

QUESITI

GIORGIA NICOLÒ

L'ergastolo "ostativo" al vaglio della Corte costituzionale

L'obiettivo della presente riflessione è quello di compiere una valutazione preventiva della decisione imminente che la Consulta è chiamata a pronunciare in materia di ergastolo ostativo. La giurisprudenza sovranazionale, e soprattutto nazionale, permettono di preconizzare una pronuncia di accoglimento. Viene, in particolare, ricordata la nota sentenza n. 253 del 2019, molte argomentazioni della quale sembrano estensibili alla questione al vaglio dei giudici costituzionali.

Life imprisonment under the examination of the Constitutional Court.

The purpose of the following article is to offer a preliminary evaluation of the Court's upcoming decision on life imprisonment.

Both supranational and national case law (especially the latter) suggest the Constitutional Court might strike down the contested provisions as unconstitutional.

The article will specifically contrast the pending case with the legal reasoning of the Court in its recent decision no. 253 of 2019. The article claims that large parts of the legal reasoning of the Court in the decision of 2019 seem to support a decision of unconstitutionality in the pending case.

SOMMARIO: 1. L'ordinanza di rimessione e i parametri invocati. - 2. Alcune riflessioni a partire dall'ordinanza di rimessione. - 3. In conclusione.

1. *L'ordinanza di rimessione e i parametri invocati.* La Corte di cassazione, I sezione penale, con l'ordinanza di rimessione del 3-18 giugno 2020, offre alla Corte costituzionale l'occasione di pronunciarsi sulla controversa compatibilità con gli articoli 3, 27 e 117 Cost., degli artt. 4-bis, co. 1, 58-ter legge n. 354 del 1975, e dell'art. 2 d.l. n. 152 del 1991 (convertito con modificazioni nella legge n. 203 del 1991), nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale. Il giudice *a quo* si duole della violazione del binomio costituito dagli artt. 3 e 27 Cost., sotto il profilo dell'«irragionevole compressione dei principi di individualizzazione e di progressività del trattamento»¹, e dell'art. 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 3 C.E.D.U. come interpretato dalla Corte di Strasburgo, particolarmente nella sentenza *Viola c. Italia* n. 2². Segnatamente, la questione di legittimità è originata dal ricorso in cassazio-

¹ Ordinanza iscritta al n. 100 del registro ordinanze del 2020.

² Corte EDU, 7 ottobre 2019, *Viola c. Italia* n. 2, in *Guida dir.*, 2019, 44, 14 ss., con nota di FIORENTIN. Si veda anche GALLIANI e PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo. (A proposito della sent. Viola c. Italia n. 2)*, in *Osservatorio cost.*, 2019, 4, 191 ss. Cfr. FIORENTIN, *La Corte di Strasburgo conferma: la pena perpetua non riducibile è sempre contraria alla Convenzione europea*, al

ne proposto dal difensore di Tizio contro l'ordinanza con la quale il Tribunale di sorveglianza dell'Aquila ha dichiarato l'inammissibilità della richiesta di liberazione condizionale proposta dal condannato all'ergastolo per uno dei reati contemplati nell'art. 4-*bis*, co. 1 ord. penit. - quelli dunque "ostativi" alla concessione dei benefici penitenziari - non collaborante con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. penit. Il rimettente lamenta l'illegittimità dell'ordinanza per il fatto che il giudice - senza tenere conto delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale, secondo la quale il difetto di collaborazione «non può essere elevato ad indice invincibile di pericolosità sociale» - abbia «omesso di pronunciarsi nel merito, in forza di una asserita preclusione, invero del tutto infondata»³.

In passato inoltre il Tribunale avrebbe, in diverse occasioni, rigettato varie richieste del ricorrente volte al riconoscimento dell'impossibilità di un'utile collaborazione con la giustizia, fattispecie questa succedanea alla condotta di cui all'art. 58-ter ord. penit.⁴ Le ragioni per le quali il Tribunale di sorveglianza dell'Aquila, da un lato ha giudicato manifestamente infondata la richiesta di sollevare una questione di legittimità, dall'altro non ha valutato nel merito l'istanza di liberazione condizionale, sono essenzialmente due: le precedenti decisioni di inammissibilità delle istanze di accertamento dell'impossibilità/inesigibilità della collaborazione con la giustizia, e, in particolare, l'assenza del requisito necessario - per i reati compresi nella *black list* di cui all'4-bis, co. 1 ord. penit. - al fine di accedere ai benefici penitenziari, ossia l'adozione di una condotta collaborativa (o l'impossibilità, inesigibilità e oggettiva irrilevanza della stessa).

Il ricorrente sta spiando la pena dell'ergastolo con isolamento diurno per anni uno, in seguito ad un provvedimento di cumulo nel quale sono comprese tre sentenze di condanna. Con la prima, datata 29 aprile 1988, la Corte di assise di appello ha inflitto la pena detentiva di anni trenta per i reati di omicidio, tentato omicidio, detenzione e porto illegale d'armi (anche clandestine), lesioni personali e rapina aggravata. Con la seconda, datata 16 luglio 2004, la

rispetto della dignità umana, in *Cass. pen.*, 2019, 3056 ss.

³ Ordinanza iscritta al n. 100 del registro ordinanze del 2020.

⁴ Ci si riferisce alle ordinanze del 6 novembre 2018, e ancor prima a quelle del 14 maggio 2013, del 26 maggio del 2015 e successivamente del 24 ottobre del 2017. Con la prima delle ordinanze pronunciate, ad esempio, il Tribunale ha escluso - in riferimento alla condanna per concorso in omicidio, aggravato dalle condizioni di cui all'art. 7 L. n. 203 del 1991, pronunciata con la sentenza del 24 giugno 2005 della Corte di assise di Palermo (divenuta irrevocabile il 9 febbraio 2007) - che si potesse parlare di una limitata partecipazione al sodalizio criminale dell'istante. Inoltre, non essendo il giudizio di cognizione giunto ad un accertamento integrale, sarebbe residua la possibilità di una utile collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. penit.

Corte di appello di Palermo ha irrogato la pena detentiva di anni cinque e mesi quattro, per i reati di partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso. Con la terza, datata 24 giugno 2005, la Corte di assise di Palermo ha irrogato la pena dell'ergastolo (con isolamento diurno per un anno), per omicidio aggravato ai sensi dell'art. 7 L. n. 203 del 1991 e per delitti relativi alla trasgressione delle disposizioni in materia di armi. Proprio tale ultima sentenza di condanna acquisisce esclusivo rilievo nella questione su cui la Corte sarà chiamata a pronunciarsi, avendo essa inflitto la pena dell'ergastolo per uno dei reati "ostativi" di cui all'art. 4-bis, co. 1 ord. penit., particolarmente per il delitto commesso avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. Al momento della proposizione della questione di legittimità l'istante ha interamente espiato le pene irrogate dalle due più risalenti sentenze di condanna, avendo scontato 19 anni, 9 mesi e 26 giorni di reclusione, ai quali si sommano i 2655 giorni di liberazione anticipata. Se ne deduce la sussistenza del requisito - necessario ma non sufficiente - richiesto dall'art. 176 c.p., affinché un ergastolano possa beneficiare della liberazione condizionale: l'espiazione di ventisei anni di carcere. Il Tribunale dunque, a causa della preclusione all'esame del merito, non ha potuto valutare la sussistenza del sicuro ravvedimento, che richiederebbe «comportamenti positivi da cui poter desumere l'abbandono delle scelte criminali, tra i quali assume particolare significato la fattiva volontà del reo di eliminare o di attenuare le conseguenze dannose del reato»⁵.

