvero della sussistenza del pericolo di ripristino di tali collegamenti è onere del condannato, prima della decisione dell'organo giudiziario fornire elementi di prova contraria creando in tal modo un vero e proprio contraddittorio tra le parti.

5. Non può non rilevarsi a questo punto come risulti particolarmente complesso il sistema procedimentale delineato dal d.lvo 162/2022, convertito con modificazioni nella legge 30.12.2022 n.199, frutto evidente del tentativo di non sacrificare le esigenze della prevenzione, a fronte del venir meno della presunzione assoluta di pericolosità del detenuto non collaborante.

Si tratta di una complessità giustificata dalla persistente operatività di organizzazioni criminali sul territorio e dall'esigenza di impedire che la remissione in libertà, attraverso il sistema dei benefici penitenziari, di coloro che si sono resi autori di gravi delitti, possa nuovamente innalzare il pericolo per la sicurezza pubblica.

Non può però discendere da ciò un giudizio negativo sulla riforma e del tutto ingiustificate, a mio avviso, sono le affermazioni secondo cui l'ergastolo ostativo, nonostante le pronunce della Corte Edu e della Corte Costituzionale, continui ad essere presente nel nostro ordinamento giuridico.

A sostegno del mio giudizio vi è la constatazione, ad esempio, che tra i numerosi soggetti condannati, sul finire del secolo scorso, all'ergastolo nei maxiprocessi alla sacra

corona unita e ai clan tarantini pochissimi sono quelli che non hanno ancora goduto dei benefici previsti dalla legge nella fase esecutiva della pena.

Alessio Coccioli

COLLABORAZIONE E LIBERTA' PERSONALE *

| ABSTRACT | |
|---|---|
| La collaborazione con la giustizia pur mantenendo il proprio positivo valore, non è necessariamente sintomo di credibile ravvedimento e parimenti non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento. Infatti, come è ragionevole presumere che l'ergastolano non collaborante mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di appartenenza, allo stesso modo il carattere assoluto di questa presunzione e l'inquadramento della collaborazione con la giustizia come unica strada a disposizione dell'ergastolano ostativo per accedere al procedimento che potrebbe portarlo alla liberazione condizionale, evidenzia la sua incompatibilità con i principi costituzionali, in primis con la funzione rieducativa della pena. | Collaboration with justice while maintaining its positive value, is not necessarily a symptom of credible repentance and nor can it become an insuperable legal index of non-compliance with the repentance. In fact, how reasonable is it to assume that the person in prison for life, non-cooperative, maintains links with the criminal organization of belonging, as well as the absolute character of this presumption and the framing of cooperation with justice as the only way available to the life imprisoned person to access the proceedings that could lead to conditional release, stresses its incompatibility with constitutional principles, in particular first of all with the rehabilitative function of the penalty. |

| PAROLE CHIAVE | |
|--|--|
| Collaborazione con la giustizia – libertà personale – ergastolo. | Collaboration with justice - personal freedom - life imprisonment. |

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La collaborazione come strumento di accesso ai benefici. – 3. L'incidenza della Corte Edu nel processo evolutivo dell'ergastolo ostativo. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il regime ostativo è stato introdotto al fine di contrastare i reati di particolare gravità, con particolare riferimento ai reati di tipo mafioso, e di fatto precluderebbe ai condannati l'accesso ad un percorso sociale di reinserimento che dovrebbe invece connotare l'esecuzione della pena¹.

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

¹ E. Dolcini, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Riv. DPC*, 2018.

Questa preclusione non dovrebbe operare nei soli casi in cui i detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58 ter o.p. Si tratterebbe di un regime ostativo che pone delicati problemi di conformità ai principi di rieducazione della pena e di uguaglianza previsti dalla Costituzione².

Problemi di compatibilità si pongono anche con riferimento all'articolo 3 della CEDU nella parte in cui si prevede che nessuno può essere sottoposto “a pene o trattamenti inumani o degradanti”. Proprio con riferimento a tali problematiche si sono già pronunciate la Corte Edu e anche la Corte costituzionale, le quali nei loro interventi giurisprudenziali hanno sempre rappresentato la necessità che la commisurazione di una pena non sia fine a se stessa ma persegua anche finalità di natura special preventiva, nel senso che consista anche in misure terapeutiche rieducative risocializzanti tese a impedire che l'individuo possa cadere nuovamente nel delitto.

Va detto innanzitutto che l'ergastolo ostativo trova la sua genesi nel periodo della cosiddetta legislazione d'emergenza che da un lato introduceva la necessità di istituire un regime detentivo più rigido per i condannati per reati di mafia o di terrorismo, tale da garantire una efficacia deterrente rispetto alla commissione di nuovi reati con minacce di sanzioni gravissime, dall'altro introduceva strumenti idonei ad accelerare il corso delle indagini e creare le condizioni per una collaborazione dei condannati per questo tipo di reati, condannati normalmente riottosi a fornire indicazioni utili per l'ulteriore svolgimento di indagini³.

Da qui la definizione di ergastolo ostativo, creata dalla dottrina, ad indicare il regime detentivo cui sono assoggettati i condannati alla pena dell'ergastolo per reati previsti dall'articolo 4 bis o.p. In particolare, il comma 1 della norma in esame delinea una presunzione assoluta di pericolosità sociale che trova applicazione nell'ipotesi in cui i soggetti in questione abbiano deciso di non collaborare con la giustizia.

2. In altri termini, ergastolo ostativo significa impossibilità di accedere a qualsiasi beneficio, a meno che il condannato non collabori con la giustizia, per dirla semplicemente.

Nell'ottica del legislatore, pertanto, solo la manifestazione di uno spirito collaborativo ai sensi dell'articolo 58 ter o.p. può giustificare l'esistenza di un reale ravvedimento da parte del condannato e rappresentare concretamente la prova di una effettiva dissociazione dal contesto criminale in cui costui ha operato. Tale postulato determina, in buona sostanza, l'impossibilità di accedere a benefici penitenziari e agli istituti di progressione trattamentale previsti dall'ordinamento, ad eccezione della liberazione anticipata.

Il rifiuto di collaborare e la mancata dissociazione, sono ritenuti equipollenti alla manifestazione di volontà da parte del condannato all'ergastolo di non voler intraprendere

² Sulla compatibilità con i principi costituzionali evocati, cfr. Corte n. 253 del 2019, n. 161 del 1997, n. 274 del 1983 e n. 264 del 1974. Sul punto, F. Fiorentin, *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile?*, in *Riv. dir. pen. proc.*, 11/2019.

³ E. Dolcini, *op. cit.*; G. Fiandaca, *Commento all'art. 27, comma 3 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 1991, 222 ss.; Id., *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione*, in AA.VV., *Bilanciamento e sistema delle fonti*, a cura di L. Di Carlo, Giappichelli, Torino, 2020, p. 77 ss.

percorsi risocializzanti. Del resto, un simile orientamento normativo trova il suo concreto riscontro in una radicata giurisprudenza (per la verità nella mia esperienza professionale ho potuto constatare che effettivamente nella pratica è così...) secondo cui un protratto stato di detenzione dell'associato mafioso non determina automaticamente la cessazione dell'affiliazione.

Accade che la struttura associativa mafiosa contempra il rischio che propri aderenti possano trascorrere lunghissimi periodi detentivi, senza che questo pregiudichi la nuova assunzione di un ruolo di rilievo all'interno dell'associazione, non appena sia stata definitivamente scontata la pena; per tale motivo, la collaborazione rappresenta un dato di per sé assai esplicativo per verificare l'effettiva permanenza della partecipazione al sodalizio.

Ovviamente, il principio «*fine pena mai*» vede una disciplina alternativa alla collaborazione prevista dal comma 1 bis della norma in esame: il detenuto per reati di cui al comma 1 ha accesso ai benefici premiali anche nell'ipotesi in cui la collaborazione risulti inesigibile, impossibile o irrilevante e siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

La stessa norma chiarisce che la collaborazione è inesigibile in caso di limitata partecipazione al reato, è impossibile quando i fatti siano stati integralmente accertati ed è oggettivamente irrilevante quando non determinerebbe alcuna ulteriore progressione nelle indagini. Conseguentemente, il condannato potrebbe accedere ai benefici nei casi di irrealizzabilità della collaborazione, sempre che fornisca la prova dell'avvenuta dissociazione dal contesto criminale: in poche parole una *probatio diabolica*, tenuto altresì conto del fatto che stiamo parlando di individui che si trovano in stato di detenzione da lungo tempo.

Facendo un raffronto con l'ergastolo comune, è ben noto che la pena dell'ergastolo, pur essendo contraddistinta sempre dal carattere della perpetuità (art. 22 c.p.), è mitigata dai numerosi benefici penitenziari che limitano l'afflittività di tale regime: tra questi vi rientrano la libertà condizionale, i permessi premio, il lavoro esterno, la semilibertà e la liberazione anticipata. Si tratta, a ben vedere, di un modo per consentire all'ergastolano, in una sorta gradata progressiva esecuzione, un reinserimento sociale che consenta concretamente di bilanciare l'interesse costituzionale alla finalità rieducativa con il carcere a vita; tutto ciò, sulla base della considerazione che l'ergastolano abbia perfezionato la propria idea di reinserimento sociale.

3. Tutto questo solo sulla carta, perché è ben noto che nel celebre caso Viola contro Italia del 2019, un condannato all'ergastolo per associazione di tipo mafioso assoggettato al regime detentivo di cui all'articolo 41 bis c.p., a seguito di rifiuto della Corte di cassazione circa l'accesso alla libertà condizionale proponeva ricorso alla Corte Edu lamentando l'incompatibilità dell'ergastolo ostativo rispetto alla esigenza di risocializzazione contenuta nell'articolo 3 della CEDU⁴.

⁴ Corte Edu, Caso Viola c. Italia, n. 77633/16.

Oggetto della contestazione era sostanzialmente il fondamento di una presunzione inconfutabile contenuta nella norma che addebita una pericolosità sociale al detenuto basandosi unicamente sui dati oggettivi della tipologia di reato ascritto e sulla sua mancata collaborazione.

Ebbene la Corte, accogliendo il ricorso, ha condannato l'Italia per violazione del principio di umanità della pena ai sensi dell'articolo 3 della CEDU. I giudici della Corte da un lato hanno ritenuto di giustificare il regime ostativo sulla base della gravità di reati in cui esso si inserisce, ritenendo dall'altro che combattere la mafia non significa ammettere deroghe alle norme della CEDU.

La Corte ha anche criticato la normativa italiana e la misura in cui equipara la pericolosità sociale alla mancata collaborazione: quest'ultima può dipendere anche da una serie di situazioni svincolate dalla volontà del detenuto di mantenere legami con l'associazione criminale. Una mancata collaborazione può avere la sua origine nella necessità di evitare che gli affetti più cari del detenuto collaborante possano subire ritorsioni da parte degli ex associati. In altri termini, la mancata collaborazione non può essere sempre considerata come espressione di una scelta di mantenere i legami associativi, cosicché la Corte ha rifiutato l'automatismo che vede equiparare la dissociazione al sicuro ripudio dei valori criminali, in quanto la scelta di collaborare potrebbe essere stata dettata da ragioni di comodo e con l'unica finalità di accedere ai vantaggi detentivi.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto che la dissociazione possa essere desunta anche da altri comportamenti non collaborativi come, ad esempio, il mantenimento durante la pena di un contegno irreprensibile e l'assenza di sanzioni disciplinari, espressivi di per sé di una evoluzione in positivo della personalità dell'interessato che non stridono con l'esigenza di risocializzazione del medesimo.

Conseguentemente, l'Italia è stata condannata per violazione dell'articolo 3 della CEDU ed è stata invitata ad attuare, per via legislativa, una riforma dell'ergastolo ostativo che garantisca la possibilità di un riesame della pena.

4. Fatta questa breve premessa sull'istituto di cui ci occupiamo, tengo a precisare che nella mia esperienza professionale, ormai ultraventicinquennale, ho potuto direttamente constatare che le presunzioni assolute non hanno mai una lunga vita nel nostro ordinamento: esse sono figlie dell'emergenza, di una risposta normativa spesso scomposta ad eventi gravi di criminalità.

È successo, ad esempio, anche con la presunzione assoluta di adeguatezza della misura cautelare della custodia in carcere di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., spazzata via inesorabilmente nella quasi totalità dei casi dalle sentenze della Corte Costituzionale. Il legislatore quando ha un problema grave da risolvere dettato da un'emergenza contingente ritiene di affrontarlo con una presunzione assoluta.

L'ergastolo ostativo nasce dalle stragi di mafia e lo si è voluto giustificare da un lato con la necessità di tutela della collettività: se un detenuto è ritenuto socialmente pericoloso allora è necessario emarginarlo per tutelare la collettività; tuttavia, vi è una finalità

rieducativa, che ha un ineludibile fondamento costituzionale che non può essere pretermesso.

Il principio *semel mafioso semper mafioso*, affermato in maniera continuativa dalle sentenze della Suprema Corte – nella parte in cui ha riconosciuto il vincolo della continuazione per condanne in ordine ad associazione qualificata intervenute a distanza di oltre 15 anni fra di loro – evidenzia che oramai è profondamente radicata nel nostro sistema la convinzione che l’associato di una consorteria mafiosa o si “pente” o rimane sempre legato al sodalizio per cui è stato condannato. E tuttavia, per uscire da questo “blocco” che anche la Corte ha stigmatizzato, forse, bisognerebbe cambiare radicalmente prospettiva di valutazione⁵.

Tempo fa, un Tribunale di Sorveglianza mi richiese di interrogare un condannato ad ergastolo ostativo (condannato anche per omicidio di mafia in concorso con altri) per verificare se c’era la possibilità di applicare nel caso di specie l’art. 58 ter o.p.; questo perché nella sentenza di condanna per omicidio erano rimasti in ombra alcuni punti (mancato ritrovamento delle armi, ora dell’omicidio ed altro). Interrogai così il detenuto ed ebbi modo di constatare, in un primo momento, una sorta di ravvedimento: costui rispondeva alle mie domande evidenziando elementi di una certa rilevanza che potevano certificare la rescissione con il contesto criminale, portando a considerare (anche se la valutazione ovviamente spettava al Tribunale di Sorveglianza e non al P.M. che interrogava...) non solo il venir meno dei rapporti con la criminalità organizzata, ma anche in un certo qual modo l’impossibilità di un riavvicinamento successivo al gruppo criminale (e quindi tale da giustificare la concessione di benefici premiali).

Tuttavia, in chiusura del verbale, feci presente al detenuto la morte di un ex collaboratore di giustizia, anch’egli noto esponente dello stesso gruppo criminale: il detenuto interrogato non mostrò alcuna compassione, anzi odio estremo, manifestando la speranza che costui avesse sofferto atrocemente in punto di morte. Certamente situazione affatto indicativa di un ravvedimento effettivo, ed anzi sintomatica della piena sopravvivenza di logiche delinquenziali di tipo mafioso (se si augurava che il collaboratore fosse morto con atroci sofferenze), nonostante il lunghissimo periodo di detenzione sofferta (erano passati più di 25 anni dall’omicidio e dalla condanna all’ergastolo).

Tornando alla mia premessa, allora, ritengo che l’automatismo connotato dalle presunzioni sia foriero di decisioni non congrue e spessissimo di grave pregiudizio per i sacrosanti principi costituzionali. I giudici devono sempre avere delle possibilità di valutazione, ogni caso è diverso dall’altro e la “matematicità” delle decisioni dettate da meccanismi presuntivi, come dimostra la continua evoluzione giurisprudenziale della Corte di legittimità, si riverbera nella frustrazione dei principi fondamentali degli individui sanciti dalla Costituzione.