2. *Alcune riflessioni a partire dall'ordinanza di rimessione.* Con la nota sentenza n. 135 del 2003, la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza di una identica questione: a detta del giudice *a quo*, la rigida preclusione alla liberazione condizionale che l'art. 4-bis, co. 1 ord. penit. riserva ai condannati all'ergastolo per uno dei delitti ivi indicati, che non abbiano collaborato con la giustizia, avrebbe violato l'art. 27, co. 3 Cost. L'ordinanza iscritta al n. 502 del registro delle ordinanze del 2002, nel censurare la violazione del solo principio della rieducazione del condannato, richiamava l'analoga questione decisa dalla Corte nella sentenza n. 161 del 1997. In quell'occasione la Consulta, con una motivazione che ha esercitato una notevole influenza sul modo in cui l'argomento è stato trattato negli anni successivi, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 177, co. 1 c.p., «nella parte in cui non prevede che

⁵ Sez. I, n. 486 del 25/09/2005, dep. 2016, Caruso, Rv. 265471.

il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio ove ne sussistano i relativi presupposti, perché tale disciplina determinava appunto una esclusione permanente e assoluta dal processo rieducativo, in violazione dell'art. 27, terzo co., Cost.»⁶. Se la liberazione condizionale è l'istituto grazie al quale la pena dell'ergastolo non contrasta con il costituzionalizzato principio di rieducazione della pena, la Corte ha sostenuto che, qualora l'accesso alla stessa fosse precluso in modo permanente ed assoluto – ancorché a causa di esperimenti negativi⁷ – la violazione del co. 3 dell'art. 27 Cost. sarebbe stata pressoché inevitabile. Nella sentenza n. 135 del 2003, il Giudice costituzionale ha ancorato la decisione di rigetto alla valorizzazione della natura libera della scelta di non collaborare, considerazione questa avvalorata dal richiamo alla giurisprudenza costituzionale – recepita poi dalla legge n. 38 del 2009 – in materia di collaborazione impossibile, irrilevante o oggettivamente inesigibile. La preclusione non risulterebbe inoltre né assoluta, né irreversibile: il reo infatti può «cambiare la propria scelta», adottando dunque una condotta collaborativa, e, in virtù della stessa, accedere ai benefici di cui al co. 1 dell'art. 4-bis ord. penit., che gli sarebbero altrimenti preclusi.

L'argomentazione di cui la Corte si è servita nella sentenza del 2003, se non può rappresentare un limite per una futura decisione di accoglimento sul medesimo tema, sembra, però, espressione di una valutazione poco sensibile all'evoluzione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale in materia. E' ormai lontano quel noto passaggio della sentenza n. 12 del 1966 con cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità tra la pena pecuniaria e il finalismo rieducativo, ha sostenuto: «si volle che il principio della rieducazione del condannato, per il suo alto significato sociale e morale, fosse elevato al rango di precetto costituzionale, ma senza con ciò negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità. E ciò, evidentemente, in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale»⁸. Già sul finire degli anni Ottanta, la Corte si è però pronunciata nel

⁶ Corte cost., sent. 2 giugno 1997, n. 161.

⁷ Corte cost., sent. 2 giugno 1997, n. 161, per avere il condannato più volte violato le prescrizioni impostegli.

⁸ Corte cost., sent. 4 febbraio 1966, n. 12. Cfr. GROSSO, *Le pene pecuniarie di fronte all'art. 27, comma 3° della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 999 ss.

sensu della necessaria differenziazione delle funzioni della pena in relazione alle fasi della dinamica punitiva⁹. Risale tuttavia al 1990 un'importante pronuncia, a seguito della quale la concezione polifunzionale della pena può considerarsi superata nella giurisprudenza costituzionale¹⁰. Nella decisione che precede l'attesa sentenza n. 40 del 2019 in materia di sostanze stupefacenti, la Corte, ribadendo principi espressi nella sentenza n. 313 del 1990, ha sostenuto che la finalità rieducativa deve caratterizzare la pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»¹¹. Una straordinaria valorizzazione del principio di rieducazione proviene dalla recente sentenza n. 149 del 2018, in cui la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla rigida preclusione all'accesso ai benefici penitenziari per i condannati all'ergastolo del c.d. terzo tipo¹², sostiene la «non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»¹³. I rigidi automatismi in ambito penitenziario collidono con il principio di rilievo costituzionale che, proprio in tale settore, «richiede [...] invece una valutazione individualizzata caso per caso»¹⁴; qualora assumesse rilievo dominante l'individuazione del tipo di reato commesso, e ciò determinasse dun-

⁹ Corte cost., 17 maggio 1989, n. 282, con nota di PADOVANI, *Il nuovo volto della liberazione condizionale della sent. 282/89 della Corte costituzionale*, in *Legislazione penale*, 1989, 633 ss.

¹⁰ Corte cost., sent. 26 giugno 1990 n. 313. Cfr. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell'art. 444 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 3, 797 ss.

¹¹ Corte cost., sent. 7 giugno 2017, n. 179, cfr. GALLIANI e PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it*, 2017, 4. Cfr. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per traffico di droghe "pesanti" ma invia un severo monito al legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 11, 231 ss.

¹² Corte cost., sent. 21 giugno 2018, n. 149, in *Giur. cost.*, 2018, 4, 1632, la Corte si pronuncia sulla questione di legittimità sollevata dal Tribunale di sorveglianza Venezia in riferimento agli artt. 3 e 27, co. 3 Cost., avverso l'art. 58-quater, co. 4 ord. penit., «nella parte in cui prevede che i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c.p., che abbiano cagionato la morte del sequestrato, non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis se non abbiano effettivamente espiauto ventisei anni di pena», si veda il commento di FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, in *Giur. cost.*, 2018, 4, 1657 ss.; cfr. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase*, in *Giur. cost.*, 2018, 4, 1646 ss.

¹³ Corte cost., sent. 21 giugno 2018, n. 149, la «funzione rieducativa [...] da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società, e da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'arco dell'espiazione della pena»; cfr. SIRACUSANO, *Dalla Corte costituzionale un colpo "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1787 ss. Cfr. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018.

¹⁴ Corte cost., sent. 22 novembre 1999, n. 436, in *Giur. cost.*, 1999, 6, 3829 ss.

que la primazia del principio retributivo sul finalismo rieducativo, si assisterebbe alla violazione dei principi di individualizzazione e proporzionalità della sanzione penale. La peculiare esaltazione giurisprudenziale del finalismo rieducativo fa da cornice alla sentenza n. 253 del 2019, con cui la Corte ha superato la preclusione assoluta ai permessi premio per gli autori di uno dei delitti di cui all'art. 4-bis, co. 1 ord. penit., non collaboranti con la giustizia.

Vale la pena al riguardo di ricordare anche la copiosa giurisprudenza sovranazionale in materia. Nella sentenza *Kafkaris c. Cipro*¹⁵, la Grande Camera (con dieci voti contro sette) si è pronunciata sulla compatibilità della pena dell'ergastolo con l'art. 3 C.E.D.U., escludendo che essa violasse il parametro convenzionale evocato. In *Kafkaris*, coerentemente con la disciplina penitenziaria vigente al momento della condanna, l'ergastolo si presenta come una pena realmente perpetua, ossia senza possibilità di liberazione anticipata e/o condizionale, salva la possibilità di beneficiare della grazia concessa dal Presidente della Repubblica. La Corte ha confermato che la pena dell'ergastolo, inflitta al reo adulto, non contrasta di per sé con l'art. 3 della Convenzione o con le altre disposizioni della stessa ma, allo stesso tempo, ha constatato come una pena a vita, effettivamente irriducibile, possa sollevare problemi di compatibilità con detto parametro (§ 97). La Grande Camera ha ritenuto che la grazia eventualmente concessa dal Presidente, su proposta del Procuratore generale, possa essere considerata sufficiente per sostenere la riducibilità *de facto* della pena, e, di conseguenza, la conformità all'art. 3 C.E.D.U.

Con la sentenza *Vinter c. Regno Unito*, la Corte alsaziana si è pronunciata sull'istituto inglese del “*life imprisonment without parole*”, contemplato in diversi ordinamenti come alternativa alla pena di morte. Si tratta di un meccanismo che preclude in modo assoluto al reo la possibilità di beneficiare della liberazione condizionale. Si comprende, dunque, la non totale coincidenza con l'ergastolo “ostativo” italiano; quest'ultimo non esclude che il condannato possa fruire della liberazione condizionale, ma subordina la concessione della stessa alla collaborazione con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. Nella sentenza *Vinter*, la Corte EDU ha ritenuto che il reinserimento del reo, congiuntamente con la repressione, la dissuasione e la tutela dell'ordine pubblico, rientri «tra i motivi idonei a giustificare una detenzione» (§ 111). L'equilibrio tra i fini legittimi della pena detentiva si evolve nel corso dell'esecuzione della stessa, per questo «è solo attraverso un riesame dei motivi che giustificano il mantenimento in detenzione in una fase appropriata

¹⁵ Corte EDU, Grande Camera, sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*.

dell'esecuzione della pena che possono essere correttamente valutati i fattori suddetti». La pena perpetua senza prospettiva di liberazione condizionale, né possibilità di riesame, potrebbe impedire al reo di riscattarsi (§ 112): «qualunque cosa faccia in carcere per quanto eccezionali possano essere i suoi progressi per correggersi, la pena rimane immutabile e non soggetta a controllo». Per tale ragione l'ergastolo, pena meritata al momento dell'irrogazione, con il passare del tempo «non garantisce più una sanzione giusta e proporzionata».

Come autorevolmente sostenuto¹⁶, in questo modo, la Corte di Strasburgo ha evocato il principio di risocializzazione, espressamente affermato nella sentenza *Viola* (§ 108), in cui si legge che lo stesso «è oggi riconosciuto nella giurisprudenza della Corte». L'ergastolo obbligatorio senza possibilità di liberazione condizionale (ossia una pena prevista dalla legge per un reato particolare e che non lascia al giudice alcun potere discrezionale per quanto riguarda l'opportunità di pronunciarla), viola quindi l'art. 3 C.E.D.U. Quest'ultimo deve essere inteso nel senso che le pene perpetue devono risultare “riducibili”, ossia «sottoposte a un esame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione»¹⁷. Detto altrimenti, in *Vinter* la Corte afferma che è irragionevole una presunzione assoluta di pericolosità, immutabile nel tempo. I giudici di Strasburgo hanno ribadito dunque che il principio della dignità umana impedisce di privare una persona della libertà, senza operare nello stesso tempo per il suo reinserimento, e senza fornirle la possibilità di recuperarla in un futuro più o meno lontano (§ 113).

La condanna all'ergastolo senza alcuna prospettiva di liberazione, e di riesame della pena, come sostenuto anche dalla Corte costituzionale federale tedesca in materia di carcere a vita¹⁸, lede la dignità umana e priva il detenuto del diritto alla speranza. Quest'ultimo deve essere garantito anche all'autore dei più odiosi delitti, conservando egli l'umanità e, dunque, la possibilità di riacquisire i valori della civile convivenza. Privare il reo del diritto alla speranza significa, richiamando le evocative parole del Carnelutti, «vedere ormai in

¹⁶ DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2, 925-948.

¹⁷ Corte EDU, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, § 119.

¹⁸ Corte EDU, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, § 69 e § 113.

lui un animale incapace di ritornare un uomo»¹⁹, implica una negazione della sua dignità e, di conseguenza, una sottoposizione a un trattamento inumano e degradante. L'ordinamento deve dunque assicurare la possibilità sia di liberazione, laddove non sussistano ragioni tali da giustificare la detenzione, sia di riesame, secondo condizioni stabilite *ex ante*, in modo tale da tutelare il "diritto alla speranza" affermato dalla Corte EDU²⁰.

Con la sentenza *Murray c. Paesi Bassi*, i giudici alsaziani si sono pronunciati a proposito della riducibilità della pena perpetua in relazione alle condizioni del reo affetto da disturbi psichici²¹. In quel caso la pena dell'ergastolo risultava sostanzialmente irriducibile e tra l'altro il reo mai era stato sottoposto ad alcuna cura medico-psicologica idonea a ridurre il rischio di recidiva. La Corte di Strasburgo ha rilevato dunque una violazione dell'art. 3 C.E.D.U., considerata l'impossibilità di accesso a un trattamento tale da offrire al condannato la realistica possibilità di riabilitare sé stesso, al fine di nutrire una speranza di rilascio. La mancanza di una tale opportunità può rendere l'ergastolo *de facto* irriducibile, e, in quanto tale, in contrasto con l'art. 3 della Convenzione²².

Si è osservato come la Corte alsaziana abbia dunque salvato la legittimità delle pene di durata indeterminata, a condizione che detta indeterminatezza non si traduca in una perpetuità di tipo assoluto. Il regime dell'ergastolo "ostativo" italiano, che subordina l'accesso ai benefici penitenziari all'utile collaborazione con la giustizia ex art. 58-ter ord. penit., consente, dunque, *de iure*, la riducibilità della pena perpetua. La legislazione interna non vieta infatti, in ma-

¹⁹ CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 1-6.

²⁰ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, § 120: «La Corte sottolinea tuttavia che, tenuto conto del margine di apprezzamento che deve essere accordato agli Stati contraenti in materia di giustizia penale e di determinazione delle pene [...], essa non ha il compito di imporre la forma (amministrativa o giudiziaria) che un tale esame deve assumere. Per lo stesso motivo essa non deve stabilire in quale momento si debba procedere a un tale esame. Ciò premesso, la Corte constata anche che, dagli elementi di diritto comparato e di diritto internazionale prodotti dinanzi ad essa, risulta che vi è una netta tendenza in favore della creazione di un meccanismo speciale che garantisca un primo riesame entro un termine massimo di venticinque anni da quando la pena perpetua è stata inflitta, e poi, successivamente, dei riesami periodici».

²¹ Corte EDU, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, per una valutazione approfondita cfr. GALLIANI, "*Murray c. Paesi Bassi*": *progressi in materia di pena perpetua*, in *Quaderni cost.*, 2016, 3, 603 ss.

²² Cfr. FIORENTIN, *Il caso Viola n. 2. L'ergastolo ostativo e la tutela della dignità umana*, in *Il diritto alla speranza davanti alle Corti, ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020, 75, la Corte EDU ha successivamente sviluppato la giurisprudenza *Vinter*. La sentenza *Hutchinson c. Regno Unito*, pronunciata dalla Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 2017, rappresenta l'unica battuta d'arresto nei sei anni trascorsi da *Vinter*.

niera assoluta, e con effetto automatico, un orizzonte di libertà al reo condannato per uno dei reati di cui all'art. 4-bis, co. 1 ord. penit. Con la sentenza *Viola*, la quale si colloca dunque in un contesto di fiorente elaborazione giurisprudenziale in materia di pena perpetua, la Corte EDU ha accolto il ricorso proposto da Marcello Viola²³. I giudici di Strasburgo hanno sostenuto che non si possa non dubitare sia del fatto che l'ordinamento garantisca la libertà della scelta di collaborare o meno con l'autorità giudiziaria²⁴, sia dell'equivalenza – legislativamente fissata – tra la mancata adozione di una condotta collaborativa e la pericolosità sociale del reo. Sono dunque emersi diversi profili di contrasto con l'art. 3 C.E.D.U.²⁵ Quest'ultimo presuppone che la pena dell'ergastolo sia “*de iure e de facto*” riducibile. La Corte ha quindi giudicato la disciplina che subordina la riduzione della pena perpetua ex art. 4-bis, co. 1 ord. penit., alla sola adozione di condotte collaborative (e fattispecie ad esse succedanee), contrastante con la giurisprudenza europea. La presunzione assoluta che regge l'equazione secondo cui la collaborazione costituisce espressione del sicuro allontanamento dal sodalizio criminale e che, parallelamente, il rifiuto di adottare una condotta collaborativa appalesi sempre la permanenza del legame sodale, risulta priva di quella ragionevolezza che sta alla base dell’*“id quod plerumque accidit”*.