Personalmente non sono affatto sicuro che si debba ancora parlare a lungo di “ostatività” dell’ergastolo.

⁵ *Ex multis*, Cass. SS.UU. n. 111/2017; Cass. pen. n.48441/2017; n. 25778/2017; n. 18756/2017; n. 51735/2016; n. 8106/2016; n. 43490/2015; n. 32353/2014.

Tante perplessità suscita, ad esempio, quella *probatio diabolica* per cui il detenuto ergastolano può dimostrare di aver rescisso il legame con l'associazione solo con la collaborazione; così facendo, sarebbe impossibile accedere ad un percorso rieducativo rappresentato dall'accesso ai benefici che vanno dai permessi premio alla liberazione condizionale (liberazione condizionale che poi significa “fine pena certo”, e che già può rappresentare il capovolgimento dell'assioma ergastolo ostativo)⁶.

Il ravvedimento deve essere oggetto di una valutazione che tenga conto di una serie di elementi oggettivi e soggettivi, valutazione di cui si devono fare carico i magistrati e che non può essere sottratto da presunzioni o meccanismi normativi rigidi e non controvertibili.

⁶ Sul punto, cfr. L. Pulito, *Ergastolo ostativo e ultimi sviluppi normativi: il d.l. n. 162/2022 e la legge di conversione n. 199/2022*, in questo volume.

Lorenzo Pulito

ERGASTOLO OSTATIVO E ULTIMI SVILUPPI NORMATIVI:
IL D.L. N. 162/2022 E LA LEGGE DI CONVERSIONE N. 199/2022*

| ABSTRACT | |
|---|---|
| Il contributo esamina i recenti sviluppi normativi in tema di ergastolo ostativo, che sembrano superarlo soltanto <i>de jure</i> , ma non <i>de facto</i> . Mettendone in evidenza i numerosi profili critici, si auspica un'interpretazione delle nuove disposizioni volta a non compromettere, <i>ex ante</i> , il perseguimento della finalità rieducativa della pena. | The paper examines recent legislative developments on life imprisonment, which seem to overcome it only <i>de jure</i> , but not <i>de facto</i> . By highlighting the numerous criticalities, it is hoped that the new provisions will be interpreted in a way as not to compromise, <i>ex ante</i> , the pursuit of the rehabilitative purpose of the sentence. |

| PAROLE CHIAVE | |
|--|---|
| Pena perpetua – modifiche normative – finalità rieducativa | Perpetual punishment – normative changes – rehabilitative purpose |

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. L'eterno ritorno dell'uguale. – 3. Le (stringenti e concomitanti) condizioni per l'ottenimento dei benefici. - 4. Dalla presunzione assoluta di pericolosità alla prova impossibile di non pericolosità? - 5. Arsenali istruttori e parametri motivazionali. – 6. La cancellazione della collaborazione irrilevante, impossibile o inesigibile. - 7. Ulteriori criticità sistematiche. – 8. Le modifiche (peggiorative) sul regime della liberazione condizionale. - 9. Considerazioni conclusive.

1. L'ergastolo “ostativo”, che impedisce agli ergastolani per mafia, che non abbiano collaborato con la giustizia, di accedere a benefici penitenziari¹³¹, è stato oggetto di recenti

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

¹ Sull'assetto normativo, risultante dall'incessante stratificazione legislativa, su cui è intervenuto il legislatore, si v. A. Diddi, *Manuale di diritto penitenziario*, III ed., Pacini, Pisa, 2022, p. 357 ss.

pronunce “demolitorie”, sia da parte della Corte Edu² che della Corte costituzionale³, che hanno costretto il legislatore a rivisitare lo statuto del “doppio binario” penitenziario e il rigido modello preclusivo scaturente dal combinato disposto degli artt. 4-bis e 58-ter o.p., onde smarcarlo dall’assolutezza di una presunzione di pericolosità superabile solo attraverso la collaborazione con la giustizia⁴.

Anche la dottrina aveva sottoposto a severa critica gli “anatemi colpevolizzanti” adottati a sostegno dell’irrinunciabilità dello strumento nel contrasto alle mafie e del dogma che vede nella normativa “ostativa” il principale (se non unico) stimolo alle collaborazioni con la giustizia.

All’appuntamento con la questione della pena «sino alla morte»⁵, fissato (o - per meglio dire, ri-fissato) dalla Consulta per la data dell’8 novembre 2022⁶, questa volta il legislatore non si è presentato a “mani vuote”. Quello però che ha offerto alla Corte costituzionale non può dirsi sorprendente (il Governo ha riesumato infatti il d.d.l. n. 2574, riproponendolo nella

² Cfr. Corte Edu, sez. I., 13 giugno 2029, Viola c. Italia. Per l’analisi dei contenuti e delle prospettive aperte da tale sentenza v. 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.*, 2, 2019, p. 925 ss.; F. Fiorentin, *Il caso Viola n. 2. L’ergastolo ostativo e la tutela della dignità umana*, in E. Dolcini, F. Fiorentin, D. Galliani, R. Magi, A. Pugiotto, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e art. 41-bis*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 71 ss.; D. Galliani, A. Pugiotto, *L’ergastolo ostativo non supera l’esame a Strasburgo. (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2019, p. 191 ss.; J. Pradel, *Una lettura critica della sentenza Viola c. Italia. In omaggio ai magistrati Chinnici, Falcone e Borsellino*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2021, p. 270 ss.; A. Santangelo, *Irreducible Life Sentences and Rehabilitation. A Point of Juncture Between Strasbourg and Rome*, in *The Italian Law Journal*, 2, 2020, p. 519 ss.; E. Sylos Labini, *Il cielo si tinge di Viola: verso il superamento dell’ergastolo ostativo?*, in *Arch. pen. (web)*, 3, 2019, p. 1 ss.

³ Cfr. Corte cost., sent. 4 dicembre 2019, n. 253, in *Proc. pen. giust.*, 3, 2020 p. 626 ss., con nota di C. Fiorio, *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però...*, *ivi*, p. 649 ss. Sulla pronuncia, v. D. Galliani, R. Magi, *Regime ostativo e permesso premio. La Consulta decide, ora tocca ai giudici*, in *Giustizia Insieme*, 29 gennaio 2020; S. Grieco, S. Scalerà (a cura di), *Verso il superamento dell’ergastolo ostativo?* (Atti del Convegno Cassino, Casa circondariale 20 gennaio 2020), Euc, Cassino, 2020; M. Pelissero, *Permesso premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Leg. pen. (web)*, 30 marzo 2020, p. 1 ss.; A. Pugiotto, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell’ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2020, p. 160 ss., *Id.*, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, p. 501 ss.; A. Santangelo, *Nuovi profili di illegittimità del regime ostativo: la speranza di un permesso o il permesso di sperare?*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2777 ss.

⁴ F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve: la logica conservativa nella riscrittura delle preclusioni penitenziarie*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2023, p. 29 s., il quale evidenzia come il Parlamento sia stato chiamato a «ridisegnare il protocollo [...] di quelle scelte che hanno siglato il passaggio da un trattamento duttilmente elaborato sulle specificità del reo a un altro anelasticamente saldato alla natura del reato commesso».

⁵ L’efficace espressione è di C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 65 ed è ripresa da M. Caterini, *L’ergastolo in cammino: da Strasburgo a Roma, passando dallo Stato sociale di diritto, sta giungendo al capolinea*, in *Leg. pen. (web)*, 4 maggio 2020, p. 1.

⁶ Per la ricostruzione degli “atti” in cui si è svolto il processo costituzionale e delle tre ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale, si v. A. Conti, *L’ergastolo ostativo che move la Corte Costituzionale e l’altre stelle*, in *Consulta Online*, 2, 2023, p. 517 ss.

forma del d.l. n. 162 del 2022, poi convertito in l. n. 199 dello stesso anno)⁷, ma è valso a riaprire una partita il cui destinato sembrava segnato⁸.

2. Che le modifiche normative segnino anche l'inizio di tutt'altra storia è una conclusione scoraggiata sin dai commenti a prima "lettura", univocamente convergenti nel giudicare quella legislativa un'operazione "di facciata". Riassumendoli: il legislatore, attualizzando una «"truffa delle etichette" nella quale cambiano i termini ma non la sostanza della disciplina»⁹, avrebbe «inteso sostituire l'ergastolo ostativo con una corsa a ostacoli difficilmente percorribile sino al traguardo»¹⁰, tanto da meritare l'appellativo di «ergastolo "diversamente ostativo"»¹¹; l'adeguamento al monito della Corte costituzionale sarebbe soltanto formale, mentre «nella sostanza» l'intervento normativo mira «a neutralizzarlo» per «salvare l'ergastolo ostativo»¹².

I rilievi potrebbero apparire eccessivamente critici ove si noti che il *novum* legislativo ha trasformato da assoluta a relativa la presunzione di pericolosità del condannato

⁷ Tra i commenti alla nuova normativa cfr. S. Bernardi, *Il "regime ostativo" ex art. 4-bis ord. pen. dopo la conversione del d.l. 162/2022: il testo risultante dalla versione approvata dal Senato il 13 dicembre 2022*, in *Sist. pen.*, 22 dicembre 2022; A. Cisterna, *Ergastolo ostativo: la presunzione assoluta di pericolosità sostituita da un percorso che scarica sul detenuto la prova*, nel *Quotidiano giuridico*, 15 novembre 2022; P. Corvi, *Ergastolo ostativo: la risposta del legislatore alla Consulta*, in *Proc. pen. giust.*, 3, 2023, p. 712 ss.; D. Galliani, *Il decreto-legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *Sist. pen.*, 21 novembre 2022; F. Gianfilippi, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso a ostacoli per il condannato e per l'interprete*, in *Giustizia Insieme*, 2 novembre 2022; L. Eusebi, *Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2023, p. 1005 ss.; F. Fiorentin, *Entra in vigore l'ergastolo ostativo: spariscono i reati contro la Pa*, in *Guida dir.*, 2, 2023, p. 96 ss.; Id., *Con un intervento d'urgenza si evita la pronuncia della Consulta*, ivi, 42, 2022, p. 25 s.; Id., *I criteri per l'accesso ai benefici, rischiano l'incostituzionalità*, ivi, p. 27 ss.; S. Mentrangolo, *"E quindi uscimmo a rivedere le stelle": l'ergastolo ostativo e il diritto (negato?) alla speranza di uscire dal carcere dopo il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 e la relativa legge di conversione*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2023, p. 1 ss.; C. Migliazza, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità tra giurisprudenza costituzionale e Corte Edu*, in *Cammino diritto*, 4 aprile 2023, p. 20 ss.; F. Polacchini, *Fine pena (forse): ergastolo ostativo e prospettive di riscatto*, in *Federalismi.it*, 17 maggio 2023; 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, p. 223 ss.

⁸ Corte cost., ord. 11 maggio 2021, n. 97, in *Giur. cost.*, 2021, p. 1169 ss. (con osservazioni di A. Pugiotto, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, ivi, p. 1182 ss.). Ritengono di scorgere nella pronuncia un'incostituzionalità già accertata (anche se non ancora dichiarata) E. Dolcini, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021; D. Galliani, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giustizia Insieme*, 20 maggio 2021; F. Gianfilippi, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *Questione Giustizia*, 27 maggio 2021. Per un approfondimento sulla tecnica decisionale della "doppia pronuncia" utilizzata dalla Corte costituzionale si rimanda a F. Perchinunno, *Prime riflessioni sull'ordinanza n.97/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 22, 2021, p. 198 ss.

⁹ Cfr. A. Morrone, *La Consulta può evitare lo scontro sul decreto truffa sull'ergastolo ostativo*, in *www.editorialedomani.it*, 7 novembre 2022.

¹⁰ 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.

¹¹ M. Merlino, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, in *Questione Giustizia*, 26 gennaio 2023, p. 18.

¹² E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *Sist. pen.*, 7 novembre 2022, p. 9.

all'ergastolo (o alla reclusione) per reati ostativi, non collaborante, cui è ora concessa la possibilità di domandare i benefici (assegnazione al lavoro esterno, permessi premio e misure alternative alla detenzione, oltre che la liberazione condizionale per effetto del rinvio operato dall'art. 2, d.l. n. 152 del 1991) e, così, di vedere vagliata nel merito la propria istanza, sia pur in presenza di «stringenti e concomitanti condizioni»¹³, diversificate in base ai reati indicati nei commi 1-*bis*, 1-*bis*.1¹⁴ e 1-*bis*.2 del novellato art. 4-*bis* o.p.¹⁵.

Basta dare una scorsa a quell'«abnorme facondia di condizioni da soddisfare per accedere a qualsiasi misura extramuraria» per avvedersi dell'«effettività rinnegante della nuova normativa»¹⁶, il cui reticolo preclusivo, come in una sorta di eterno ritorno dell'uguale, finisce per far sopravvivere l'ostatività dell'ergastolo alla propria assordante e più volte riscontrata illegittimità¹⁷.

3. Tali condizioni, secondo il comma 1-*bis*, relativo a delitti associativi, propriamente riconducibili alla criminalità organizzata — come quelli commessi con finalità di terrorismo o di eversione, i delitti di mafia, il favoreggiamento dell'immigrazione illegale, le associazioni per delinquere finalizzate al traffico di stupefacenti o al contrabbando di tabacchi — concernono: a) la regolare condotta carceraria, la partecipazione al percorso rieducativo e la propria “dissociazione” dall'organizzazione criminale; b) la “dimostrazione” dell'integrale adempimento delle obbligazioni civili e delle riparazioni pecuniarie derivanti dal reato (o, in alternativa, la dimostrazione dell'assoluta impossibilità di adempiervi)¹⁸, con la precisazione che, al fine della concessione dei benefici, il giudice di sorveglianza accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa¹⁹; c) la “allegazione” di elementi specifici che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi.

¹³ Così si legge in Corte cost., ord. 10 novembre 2022, n. 227, in *Proc. pen. giust. (web)*, 10 novembre 2022.

¹⁴ Il legislatore ha sostanzialmente suddiviso in questi due commi i reati di c.d. “fascia A” (di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, l. n. 354/1975), come osserva A. Diddi, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 455.

¹⁵ A commento dell'art. 4-*bis*, come modificato, v. E. Farinelli, sub *Art. 4-bis* o.p., in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, VI ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, t. IV, p. 1101 ss.

¹⁶ A. Pugiotto, *Così la destra ha salvato l'ergastolo (e la Consulta)*, in *Il Riformista*, 8 novembre 2022.

¹⁷ F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve*, cit., p. 30.

¹⁸ Tale previsione riprende quanto stabilito dall'art. 176, comma 4, c.p. in materia di liberazione condizionale. Sfugge la *ratio* dell'estensione di tale condizione preclusiva anche alle altre, più blande, misure di mitigazione e flessibilizzazione della pena in sede esecutiva (permesso premio, lavoro all'esterno, misure alternative), come osserva L. Siracusa, *Il decreto-legge n. 162/2022 e la riforma del regime ostativo di cui all'art. 4 bis ord. penit.*, in *disCrimen*, 16 dicembre 2022, p. 5.