La scelta di non collaborare potrebbe infatti non essere libera, né giustificata dalla persistente adesione ai valori criminali, e dunque dal mantenimento di

²³ Per un'analisi puntuale della sent. 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, si veda la nota di FIORENTIN, in *Guida dir.*, 44, 14 ss.; cfr. SCARCELLA, *La normativa italiana sul c.d. ergastolo ostativo è contraria alla Convenzione EDU*, in *Quotidiano giur.*, 17 giugno 2019. Viola è detenuto in carcere dal 1992; condannato dapprima a dodici anni di reclusione (per il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, aggravato dal ruolo di promotore e organizzatore), poi all'ergastolo (per i reati di omicidio con aggravante mafiosa). Essendosi sempre proclamato innocente, nel 2011 e nel 2013 ha presentato domanda di permesso premio, vedendosi sempre negare il beneficio. In seguito, Viola presenta domanda di liberazione condizionale, professandosi innocente e chiedendo dunque una pronuncia di inesigibilità dell'utile collaborazione con la giustizia. Il Tribunale non solo risponde negativamente, ma respinge la richiesta di sollevare una questione di legittimità dell'art. 4-bis, co. 1 ord. penit., in relazione agli artt. 27, co. 3 e 117, co. 1 Cost., in riferimento al 3 C.E.D.U. Anche la Corte di cassazione, investita del ricorso nei confronti della decisione del primo, lo rigetta e non solleva la questione di legittimità. Viola si rivolge dunque alla Corte EDU, lamentando la violazione di diversi artt. della Convenzione. I giudici di Strasburgo giudicano ammissibili le doglianze presentate in riferimento all'art. 3, per il fatto che la mancata adozione di una condotta collaborativa abbia impedito l'esame nel merito della richiesta di liberazione condizionale, e all'art. 8: infatti l'onere di collaborazione contrasta con l'integrità della persona, ponendola in conflitto con la propria coscienza.

²⁴ Cfr. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1510 ss.

²⁵ Per un'analisi puntuale si veda FIORENTIN, *Il caso Viola n. 2. L'ergastolo ostativo e la tutela della dignità umana*, in *Il diritto alla speranza davanti alle Corti, ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, cit., 76 ss.

legami con il gruppo di appartenenza (§ 118), ma, per esempio, potrebbe dipendere dal timore di reazioni violente da parte degli ex associati. Analogamente, non si esclude che l'ergastolano ostativo possa essere indotto a collaborare con la giustizia «con l'unico proposito di ottenere i vantaggi previsti dalla legge», senza dunque che tale condotta rifletta una dissociazione dal sodalizio criminale. L'impossibilità, per il giudice, di valutare l'effettivo ravvedimento del reo, e di poterne constatare la reale progressione trattamentale, rendono l'ergastolo "ostativo" una pena *de facto* irriducibile e, in quanto tale, in contrasto con la tutela della dignità umana²⁶. A nulla rilevano i rimedi interni evocati dal Governo italiano, ossia la grazia presidenziale e il differimento della pena per motivi di età o salute, essi sono ritenuti non corrispondenti «al significato dell'espressione "prospettiva di liberazione"». Come sostenuto dalla Corte costituzionale italiana, il potere di grazia presidenziale risponde infatti a finalità umanitarie, e serve quindi a temperare la rigidità della legge penale²⁷. Sebbene la Corte EDU, avendo evidenziato problemi strutturali, inviti l'Italia sia a prendere atto di tali violazioni, sia a introdurre - «di preferenza per iniziativa legislativa» - misure volte a garantire il riesame della pena (§ 143), si esclude che la pronuncia possa definirsi "sentenza pilota". La Corte di Strasburgo si limita infatti ad individuare un problema strutturale, non provvede ad indicare le misure che lo Stato dovrà adottare per porvi rimedio. Occorre tuttavia ricordare che il rifiuto pronunciato dal Collegio di cinque giudici in merito alla richiesta del Governo italiano²⁸ di rinvio alla Grande Camera è stata letta nel senso che sottintendesse l'esistenza di una giurisprudenza consolidata, e, in quanto tale, non necessitante di un rinvio alla Grande Chambre²⁹. La tratteggiata indicazione dell'elaborazione giurisprudenziale, interna ed europea, permetterebbe dunque non solo di escludere una decisione della Corte nel senso dell'inammissibilità della questione per effetto della sentenza n. 135 del 2003, ma consentirebbe di meglio cogliere l'*humus* giurisprudenziale su cui la decisione della Corte, tanto di accoglimento, quanto di rigetto, si collocherà.

²⁶ Cfr. Corte EDU, sent. 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, § 113, in materia di dignità umana sostiene che essa «impedisce di privare una persona della libertà con la costrizione senza operare, al contempo, per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà».

²⁷ Cfr. Corte cost., 3 maggio 2006, n. 200.

²⁸ Secondo il Governo «il sistema offre [...] una prospettiva concreta all'ergastolano, da una parte, permettendo che questi possa accedere ai benefici penitenziari in caso di collaborazione "impossibile" o "inesigibile" [...] e, dall'altra parte, connettendo alla libera scelta dell'interessato di collaborare, e non a un automatismo legislativo, la possibilità di ottenere quegli stessi benefici».

²⁹ *Amicus Curiae. L'Altro Diritto O.D.V., Atto di promovimento: Corte di Cassazione, Sez. I penale, ordinanza 3-18 giugno 2020, Est. Santalucía, Pres. Mazzei*, in www.amicuscursiae.it.

L'eventualità che la questione sollevata sia giudicata priva di rilevanza, poiché l'eventuale pronuncia di accoglimento non determinerebbe, in modo automatico, la concessione della liberazione condizionale al condannato, è facilmente confutabile analizzando la giurisprudenza costituzionale. Vero è che l'art. 23, co. 3 della legge n. 87 del 53 nel chiarire il significato da attribuire alla nozione di "rilevanza", la identifica con l'impossibilità che «il giudizio sia definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale», tuttavia non si può prescindere dalla giurisprudenza in materia, secondo cui: «per l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale, è sufficiente che la disposizione censurata sia applicabile nel giudizio *a quo*, senza che rilevino gli effetti di una eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale per le parti in causa»³⁰. Nella recente sentenza n. 253 del 2019 la Corte afferma: «il presupposto della rilevanza non si identifica con l'utilità concreta di cui le parti in causa potrebbero beneficiare a seguito della decisione», infatti «quand'anche l'esito del giudizio *a quo* sia il medesimo - la non concessione del permesso premio - la pronuncia di questa Corte influirebbe di certo sul percorso argomentativo che il rimettente dovrebbe a questo punto seguire per decidere sulla richiesta del detenuto»³¹. Detto altrimenti, la rilevanza della questione sollevata dovrebbe essere valutata in relazione all'acquisita competenza del giudice *a quo* di verificare la progressività trattamentale del condannato, anche in mancanza di un'utile collaborazione con la giustizia, e non in riferimento alla necessaria concessione della liberazione condizionale al reo non collaborante³².

Tra i parametri di cui il rimettente censura la violazione si rammenta il binomio costituito dagli artt. 3 e 27, co. 3 Cost., oltre che l'art. 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 3 della C.E.D.U. Quanto riportato consente di rilevare un ulteriore elemento di differenziazione rispetto alla questione definita con la sentenza n. 135 del 2003, nella quale, come evidenziato autorevolmente dalla dottrina³³, la Corte si sarebbe pronunciata sulla lamentata violazione del solo principio di rieducazione del condannato. Si tratta di un dato da non sottovalutare.

³⁰ *Ex plurimis* sentt. n. 170 del 2019, n. 20 del 2016, n. 46 e n. 5 del 2014, n. 294 del 2011.

³¹ Corte cost., sent. 23 ottobre 2019, n. 253, considerato in diritto, punto 6; *ex multis* sentt. n. 28 del 2010, n. 394 del 2006, n. 161 del 2004, n. 148 del 1983.

³² Si veda Corte cost., 2 giugno 1983, n. 148, in cui la nozione di rilevanza è stata in un certo senso "attenuata"; diversamente, la questione di legittimità avente ad oggetto la norma penale di favore sarebbe sempre irrilevante, in virtù del principio del *favor rei*. L'eventuale decisione di incostituzionalità influirebbe infatti sulla formula di proscioglimento. Cfr. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Padova, II, 1984, 289 ss.

³³ RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale? Relazione introduttiva al Seminario: "Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale"*, in www.amicuscunriae.it.

lutare: non di rado la Corte conferma la rilevanza della descrizione del *thema decidendum* ai fini dell'accoglimento della *quaestio legitimitatis*. Rispetto alla sentenza n. 135 del 2003 - nella quale la Corte si è espressa unicamente sulla denunciata lesione dell'art. 27, co. 3 Cost. - la questione di legittimità su cui la Consulta è chiamata a pronunciarsi, coinvolge anche gli artt. 3 e 117, co. 1 Cost. L'evocazione di parametri diversi, o ulteriori, rispetto a quelli già indicati, permette alla Corte di pronunciarsi sul merito, anche a seguito di precedenti sentenze di «manifesta infondatezza» su questioni sostanzialmente immutate.

La lamentata violazione dell'art. 117, c. 1 Cost, in relazione all'art. 3 C.E.D.U., permetterebbe inoltre di escludere che il Giudice costituzionale possa servirsi dell'argomentazione su cui la Corte stessa ha imperniato la pronuncia di infondatezza definita con la sentenza n. 135 del 2003. Come ricordato, in quell'occasione, la Consulta aveva salvato la legittimità costituzionale dell'ergastolo "ostativo" valorizzando la natura "libera" della scelta di non collaborare. Il Governo italiano ha riproposto detto rilievo nel procedimento davanti alla Corte EDU in relazione al caso Viola (§ 79): «il sistema offre in tal modo una prospettiva concreta al condannato all'ergastolo, permettendo [...] che quest'ultimo possa avere accesso ai benefici penitenziari in caso di collaborazione «impossibile» o «irrilevante» [...] e, dall'altra, riconducendo alla libera scelta dell'interessato di collaborare, e non a un automatismo legale, la possibilità di ottenere gli stessi benefici».

La Corte di Strasburgo, tuttavia, dubita sia della libertà di tale scelta, sia dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato. Con parole nette e persuasive, ha sostenuto che l'assenza di una condotta collaborativa non può «essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai «valori criminali» e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza»³⁴. Come già ricordato, da un lato il reo potrebbe collaborare, senza che ciò rispecchi un'effettiva dissociazione dall'ambiente criminale, dall'altro l'assenza di collaborazione e l'incontrovertibile presunzione di pericolosità sociale ben possono non corrispondere al percorso di rieducazione dello stesso. La Corte EDU non esclude infatti che la "dissociazione"

³⁴ Corte EDU, sent. 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, § 116 e § 118, del resto, già con la sentenza n. 306 del 1993, la Consulta ha sostenuto che l'assenza di collaborazione non fosse espressione dell'inevitabile permanenza di legami con il sodalizio criminale. Cfr. Corte cost., sent. 8 luglio 1993, n. 306, con commento di FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.*, 1993, 2505.

del condannato dal contesto mafioso, «possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia»³⁵.

Il reato che assume esclusivo rilievo nella vicenda in esame riguarda un fenomeno particolarmente pericoloso per la società: ciò tuttavia non può rappresentare un limite per una pronuncia di accoglimento. La Corte EDU ha chiarito che la lotta contro il “flagello mafioso” non giustifica deroghe alle disposizioni di cui all’art. 3 della Convenzione, il quale vieta, in modo assoluto, la sussistenza di pene inumane e degradanti.

Un ostacolo alla dichiarazione di incostituzionalità potrebbe essere rappresentato dal passaggio contenuto nel passo dell’ordinanza di rimessione con cui la Corte di cassazione ha sollevato la questione di legittimità poi decisa dalla Consulta con la sentenza n. 253 del 2019: «I permessi premio [...] possiedono una connotazione di contingenza che non ne consente l’assimilazione integrale alle misure alternative alla detenzione, perché essi non modificano le condizioni restrittive del condannato. Soltanto rispetto a queste ultime le ragioni di politica criminale sottese alla preclusione assoluta di cui all’art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen. possono apparire rispondenti alle esigenze di contrasto alla criminalità organizzata»³⁶. Tale considerazione precede quelle più strettamente giuridiche volte a valorizzare il rilievo che i permessi premio rivestono ai fini del reinserimento sociale del condannato: laddove mancassero, sarebbero compromesse le stesse «finalità costituzionali della pena detentiva». L’imprudente passaggio non viene però ripreso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 253, la quale, nel valorizzare lo iato intercorrente tra i permessi premio e la liberazione condizionale, sviluppa considerazioni più strettamente giuridiche. I permessi *ex art.* 30-ter ord. penit., infatti, conferiscono al reo «a fini rieducativi, i primi spazi di libertà»³⁷, permettendo dunque agli operatori penitenziari di osservare gli effetti che il – seppur temporaneo – ritorno alla libertà produce sul condannato. Sono infatti finalizzati alla cura di interessi «affettivi, culturali e di lavoro», costituendo dunque «uno strumento fondamentale per consentire al condannato di progredire nel senso di responsabilità e di capacità di gestirsi nella legalità, e al magistrato di sorveglianza di vagliare i progressi trattamenti compiuti e la capacità di reinserirsi, per quanto brevemente, nel tessuto sociale»³⁸. La liberazione condizionale³⁹, collocata tra le misure estinti-

³⁵ Corte EDU, sent. 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, § 121.

³⁶ Ordinanza iscritta al n. 59 del registro ordinanze del 2019.

³⁷ Corte cost., sent. 4 aprile 1990, n. 188.

³⁸ Corte cost., sent. 21 giugno 2018, n. 149; Corte cost., sent. 10 dicembre 1997, n. 403.

³⁹ Si precisa che la liberazione condizionale, collocata tra le misure estintive della pena (artt. 176 e 177 c.p.), da strumento utile per la gestione degli istituti penitenziari, diviene strumento del trattamento

ve della pena (artt. 176 e 177 c.p.), è tuttavia un istituto «funzionalmente analogo alle misure alternative alla detenzione, essendo anch'esso finalizzato a consentire il graduale reinserimento del condannato nella società»⁴⁰. La caduta nel vuoto della porzione di motivazione riportata dal giudice rimettente permetterebbe di escludere che la Corte possa far proprie le citate argomentazioni nella pronuncia in materia di liberazione condizionale.

L'importanza assunta dal trascorrere del tempo, nella sentenza n. 253 del 2019, non può essere sottovalutata. L'ordinanza di rimessione proposta dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia - in seguito al denso passaggio in cui si sottolinea come la preclusione all'accesso a qualsiasi beneficio premiale, in assenza di collaborazione, rappresenti un «disincentivo alla stessa partecipazione» al percorso rieducativo e, dunque, una mortificazione degli obiettivi posti dalla norma costituzionale - pone in risalto il valore del tempo, particolarmente nella fase esecutiva. Esso può comportare modificazioni di rilievo «sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere»; ciò, come chiarito dal Giudice costituzionale, permette di palesare l'incostituzionalità della preclusione assoluta all'accesso ai benefici, inducendo invece a «riconoscere il carattere relativo della presunzione di pericolosità»⁴¹. È l'art. 27, co. 3 Cost. a rendere necessaria la valutazione concreta dell'evoluzione della personalità del condannato e, come anticipato, della situazione esterna nell'ambito della quale si svolgerebbe il reinserimento, anche temporaneo. La lesione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'irragionevolezza, è ancorata alla rigida presunzione di pericolosità sociale che, prescindendo da una valutazione in concreto, presuppone l'immutabilità, sia della personalità

rieducativo, volto alla risocializzazione del reo. Di fondamentale rilevanza è la sent. del 4 luglio 1974, n. 204, con cui la Corte costituzionale ha sottratto al Ministro della giustizia la competenza di concedere il beneficio, considerata la contingenza tra la liberazione condizionale e il programma trattamentale. Con la decisione in esame la Consulta ha affermato la sussistenza di un diritto del condannato a beneficiare della liberazione condizionale, integrati i presupposti per la sua applicazione. Sarà poi la legge Gozzini (l. 663/1986), ad attribuire al tribunale di sorveglianza la competenza in materia di liberazione condizionale. Per completezza si ricorda che il procedimento di trasformazione della stessa in misura alternativa, si sarebbe dovuta completare con il d.lgs. 123/2018, nei lavori preparatori si provvedeva infatti a collocarla nell'ordinamento penitenziario. Tuttavia, tale tentativo non ha avuto gli esiti sperati, la misura continua ad essere disciplinata nel codice penale.

⁴⁰ Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32, in *Giur. cost.*, 2020, 1, 224 ss., con osservazione di GARGANI, *L'estensione "selettiva" del principio di irretroattività alle modifiche in pejus, in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione "storica"*, 263 ss.