¹⁹ Non è chiaro se si tratti di una condizione ostativa in assenza della quale il beneficio non può essere concesso o di un mero indizio che l'autorità giudiziaria è tenuta a prendere in considerazione, ai fini della prognosi di non pericolosità: si ritiene di prediligere quest'ultima interpretazione, in ragione della pregnante consensualità che caratterizza il paradigma riparativo. Reputa che la mancanza di tali “iniziative” non rivesta carattere preclusivo, anche alla luce del principio fissato dall'art. 58, comma 2, d.lgs. n. 150/2022, L. Eusebi, *Una ostatività finalmente relativa?*, cit., p. 1008.

L'ipotesi di cui all'art. 4-bis, comma 1-bis.1, relativo a delitti in materia di schiavitù, tratta di persone, prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale di gruppo, sequestro di persona a scopo di estorsione – dunque reati estranei a contesti di criminalità organizzata – riproduce le medesime condizioni del comma precedente, distinguendosi in riferimento all'ultima: in questo caso, gli elementi specifici da allegare devono essere idonei a consentire di escludere «l'attualità di collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, con il contesto nel quale il reato è stato commesso», ma non anche il «pericolo di ripristino» di tali collegamenti.

Le nuove e ulteriori condizioni di accesso così introdotte si applicano sempre uguali a sé stesse, senza distinzione alcuna rispetto al beneficio specificatamente richiesto e senza alcun criterio di gradualità o progressività che le moduli via via che si attingono gli obiettivi di recupero²⁰. Anche il *thema probandum* viene allargato all'assenza del pericolo di futuri collegamenti, non solo diretti tra detenuto e organizzazione criminale, ma anche indiretti o tramite terzi, sicché l'«ampiezza e la complessità dell'onere di allegazione» comportano un vistoso «aggravamento dell'onere probatorio gravante sul detenuto non collaborante»²¹.

4. Un punto cruciale è legato all'interpretazione del secondo comma dell'art. 4-bis o.p., in base al quale, rispetto alla possibilità che «dall'istruttoria svolta emerg[a]no indizi dell'attuale sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica ed eversiva o con il contesto nel quale il reato è stato commesso, ovvero del pericolo di ripristino di tali collegamenti», è «onere del condannato [di] fornire, entro un congruo termine, idonei elementi di prova contraria».

Si tratterebbe «di fornire la prova negativa di un fatto che si presume esistente (cioè il fatto che i collegamenti con il sodalizio siano ancora attuali), nel primo caso; la prova negativa di un fatto naturalisticamente inesistente (il pericolo), nel secondo»²²: pertanto, la prova negativa richiesta al detenuto in ordine alle due situazioni parrebbe tradursi in una

²⁰ Su questi profili cfr. A. Ricci, *Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giur. pen. (web)*, 1, 2023, p. 11.

²¹ P. Corvi, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 719.

²² M. Merlino, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, cit., p. 13.

«*probatio diabolica*»²³ e, di conseguenza, il nomoteta sarebbe passato dalla presunzione assoluta di pericolosità sociale «alla prova impossibile di non pericolosità»²⁴.

Ove così fosse, saremmo di fronte al più classico “*much ado about nothing*”. Un nulla di fatto che, in fondo in fondo, non corrisponde neppure alla volontà del legislatore, il cui intervento ha avuto certamente tra le sue pieghe quello di evitare la pronuncia di incostituzionalità, ma è pur sempre un passo mosso nella “direzione” indicata dai Giudici costituzionali.

Collocandosi in questa logica, occorre imprimere alla normativa il giusto “verso” e sfruttare gli sparuti spazi interpretativi lasciati aperti, onde sprigionarne il potenziale utile a collocare al centro il percorso rieducativo compiuto dal condannato, anche in assenza di collaborazione, senza che incertezze sui presupposti di accesso ai benefici ed equivoci in ordine agli oneri istruttori per ottenerli fungano da comodo “alibi” per non valutarlo²⁵.

È noto che le modifiche *in parte qua* abbiano contenuti poco originali: il legislatore non ha fatto altro che “ricopiare” le due condizioni negative già enunciate dalla sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale e riproporne pressoché immutati i profili attinenti alla ripartizione degli oneri istruttori rispetto a ciascuna di esse. La fonte d’ispirazione delle modifiche legislative potrebbe indurre a ritenerle, di per sé solo, in sintonia con i principi costituzionali.

Ma occorre ricordare i solidi argomenti adoperati per evitare che quella pronuncia della Corte costituzionale «si avvilupp[asse] in una lettura a sua volta incostituzionale» e che appaiono estensibili anche all’attuale norma positiva, se non la si voglia reputare in contrasto con i due «pilastri» costituzionali «della centralità del giudizio del magistrato di sorveglianza e degli effetti del trascorrere del tempo sulla personalità del detenuto»²⁶.

Si era notato come la trama argomentativa della citata decisione della Consulta fosse orientata da alcuni arresti di legittimità equivocamente richiamati, dal momento che in tali pronunce si era sì affermato che sul condannato “ostativo” che richieda la concessione di un beneficio penitenziario o di una misura alternativa gravano una serie di oneri di allegazione,

²³ P. Corvi, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 719, secondo cui la «prova negativa richiesta non solo in ordine alla situazione esistente – l’attualità di collegamenti con l’organizzazione criminale di appartenenza – ma anche relativamente al pericolo del verificarsi di eventi futuri – il ripristino di tali collegamenti –, si traduce in una *probatio diabolica*, accentuata dai contorni sfumati dei limiti normativi posti al tema di prova». Per l’Associazione italiana dei Professori di diritto penale e l’Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale “G.D. Pisapia”, in base a quanto si ricava dai rispettivi comunicati (consultabili in *Sist. pen.*, rispettivamente 5 novembre e 28 novembre 2022), la previsione di una disciplina estremamente restrittiva in ordine alle condizioni per essere ammessi ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale, sebbene la formulazione dell’art. 4-bis, comma 1-bis si esprima in termini di “allegazione”, si traduce in una *probatio diabolica*. Quanto ad attualità di collegamenti e pericolo di loro ripristino, il nuovo testo - secondo E. Dolcini, *L’ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, cit., p. 6 - richiede solo oneri di allegazione e non si spinge fino a prevedere un’inversione dell’onere della prova. Analogamente, L. Siracusa, *Il decreto-legge n. 162/2022 e la riforma del regime ostativo di cui all’art. 4 bis ord. penit.*, cit., p. 4.

²⁴ V. Quintiliani, *Prime osservazioni alla Legge n. 199 del 30/12/2022 di conversione del d.l. 162/2022 recante «Modifiche all’art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 in materia di revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2023, p. 29. Analogamente, R. De Vito, *Finisce davvero*, cit.

²⁵ L. Eusebi, *Una ostatività finalmente relativa?*, cit., p. 1012.

²⁶ M. Pelissero, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., p. 15.

ma sempre riferendone l'assunto alle circostanze dalle quali sono desumibili la "impossibilità" o la "irrelevanza" della collaborazione, ovvero a fatti del passato, spesso già ricostruiti in atti giudiziari o da sentenze, considerando «invece tutta del giudice l'indagine sui collegamenti attuali con la criminalità», così come è di sua pertinenza quella sul pericolo di futuri collegamenti con la criminalità organizzata²⁷. Mai in quella giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione si è invece affermata l'esistenza di un onere probatorio (seppur di segno contrario), che per giunta sarebbe eccentrico rispetto ai tratti tipici della giurisdizione di sorveglianza²⁸, il cui «metodo istruttorio» è «di tipo cooperativo [...], nel quale il giudice può *supplere de facto*, mentre al condannato si addossano, al più, oneri di allegazione, di prospettazione, mai di prova, o di controprova»²⁹.

Del resto, tale peculiare assetto istruttorio discende dalle particolarità del giudizio di sorveglianza, «in cui il condannato è una parte fatalmente lontana dalle fonti di prova» e «depotenziata dallo stato detentivo», sicché «il ruolo attivo del giudice vale a riequilibrare la debolezza dipendente della condizione di soggezione della persona all'amministrazione penitenziaria»³⁰.

Ecco allora che l'«inversione dell'onere della prova non può dunque andare al di là di un mero onere di allegazione»³¹, per soddisfare il quale è sufficiente la prospettazione di elementi fattuali che, anche solo in chiave logica, siano idonei a contrastare la presunzione relativa di perdurante pericolosità prevista dalla legge³².

Né sembra che la l. n. 199/2022 abbia introdotto una "deroga" ai tratti tipici della giurisdizione di sorveglianza, come indirettamente confermato dalle regole che disciplinano l'itinerario istruttorio da compiere e l'onere motivazionale imposto al giudice, entrambi anzi "rafforzati".

5. Vi è un imponente arsenale di informazioni e pareri da acquisire nonché di accertamenti da disporre da parte del giudice di sorveglianza, tenuto a dare impulso

²⁷ P. Bronzo, *Note minime sulla ripartizione dei compiti istruttori nel procedimento di sorveglianza*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale* (Atti del Seminario, Ferrara, 25 settembre 2020), in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 4, 2020, p. 59 ss. Secondo l'A., richiamandosi alla inesistenza del pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata, la Corte costituzionale non avrebbe prescritto «nulla di nuovo», ma avrebbe soltanto conferito «veste di norma positiva ad una valutazione che è comunque sempre effettuata dal giudice di sorveglianza, e che attiene al controllo sulla perdurante pericolosità di qualsiasi detenuto ammesso al beneficio o alla misura alternativa». Secondo A. Pugiotto, *Due decisioni radicali*, cit., p. 514, «qui la sent. n. 253 rivela una portata esclusivamente "nomopoietica", che non potrà giovare degli effetti *erga omnes* ed *ex tunc* propri di un accoglimento manipolativo: l'onere probatorio tratteggiato, infatti, è ultroneo rispetto al *thema decidendum* introdotto dai giudici *a quibus*, né risulta incapsulato nel dispositivo della sentenza»

²⁸ F. Fiorentin, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1025.

²⁹ P. Bronzo, *Note minime sulla ripartizione dei compiti istruttori nel procedimento di sorveglianza*, cit., p. 60.

³⁰ P. Bronzo, *ivi*, p. 60.

³¹ M. Pelissero, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., p. 15.

³² Cass. pen., sez. I, 10 settembre 2021, n. 33743, in *CED Cass.*, n. 281764.

all'attività istruttoria³³, eppure non “paralizzato” nella decisione in caso di mancato riscontro delle autorità preposte³⁴.

Da ciò può desumersi che, se l'effettiva presenza in atti degli esiti di tale articolata attività istruttoria è meramente eventuale, l'onere di prova non può farsi dipendere da circostanze contingenti, quali l'altrui inerzia/solerzia o la rilevanza dell'apporto (che deve avere consistenza “indiziaria”).

La prassi dimostra come non sempre i contenuti conoscitivi apportati dalle autorità preposte siano puntuali o semplicemente aggiornati, e come ciò renda impossibile qualsiasi controprova.

Conclusivamente, non può ritenersi che la norma, nel richiedere idonei elementi di prova contraria, imponga al condannato una confutazione delle notizie trasmesse al giudice di sorveglianza, in difetto della quale si determina l'inammissibilità della domanda³⁵ o il suo sicuro rigetto per mancato assolvimento di un onere probatorio, in quanto questo non può essere ascritto al condannato.

Piuttosto, la previsione deve essere intesa come funzionale a metterlo nella condizione «di prendere contezza dei contenuti delle informative pervenute ed approntare repliche»³⁶ entro un tempo ragionevole, nonché ad assicurare che il vaglio del giudice — sempre necessario, tanto che questi «in ogni caso», e dunque indipendentemente anche da apporti difensivi, «decide sull'istanza di concessione dei benefici» (art. 4-*bis*, comma 2, penultimo periodo) — avvenga sulla base di flussi conoscitivi quanto più possibile affidabili.

In dettaglio, quanto alle informazioni, si conserva l'art. 4-*bis*, comma 2, o.p., in tema di informazioni da acquisirsi per il tramite del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica del luogo di detenzione del condannato. Ulteriori informazioni dovranno essere acquisite attraverso la direzione dell'istituto in cui si trova l'istante; inoltre, si prevede l'acquisizione, anche al fine di verificare la fondatezza degli elementi offerti dall'istante, di dettagliate informazioni in merito al perdurare dell'operatività del sodalizio criminale di appartenenza o del contesto criminale nel quale il reato è stato consumato, al profilo criminale del detenuto o dell'internato e alla sua posizione all'interno dell'associazione, alle eventuali nuove imputazioni o misure cautelari o di prevenzione sopravvenute a suo carico e, ove significative, alle infrazioni disciplinari commesse durante la detenzione.

³³ Secondo P. Corvi, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 723, i «pareri, le informazioni e gli accertamenti devono essere obbligatoriamente richiesti o disposti dal magistrato dal tribunale di sorveglianza, ma non paiono obbligatori». Anche secondo A. Ricci, *Osservazioni a prima lettura agli artt.1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giur. pen. (web)*, 11, 2022, p. 35, il legislatore ha «inteso imporre uno specifico obbligo acquisitivo».

³⁴ Infatti, dall'invio della richiesta dei “pareri” e delle “informazioni” sono previsti sessanta giorni (prorogabili, una sola volta, per ulteriori trenta in caso di accertamento particolarmente complesso) per l'ottenimento delle risposte; una volta decorso tale termine, il giudice può decidere anche in assenza dei pareri e delle informazioni.

³⁵ La costruzione di una fattispecie di inammissibilità di una domanda richiede la individuazione di un modello legale della medesima, applicabile in via generale, e non può essere rimessa alla discrezionalità del singolo soggetto giudicante: così si legge in Cass. pen., sez. I, 10 settembre 2021, n. 33743, cit.

³⁶ F. Gianfilippi, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis*, cit.

Accanto alle informazioni, il nuovo testo prevede l'acquisizione di pareri che devono essere rilasciati da parte delle procure: in particolare, dal pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado o, quando si tratti di condannati per reati di cui all'articolo 51, comma 3-*bis* e comma 3-*quater* c.p.p., dal procuratore distrettuale (pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado) e dal procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo. Non solo l'«ampio ricorso ai pareri della magistratura inquirente» appare «in grado di influire *ab externo* sulle scelte del giudice di sorveglianza», ma risulta assai poco ragionevole³⁷ la previsione di farne richiesta «ad un organo investigatore intervenuto in tempi assai lontani da quelli in cui si tratta di valutare i presupposti per il superamento dell'ostatività e mediante una prospettiva del tutto divergente dalle esigenze di rieducazione del condannato»³⁸.

Sono poi previsti accertamenti sulle condizioni economiche, sulle attività economiche, sul tenore di vita del condannato e del suo nucleo familiare, nonché su eventuali misure di prevenzione personali o patrimoniali disposte nei loro confronti.

Come già rilevato innanzi, questo protocollo processuale, delineato dall'art. 4-*bis*, comma 2, o.p., va monoliticamente seguito senza alcuna distinzione in ragione del tipo di misura o beneficio richiesto: le critiche sollevate sul punto in dottrina³⁹ hanno portato il legislatore, in sede di conversione, a prevedere due sole marginali eccezioni⁴⁰.

La «ridondanza dell'iter procedimentale» è il preludio della «solennità del protocollo decisionale»⁴¹ che deve essere seguito dal giudice, dovendo egli indicare nel provvedimento «specificamente le ragioni dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza medesima, tenuto conto dei pareri acquisiti», ma non necessariamente delle informazioni: autonomia e discrezionalità decisionale del giudicante risultano pericolosamente ridimensionate, perché la prospettiva perseguita dalla norma sembra volta ad assicurare agli organi inquirenti l'esercizio di una concreta influenza sulle decisioni in materia⁴².