⁴¹ Corte cost., sent. 23 ottobre 2019, n. 253, considerato in diritto, punto 8.3, e ancora: «È certo possibile che il vincolo associativo permanga inalterato anche a distanza di tempo, per le ricordate caratteristiche del sodalizio criminale in questione, finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, quale quella che - in particolare, ma non esclusivamente, secondo la ratio stessa di questa pronuncia - è espressa dalla collaborazione con la giustizia».

del reo, sia dell'ambiente circostante. Se l'esame dell'evoluzione personologica dell'istante (e della situazione esterna) è ammessa in materia di permessi premio, essa deve, in un certo senso, a maggior ragione, essere estesa alla liberazione condizionale, l'accesso alla quale è consentito dopo ventisei anni di detenzione. L'arco di tempo trascorso, se alla pena si attribuisce effettivamente, e in conformità con il dettato costituzionale, una finalità rieducativa, renderebbe inevitabile una valutazione individualizzata e personalizzata del percorso trattamentale. La Corte EDU nella sentenza *Viola c. Italia n. 2*, nel ricordare che la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso, e che essa può evolvere durante la fase di esecuzione della pena, si riferisce al trascorrere del tempo sotto una differente prospettiva. Sostiene infatti che, a causa del regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari, «il ricorrente rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua punizione rimane immutabile, insuscettibile di controllo e rischia anche di appesantirsi con il tempo»⁴². Il carcere senza senso, perché senza speranza, può diventare un «non-luogo altamente pericoloso»⁴³, potendo determinare un aumento del tasso di violenza negli istituti penitenziari, sia verso gli altri, sia verso sé stessi.

Con la sentenza n. 253 del 2019 la Corte ha reagito all'odiosa preclusione assoluta che privava i condannati per uno dei delitti indicati all'art. 416-bis c.p. (e gli autori degli altri reati ex art. 4-bis, co. 1 ord. penit.) del diritto ad un esame da parte di un giudice che ne verificasse, sia i progressi trattamentali, sia l'eventuale silenzio⁴⁴. In quell'occasione la Consulta ha ammesso il carattere assoluto della presunzione radicata nel regime dell'ergastolo "ostativo". La sussistenza di rigidi automatismi, in un settore come quello penale, che, invece, dovrebbe costituire il cuore dei principi di individualizzazione e personalizzazione, non può che apparire del tutto irragionevole.

Qualora la Corte dichiarasse l'infondatezza della questione sollevata, si assisterebbe ad una brusca interruzione della progressività trattamentale, di cui la liberazione condizionale costituisce peculiare espressione. In tal caso, non sarebbe irrealizzabile la situazione in cui il giudice che concedesse l'accesso ai permessi premio - in mancanza dell'utile collaborazione e in presenza delle «determinate e rigorose condizioni» introdotte - si trovasse poi al cospetto di

⁴² Corte EDU, sent. 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, § 127; cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito* § 112.

⁴³ GALLIANI e PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo. (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 4, 191-208.

⁴⁴ Cfr. Corte cost., 6 marzo 2019, n. 117, il diritto al silenzio è elevato al rango di principio supremo caratterizzante «l'identità costituzionale italiana».

una rigida preclusione alla valutazione della prova positiva ai fini di misure e benefici che ne costituirebbero il ragionevole sviluppo⁴⁵. Ciò contrasterebbe sia con la tutela del diritto alla speranza, verso la quale invece la Corte EDU mostra particolare sensibilità, sia con il principio della “progressione trattamentale” su cui, anche a detta della Corte alsaziana, si basa il sistema penitenziario italiano (§ 111). Mano a mano che il reo fa progressi in carcere - ammesso che ne faccia - gli «viene offerta dal sistema la possibilità di beneficiare di misure progressive (che vanno dal lavoro esterno alla liberazione condizionale) che lo accompagnino nel suo “percorso verso l’uscita”». Al reo sarebbe dunque riconosciuto un isolato assaggio di libertà, a cui non ne seguirebbero di ulteriori. La brusca interruzione della progressione trattamentale potrebbe generare nel condannato una fame feroce incapace di spronarlo positivamente alla prosecuzione del percorso rieducativo, o una rassegnazione alla quale potrebbe fare seguito un pericoloso digiuno, dagli esiti del tutto analoghi. Vero è che la liberazione condizionale comporta la prosecuzione della pena *extra moenia*, mediante la sottoposizione del reo alla libertà vigilata per il tempo di pena residua, ovvero per cinque anni nel caso di condannati all’ergastolo. Detta maggiore libertà non può però costituire un ostacolo all’accoglimento della questione sollevata dall’autorità rimettente. A tal proposito, è il caso di evidenziare che la liberazione si colloca a monte, e non a valle del percorso rieducativo, e che il requisito del sicuro ravvedimento, - presupposto imprescindibile della misura - rappresenta la condizione più difficile da integrare tra quelle previste per le misure risocializzative⁴⁶. Saranno proprio le progressive porzioni di libertà già offerte al reo, attraverso la concessione dapprima dei permessi premio e poi - dichiarata l’incostituzionalità degli automatismi preclusivi che coinvolgono i singoli benefici penitenziari - delle misure alternative, a divenire oggetto di valutazione da parte della magistratura di sorveglianza al fine di concedere la misura *de qua*⁴⁷. Solo in questo

⁴⁵ Cfr. CARNEVALE, *Il rapporto tra legge e giudice nelle presunzioni assolute in materia di libertà*, in *Il fine e la fine della pena. Sull’ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, a cura di BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI, in www.amicuscuriae.it.

⁴⁶ Si veda DELLA CASA e GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, VI, Torino, 2020, 223 ss., particolarmente 225, il sicuro ravvedimento «certamente non può identificarsi né con la “buona condotta” dell’interessato, né con la sua avvenuta risocializzazione, nonostante si collochi al vertice del trattamento progressivo».

⁴⁷ Non sembrerebbe del tutto irragionevole sostenere che coloro che non abbiano fruito di alcun beneficio penitenziario o misura alternativa - a causa del regime preclusivo ex art. 4-bis, co. 1 ord. penit. - siano esclusi dalla possibilità di beneficiare della liberazione condizionale, in conformità con il noto principio della progressività trattamentale. Vero è però che, se così fosse, si attribuirebbero ai condannati ex art. 4-bis ord. penit. le responsabilità di previsioni di dubbia costituzionalità di cui essi sono stati

modo la decisione del giudice sarà attuale, di conseguenza disancorata da immote preclusioni imperniate sul “tipo di reato” e sulla pericolosità dell’interessato al momento in cui i delitti sono commessi, «invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna»⁴⁸.

3. *In conclusione.* Le considerazioni svolte permettono di preconizzare una pronuncia di accoglimento. Ci si domanda, però, in che modo possa essere superato l’automatismo che regge il regime *ex art. 4-bis, co. 1 ord. penit.* Ancora una volta viene in rilievo la sentenza n. 253 del 2019, e, nello specifico, la dibattuta soluzione da essa introdotta. La questione non ha riguardato l’ergastolo “ostativo”, ma i condannati per i reati *ex art. 4-bis, co. 1 ord. penit.*, tanto a pena perpetua, quanto a pena temporanea, a cui, in assenza di una collaborazione con la giustizia, è precluso l’accesso ai permessi premio. La presunzione assoluta di pericolosità - in caso di mancata adozione di condotte collaborative *ex art. 58-ter ord. penit.* - ha permesso alla Corte di individuare diversi punti di contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3 Cost. In primo luogo, l’impianto introdotto a partire dalla legislazione emergenziale del 1992 sacrifica eccessivamente la finalità di recupero sociale del reo, a favore di esigenze di tipo investigativo e di difesa sociale. L’assenza della collaborazione non può risolversi in un «aggravamento della modalità di esecuzione della pena»; infatti, se appare corretto ritenere la scelta di collaborare con la giustizia espressione di un definitivo distacco dal sodalizio mafioso, egualmente tali condotte non dovrebbero rappresentare l’unico mezzo a disposizione del reo per dimostrare l’allontanamento dal contesto criminale. Il contrasto con l’art. 27, co. 3 Cost. è dunque conseguenza del fatto che, in assenza del requisito della collaborazione, la richiesta di accesso ai benefici penitenziari sarà giudicata inammissibile, senza che la magistratura di sorveglianza possa valutare nel merito l’istanza. Tali presunzioni assolute di permanenza di legami sodali mal si conciliano con il trascorrere del tempo che caratterizza particolarmente la fase esecutiva. I principi di individualizzazione e proporzionalità, la cui centralità *in subiecta materia* è valorizzata dalla nota sentenza n. 149 del 2018, sarebbero dunque sviliti a causa della preclusione assoluta *ex art. 4-bis ord. penit.* La generalizzazione contrasta inoltre con l’art. 3 Cost., sotto il profilo dell’irragionevolezza intrinseca: la rigida presunzione di pericolosità sociale

unicamente destinatari.

⁴⁸ Corte EDU, sent. 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, § 128.

prescinde da qualsiasi valutazione in concreto e, di conseguenza, presuppone l'immutabilità sia della personalità del reo, sia del contesto esterno al carcere. La Corte è dunque intervenuta con una sentenza manipolativa, con la quale – limitatamente ai permessi premio – ha trasformato in relativa⁴⁹ la presunzione assoluta di incompatibilità con il beneficio derivante dall'assenza dell'utile collaborazione. Secondo quanto sostenuto dal Giudice delle leggi, grava sul reo l'onere di allegare elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata e il pericolo di un loro ripristino; si assiste quindi ad una sostanziale inversione dell'onere probatorio. La magistratura di sorveglianza deciderà «sia sulla base di tali elementi, sia delle specifiche informazioni necessariamente ricevute in materia dalle autorità competenti». Segnatamente, qualora le informazioni pervenute dal Comitato provinciale (e dalle Procure antimafia) per l'ordine e la sicurezza pubblica «depongano in senso negativo, incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno»⁵⁰. Vale la pena di osservare come gli stessi profili di contrasto della presunzione assoluta *de qua* con gli artt. 3 e 27, co. 3 Cost., sarebbero estensibili alla questione oggi al vaglio del Giudice delle leggi. Si pensi alla sterilizzazione delle finalità di recupero sociale, alla natura in un certo senso “sanzionatoria” della decisione di non collaborare con la giustizia, alla vanificazione dei principi di individualizzazione e di proporzionalità della pena e all'irrazionale generalizzazione secondo cui il condannato non collaborante conserverebbe sicuramente legami sodali, presunzione questa che non può essere vinta da prova contraria.

È probabile che le «determinate e rigorose condizioni», introdotte in materia di permessi premio, si applicheranno alla liberazione condizionale. Ci si

⁴⁹ RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it, considerata la specificità degli elementi richiesti, l'A. parla di presunzione «semi-assoluta». Cfr. Corte cost., sent. 23 ottobre 2019, n. 253, «la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, pur non più assoluta» è «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».

⁵⁰ Corte cost., sent. 23 ottobre 2019, n. 253, «La magistratura di sorveglianza deciderà, sia sulla base di tali elementi, sia delle specifiche informazioni necessariamente ricevute in materia dalle autorità competenti, prima ricordate; con la precisazione che – fermo restando l'essenziale rilievo della dettagliata e motivata segnalazione del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale (art. 4-bis, comma 3-bis, ordin penit.) – se le informazioni pervenute dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso negativo, incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno (in tal senso, già Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 12 maggio 1992, n. 1639)».

chiede se tale soluzione possa davvero porre fine al troppo lungo svilimento del finalismo rieducativo, e, in particolare, se il sistema rinvenibile nella sentenza n. 253 del 2019 «garantisca la possibilità per il condannato di sapere cosa fare perché la sua liberazione sia possibile e quali siano le condizioni applicabili»⁵¹. L'onere di allegazione di elementi che escludono l'attualità di legami sodali costituisce un criterio rinvenibile nell'ordinamento e, in particolare, nell'originaria formulazione dell'art. 4-bis ord. penit., per i reati della c.d. "prima fascia"⁵². Quest'ultimo subordinava l'accesso a taluni benefici previsti dall'ordinamento penitenziario, all'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva»⁵³. Tuttavia, nella sentenza n. 253, il requisito riportato è qualificato alla stregua di un «fattore imprescindibile ma non sufficiente». A questo si aggiunge l'onere di allegazione di elementi che escludano il pericolo di ripristino di collegamenti con il sodalizio mafioso, presupposto «necessario alla luce della Costituzione». Il sistema di allegazioni introdotto dalla Corte sembra violare il principio di tassatività, quale corollario del principio di legalità in materia penale. La dimostrazione dell'insussistenza di un pericolo di ripristino di collegamenti con il sodalizio criminale, da un lato costituisce un elemento di dubbio per la magistratura di sorveglianza - non essendo definito il perimetro entro cui la stessa deve valutare la sussistenza del requisito richiesto -, dall'altro per il detenuto comporta l'onere di dimostrare il mancato pericolo di un ripristino astratto. Sebbene il sistema introdotto dalla Corte generi numerosi profili di criticità e incertezza e, pur essendo note le ragioni di politica *stricto sensu* investigativa sottese al requisito dell'utile collaborazione, risulta oltremodo tortuoso rinvenire nell'ordinamento una soluzione diversa da quella introdotta con la sentenza n. 253 del 2019.

La Corte costituzionale, per definizione, non può sostituirsi *in toto* al Legislatore. Il diritto dell'esecuzione penale e il diritto penale sostanziale costituiscono, in particolare, il terreno su cui la Consulta si è sempre mossa con deferenza rispetto alla discrezionalità legislativa. Non di rado infatti, il Giudice

⁵¹ Corte EDU, sent. 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, definitiva il 7 ottobre 2019. Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito* § 122.

⁵² Ci si riferisce all'associazione di tipo mafioso, ai relativi "delitti-satellite", al sequestro di persona a scopo di estorsione e all'associazione finalizzata al narcotraffico

⁵³ Corte cost., sent. 23 ottobre 2019, n. 253, si precisa inoltre che di tale regime l'art. 4-bis ord. penit. conserva traccia al co. 1-bis. Con tale comma si estende la possibilità di accesso ai benefici penitenziari ai casi di collaborazione inesigibile, impossibile o oggettivamente irrilevante (se, in quest'ultima evenienza, sia stata applicata al reo una delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, numero 6), 114 o 116 c.p.). Nelle ipotesi riportate è necessario siano acquisiti «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

costituzionale ha dovuto arrestare il proprio sindacato a causa dell'impossibilità di rinvenire soluzioni univoche all'interno dell'ordinamento⁵⁴. Come evidenziato dalla Presidente Marta Cartabia nella "Relazione sull'attività della Corte del 2019", la Consulta ha di recente mostrato una nuova sensibilità «là dove vengono in rilievo diritti fondamentali della persona di fronte alla potestà punitiva dello Stato»⁵⁵. Proprio in materia di diritto penitenziario, infatti, preservando la discrezionalità del Legislatore, la Corte non si rifiuta di intervenire, cercando di rinvenire nell'ordinamento soluzioni adeguate a rimuovere la norma lesiva della Costituzione⁵⁶.

Alla luce di questi elementi - da cui deriva il puntuale vaglio di costituzionalità compiuto, nei settori indicati, alla luce dei principi di proporzionalità e della finalità rieducativa della pena⁵⁷ - si ritiene che una soluzione diversa da quella indicata dalla Consulta nella sentenza n. 253 del 2019, presupporrebbe un intervento legislativo in materia. Quest'ultimo si renderebbe necessario per superare il requisito della collaborazione con la giustizia - presupposto per l'accesso "privilegiato" ai benefici penitenziari - la cui natura politica, è stata evidenziata dalla Corte stessa. La Consulta, in un'importante pronuncia, ha riconosciuto che la collaborazione «è essenzialmente espressione di una scelta di politica criminale, e non penitenziaria»⁵⁸. Già in quell'occasione essa avrebbe indirizzato al potere legislativo un invito, rilevando come l'inibizione all'accesso alle misure alternative abbia contribuito a svilire il principio del finalismo rieducativo: infatti «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario»; si rivela dunque preoccupante «la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita»⁵⁹.

In assenza di un intervento legislativo - auspicato anche dalla Corte di Stra-

⁵⁴ *Ex multis* sent. 7 giugno 2017, n. 179.