³⁷ Specialmente se, ad esempio, la sentenza di primo grado sia di proscioglimento, come giustamente puntualizzato da F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve*, cit., p. 49.

³⁸ Cfr. il Comunicato dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia", cit., p. 2.

³⁹ Cfr. M. Passione, *A proposito del d.l. 162/2022: rilievi costituzionali e proposte di modifica, con particolare riferimento alla disciplina in materia di 4-bis o.p.*, in *Sist. pen.* 28 novembre 2022.

⁴⁰ Si tratta dell'ipotesi di mera modifica del provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno, sempre che non siano decorsi più di tre mesi dalla data in cui il provvedimento è divenuto esecutivo; nonché dell'ipotesi in cui è richiesta la concessione di un permesso premio da parte di un condannato o internato che ne abbia già fruito in passato, qualora dal «primo» provvedimento concessorio non siano trascorsi più di tre mesi. Non sembra potersi fare a meno della più gravosa istruttoria «ogniquale volta tra un permesso premio e quello successivo sia trascorso uno spazio di tempo inferiore ai tre mesi», come rileva F. Fiorentin, *Entra in vigore*, cit., p. 94.

⁴¹ F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve*, cit., p. 52, spiega come ciò sia la conseguenza di «un impianto normativo complessivo, attraverso il quale si è prioritariamente inteso proclamare la solida tenuta del modello preclusivo e arginare la paventata deriva lassistica e concessoria che avrebbe potuto provocare una sua più penetrante erosione».

⁴² Osserva L. Eusebi, *Una ostatività finalmente relativa?*, cit., p. 1011, quanto sarebbe «assai pericolosa una delegittimazione implicita, anche agli occhi del crimine organizzato, della magistratura deputata alle decisioni sull'esecuzione penale, tale da lasciar emergere una sorta di sfiducia del legislatore nei confronti della medesima», che «finirebbe per implicare, tra l'altro, uno spostamento del baricentro relativo alle decisioni

6. Al giudice di sorveglianza⁴³ sono indicati altri binari motivazionali di cui dovrà tenere conto nel valutare il superamento da parte del condannato della pericolosità, «diversi e ulteriori» rispetto a quelli – reputati di per sé soli insufficienti – emergenti dal percorso intramurario (regolare condotta carceraria, partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza), che viene di conseguenza sminuito⁴⁴.

Il giudice dovrà valutare il quadro probatorio tenendo conto anche delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica⁴⁵ della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile, e ciò sempre indipendentemente se si tratti di benefici richiesti per i reati di “prima fascia” o per quelli non inquadrabili nella criminalità organizzata.

A proposito, va evidenziato come “a regime”⁴⁶, la nuova disciplina equipara il trattamento del “non collaborante per scelta” al “non collaborante suo malgrado”.

Nella versione previgente dell'art. 4-*bis* o.p., la collaborazione oggettivamente irrilevante (tale essendo quella non in grado di incidere sulle conseguenze ulteriori dell'attività criminale, sull'accertamento dei fatti di reato o sull'individuazione dei loro

sulla libertà personale, inaccettabile ex art. 13 Cost., dall'autorità giudiziaria al potere esecutivo o agli organi inquirenti».

⁴³ Da individuarsi nel magistrato di sorveglianza – con riguardo alla approvazione dell'assegnazione al lavoro esterno, alla concessione del permesso premio e della liberazione anticipata – o nel tribunale di sorveglianza per le rimanenti misure alternative alla detenzione: il primo deciderà *de plano*, mentre il secondo all'esito del procedimento di sorveglianza. L'ambito di competenza di magistrato e tribunale di sorveglianza è dunque rimasto inalterato, mentre durante i lavori si era prospettata la possibilità di accentramento presso il tribunale di sorveglianza di Roma. In difesa della competenza diffusa dei giudici di sorveglianza, già in precedenza, cfr. le considerazioni di A. Pugiotto, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., p. 512.

A livello procedurale, non vi sono variazioni rispetto alla disciplina contenuta negli artt. 678 e 666 c.p.p.; l'unica differenza possibile attiene alle udienze che abbiano ad oggetto la concessione dei benefici penitenziari ai condannati per i reati di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., in cui le funzioni di pubblico ministero possono essere svolte da chi le esercita presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado. Secondo F. Gianfilippi, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis*, cit., tale previsione ha «il pregio di offrire al Tribunale di sorveglianza la possibilità di attingere un parere particolarmente e direttamente informato circa i fatti che hanno condotto alla condanna».

⁴⁴ F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve*, cit., p. 46.

⁴⁵ Osserva V. Quintiliani, *Prime osservazioni alla Legge n. 199 del 30/12/2022 di conversione del d.l. 162/2022*, cit., p. 29, che «la “revisione critica” della condotta criminosa» prevista dai commi 1-*bis* e 1-*bis*.1, «sembra riguardare l'integrale compimento e non una sua graduazione, ponendosi in antitesi» al principio di progressività del percorso di revisione sostenuto dalla Corte costituzionale. Secondo M. Merlino, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, cit., p. 13, «il richiamo alla revisione critica» è un «concetto piuttosto fumoso, in quanto relativo al foro interno del condannato».

⁴⁶ L'art. 3, comma 2, d.l. n. 162/2022 contiene la disciplina transitoria con riguardo alla collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante, mantenendo temporaneamente in vita la categoria dei detenuti per reati ostativi di prima fascia “non collaboranti loro malgrado” laddove commessi prima della data dell'entrata in vigore della riforma. Per approfondimenti sulla disciplina transitoria del d.l. n. 162 del 2022 e della legge di conversione, si rinvia a P. Corvi, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 726 ss. Qui è sufficiente rilevare, in generale, che molte delle modifiche introdotte da tale normativa «mostreranno il proprio volto arcigno solo fra diversi anni, grazie al protocollo transitorio che le accompagna»: in questi termini, F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve*, cit., p. 58.

autori) e la collaborazione impossibile (a causa della limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna) o inesigibile (a causa dell'integrale accertamento del fatto e delle responsabilità operate con sentenza irrevocabile), erano equiparate all'utile collaborazione: il condannato "silente suo malgrado" poteva accedere ai benefici penitenziari, sempre che fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata terroristica o eversiva⁴⁷.

L'abrogazione del meccanismo della collaborazione irrilevante, impossibile e inesigibile desta più di qualche sorpresa alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁸, in base alla quale la scelta del silenzio impone meccanismi probatori più sofisticati, e dalla stessa Corte costituzionale nella più recente pronuncia del 25 gennaio 2022, n. 20⁴⁹, che ha salvaguardato la «differenza di sostanza criminologica e penologica»⁵⁰ tra le due categorie di detenuti.

L'effetto che consegue alla cancellazione della collaborazione oggettivamente irrilevante o impossibile è l'estensione della più rigorosa disciplina dettata per i primi ai secondi, prevedendosi un trattamento identico per regolare situazioni differenti, in violazione del principio di uguaglianza⁵¹.

Una volta che la scelta di collaborare non costituisce più la prova indispensabile per accertare il sicuro ravvedimento e, quindi, per poter concedere liberazione condizionale⁵², lo «scandaglio dell'atteggiamento soggettivo troverà spazio soltanto nella valutazione delle ragioni della mancata collaborazione»⁵³, che il soggetto istante potrà «eventualmente» – ma mai obbligatoriamente – fare emergere⁵⁴.

⁴⁷ Sebbene in tal caso fossero maggiori le quote di pena espiata, richieste dalla legge per l'accesso ai benefici.

⁴⁸ Cass. pen., sez. I, 12 febbraio 2020, n. 5553, in *CED Cass.*, n. 279783.

⁴⁹ Corte cost., sent. 25 gennaio 2022, n. 20, in *Sist. pen.*, 10 febbraio 2022, con nota di L. Ciafardini, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte Costituzionale*. Sulla decisione cfr. altresì A. Pugiotto, *C'è silenzio e silenzio. La "non collaborazione" nel regime ostativo in trasformazione*, in *Giur. cost.*, 2022, p. 282 ss.; M. Ruaro, *La "sopravvivenza" della collaborazione impossibile nel quadro dei sistemi di superamento dell'ostatività: una statuizione valida anche pro-futuro*, p. 293 ss.

⁵⁰ R. De Vito, *Finisce davvero*, cit.

⁵¹ P. Corvi, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 721.

⁵² G. Giostra, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale (Atti del Seminario, Ferrara, 25 settembre 2020)*, cit., p. 40.

⁵³ R. De Vito, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, cit. L'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale aveva espressamente indicato fra le legittime possibilità di scelta del legislatore quella di annoverare, tra le condizioni cui legare l'apertura dei benefici, l'emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione. A riguardo, H.J. Woodcock, *Qualche considerazione sulla recente pronuncia della Corte costituzionale in materia di "ergastolo ostativo"*, in *Questione Giustizia*, 26 maggio 2021, aveva segnalato come tale riferimento fosse insidioso perché suscettibile di comportare il «concretissimo rischio che, in sede legislativa, si faccia rientrare dalla finestra ciò che si è provato a fare uscire dalla porta», aggiungendo che «potrebbe risultare ribadito il discutibile rapporto di scambio tra la concessione di benefici e la "scelta" di delazione imposta al detenuto ergastolano».

⁵⁴ Per F. Gianfilippi, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis*, cit., la previsione attua «un contemperamento significativo, poiché è evidente come i timori di subire ritorsioni, indicati dalla CEDU e dalla Consulta, come alcune delle possibili ragioni di una mancata collaborazione, spesso non possono essere detti, senza con ciò far scoprire ciò che si voleva, per paura, tenere nascosto». M. Merlino, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*,

7. A livello sistematico la nuova disciplina presenta altri punti critici.

Uno degli aspetti più deludenti riguarda la ulteriore trasfigurazione del catalogo dei reati di cui all'art. 4-*bis* o.p., che ha subito ben quattordici modifiche dalla sua introduzione, le quali hanno via via allontanato l'elencazione dai tratti identitari della norma⁵⁵.

La strada di una radicale revisione del catalogo dei reati ostativi, volta a restringere l'ambito operativo del regime più rigoroso ai soli delitti più gravi di criminalità organizzata, viene appena imboccata – sono stati espunti dal novero dei reati ostativi i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione –, ma immediatamente abbandonata: il legislatore, quasi in preda a una irresistibile pulsione espansiva, ha esteso il regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* o.p. ai reati comuni, teleologicamente “connessi” a quelli di “prima fascia”.

Il meccanismo preclusivo delineato dal primo periodo del primo comma dell'art. 4-*bis* o.p. viene ad applicarsi all'«esecuzione di pene inflitte anche per i delitti diversi da quelli ivi indicati, in relazione ai quali il giudice della cognizione o dell'esecuzione ha accertato che siano 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» (art. 1, comma 1, lett. a), n. 1, d.l. n. 162 del 2022).

La nuova forma di ostatività di tipo indiretto o per connessione, che viene così introdotta, può riguardare qualunque tipo di delitto⁵⁶, creandosi una categoria “aperta” di reati ostativi —individuati *ex post*, a seconda del caso concreto, dal giudice della cognizione, dal giudice dell'esecuzione o anche dal giudice di sorveglianza⁵⁷ — e configurandosi «una sorta status di “detenuto pericoloso”», con buona pace del principio di scindibilità del cumulo materiale e giuridico delle pene⁵⁸.

Aggiungasi che, per il condannato per “reati ostativi connessi”, gli oneri di allegazione previsti dalla nuova normativa risulteranno ancora più gravosi, in quanto questi potrebbe essere rimasto del tutto estraneo o comunque ai margini dell'associazione criminosa ed essere stato soltanto occasionalmente coinvolto nei fatti di reato⁵⁹.

cit., p. 14 s., ricorda il diverso avviso della magistratura di sorveglianza, secondo la quale sarebbe stato quantomai pertinente e utile imporre l'allegazione e l'esplicitazione delle ragioni che inducono il detenuto a non collaborare.

⁵⁵ La norma è sorta per «evitare l'uscita dal carcere – anche con permessi di poche ore – di condannati verosimilmente ancora pericolosi, nella particolare ragione dei loro persistenti legami con la criminalità organizzata»: così Corte cost., sent. 4 dicembre 2019, n. 253, cit.

⁵⁶ A tal proposito, L. Siracusa, *Il decreto-legge n. 162/2022 e la riforma del regime ostativo di cui all'art. 4 bis ord. penit.*, cit., p. 9, parla di ostatività «onnivora» e «trasmissibile per osmosi».

⁵⁷ Tale giudice - secondo F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve*, cit., p. 42 - «in sede di valutazione circa la concessione dei benefici e delle misure alternative, potrebbe rigettare la relativa istanza per sussistenza del vincolo teleologico, non riconosciuto durante il processo, perché frutto di giudizi separati».

⁵⁸ P. Corvi, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 716.

⁵⁹ R. De Vito, *Finisce davvero*, cit. Analogamente, P. Corvi, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 719; F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve*, cit., p. 51.

8. È stata modificata in senso peggiorativo anche la disciplina della liberazione condizionale del condannato non collaborante (in relazione a tutti i reati dell'art. 4-bis, comma 1, o.p.). In seguito alle modificazioni apportate all'art. 2, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, il condannato all'ergastolo vi potrà accedere – seguendo lo stesso *iter* procedimentale sopra illustrato – solo dopo aver scontato almeno trent'anni (in luogo dei ventisei previsti dall'art. 176 c.p. per gli ergastolani non ostativi) e chiuderà definitivamente i conti con la giustizia dopo altri dieci anni trascorsi in libertà vigilata (il doppio, dunque, del termine previsto in via generale per l'ergastolano per reati comuni).

La scelta di innalzare la soglia di pena minima da espiare per l'accesso alla liberazione condizionale risponde formalmente all'intento di «tracciare una differenziazione, da un punto di vista di pena espiata, tra chi accede alla liberazione condizionale per aver collaborato e chi vi accede attraverso i presupposti alternativi iscritti nel nuovo decreto», ma rivela di fatto tutta la sua «logica puramente repressiva» e la «volontà di sterilizzare gli effetti» scaturenti dalle note pronunce in materia di ergastolo ostativo⁶⁰.

Infatti, con tale differenziazione non solo si accentua il divario rispetto alla disciplina premiale⁶¹, ma se ne stabilisce una inedita rispetto al regime riservato agli ergastolani “comuni”: la disparità di trattamento, svincolata da profili di meritevolezza soggettiva, fa sorgere più di un sospetto sulla sua ragionevolezza e conformità al canone dell'art. 3 Cost.⁶².

Pertanto, la disposizione sembra porsi in contrasto anche con le indicazioni provenienti dalla consolidata giurisprudenza della Corte Edu, la quale ha più volte ribadito come la compatibilità della pena dell'ergastolo con i principi fondamentali della Convenzione dipenda dalla previsione di meccanismi di riduzione della sua durata, cui si dovrebbe accedere entro un termine massimo di venticinque anni di pena espiata⁶³ (sicché i dubbi sulla sua legittimità investono anche il rispetto dell'art. 117 Cost.)⁶⁴.

La liberazione anticipata, così come gli altri benefici e le misure alternative, non è concedibile al condannato o internato sottoposto al regime detentivo speciale di cui

⁶⁰ F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve*, cit., p. 55 s.

⁶¹ Il condannato all'ergastolo che abbia prestato una collaborazione qualificata con la giustizia, può, ai sensi dell'art. 16-*nonies*, d.l. n. 8/1991, beneficiare della liberazione condizionale dopo aver espiato dieci anni di reclusione. La disciplina premiale prevede anche altre differenziazioni, come in tema di permessi premio, ad esempio, per cui l'ergastolano collaborante accede indipendentemente dalla soglia di pena espiata, mentre il non collaborante deve attendere almeno dieci anni.

⁶² F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve*, cit., p. 56 afferma che lo «iato da ultimo creato circa il *quantum* di pena già espiato per accedere alla liberazione condizionale crea uno scarto, al netto della “premiata” contrazione scaturente dalla scelta collaborativa, tra posizioni di fatto equipollenti e genera, quindi, un chiaro *vulnus* al principio di eguaglianza/ragionevolezza».

⁶³ Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, Vinter c. Regno Unito. Successivamente, v. Corte Edu, sez. IV, 12 marzo 2019, Petukhov c. Ucraina, per il cui commento cfr. F. Fiorentin, *La Corte di Strasburgo conferma: la pena perpetua non riducibile è sempre contraria alla Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3056 ss.

⁶⁴ Cass. pen., sez. I, 8 marzo 2023, n. 15197, in *ilQuotidianoGiuridico*, 27 aprile 2023, nel restituire gli atti al tribunale di sorveglianza di L'Aquila relativi al noto caso Pezzino, ha «sospe[so] ogni valutazione circa l'innalzamento della soglia della pena espiata per l'accesso ai benefici perché il ricorrente aveva comunque raggiunto il limite di 30 anni imposto dalla nuova legge», come evidenzia A. Cisterna, *Ergastolo ostativo: la Cassazione sospende il giudizio sulla legittimità costituzionale in attesa del giudice di merito*, ivi.

all'articolo 41-bis, comma 2, o.p. se non «dopo che il provvedimento applicativo di tale regime speciale sia stato revocato o non prorogato»: la previsione è orientata esclusivamente a rassicurare l'opinione pubblica⁶⁵. Giuridicamente, invece, è superflua – in considerazione del fatto che la sottoposizione al regime detentivo speciale presuppone la sussistenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata – e di dubbia legittimità, in quanto si traduce in una preclusione assoluta nei confronti di questa categoria di detenuti⁶⁶.

9. Mimesi del superamento dell'ostatività penitenziaria, si tratta in realtà di un intervento legislativo mirato, nel complesso, a «preservare consolidati assetti di impronta securitaria se non [a] scongiurare deleterie conseguenze sul versante del consenso politico»⁶⁷, ed incapace di resistere alle “sirene” evocatrici di «*ipse dixit* di assassinati illustri»⁶⁸ e di immagini raffiguranti i «crateri sull'autostrada»⁶⁹.

La chiave di lettura del palese irrigidimento della nuova disciplina dell'ostatività risiede nella volontà del legislatore di salvaguardare il contributo dei collaboratori di giustizia: è una finalità legittima, ma perseguita dimenticando che un conto è premiare la collaborazione, altra cosa è punire la mancata collaborazione⁷⁰. Rendendo surrettiziamente per il condannato «che non intenda cacciarsi in un dedalo di allegazioni» più conveniente «percorrere la via della collaborazione con la giustizia», piuttosto che «accollarsi allegazioni “diaboliche” e magari infruttuose, il cui oggetto poco o nulla ha a che fare con la dissociazione dal sodalizio criminale»⁷¹, si preclude – di fatto – l'accesso ai benefici.

La possibilità di percorrere efficacemente la strada alternativa che formalmente si è aperta per il non collaborante resta largamente affidata all'applicazione pratica della nuova disciplina e alla capacità degli operatori⁷² di interpretarla facendo sì che, in luogo della mera collaborazione di giustizia, possa effettivamente assumere centralità il giudizio sul percorso rieducativo compiuto dal recluso; che i benefici penitenziari riacquistino il loro autentico

⁶⁵ E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, cit., p. 8.

⁶⁶ F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve*, cit., p. 54, evidenzia come la regola si ponga in contrasto con gli orientamenti della Consulta, che ha sempre ritenuto che il c.d. “carcere duro” comportasse limitazioni intramurarie, ma non escludesse *ex se* la possibilità di chiedere benefici. Dubbi sono espressi anche da D. Galliani, *Il decreto-legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, cit., par. 7; M. Passione, *A proposito del d.l. 162/2022: rilievi costituzionali e proposte di modifica, con particolare riferimento alla disciplina in materia di 4-bis ord. penit.*, cit.

⁶⁷ F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve*, cit., p. 54.

⁶⁸ L. Ferrarella, *Automatismi, quella sirena che strega i magistrati*, in *Corriere della Sera*, 21 ottobre 2019.

⁶⁹ L. Erroi, *Fine pena mai. Il carcere a vita e i manettari*, in *La Regione*, 26 ottobre 2019.

⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. 4 dicembre 2019, n. 253, cit. In dottrina, L. Eusebi, *Ostativo del “fine pena”. Ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2017, p. 1517, condivisibilmente afferma: «[s]e la collaborazione può essere oggetto di una norma premiale che la incentivi, la mancata collaborazione non può giustificare la perdita di diritti che, altrimenti, sussisterebbero».

⁷¹ S. Metrangolo, *“Lasciate ogni speranza, voi ch'intrate”*: *l'ergastolo ostativo e la sua problematica compatibilità con i principi costituzionali*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2023, p. 45 e p. 49.

⁷² Almeno di «coloro che non dimenticano come l'art. 27, comma 3 Cost. – così come è oggi formulato... – si riferisca a tutte le pene, anche all'ergastolo»: così E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, cit., p. 10.

significato, intimamente connesso al riconoscimento dei progressi compiuti; che il ruolo della magistratura di sorveglianza torni ad essere quello originariamente attribuitole di vagliare quei percorsi.

Questa stessa considerazione sembra essere alla base dell'approccio seguito del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel valutare le modifiche normative con una certa cautela, riservandosi, per una decisione definitiva, di ricevere informazioni sul suo funzionamento concreto ed esempi di ordinanze che hanno concesso i benefici agli ergastolani⁷³.

Solo evitando decisioni pilatesche⁷⁴ ed interpretazioni che consolidino una presunzione "quasi assoluta"⁷⁵, compromettendo *ex ante* il perseguimento delle finalità rieducative e delle connesse opportunità strategiche in chiave generalpreventiva, si potrà dipingere una tela colorata non solo di "Viola", ma anche di "verde", notoriamente il colore della speranza; quella speranza che, a sua volta, è aspetto costitutivo dell'individuo⁷⁶ e il cui mancato riconoscimento è una negazione fondamentale della sua umanità.

⁷³ Cfr. la decisione del 9 marzo 2023 (DH-DD (2023)91, CM Viola), in https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680aa3f11. A riguardo, cfr. D, Aliprandi, *Sull'ergastolo ostativo arriva l'ok del Consiglio d'Europa*, in <https://www.ildubbio.news/>, 12 marzo 2023; M. Castellaneta, *Le modifiche all'ergastolo ostativo superano il vaglio del Comitato dei Ministri, ma riflettori ancora accessi sull'attuazione*, in <http://www.marinacastellaneta.it/blog/>, 27 marzo 2023.

⁷⁴ A. Pugiotto, *Due decisioni*, cit., p. 513.

⁷⁵ Per usare le parole, riferite al testo unificato che ha costituito la base dell'attuale riassetto normativo, di E. Dolcini, *Quale riforma per il 4-bis ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2021, p. 1502.

⁷⁶ A Martufi, *The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 6, 2018, p. 677.

Paolo Ciocia

DIRITTO ALLA SPERANZA E DIGNITA' DELL'UOMO*

| ABSTRACT | |
|---|--|
| Il contributo è incentrato sulla qualificazione del diritto alla speranza, quale esplicazione dinamica della dignità dell'uomo nel quadro costituzionale di valori e garanzie, con specifico riferimento alla condizione del condannato all'ergastolo cd. ostativo alla luce delle recenti vicende giudiziarie, dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2021 e delle modifiche legislative introdotte dalla legge n.199/2022. | The contribution focuses on the qualification of the right to hope, as a dynamic expression of human dignity in the constitutional framework of values and guarantees, with specific reference to the condition of the condemned to life imprisonment cd. obstructive in the light of recent judicial events, the order of the Constitutional Court n. 97/2021 and the legislative changes introduced by Law n.199/2022. |

| PAROLE CHIAVE | |
|---|--|
| Pena perpetua – speranza – dignità – rieducazione | Perpetual punishment – hope – dignity – rehabilitation |

SOMMARIO: 1. Premessa. Il richiamo alla vicenda processuale penale e l'eccezione di incostituzionalità per negazione del diritto alla speranza. – 2. Diritto alla speranza esplicazione dinamica della dignità dell'uomo nel quadro costituzionale. – 2.1. Dignità, responsabilità e solidarietà. – 3. La dignità nella Costituzione quale radice dei diritti fondamentali “che informa di sé il diritto positivo vigente”. – 3.1 Dignità della persona ed obbligo di rimozione degli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana. Una applicazione in tema di ergastolo ostativo. - 4. La funzione rieducativa della pena. - 5. Considerazioni conclusive.

1. La presente riflessione è incentrata su un profilo di natura costituzionale che costituisce sfondo ed approdo di una complessa vicenda processuale qui di seguito richiamata: la consistenza e la tutela di un “diritto alla speranza” legato indefettibilmente alla pienezza della dimensione umana; diritto che la Cassazione e la Consulta ritengono non possa essere negato a priori, specie se sulla base di automatismi logico-deduttivi a nessuno,

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

neppure a chi si sia macchiato di crimini orribili e sia stato condannato al cd ergastolo ostativo¹.

La Corte di cassazione, I sez., con ordinanza n. 1003 del 2020, rilevava la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 della Costituzione, degli artt. 4 bis comma 2 e 58 ter della legge n. 354 del 1975 e dell'art.2 d.l. n. 151 del 1991 convertito con modificazioni nella legge n. 203 del 1991, nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo per alcuni gravissimi delitti, il quale non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale.

Nell'ordinanza di rimessione, la Corte richiamava il più recente orientamento della Corte costituzionale che aveva superato la preclusione alla concessione dei permessi premio per difetto di collaborazione con la giustizia² e già in precedenti occasioni aveva definito l'inibizione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, per i condannati per taluni gravi reati, una «rilevante compressione della finalità rieducativa della pena» prevista dall'art. 27 Cost. in dissonanza dai principi di proporzione ed individualizzazione della pena, e segnalato una «preoccupante direttrice di configurazione normativa di “tipi di autori” per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita»³.

La Cassazione ricorda che la questione centrale era già stata affrontata in termini estremamente puntuali, nella nota sentenza Viola c. Italia della Corte Edu, la quale aveva ritenuto la presunzione assoluta di pericolosità insita nella mancanza di collaborazione un ostacolo alla possibilità del riscatto del condannato all'ergastolo⁴.

La Cassazione eccepisce, infine, che l'esistenza di preclusioni assolute all'accesso alla liberazione condizionale si risolve in un trattamento inumano e degradante soprattutto dove si evidenzino progressi del condannato verso la risocializzazione, «poiché in tal modo il detenuto viene privato del diritto alla speranza».

Investita della questione, la Consulta, con ordinanza n. 97/2021, pur evidenziando le ragioni che rendevano le disposizioni penitenziarie ostative incompatibili con i principi

¹ Una dettagliata ricostruzione della vicenda processuale che, a tutt'oggi, non può dirsi esaurita, è in F. Perchinunno, *La tenuta costituzionale dell'ergastolo ostativo*, in questo stesso volume.

² Cfr. Corte cost., sent. 4 dicembre 2019, n. 253, in *Proc. pen. giust.*, 3, 2020 p. 626 ss., con nota di C. Fiorio, *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però...*, ivi, p. 649 ss. Sulla pronuncia, e più in generale in ordine alla nuova sensibilità della Corte in tema di presunzioni assolute ed automatismi che limitino i diritti fondamentali della persona e possano violare il principio di eguaglianza se arbitrari ed irrazionali, si veda F. Perchinunno, *La libertà personale in trasformazione*, Collana del Dipartimento Jonico, Università degli Studi di Bari, Cacucci, 2020, spec. p. 47 e p. 87 e ss.; D. Galliani, R. Magi, *Regime ostativo e permesso premio. La Consulta decide, ora tocca ai giudici*, in *Giustizia Insieme*, 29 gennaio 2020; M. Pelissero, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Leg. pen. (web)*, 30 marzo 2020, p. 1 ss.; A. Pugiotto, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2020, p. 160 ss. A. Santangelo, *Nuovi profili di illegittimità del regime ostativo: la speranza di un permesso o il permesso di sperare?* in *Cass. pen.*, 2020, p. 2777 ss.

³ Corte cost., sent. n. 306 del 1993.

⁴ Corte EDU, sez. I., 13 giugno 2029, Viola c. Italia. Per l'analisi dei contenuti e delle prospettive aperte da tale sentenza. F. Fiorentin, *Il caso Viola n. 2. L'ergastolo ostativo e la tutela della dignità umana*, in E. Dolcini, F. Fiorentin, D. Galliani, R. Magi, A. Pugiotto, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e art. 41-bis*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 71 ss.; E. Sylos Labini, *Il cielo si tinge di Viola: verso il superamento dell'ergastolo ostativo?* in *Arch. pen. (web)*, 3, 2019, p. 1 ss.

costituzionali, riteneva di non provvedere ad una declaratoria di incostituzionalità, ma di assegnare al Parlamento un congruo tempo per una revisione organica della materia, nel rispetto delle prerogative del legislatore⁵.

Il Parlamento provvedeva con legge n. 199/2022 modificando l'articolo 4-bis nel senso di mitigare da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità ostativa alla concessione dei benefici e delle misure alternative in favore dei detenuti non collaboranti⁶. Un intervento legislativo che non ha sopito, anzi alimentato, le severe critiche della più autorevole dottrina, la quale ritiene che le stringenti limitazioni introdotte riconducano, sebbene sotto altra formula, alla situazione precedentemente censurata⁷.

2. Nell'ordinanza di rimessione la Cassazione rileva che «se al condannato si impedisce di coltivare la speranza di un riscatto dall'esperienza criminale che lo ha consegnato alla pena perpetua», si nega un aspetto fondamentale della sua umanità e si viola il principio della dignità umana e si sottopone il condannato ad un trattamento degradante, in contrasto con le norme di cui agli art.3 e 27 della Costituzione.

La speranza, secondo la Suprema Corte, inerisce strettamente alla persona umana e «anche gli individui responsabili di crimini più odiosi conservano la loro umanità e quindi la possibilità di cambiare e di reinserirsi nella società aderendo al sistema di valori condivisi».

L'espressione “diritto alla speranza”, per poter essere correttamente intesa anche al di là del dato letterale, va tuttavia collocata ed intesa nel più ampio contesto che attiene alla dignità della persona e dei diritti inviolabili dell'uomo nell'ordito costituzionale italiano e nei valori a fondamento della dichiarazione europea dei diritti dell'uomo.

⁵ La sentenza utilizza la tecnica della “doppia pronuncia”, già sperimentata in altre occasioni in cui si è inteso favorire il dialogo e la collaborazione interistituzionale con il Parlamento; sul punto specifico, A. Morrone, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n.97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Consulta on line*, 2021, fasc. II; F. Perchinunno, *Prime riflessioni sull'ordinanza n.97/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights n.1, 22/09/2021, p. 197 ss.

⁶ Nel seguito della vicenda, la Corte costituzionale, preso atto della novella intervenuta, con ordinanza n. 227/2022, restituiva gli atti alla Corte di cassazione. Questa, rilevato che solo l'esame in concreto delle nuove condizioni legittimanti l'accesso ai benefici penitenziari introdotte dalla novella, potesse consentirle di apprezzare il superamento dei dubbi di costituzionalità già formulati, rimetteva al Tribunale in sede di rinvio di procedere al concreto esame della nuova disciplina per stabilire se le disposizioni limitatrici imposte fossero parimenti ostative in modo assoluto all'accesso ai benefici penitenziari rispetto alla pretesa fatta valere dal ricorrente e quindi valutare, per tale via, la persistente rilevanza della questione incentrata sulla contrarietà ai principi di cui agli articoli 3, 27 e 117 Cost., ossia se (anche) le nuove norme finissero per impedire al condannato all'ergastolo cd. ostativo l'accesso alla liberazione condizionale in violazione del principio di ragionevolezza, della finalità rieducativa e risocializzante della pena e degli obblighi convenzionali assunti dallo Stato quanto al trattamento dei condannati alla cd. pena perpetua.

⁷ Molto critico L. Pulito, *Ergastolo ostativo e ultimi sviluppi normativi: il d.l. n. 162/2022 e la legge di conversione n. 199/2022*, in questo volume, il quale osserva che il d.l. n. 162 del 2022, poi convertito in l. n. 199/23 avrebbe «inteso sostituire l'ergastolo ostativo con una corsa a ostacoli difficilmente percorribile sino al traguardo», tanto da meritare l'appellativo di «ergastolo “diversamente ostativo”»; l'adeguamento al monito della Corte costituzionale sarebbe soltanto formale, mentre «nella sostanza» l'intervento normativo mira «a neutralizzarlo» per “salvare l'ergastolo ostativo”.

Nella Costituzione italiana non si ritrova esplicito riferimento ad un diritto alla speranza, così come nella Dichiarazione europea dei diritti dell'Uomo o nella dichiarazione Universale dei diritti, tuttavia la sua consistenza, nella dimensione del quadro costituzionale di impronta personalistica, è chiaramente rintracciabile in quanto consustanziale alla stessa definizione del principio personalistico, ove la persona è al centro del quadro di valori su cui è edificato l'ordinamento costituzionale italiano.

La persona è vita e la speranza è alimento della vita, è la stessa vita umana che lo Stato riconosce, tutela e garantisce, preservandone e promuovendone la dignità in ogni sua condizione, dimensione, situazione (artt. 2 e 3 Cost).

La speranza non è un corollario accessorio della dignità umana, riconosciuta e garantita dalla Repubblica a tutti gli uomini nel principio di eguaglianza formale e sostanziale, ma è una esplicazione dinamica della stessa dignità umana nella eguaglianza, davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

Il diritto alla speranza appare, dunque, intimamente collegato al riconoscimento, tutela e valorizzazione della dignità umana, pur in assenza di un esplicito riconoscimento letterale, quale componente ineludibile di essa, allo stesso modo in cui la dignità è strettamente connessa alla dimensione umana. All'interno della dignità umana connessa all'essere "persona", il diritto alla speranza opera in termini dinamici ossia nella proiezione della sfera umana "nell'oltre terreno", verso un'affermazione o un riscatto di redenzione e reinserimento nella comunità sociale.

In questo senso il diritto alla speranza, nel quadro costituzionale dell'eguale dignità degli uomini, emerge con tutta la sua forza propulsiva, pur in assenza di un esplicito riconoscimento letterale.

2.1. È stato giustamente osservato che, se alla speranza si attribuisce una connotazione dinamica riferita ad un percorso, essa si lega in duplice ordine di prospettive alla responsabilità individuale e collettiva, come per ogni vicenda che attraversi i diritti umani nella visione solidaristica. La responsabilità individuale si impone nel dar corpo con determinazione volitiva consapevole al percorso di attraversamento verso l'obiettivo di miglioramento e di crescita, mentre la responsabilità collettiva si deve manifestare, fin dove è possibile, senza pregiudizi o preclusioni aprioristiche, nella costruzione di un ponte con la società per chi voglia realmente attraversarlo.

La speranza non è di uno o di pochi, o esclude taluni, ma appartiene a tutti in quanto uomini, così i diritti inviolabili non derivano da concessioni o riserve dell'Autorità. Appartiene a tutte le dimensioni e condizioni dell'esperienza umana ed a maggior ragione al condannato rispetto ad un orizzonte di possibile risocializzazione e pienezza di vita. Per un condannato, più che in ogni altra condizione umana, la speranza è, in pratica, la sua stessa vita, cioè, gli appartiene e si misura nella sua esperienza di vita per confondersi con essa.

La speranza non è dunque scindibile dall'umanità perché entrambe, *spes et humanitas*, sono legate, dall'essere entrambe esperienze di attraversamento e costruzione⁸.

In questa logica, lo Stato costituzionale, che colloca l'uomo e la sua dignità al centro del proprio ordinamento, non può negare in via assoluta e pregiudiziale ad alcuno il diritto alla costruzione o "ricostruzione" di un percorso di attraversamento verso una dimensione di socializzazione positiva. Non può negarlo a priori, chiudendo con automatismi e presunzioni assolute un possibile percorso ed un possibile approdo; non può negarlo, neppure per limitate situazioni, poiché ciò significherebbe comunque negare a taluni quella dignità, connessa alla natura umana, che non si acquista per meriti e non si perde per demeriti⁹.

3. La dignità umana è oggi largamente collocata, nella dottrina e nella giurisprudenza delle Corti supreme tra i valori su cui si costruisce l'aspirazione universalistica dell'uomo¹⁰.

Il diritto ad una vita degna di essere definita umana emerge nella nostra Costituzione dall'assetto valoriale fondante l'ordinamento di impronta personalistica, più che da una singola norma, per essere ulteriormente arricchito dalle norme e principi comunitari e della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e delle Corti internazionali.

Nella Costituzione italiana la dignità umana si rintraccia anzitutto nell'art. 2 Cost. ove si afferma il riconoscimento e la garanzia da parte della Repubblica dei diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità¹¹.

⁸ E. Dolcini, F. Fiorentini, D. Galliani, R. Magi, A. Pugiotto, *Il diritto*, cit.

⁹ L'espressione è di G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 1° ottobre 2007, www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2010.

¹⁰ In dottrina, G.M. Flick, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, p. 9, il quale osserva che «Il percorso della dignità, nel passaggio dal significato letterale a quello giuridico del termine non è agevole. Non lo è non soltanto perché la dignità ha certamente una valenza più filosofica ed etica, che non giuridica»; C. Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giust. Civ. Riv. Trim.* n. 1/2014 pp. 67-94; G. Resta, *Dignità*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, I, 2010; per un approccio storico filosofico al concetto di dignità v., P. Becchi, *Il principio di dignità umana*, Ed. Morcelliana, Brescia, 2009, p. 11; G. P. Dolso, *Per una definizione del concetto di "dignità". Itinerari giurisprudenziali*, in Id., *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2019, pp. 47-77. Molto articolato sul tema generale della dignità prima del profilo specifico trattato, A. Lamberti, *Dignità, eguaglianza e ragionevolezza nella recente giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali degli stranieri*, in *Nòmos*, 2/2022; A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011, 1, 4; Id., *La dignità e il diritto ad avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)* in *Consulta Online*, II, 2018, p.392 ss.; un interessante profilo comparatistico, in Id., *Pace e dignità nella pacem in terris e secondo Costituzione*, ivi, III, 2023, p. 943, <https://giurcost.org/contents/media/posts/23198/ruggeri137.pdf>, ult. acc. 16.11.2023.

¹¹ La garanzia dell'invulnerabilità indicata dall'art.2 Cost. estende la propria portata applicativa oltre le sole categorie per cui la Costituzione ne ribadisce la qualifica poiché deve ritenersi nucleo essenziale di tutti i diritti fondamentali, F. Perchinunno, *La libertà personale*, cit., p.13. Sul punto, il fondamentale contributo di A. Barbera, *Commento all'articolo 2 Cost.*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna Roma 1975 pp. 50 ss.; la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di rilevare che i diritti inviolabili dell'uomo tutelati dall'articolo 2 della Costituzione sono «sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona», Corte cost. sent. 13 ottobre 1999 n. 388.

Altresì nell'art. 3 Cost¹² ove l'eguaglianza, ancorata alla "pari dignità sociale" rivela che questa è condizione e sostanza per il pieno sviluppo della persona umana, come insegna la Corte costituzionale secondo la quale «la dignità rappresenta un principio costituzionale che informa di sé il diritto positivo vigente»¹³. Oltre che nell'art.3, comma 1, ove l'espressione dignità è preceduta e seguita da due aggettivi "pari" e "sociale", essa compare nell'art. 36, comma 1, in riferimento alla retribuzione "equa" tale da garantire un'esistenza libera e dignitosa e nell'art. 41 comma 2, ove la dignità umana si pone come limite, tra gli altri, alla libertà di iniziativa economica privata¹⁴.

Tuttavia, oltre che nelle disposizioni richiamate, essa informa l'intero testo costituzionale e ne compendia lo spirito e l'essenza; talché la promozione della dignità della persona si possa qualificare come fulcro e fine dell'ordine costituzionale¹⁵.

Nei lavori della Costituente, esplicitata «l'antiorità della persona umana rispetto allo Stato» ed il rango primario di valori della dignità umana, di socialità e solidarietà, dei diritti della persona rispetto allo Stato¹⁶, si evidenziava come fosse necessario considerare il riconoscimento e la valorizzazione dei diritti umani nella dimensione delle concrete condizioni. Il riferimento "sociale" della dignità appare orientato, nell'ottica del legislatore costituzionale, a considerare le varie posizioni dell'uomo "situato", ossia nella sua concreta situazione di vita¹⁷.

In tal senso, la priorità della dignità sociale riporta all'obbligo della Repubblica di renderla effettiva, ossia autenticamente umana, poiché diversamente l'eguaglianza formale perderebbe di significato se non valutata unitamente alla materialità della vita delle persone, alla loro intatta dignità ed ai legami sociali che l'accompagnano¹⁸.

¹² D. Menozzi, C. Mottola, (a cura di), *Pari dignità e sviluppo della persona. Rileggere oggi l'art. 3 della Costituzione*, Edizioni della Scuola Normale, Pisa, 2017.

¹³ Corte cost., sent. 11 luglio 2000 n. 293.

¹⁴ Art. 36, comma 1 Cost.: «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro ed in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa»; in relazione a dignità della persona e lavoro, M. Cavino, *Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana*, in G.P. Dolso, *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2019; B. Di Giovanni, *La dignità della persona nella Costituzione*, Ediesse Saggi Ed. Futura, Roma, 2018; art. 41 Cost. «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. (...)». È stato acutamente osservato, L. Leo, *Dignità e Costituzione storia di un diritto controverso*, in *Cammino diritto*, n. 8/2020 p. 4, che nell'art. 3 Cost. il riferimento alla dignità assume una funzione propositiva, mentre negli articoli 36 e 41 figura come limite rispetto all'attività lavorativa e all'attività imprenditoriale. Nello stesso senso l'autorevole osservazione di G.M. Flick, *Elogio, cit.*, p.5 «La dignità rappresenta una fonte di diritti, ma anche di limiti all'autonomia individuale per il rispetto della dignità umana».

¹⁵ Sul punto, A. Apostoli, *La dignità umana quale orizzonte di eguaglianza nell'ordinamento costituzionale delle democrazie*, in *Costituzionalismo.it*, I, n. 3/19.

¹⁶ Ordine del giorno Dossetti, *Atti Assemblea costituente, Prima sottocommissione*, VI, p. 223 e ss. Sul punto A. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989 vol., XI, p. 9 e ss.

¹⁷ U. Allegretti, *Essenza e futuro della costituzione italiana in Le forme della razionalità tra realismo e normatività*, Napoli, 2008, p.6.

¹⁸ Fioravanti M. *Art. 2*, Carocci Roma, 2017 p. 39.

Sicché, come autorevolmente osservato, il valore-principio della dignità si può qualificare quale fine ultimo di tutte le situazioni giuridiche soggettive attive e passive e rappresenta anche il diritto «al rispetto per quello che siamo (...), ad essere effettivamente riconosciuti dagli altri come partecipi sullo stesso piano della cerchia sociale comune»¹⁹.

La veste sovranazionale della dignità umana, elevata a principio fondante del diritto costituzionale europeo, conferma e rafforza – nel dialogo tra le corti e sotto la spinta delle tradizioni costituzionali comuni europee – la sua vocazione sociale e comunitaria²⁰.

La Carta delle Nazioni Unite proclama nel Preambolo «la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne»; nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo²¹ si afferma il «riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali e inalienabili» ed all'art. 1 che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti». Il Patto internazionale sui diritti civili e politici all'art. 10, sancisce che qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato «con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana» ed il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali²², all'art. 13, richiama la finalità di garantire «il pieno sviluppo della personalità umana e della dignità»²³.

¹⁹ G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino 2017, p. 55; G. Silvestri, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1179 ss. il quale la definisce «presupposto assiologico dei diritti fondamentali»; L. Lonardo, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civile*, ESI, Napoli, 2011, n. 3, p. 761 ss.; C. Piciocchi, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013; F. Politi, *La tutela della dignità dell'uomo quale principio fondamentale della Costituzione Repubblicana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, ESI, Napoli, 2011, vol. III, p. 2661 ss.; Id., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2018; G. Alpa, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 1, p. 21 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, 2011; S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Ed. La scuola di Pitagora, Napoli, 2013; G. Rolla, *Profili costituzionali della dignità umana*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1077 ss.; A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, fasc. 17, p. 34 ss.; C. Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giust. civ.* n. 1, 2014, p. 67 ss.

²⁰ Sul tema, v. in generale R. Bifulco, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2005, p. 63 ss.; F. Sacco, *Note sulla dignità umana nel "diritto costituzionale europeo"*, in S. Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, p. 596 ss.; G. Repetto, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, Franco Angeli Ed., Milano, 2016; F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo, vol. I, I principi dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 43 ss.; A. Di Stasi, *Brevi considerazioni intorno all'uso giurisprudenziale della nozione di dignità umana da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, Cacucci, 2019, p. 861. L'A. ha parlato di un "concetto multiforme e, per certi versi, nebuloso, connotato da molteplici accezioni assunte sia in senso diacronico che sincronico".

²¹ La Carta delle Nazioni Unite, trattato istitutivo, è stato adottato dalla Conferenza di San Francisco il 26 giugno 1945. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, il 10 dicembre 1948 a Parigi con la risoluzione 219077A.

²² Entrambi i "Patti" sono stati adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A del 16 dicembre 1966 ed entrati in vigore nel 1976.

²³ Sul rilievo delle fonti e della giurisprudenza delle Corti europee, nonché sul dialogo tra esse e la Corte costituzionale italiana, si vedano, tra gli altri, A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2017 il quale osserva: «Una cosa è certa: le Carte dei diritti hanno dismesso gli abiti di fonti puramente declaratorie, aventi prevalentemente un carattere pedagogico culturale, per assumere

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea evidenzia icasticamente il valore della dignità; nel primo dei suoi sei capi, all'art. 1 proclama: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»²⁴, ove appaiono connesse in un unicum la declaratoria “alta” dell’invulnerabilità e la necessità della tutela riferita all’individuo nella sua concretezza, nelle relazioni umane e sociali²⁵.

3.1. La dignità sociale riveste altresì un ruolo di cerniera tra i due commi dell'art.3 della Costituzione e contribuisce ad assicurare che nessun ruolo, posizione o status dell'individuo possa comportare una diversa valutazione della dignità umana, neppure nel caso estremo di un condannato all'ergastolo ostativo; qui la dignità si collega alla solidarietà poiché si manifesta la garanzia di una piena partecipazione alla vita economica sociale e politica²⁶.

Il richiamo nell'art. 3 Cost. diventa così, nel caso di specie, anche un richiamo agli obblighi alle responsabilità dello Stato e dell'intervento attivo dei pubblici poteri, in particolare del legislatore per provvedere alla rimozione degli ostacoli di cui al secondo comma dell'art.3 Cost. affinché non sia precluso, ma anzi garantito, nei limiti ragionevoli della condizione, il pieno sviluppo della persona umana.

Coerentemente a tale assunto, l'ordinanza di remissione eccepisce una possibile violazione dell'art.3 Cost. della norma che preclude, nei termini già indicati e con effetti di automatismo, all'ergastolano di essere ammesso alla liberazione condizionale, in quanto la negazione di un diritto alla speranza quale applicazione della dignità umana si rifletterebbe, oltre che sulla violazione del principio di eguaglianza sostanziale per l'inosservanza dell'obbligo della Repubblica di rimozione degli ostacoli, addirittura nella “creazione” legislativa di ostacoli atti ad impedire, per ogni uomo e tutto l'uomo, il pieno sviluppo della persona umana.

le vesti di atti normativi dotati di una loro peculiare precettività (...) »; M. Cartabia, *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in AA.VV. (a cura di C. Padula), *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

²⁴ Approvata a Nizza da Parlamento europeo, Consiglio e la Commissione Europea il 7 dicembre 2000.

²⁵ Il rilievo conferito alla dignità della persona, elevata alla «categoria di nucleo assiologico della Costituzione, è perciò, a valore giuridico supremo dell'ordinamento» è considerata una delle principali caratteristiche del costituzionalismo del secondo dopoguerra, così F. F. Segado, *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, pp. 31 ss., ove, anche numerosi riferimenti a molteplici esperienze costituzionali, oltre a quella spagnola; M. Di Ciommo, *Dignità umana e stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, pref. di E. Cheli, Passigli, Ed., Firenze, 2010, ivi numerosi richiami alle Corti europee; L. Pedullà, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, in *Annali diritto costituzionale*, DSG Università di Bologna, anno V, n. 6, Bononia University Press, 2017. A. Apostoli, *La dignità sociale, cit.*, rileva che dignità e diritti sono due aspetti di un principio unitario che evidenzia da un lato, l'esigenza di eguaglianza nella dignità umana, declinata poi nella dignità sociale e, dall'altro, l'esigenza di eguaglianza nella titolarità e nel godimento dei diritti,

²⁶ A. Apostoli, *La dignità sociale come fondamento delle democrazie costituzionali*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 3/2020, pag. 539 e ss.; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma- Bari, 2012, p.184. E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, ESI Napoli, 2008. A. Ruggeri A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1990. 343 ss.

Come per l'affermazione dell'eguaglianza sostanziale è imprescindibile che la dignità venga collocata e tutelata nella dimensione concreta dell'esperienza di vita; poiché se è vero che in astratto essa appartiene "all'umanità" della persona, è altrettanto vero che la «direttrice di sviluppo della dignità è costituita dalla sua concretezza nel riferimento a ogni persona»²⁷.

Dunque, proprio una configurazione non puramente astratta del principio di dignità della persona, ma al contrario immersa nella materialità della situazione concreta consente di cogliere al meglio il nucleo fondante delle argomentazioni della Corte di cassazione nell'ordinanza n. 1003/2020 e poi della stessa Consulta nell'ordinanza n.97/21 in ordine alla compressione, nelle disposizioni censurate, del diritto alla speranza intesa necessaria esplicitazione della dignità sociale che non può essere negata neppure all'autore del più efferato dei crimini²⁸.

L'annullamento della speranza si risolve dunque in una compressione della stessa dignità intesa come radice dei diritti fondamentali e parametro giuridico valutativo che consente, a volta a volta, di determinarne il nucleo dei contenuti inviolabili.

4. La vicenda processuale ha naturalmente implicato anche il (mancato) rispetto della norma di cui all'art. 27, III e IV comma della Costituzione, «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte»²⁹.

La Suprema Corte, in continuità con l'orientamento largamente manifestato dalla giurisprudenza costituzionale italiana e delle corti internazionali tendente a valorizzare l'esistenza di strumenti per la cessazione della pena perpetua, ha inteso qualificare, in occasione nella vicenda *de quo*, come inumano e degradante quel trattamento che, nella sostanza, si fonda sulla reclusione a vita con l'assenza di qualsiasi possibilità di uscire dal carcere, in aperto contrasto con quanto statuito dalla Costituzione e dall'art. 3 Cedu.

²⁷ Così G.M. Flick, *Elogio, cit.*, p.10, estremamente illuminante sul profilo della declinazione concreta della dignità: «È (e deve essere) un riferimento specifico alle caratteristiche e alle condizioni di essa; alle sue relazioni con gli altri; ai diritti che le vengono riconosciuti o negati ed ai doveri loro correlati; alle scelte di vita che la persona compie e ai loro riflessi sulla valutazione degli altri e quindi sulla dignità in concreto di quella persona». La stessa Cassazione, Cass. civ., I sez., 16 ottobre 2007, n. 21748, in un caso giudiziario assai noto in materia di autodeterminazione e trattamenti sanitari, aveva avuto modo di rimarcare l' articolata declinazione concreta della dignità nel contesto del principio personalista che "anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé (...), concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del 'rispetto della persona umana' in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona (...)".

²⁸ La stessa necessità di una valutazione in concreto della offensività del meccanismo legislativo introdotto dalla novella al fine di un successivo ponderato interpellato di costituzionalità della norma, ha infatti determinato la S.C. a rimettere gli atti al Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila, giudice competente all'applicazione del provvedimento, *ut supra*, nota 6.

²⁹ Non sarà inopportuno ricordare che con legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1, *Modifica all'articolo 27 della Costituzione, concernente l'abolizione della pena di morte*, sono state soppresse al quarto comma dell'articolo 27 della Costituzione le parole: «,se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra». Sulla portata e sugli effetti dell'art. 27 Cost. la dottrina e la giurisprudenza sono sterminate.

Nella vicenda *de quo* sarebbe stata negata, in concreto, anche la funzione rieducativa della pena; infatti, anche per l'ergastolo si sarebbe dovuto applicare il principio costituzionale di risocializzazione fondato sulla possibilità, almeno teorica e comunque non esclusa in fatto o diritto, che il condannato possa accedere a tempo debito alla liberazione condizionale.

La Corte ricorda, infatti, che la possibilità di una rieducazione «non può non riguardare anche i condannati alla pena perpetua poiché essa qualifica una finalità che l'ordinamento persegue in conformità all'articolo 27, III comma della Costituzione, anche per tale categorie di condannati»; e che la stessa Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 54 l. n. 354 del 1975³⁰ per contrasto con gli artt. 3 e 27 della Costituzione nella parte in cui non prevedeva la possibilità di concedere al condannato all'ergastolo la riduzione della pena per liberazione anticipata, così come in altre occasioni,³¹ aveva sottolineato che la recuperabilità sociale anche dei condannati all'ergastolo per mezzo della liberazione condizionale è osservato che proprio la residua possibilità per i condannati all'ergastolo di beneficiare della liberazione condizionale avrebbe preservato la disciplina dell'ergastolo dalla difformità rispetto al quadro normativo costituzionale poiché non contrastante con il principio rieducativo.

Nella stessa ordinanza n.1003/2020, la Cassazione ricorda ancora quanto la Corte Edu ha più volte sempre rimarcato³²: è pur vero che la CEDU non proibisce la comminatoria dell'ergastolo per reati particolarmente gravi, ma questo a condizione che siano rispettate le garanzie di cui all'art.3, ossia che la pena dell'ergastolo venga accompagnata da condizioni e strumenti che consentano, *de iure e de facto*, almeno la prospettiva di una liberazione o la possibilità di un riesame. Anche da qui discende la conclusione della Corte di ritenere che le preclusioni assolute si risolvano in un trattamento inumano e degradante, soprattutto ove siano stati evidenziati progressi del condannato verso la risocializzazione, perché in tal modo il detenuto viene privato del diritto alla speranza. Ne consegue il contrasto con l'art. 3 Cost. per violazione del principio di eguaglianza sostanziale nella dignità umana e con l'art. 27 Cost. nella parte in cui si escluda in via automatica, per il condannato all'ergastolo ostativo che non abbia collaborato, l'ammissione alla fruizione di permessi premio.

5. In conclusione, l'esclusione aprioristica di una speranza legata alla liberazione condizionale si porrebbe in contrasto (anche) con l'art. 27 della Costituzione poiché determinerebbe, in concreto, una impossibilità di processo rieducativo e di reinserimento sociale, degradando così, nella fase di esecuzione della pena, quella dignità che non può essergli sottratta. L'annullamento di una speranza, anche flebile e remota di un reinserimento, equivarrebbe ad una condizione di morte "civile" che sembra incompatibile con la norma dell'art. 27 e con il sistema di valori entro cui si innesta. Anche in questo caso, seppure non formalmente presente, il riferimento alla dignità umana «appare

³⁰ Con sentenza Corte cost., 21 settembre 1983, n. 274.

³¹ Per tutte, Corte cost., sent. 2 giugno 1997 n.161.

³² 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.*, 2, 2019, p. 925 ss.

difficilmente scindibile dal testo della norma di cui all'art.27 comma 3, lì dove introduce un tassativo divieto di pene che consistano in trattamenti “contrari al senso di umanità»³³.

La negazione del diritto alla speranza comporta una violazione del principio di umanità e sottopone il condannato all'ergastolo ad un trattamento degradante che rischia di rendere del tutto privo di significato qualsiasi progresso che pure fosse reso evidente dal condannato in ordine alla sua capacità di risocializzazione e, di conseguenza irrilevante qualsiasi elemento valutativo di tale contegno da parte del giudice naturale.

Anche sotto questo profilo, legato alla piena applicazione della funzione costituzionale rieducativa della pena, emerge la consistenza “sottotraccia” del diritto alla speranza che non può essere negato nell'ipotesi di condanna all'ergastolo, ma che anzi proprio in tale circostanza si colora di valenze ancor più pregnanti, confortate dal complesso sistematico dei principi, delle garanzie e degli obblighi costituzionali connessi al valore ed alla dignità della persona.

³³ Così, G.P. Dolso, *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2019, p.48. Si veda, altresì, L. Eusebi, *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017.

Conclusioni

Giuseppe Losappio

All'inizio della mia conclusione sento il dovere di complimentarmi con Francesco Perchinunno per questa iniziativa così importante e direi così profondamente penalistica e costituzionale allo stesso tempo. La sequenza diritto penale, pena ed ergastolo disegna una sorta di progressione concentrica (della intensità) della compenetrazione tra diritto penale e diritto costituzionale: se il diritto penale è il plesso dell'ordinamento più costituzionalizzato, l'ergastolo è il tema penalistico che più concorre a profilare il volto costituzionale del diritto penale e, in definitiva, i "tratti somatici" della Costituzione di un paese. La disciplina della pena, che in linea di previsione astratta, può annichilire l'*habeas corpus* fino alla morte, è per sua natura la sanzione che più di qualsiasi altra manifesta un'insanabile frizione con i principi della Carta. In questo contesto è pressoché scontato osservare che l'attrito diventa persino uno stridio acuto nel caso dell'ergastolo ostativo fondato sulla "*scelta operata dal legislatore di precludere al condannato non collaborante con la giustizia, l'accesso ad un percorso di reinserimento sociale*". Non a caso – come notano Francesco Perchinunno e Ignazio Lagrotta nella loro introduzione – hanno prevalso i dubbi sul contrasto del regime ostativo delineato dall'art. 4 bis o.p. con valori e principi fondamentali della Carta costituzionale. Dubbi non sopiti dal d.l. n. 162 del 2022 (convertito dalla l. n. 199 del 2022) che ha trasformato – solo sulla carta? – da "assolute" a "relative" le preclusioni che impedivano l'accesso benefici penitenziari nel caso di mancata collaborazione. Nelle fasi introduttive dell'incontro Vincenzo Vozza ha ricordato che subito dopo la riforma, le voci più accorte dell'esperienza giuridico-penalistica hanno mostrato «un certo scetticismo»: sono apparse subito la problematicità dei nuovi parametri positivi mentre non sfuggiva che la nuova impalcatura regolamentare sembra dissimulare «in realtà, una presunzione semi-assoluta». Lorenzo Pulito ha censito una sequenza di giudizi oltremodo severi: il legislatore, attualizzando una «*truffa delle etichette nella quale cambiano i termini ma non la sostanza della disciplina*»³⁴, avrebbe «*inteso sostituire l'ergastolo ostativo con una corsa a ostacoli difficilmente percorribile sino al traguardo*»³⁵, tanto da meritare l'appellativo di «*ergastolo diversamente ostativo*»³⁶; l'adeguamento al monito della Corte costituzionale sarebbe soltanto formale, mentre «*nella sostanza*» l'intervento normativo mira «*a neutralizzarlo per salvare l'ergastolo ostativo*»³⁷. Rilievi eccessivamente critici, si chiede ancora Pulito? No. Basta dare una scorsa a quell'«*abnorme facondia di condizioni da soddisfare per accedere a qualsiasi misura extramuraria*» per avvedersi dell'«*effettività rinnegante della nuova normativa*»³⁸, il cui reticolo preclusivo, come in una sorta di eterno ritorno dell'uguale,

³⁴ Cfr. A. Morrone, *La Consulta può evitare lo scontro sul decreto truffa sull'ergastolo ostativo*, in www.editorialedomani.it, 7 novembre 2022.

³⁵ 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.

³⁶ M. Merlino, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, in *Questione Giustizia*, 26 gennaio 2023, p. 18.

³⁷ E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *Sist. pen.*, 7 novembre 2022, p. 9.

³⁸ A. Pugiotto, *Così la destra ha salvato l'ergastolo (e la Consulta)*, in *Il Riformista*, 8 novembre 2022.

finisce per far sopravvivere l'ostatività dell'ergastolo alla propria assordante e più volte riscontrata illegittimità³⁹.

Sullo sfondo di queste premesse vorrei provare a inquadrare le molte cose che sono state dette solcando due fili conduttori che esprimerò metaforicamente con la parafrasi di una celebre frase che viene attribuita – forse impropriamente – a Ludwig Wittgenstein: «*Ho indagato i contorni di un oceano, ma ciò che volevo scoprire erano i confini di un'isola*», che – chioserei con Bennato – non c'è.

L'oceano. Rosa Anna De Palo ha osservato che l'endiadi “*tutela della collettività – diritto alla speranza*” – con la quale Perchinunno e Lagrotta hanno perimetrato il tema del convegno – nella sua «essenzialità semantica» evoca «valori fondamentali di rilevanza costituzionale» non espressamente «rintracciabili ... nella Carta ... eppure in essa impressi come orme indelebili ed indefettibili: la tutela della sicurezza individuale e pubblica pervade molteplici norme, nella prima e nella seconda parte della costituzione; allo stesso modo rinvia ad un *diritto alla speranza* l'art. 27, comma 3, che allaccia ogni espressione della pena per «ogni condannato, senza distinzione, anche per i reati più gravi ed efferati, nella dimensione ... in cui si sostanzia la “rieducazione”». Così “garanzia” e “tutela” dei diritti confliggono, come ha messo a fuoco Eugenia Pontassuglia. Da una parte «l'esigenza di tutelare la collettività dal rischio», avvalorato dall'osservazione dell'esperienza che nemmeno il carcere riesca a infrangere il vincolo associativo, dato la cui problematicità si manifesta in tutta la sua acutezza considerando che né la dissociazione costituisce prova empiricamente inconfutabile del venire meno del legame con l'associazione così come la non dissociazione, all'opposto, non vale a provare, sullo stesso piano, che l'affiliazione persiste. Un'istanza – ha osservato Lydia Deure – che alla luce della specificità italiana di mafie fortemente radicate in diversi territori e pervasivamente diffuse nel paese – chiama in causa l'obbligo convenzionale dell'art. 2 della Convenzione nella parte in cui impone alle parti contraenti di tutelare la vita delle persone. In tal senso, è stata ricordata l'opinione dissenziente del giudice polacco Wojtyczek nella Viola c. Italia: «*Le ... parti contraenti hanno l'obbligo di adottare misure efficaci per smantellare le organizzazioni criminali che rappresentano una minaccia per la vita delle persone. Per raggiungere questo obiettivo, è essenziale distruggere la solidarietà tra i membri di una siffatta organizzazione e infrangere la legge del silenzio ad essa collegata. A tal fine, le autorità nazionali devono adottare le misure appropriate tenuto conto della situazione specifica del loro paese*».

Dall'altra parte – nota ancora Pontassuglia – il diritto del detenuto, condannato per aver commesso reati di particolare allarme sociale (tra cui quelli commessi all'interno di contesti di criminalità organizzata) a sperare che quel fine pena “mai”, impresso sugli atti redatti dall'amministrazione penitenziaria che ne attestano la posizione giuridica, non sia una condizione irreversibile atta ad annullare la funzione rieducativa della pena e a rendere

³⁹ F. Siracusano, *Tanto tuonò che non piovve: la logica conservativa nella riscrittura delle preclusioni penitenziarie*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2023, p. 30.

effettiva e concreta (sia pure in un futuro lontano e a conclusione di quel percorso rieducativo), la possibilità di aspirare alla concessione dei benefici penitenziari e di misure alternative alla detenzione».

Accedendo al lessico dei nuovi diritti, che segnano la traiettoria evolutiva del testo costituzionale, la Suprema Corte – come ricorda Paolo Ciocia – ha motivato che impedire al condannato «di coltivare la speranza di un riscatto dall’esperienza criminale che lo ha consegnato alla pena perpetua» significa negare «un aspetto fondamentale della sua umanità», violando «il principio della dignità umana» e sottoponendo «il condannato ad un trattamento degradante, in contrasto con le norme di cui agli art.3 e 27 della Costituzione. La speranza, secondo la Suprema Corte, inerisce strettamente alla persona umana e “*anche gli individui responsabili di crimini più odiosi conservano la loro umanità e quindi la possibilità di cambiare e di reinserirsi nella società aderendo al sistema di valori condivisi*”. L’espressione “diritto alla speranza”, per poter essere correttamente intesa anche al di là del dato letterale, va tuttavia collocata ed intesa nel più ampio contesto che attiene alla dignità della persona e dei diritti inviolabili dell’uomo nell’ordito costituzionale italiano e nei valori a fondamento della dichiarazione europea dei diritti dell’uomo».

Agevole intendere in questo contesto come, passo dopo passo, solcando con cautela un «percorso tortuoso e tormentato» (secondo l’espressione di Vozza), il dialogo tra le Corti ha condotto ad una progressiva esclusione di ogni scorciatoia presuntiva, soprattutto, nel caso in cui risulti certa la piena adesione del detenuto, “condannato” per uno dei delitti dell’art. 4-bis dell’O.P. (c.d. delitti di prima fascia), alle finalità rieducative complementari ad una dissociazione altrettanto radicale, che tuttavia non si sia espressa nelle forme della collaborazione (possibile ed esigibile); caso in astratto sicuramente configurabile ma difficilissimo da accertare (anche) perché, come ha ricordato Maria Casiello, Fedor Dostoevskij scriveva: «*non c’è niente di più facile che condannare un malvagio, niente è più difficile che capirlo*».

I **confini** sono stati tratteggiati nelle relazioni di Giuseppe Santalucia e Francesco Perchinunno che sotto profili diversi hanno evidenziato la delicatezza delle corrispondenze/divergenze tra regime dell’ergastolo ed ergastolo ostativo, sullo sfondo, come ha notato appunto Santalucia, della sentenza della Corte n. 32 del 2020, che «ha fatto un enorme passo in avanti», dichiarando «che le misure alternative non sono semplicemente delle diverse modalità per eseguire una pena, come tradizionalmente si diceva» ma sono profili costitutivi della sanzione penale e quindi devono soggiacere alle garanzie costituzionali. È stato ulteriormente chiarito che l’ergastolo, nella misura in cui disallinea libertà e rieducazione, di per sé esprime un tendenziale contrasto con la Carta, che impone un rigoroso scrutinio dal punto di vista dell’uguaglianza e della ragionevolezza. Non è una contraddizione sempre e comunque assoluta e irresolubile; dipende, come ha ricordato Vincenzo Monteforte. Per i minori la pena perpetua è irrimediabilmente incostituzionale; per gli adulti non vale lo stesso ma occorre introdurre una distinzione fondamentale: in generale (e in astratto), la legittimità dell’ergastolo è legata alla sua inoperatività in concreto. Come ha precisato Alessio Caccioli, «la pena dell’ergastolo, pur essendo contraddistinta

sempre dal carattere della perpetuità (art. 22 c.p.), è mitigata dai numerosi benefici penitenziari che limitano l'afflittività», la libertà condizionale, i permessi premio, il lavoro esterno, la semilibertà e la liberazione anticipata, tra gli altri. «Si tratta, a ben vedere, di un modo per consentire all'ergastolano, in una sorta gradata progressiva esecuzione, un reinserimento sociale che consenta concretamente di bilanciare l'interesse costituzionale alla finalità rieducativa con il carcere a vita». Per l'autore dei reati più gravi, sono ammesse eccezioni, mai – il senso dell'insegnamento della Corte sembra questo – nel caso in cui, quali che siano le scelte processuali del condannato, il percorso rieducativo è completo e irreversibile. In questa ipotesi, chiosa ancora Santalucia, una presunzione assoluta in senso contrario è intollerabile in un «sistema penale liberale ... quando sono in gioco beni fondamentali e libertà personale (sia in fase cautelare che in fase esecutiva)». Un assetto che Nicola Triggiani – moderando i singoli interventi – ha compendiato evocando il pensiero personalistico, espresso in particolare da Aldo Moro, che la persona è sempre fine, non può mai essere mezzo. È, secondo una formalizzazione linguistica differente, il concetto – come ha sottolineato Coccioni – in base al quale la Corte EDU (in *Viola vs Italia*) ha criticato «la normativa italiana e la misura in cui equipara la pericolosità sociale alla mancata collaborazione» che, in realtà, «può dipendere anche da una serie di situazioni svincolate dalla volontà del detenuto di mantenere legami con l'associazione criminale». Così come può accadere che la struttura associativa mafiosa implichi «il rischio che propri aderenti possano trascorrere lunghissimi periodi detentivi, senza che questo pregiudichi la nuova assunzione di un ruolo di rilievo all'interno dell'associazione, non appena sia stata definitivamente scontata la pena», un detenuto può non accedere alla collaborazione per «la necessità di evitare che gli affetti più cari del detenuto collaborante possano subire ritorsioni da parte degli ex associati. In altri termini, la mancata collaborazione non può essere sempre considerata come espressione di una scelta di mantenere i legami associativi». Per questo, la Corte ha rifiutato «l'automatismo che vede equiparare la dissociazione al sicuro ripudio dei valori criminali, in quanto la scelta di collaborare potrebbe essere stata dettata da ragioni di comodo e con l'unica finalità di accedere ai vantaggi detentivi. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che la dissociazione possa essere desunta anche da altri comportamenti non collaborativi come, ad esempio, il mantenimento durante la pena di un contegno irreprensibile e l'assenza di sanzioni disciplinari, espressivi di per sé di una evoluzione in positivo della personalità dell'interessato che non stridono con l'esigenza di risocializzazione del medesimo».

L'isola che non c'è. Nel labirintico groviglio di queste variabili si genera un intreccio di questioni ambivalente: sul piano di una lettura bidimensionale, la tecnica della doppia pronuncia, adottata dalla Corte, evoca un disegno dei rapporti tra il legislatore e il controllo di legalità costituzionale che ambisce ad essere massimamente rispettoso delle prerogative parlamentari; allo stesso modo le decisioni con le quali la Consulta e poi la Suprema Corte hanno rimesso la decisione rispettivamente alla Cassazione e al Tribunale di sorveglianza illustrano un ordito ispirato alla massima ortodossia istituzionale; “tridimensionalizzando” questi rapporti si approda alla scogliosa terra sommersa – come vedremo – dove le questioni

interpretative della nuova disciplina confluiscono anch'esse in un discorso sul ruolo e sui compiti che propriamente o impropriamente si attribuisce/si attribuiscono della magistratura, quella di sorveglianza in particolare.

Lydia Deiure ha osservato, in particolare, che a fronte di un sistema dei magistrati super-specializzati della DIA e della DDA non altrettanto si è fatto nell'ambito della Sorveglianza. «Il patrimonio di conoscenze sulla criminalità organizzata non è stato condiviso con la magistratura che cura l'esecuzione della pena». Il tema aveva minore rilievo nel regime precedente alla riforma. La novella dell'art. 4 bis o.p. – disposizione che per giunta sfiora «la scarsa comprensibilità (spesso occorre rileggere più volte alcune disposizioni, scoprendo sempre nuovi spunti di riflessione)» – ha fatto sì che, con il sistema originario, si venisse a creare uno schermo, un velo di ignoranza, si potrebbe chiosare. «La presenza di reati c.d. ostativi “*di prima fascia*” (non solo per l'ergastolo, ma anche per la detenzione a termine) ha impedito la valutazione dei condannati che non si fossero dissociati, e questo ha portato, alla fine, ad un effetto rovinoso». L'effetto è che la magistratura di sorveglianza potrebbe non avere la preparazione adeguata «per affrontare il grave problema di valutazione che si pone con la modifica introdotta dalla legge 199 del 2022. C'è, da parte del legislatore, uno sfavore nei confronti di questa novità, di questo spiraglio verso il c.d. “diritto alla speranza”, facendo riferimento soprattutto al crimine organizzato (molti degli altri reati inseriti in quella norma non sono associativi, o lo sono occasionalmente)»; ma lo sfavore – e qui le questioni interpretative si tramutano in questioni istituzionali – è anche «verso la magistratura di sorveglianza, nonostante sia quella a cui i delicati compiti di valutazione di soggetti estremamente pericolosi». Appare emblematico, in tal senso, che l'ultima parte del co. 2 richieda «di indicare “specificamente” le ragioni dell'accoglimento o del rigetto ... quasi che i magistrati di sorveglianza non avessero la consuetudine a motivare in modo specifico».

La questione del disallineamento tra compiti euristici e patrimoni conoscitivi del Giudice di Sorveglianza è stata approfondita nella relazione di Guglielmo Cataldi, analizzando punto per punto le vulnerabilità che sotto questo profilo presenta la riforma: una volta che ci sia stata l'allegazione da parte del detenuto degli elementi richiesti dall'art. 4 bis, co. 1 bis, ord. pen. e quindi l'istanza viene ritenuta ammissibile il magistrato o il Tribunale di sorveglianza competente provvedono ad acquisire dettagliate informazioni, per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato» A tali informazioni «si aggiungono quelle che vengono richieste alla direzione dell'istituto ove l'istante è detenuto o internato e gli esiti degli accertamenti reddituali e patrimoniali, sul tenore di vita, sulle attività economiche svolte e sulla pendenza o definitività di misure di prevenzione personali o patrimoniali derivanti dagli accertamenti disposti nei confronti del medesimo detenuto, delle persone appartenenti al suo nucleo familiare e delle persone ad esso collegate. A fronte del superamento della presunzione assoluta di pericolosità il legislatore ha voluto quindi assicurarsi che il magistrato decidente» possa avere «una conoscenza quanto più completa possibile in ordine alla pericolosità del richiedente i benefici. Tale base informativa appare utile anche al pubblico ministero individuato dal 2° co. dell'art. 4 bis ord. pen. come organo

deputato ad esprimere un parere, unitamente al Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo entro sessanta giorni dalla richiesta formulata dal detenuto. Per tale motivo, nel tentativo di coordinare l'acquisizione e la valutazione del coacervo di informazioni previste» dalla nuova disciplina il Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo ha sottoscritto con i Procuratori distrettuali un protocollo d'intesa con il quale sono state adottate apposite linee guida e misure organizzative per consentire la condivisione di elementi di conoscenza di varie fonti (Polizia Penitenziaria, per quanto riguarda i rapporti del detenuto con l'esterno, quali la corrispondenza e alla ricezione di somme di denaro; la Guardia di Finanza, quali indagini reddituali e patrimoniali che investono anche i prossimi congiunti) nella banca dati SIDDA/SIDNA. L'obiettivo, in altri termini, è di rendere facilmente consultabile un patrimonio conoscitivo standardizzato e significativo, ai fini della redazione del parere. Con la stessa intesa, inoltre, il PNAA si è assunto «l'onere di trasmettere le informazioni e gli esiti degli accertamenti al magistrato o al Tribunale di sorveglianza svolgendo in tal modo una funzione di ordinata veicolazione delle acquisizioni previste dalla legge».

Purtroppo, però, spesso avviene che l'ufficio del procuratore distrettuale non possa divulgare elementi conoscitivi in suo possesso provenienti da indagini in corso che sottoporrebbe ad un'impropria *discovery*. Questa situazione – nota ancora Cataldi – può generare «un profondo senso di frustrazione» quando costringe il pubblico ministero «ad arrampicarsi sugli specchi per evidenziare la pericolosità di soggetti», pur essendo consapevole della difficile successiva valorizzazione, da parte del magistrato di sorveglianza, degli «scarni e a volte inespressivi pareri» resi dagli inquirenti, condizionati dall'impossibilità di esporre aggiornati elementi di conoscenza provenienti dalle indagini in corso. «Ciò costituisce un insuperabile *vulnus* alla piena conoscenza dei fatti da parte del magistrato di sorveglianza da cui deriva l'elevata probabilità di una valutazione sulla pericolosità non aderente alla realtà».

Il presente volume è stato chiuso per la pubblicazione in data
30 dicembre 2023
dall'editore "Dipartimento Jonico in Sistemi giuridici ed economici
del Mediterraneo: società, ambiente, culture"
dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro e messo in linea sul sito
[https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni digitali](https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni_digitali)
ed è composto di 104 pagine.