⁵⁵ CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte del 2019*, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁶ Cfr. Corte cost., sent. 20 febbraio 2019, n. 99, con cui la Corte ha esteso l'ambito di applicazione della detenzione domiciliare, ai condannati affetti da malattie psichiche sopravvenute all'inizio della esecuzione della pena. Cfr. osservazioni di RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione del "reo folle"*, in *Giur. cost.*, 2019, 2, 1103 ss., si veda anche SIRACUSANO, *Il "reo folle" davanti al Giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, cit., 1111 ss., cfr. DALLA BALLA, *Squilibri trattamentali, verso l'uso della nosografia psichiatrica per la relativizzazione in senso soggettivo dell'afflizione penale?*, cit., 1130 ss.

⁵⁷ È il caso di aggiungere che la Corte ha intrapreso un percorso di graduale allontanamento dalla formulazione più rigorosa delle crisafulliane "rime obbligate".

⁵⁸ Corte cost., sent. 11 giugno 1993, n. 306.

⁵⁹ Corte cost., sent. 11 giugno 1993, n. 306.

sburgo nella sent. Viola⁶⁰ - sembra dunque ragionevole attendersi la conferma del principio affermato dalla sentenza n. 253 del 2019. Tale soluzione soddisferebbe quanto richiesto dalla Corte di Strasburgo, dal momento che la giurisprudenza europea esige che la pena dell'ergastolo sia *de iure e de facto* riducibile, con ciò intendendosi che l'ordinamento dello Stato deve offrire al reo sia la possibilità di un riesame periodico, sia una ragionevole speranza di ammissione ad una liberazione condizionale (*Vinter c. Regno Unito* § 110). In *Kafkaris* si è osservato come la Corte Edu abbia ritenuto la grazia presidenziale sufficiente per non considerare la pena realmente incomprimibile; in seguito, tuttavia, i giudici di Strasburgo si sono invece orientati verso la necessità di una previsione legale tale da consentire il riesame della stessa. Il regime di prova rafforzata, introdotto con la sent. 253 del 2019, sarebbe dunque sufficiente per escludere che, in mancanza di collaborazione, la presunzione di pericolosità possa essere ritenuta inconfutabile⁶¹.

La censura del carattere assoluto della preclusione alla liberazione condizionale, non potrà rimanere circoscritta ai soli reati commessi alle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., ma dovrà essere estesa, in via consequenziale, a tutti i condannati per i delitti contemplati all'art. 4-bis, co. 1 ord. penit. Se così non fosse si rilevarebbe una «paradossale disparità». Infatti, come sostenuto dalla Corte in materia di permessi premio, «la mancata estensione a tutti i reati previsti dal primo co. dell'art. 4-bis, ord. penit. dell'intervento compiuto dalla presente sentenza sui reati di associazione mafiosa e di “contesto mafioso” finirebbe per compromettere la stessa coerenza intrinseca dell'intera disciplina di risulta»⁶². Rimarrebbe altresì difficile immaginare un sistema in cui l'assenza di una condotta collaborativa non impedisca l'accesso alla liberazione condizionale al condannato all'ergastolo, e, per converso, lo precluda ai condannati a pena temporanea. Detta irragionevolezza sarebbe fugata qualora - come si auspica - la Corte imperniasse principalmente la decisione di accoglimento sulla violazione della funzione rieducativa che l'art. 27, co. 3 Cost. riconosce a tutte le pene. Se la Corte dichiarerà l'incostituzionalità dell'ostatività penitenziaria in relazione alla liberazione condizionale, è chiaro che la definitiva guarigione dell'ordinamento dalla patologia delle preclusioni assolute, non potrà che essere una questione di tempo. Circa un anno fa il Giudice costituzionale ha depurato il sistema dal rigido sbarramento ai per-

⁶⁰ Corte EDU, sent. 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, § 143.

⁶¹ Cfr. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, *Relazione introduttiva al Seminario: "Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale"*, cit., 17 ss.

⁶² Corte cost., sent. 23 ottobre 2019, n. 253.

messi premio per il reo non collaborante, domani potrebbe sanificare l'ordinamento dalla preclusione in materia di liberazione condizionale. Quale allora la sorte riservata alle misure alternative? Vero è che, come sostenuto in modo autorevole: «se l'alfa e l'omega dell'alfabeto penitenziario non sopportano ostatività, è difficile che tutto il resto ne resti assoggettato»⁶³. Potrebbe non essere questa l'occasione in cui la Consulta farà cadere l'ostatività penitenziaria per le misure intermedie. In seguito, il Giudice costituzionale non esiterà certo a "erodere" la presunzione ex art. 4-bis, co. 1 ord. penit. per ogni beneficio penitenziario, ma è presumibile che ciò avverrà attraverso la proposizione di tante questioni di legittimità quanti sono i benefici ivi contemplati. Il meccanismo introdotto dalla Corte presenta numerosi profili di criticità tra cui spicca l'inversione dell'onere probatorio che comporta l'introduzione di un rigoroso sistema di allegazioni di elementi tali da escludere, sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo di ripristino degli stessi. Quest'ultimo requisito - che si traduce in una *probatio* quasi *diabolica* - si caratterizza per un'astrattezza non tollerabile in un settore, come quello *de quo*, in cui sono coinvolti i diritti fondamentali degli individui. Detta dimostrazione in negativo risulta tanto più irragionevole se estesa, come stabilito, agli autori di reati monosoggettivi, per i quali dunque non sarebbe rinvenibile un'originaria associazione criminale di appartenenza dalla quale dimostrare la rescissione. Gli elementi di prova a sostegno che il condannato deve fornire qualora «le informazioni pervenute dal comitato provinciale depongano in senso negativo» comportano l'introduzione, nell'ambito delle procedure di sorveglianza, di un onere probatorio in senso stretto senza precedenti in materia⁶⁴. In questo senso, non sembra scorretto sostenere che l'erosione della preclusione assoluta ai permessi premio, in mancanza di un'utile collaborazione con la giustizia, si rilevi più formale che sostanziale. La sentenza n. 253 del 2019 non è solo espressione della ricerca di un complesso equilibrio tra finalità preventive e di recupero sociale; la difficoltà con cui è stata accolta la questione di legittimità può dirsi espressione di un periodo storico che sembra prescindere dalla considerazione dell'opportunità che

⁶³ GIOSTRA, *Spunti per una discussione, Relazione introduttiva al Seminario: "Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale"*, in www.amicuscuriae.it.

⁶⁴ Sul punto si veda FIORIO, *L'ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però ...*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 3, 653; FIORENTIN, *Il caso Viola n.2. L'ergastolo ostativo e la tutela della dignità umana*, cit., 83, in cui sono evidenziate alcune criticità applicative del sistema introdotto. Non è chiaro se la sentenza n. 253 del 2019 abbia o meno sterilizzato le fattispecie succedanee di cui al co. 1-bis, art. 4-bis ord. penit., e, se l'accertamento dell'assenza di collegamenti con il sodalizio mafioso spetti al tribunale di sorveglianza, o al magistrato monocratico.

la personalità del condannato non resti segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato⁶⁵, e in cui la tensione tra ergastolo “ostativo” e il finalismo rieducativo continua a non essere percepita da parte della pubblica opinione⁶⁶. Si comprende quindi la cura che la Corte, con tono quasi rassicurante, ha riposto nell’indicare i rigorosi presupposti che, in assenza della collaborazione con la giustizia e delle fattispecie ad essa succedanee, consentono l’accesso ai permessi premio.

L’effettivo superamento del regime “ostativo” alla concessione dei benefici penitenziari mediante una riforma dell’art. 4-bis ord. penit., così come il superamento della presunzione assoluta di ostatività derivante dalla mancata adozione di una condotta collaborativa, mantenendo ferma la condizione dell’assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata terroristica o eversiva – attraverso, ad esempio, l’introduzione di condotte riparative, la dissociazione esplicita, l’impegno per l’adempimento di obbligazioni derivanti dal reato – presuppongono un intervento legislativo in materia, che, come noto, si attende ormai da tempo.

⁶⁵ Corte cost., sent. 21 giugno 2018, n. 149.

⁶⁶ Ciò condiziona anche il potere legislativo, si pensi all’inasprimento delle pene comminate per i delitti contro il patrimonio, sia per effetto della L. 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario), sia per la L. 26 aprile 2019, n. 36 (Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa).