

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

CRISTINA MONACO

L'ergastolo ostativo nel dialogo fra le Corti. Aspettando il giudice delle leggi

L'ergastolo ostativo è ormai da anni al centro di un intenso dibattito giuridico, segnato da numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali, interni e sovranazionali. Si tratta, infatti, di un tema controverso, difficilmente conciliabile con la funzione rieducativa della pena, «patrimonio della cultura giuridica europea».

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di ripercorrere le tappe fondamentali che hanno portato nuovamente la Cassazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 58-ter dell'ord. pen., con l'auspicio di un reale superamento della carcerazione *sine die*.

Life imprisonment without parole in the dialogue between the Courts. Waiting for the judge of the laws

For years now, Life imprisonment without parole has been at the center of an intense juridical debate, marked by numerous legislative and jurisprudential interventions, both internal and supranational. It is, in fact, a controversial issue, which is difficult to reconcile with the re-educational function of punishment, «heritage of European legal culture».

This project has the aim to retrace the fundamental steps that led the Supreme Court to raise the question of the constitutional legitimacy of articles 4-bis and 58-ter ord. pen., with the hope to overcome sine die imprisonment.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'introduzione dell'art. 4-bis ord. pen.: dalla collaborazione come premio nel 1991 a onere nel 1992. - 3. La giurisprudenza costituzionale. - 4. L'irragionevole ampliamento dei reati. - 5. Verso nuovi orizzonti. - 6. Il c.d. ergastolo di terzo tipo. - 7. La giurisprudenza europea. - 7.1. La sentenza Viola. - 8. Le innovazioni introdotte dalla c.d. legge "spazzacorrotti". - 9. La pronuncia della Corte costituzionale n. 253 del 2019: un decisivo passo in avanti. - 10. L'ordinanza di remissione e la trepidante attesa.

1. *Premessa.* L'ergastolo ostativo è una tipologia di sanzione che non è prevista espressamente dal codice penale, ma è desunta dal combinato disposto degli artt. 22 c.p. e 4-bis co.1 ord. pen.: esso inibisce l'accesso a quasi tutti gli istituti premiali sulla base di una presunzione di pericolosità sociale, salvo l'effettiva collaborazione o i casi in cui questa si rilevi impossibile o oggettivamente irrilevante.

Su questo delicato versante¹, si pongono non solo problemi interpretativi determinati dall'asistematicità del doppio binario, che si rinviene all'interno

¹ Per ulteriori approfondimenti in tema di ergastolo ostativo: CHIAVARIO, *Un'esigenza di civiltà...senza dimenticare le vittime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1512 ss.; DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1500 ss.; EUSEBI, *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1515 ss.; MUSUMECI, PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali sull'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016; PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, a cura di Basile, Gatta, Paliero, Viganò, Milano, 2018, 512 ss.

dell'ordinamento penitenziario², ma anche questioni di compatibilità con i principi costituzionali e convenzionali, quanto alla conformità dei mezzi adoperati rispetto all'assetto fondamentale della nostra Costituzione³. Come vedremo, sono chiamati in gioco sia il principio di rieducazione della pena (art. 27, comma 3 Cost.) sia i principi di uguaglianza, di libertà morale e personale, di difesa, di proporzionalità e il divieto di pene inumane. Dubbi di costituzionalità che pervadono pure l'ergastolo ordinario, malgrado l'affermazione della Corte costituzionale, secondo cui «il tessuto normativo ha finito per togliere ogni significato al carattere di perpetuità che, all'epoca dell'emanazione del codice, connotava tale pena»⁴, smentita dal gran numero di ergastoli, non ostativi, per i quali è effettivo il “fine pena mai”⁵.

2. L'introduzione dell'art. 4-bis ord. pen.: dalla collaborazione come premio nel 1991 a onere nel 1992. Il forte allarme sociale causato dall'aumento dei delitti commessi dalla mafia ha trasformato l'esecuzione della pena in un luogo privilegiato di contrasto alla criminalità organizzata⁷.

² Sul punto, CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 486. CASOBOLI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1994, vol. VIII, 15. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della scommessa “anticustodialista” agli insidiosi pragmatismi del doppio binario in L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, 73.

³ MOCCIA, *Ancora e sempre contro l'ergastolo ostativo*, in *Il Manifesto*, 2010: «L'onore, l'orgoglio dello stato di diritto, è quello di riservare le stesse garanzie pure nei confronti di un acerrimo nemico».

⁴ Corte cost., n.168 del 1994. Ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 17 e 22 c.p. nella parte in cui non escludono l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile.

⁵ Secondi i dati recentemente forniti dal Garante nazionale dei diritti dei detenuti o privati della libertà personale, risulta che le scarcerazioni conseguenti alla concessione della liberazione condizionale nell'ultimo triennio sono state: 18 nel 2018, 8 nel 2019, 12 nel 2020, per un totale di 38 in tre anni. Ciò risulta a fronte dal numero complessivo degli ergastolani non ostativi (30% di tutti) di 529 (1800 totale ergastolani-1271 ergastolani ostativi) al 1° settembre 2020. Dunque, in tre anni hanno ottenuto la liberazione 38 persone su 529 ergastolani, non ostativi, circa il 7%. Cfr. *Amicus Curiae* del Garante nazionale dei diritti dei detenuti o privati della libertà personale alla Corte Costituzionale, 8 settembre 2020, 3.

⁶ BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n.253*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020, 2, 330.

⁷ L'ergastolo ordinario è stato introdotto nell'ordinamento italiano con il codice Zanardelli; all'art.12, infatti, prevedeva per i condannati a tale pena la segregazione cellulare con obbligo di lavoro per i primi 7 anni e poi, decorsi questi, la possibilità di svolgere attività lavorative con altri condannati. Tale disciplina è stata modificata dal Codice Rocco al fine di renderla meno afflittiva. Per questo motivo, infatti, ha abolito la segregazione cellulare e ha imposto che la pena fosse scontata in uno stabilimento *ad hoc*, l'obbligo del lavoro, l'isolamento notturno e, dopo 3 anni, l'accesso al lavoro aperto. Nonostante le maggiori garanzie offerte, nutriti dubbi derivavano dalla possibilità di interrompere la perpetuità solo mediante il provvedimento di grazia ex art.174 c.p.

Si sono succedute, così, negli anni successivi, numerose leggi volte a scardinare il carattere della perpe-

Attraverso la ormai abitudinaria tecnica della decretazione d'urgenza⁸, e in contrasto con i principi ispiratori della precedente "legge Gozzini", furono introdotti - come è noto - l'aggravante di cui all'art. 7 L. 203 del 1991 e l'art. 4-*bis* ord. pen., ovvero l'accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti. Rispetto ai reati di prima fascia (commi 1 e 1-*bis*⁹), i benefici potevano essere concessi solo se fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. Era richiesta, cioè, la verifica di un elemento negativo, vale a dire, l'assenza di collegamenti tra il sodalizio e il detenuto: una vera e propria *probatio diaboli-ca*¹⁰. Viceversa, per i reati di seconda fascia (comma 1-*ter*¹¹), la possibilità di accedere ai benefici era subordinata all'assenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. In questo contesto normativo, l'attività di collaborazione consentiva l'accesso alle misure alternative con tempi più favorevoli, salvo il necessario accertamento dell'avvenuta interruzione dei rapporti con le associazioni criminali. La

tuità della pena. Si ricordino, ad esempio, la legge n.1634/1962 che ha ammesso, dopo aver scontato 28 anni di pena, l'accesso alla liberazione condizionale della pena o, ancora, la legge n. 663 del 1986. Quest'ultima, meglio conosciuta come "legge Gozzini", ha tentato di favorire il graduale reinserimento sociale dei condannati a pena detentiva, tramite il rafforzamento dei benefici per i detenuti che avessero dato prova di partecipazione all'opera rieducativa e la previsione di permessi premio. Lo spirito di tali riforme ha subito una battuta d'arresto nei primi anni Novanta.

⁸ D.l. 152 del 1991, conv. in legge 203 del 1991: «Provvedimenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa».

⁹ I delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322-*bis*, 416-*bis* e 416-*ter* c.p., delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies* e 630 c.p., all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al d.lgs. 286 del 1998, all'articolo 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al d.P.R. n. 43 del 1973 e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.P.R. n. 309 del 1990.

¹⁰ GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione in L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1992.

¹¹ "I delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, secondo e terzo comma, 600-*ter*, terzo comma, 600-*quinqüies*, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del c.p., all'articolo 291-*ter* del d.P.R. 1973, n. 43, all'articolo 73 del d.P.R. 309 del 1990, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico, all'articolo 416, primo e terzo comma, c.p., realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del medesimo codice, e all'articolo 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p. e dall'articolo 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, d.lgs. n. 286 del 1998.

collaborazione era il viatico per accedere prima alle misure, chi, invece, non avesse avuto un atteggiamento di cooperazione doveva rispettare i tempi ordinari. E' evidente, dunque, che lo scopo sotteso al descritto meccanismo legislativo fosse proprio quello di «indurre alla collaborazione»¹².

Il meccanismo si è irrigidito, maggiormente, con l'aumento delle tensioni sociali, dovuto alle stragi di Capaci e di via d'Amelio.

Si è pervenuti, così, alla concessione dei benefici, con riferimento ai delitti “di prima fascia”, soltanto nell'ipotesi di effettiva collaborazione con la giustizia¹³, ossia quando il condannato si fosse adoperato per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori o avesse fornito un aiuto concreto all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati¹⁴. Dunque, soltanto chi avesse ‘aiutato’ la giustizia, o si fosse trovato nei casi *ex lege* di collaborazione irrilevante¹⁵, inesigibile o impossibile – introdotte per effetto delle pronunce della Corte costituzionale del 1994¹⁶ e del 1995¹⁷ –, avrebbe potuto usufruire delle misure alternative e premiali, mentre chi non avesse collaborato non avrebbe avuto diritto a nessuna misura, se non alla liberazione anticipata. Addirittura, non era applicabile neppure l'istituto della liberazione condizionale della pena *ex art. 176 c.p.*, che consente, a colui che dia prova effettiva di partecipazione al trattamento rieducativo, di beneficiare di una riduzione di pena pari a 45 giorni per ogni semestre¹⁸.

Stando così le cose, il condannato non aveva diritto al reinserimento sociale. Da qui: l'ergastolo ostativo! E da qui l'evidente violazione del principio di rieducazione della pena. L'irragionevolezza era determinata dalla presunzione di pericolosità, secondo cui la mancata collaborazione equivaleva alla persistenza dei legami con la criminalità. Il giudice era privato del potere di verificare in concreto i requisiti per l'accesso ai benefici¹⁹.

¹² GALLIANI, *Riflettere, insieme, sull'ergastolo ostativo* in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata. La polemica*, 2019, 125.

¹³ E' per questo motivo che si è reso necessario l'ulteriore ricorso alla decretazione d'urgenza per modificare la disciplina predetta ed è intervenuto il d.l. n.306 del 1992, conv. in legge n. 356 del 1992, che ha modificato l'art.4-*bis*, irrigidendo particolarmente la disciplina.

¹⁴ Sul punto, SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 871.

¹⁵ Questa fattispecie è definitiva come sostitutiva o vicaria: una deroga all'esclusione di cui al primo comma è possibile solo ove la collaborazione non avvenga per causa non imputabile al detenuto.

¹⁶ Corte cost., n. 357 del 1994.

¹⁷ Corte cost., n. 69 del 1995.

¹⁸ Corte cost., n. 306 del 1993.

¹⁹ GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, vol. 61. «Secondo attenta dottrina si è al cospetto di un'immagine terri-

La politica legislativa di incentivare, per ragioni investigative, la collaborazione di soggetti appartenenti o contigui ad associazioni criminali, in quanto strumento essenziale per la lotta alla criminalità organizzata, si traduceva, quindi, in un onere imposto a chi fosse in grado di provare l'effettiva partecipazione al processo rieducativo e il distacco dall'organizzazione criminale di provenienza²⁰.

In buona sostanza, tale sanzione si origina da una doppia presunzione legale, di pericolosità sociale e di permanenza dell'adesione al sodalizio criminale, al fine di «ingabbiare il giudice»²¹ ed evitare ogni verifica di adeguatezza della risposta detentiva al fatto concreto.

3. La giurisprudenza costituzionale. Per lungo tempo, nonostante il trattamento secondo tipi di autore, la Corte costituzionale ha effettuato un'operazione di salvataggio dell'art. 4-bis ord. pen. Non è un caso che un anno dopo l'intervento legislativo del 1992, il giudice delle leggi²², chiamato per la prima volta a giudicare la compatibilità del regime speciale con la Costituzione, ha dichiarato non fondate le questioni proposte.

In quell'occasione, tuttavia, non si è negato che la collaborazione fosse un *escamotage* basato sulla convenienza processuale, espressione di una scelta politica e non penitenziaria, fortemente condizionata dall'andamento delle indagini e del processo; né tanto meno che il cammino della rieducazione-riabilitazione corrispondesse ad un percorso di rivisitazione dei valori informanti la propria vita e alla creazione, nella fase riabilitativa, di condizioni che favorissero un corretto reinserimento sociale. Sostanzialmente, a prevalere fu la convinzione che la collaborazione non fosse di per sé indicativa della rottura dei legami con la criminalità organizzata e, quindi, che il legislatore avesse legittimamente privilegiato scelte di prevenzione generale e di sicurezza collettiva.

La Corte, sia pure in modo non persuasivo, ha ritenuto che non potesse stabilirsi una gerarchia statica e assoluta tra le finalità della pena che «valga una

cante: quella di un Giudice con le manette o, se si vuole, ancora più in senso figurato (e impressionante), di un Giudice dalle cui mani è sottratta la bilancia, al quale altro non rimane che sollevare la benda dagli occhi, per rendersi conto che tra le mani gli è rimasta solo la spada».

²⁰ BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia*, in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019, n. 253, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2020, 2, 330.

²¹ GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?* in *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 159.

²² Corte cost., n. 306 del 2003.

volta per tutte ed in ogni condizione», usando come argomento a fondamento dell'opzione legislativa proprio la concezione polifunzionale della pena.

Vi è traccia di siffatta impostazione anche alla base della pronuncia del 2001²³, nella quale si è qualificata la mancata collaborazione come «indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento» e, ancora, che essa «assume non irragionevolmente la valenza di criterio di accertamento della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che a sua volta è condizione necessaria, sia pure non sufficiente, per valutare il venir meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato».

Il discorso è stato ripreso nei medesimi termini²⁴ dalla pronuncia n. 135 del 2003, avente ad oggetto i dubbi di costituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, ord. pen., nella parte in cui impedisce per i soggetti condannati per i delitti, ivi richiamati, l'ammissione alla liberazione condizionale, in assenza della collaborazione con la giustizia. Nell'occasione, si è rimarcato che la libertà nella scelta del condannato di collaborare o meno impedisse di ravvisare un contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27, terzo comma, Cost.²⁵.

4. L'irragionevole ampliamento dei reati. Il quadro normativo è stato oggetto di novelle legislative che, oltre a mutare la struttura dell'art. 4-*bis* ord.pen., hanno “rovinosamente” ampliato la lista dei reati ostativi, mutando la disposizione in un vero e proprio contenitore, confermandone la natura emergenziale.

Non è un caso, difatti, che tra le misure urgenti in tema di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori, si è rinvenuta la scelta politica di introdurre una terza fascia di reati ai commi 1-*quater* e 1-*quinqües*²⁶. L'elenco dei delitti, modificato dalla L.172 del 2012, comprende i c.d. *sexual offenders*: la prostituzione minorile, la pornografia minorile, la detenzione di materiale pornografico, le iniziative turistiche volte

²³ Corte cost., n. 273 del 2001.

²⁴ Corte cost., n. 359 del 2001.

²⁵ Corte cost., n. 273 del 2001: «la disciplina censurata non impedisce in maniera assoluta e definitiva l'ammissione alla liberazione condizionale, ma ancora il divieto alla perdurante scelta del soggetto di non collaborare con la giustizia; scelta che è assunta dal legislatore a criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare il sicuro ravvedimento del condannato».

²⁶ Art. 3 del d.l.11 del 2009 (Misure urgenti in tema di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), conv. in L. 38 del 2009.

allo sfruttamento della prostituzione minorile, la violenza sessuale, le circostanze aggravanti, gli atti sessuali con minorenne, la corruzione di minorenne, la violenza sessuale di gruppo e l'adescamento di minorenne.

Per queste figure criminose, la concessione dei benefici è stata subordinata alla valutazione «dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione di esperti»²⁷. La *ratio* della previsione si desume dallo stesso art. 27 del regolamento penitenziario²⁸, secondo cui lo scopo è l'accertamento dei bisogni di ciascun soggetto, connessi alle eventuali carenze psico-fisiche, affettive, educative e sociali, che sono state pregiudizio all'istaurazione di una normale vita di relazione.

Giova evidenziare che, in tale quadro, è stato inserito anche il reato di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p., per il quale, in precedenza, la concessione di misure alternative era subordinata “solo” alla mancata emersione di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Pertanto, come rilevato dalla Corte costituzionale, «allo stato attuale, non esaurisce affatto la descrizione di tale *ratio* il riferimento alla necessità di riservare un trattamento penitenziario di particolare asprezza ai condannati per reati di criminalità organizzata. Se questa poteva essere la *ratio* iniziale della disposizione, essa si è andata progressivamente perdendo. Al tempo presente, l'unica adeguata definizione della disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. consiste nel sottolinearne la natura di disposizione speciale, di carattere restrittivo, in tema di concessione dei benefici penitenziari a determinate categorie di detenuti o internati, che si presumono socialmente pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato per il quale la detenzione o l'internamento sono disposti»²⁹.

Difatti, la Cassazione penale³⁰, per cercare di “contenere i danni” e avvalendosi dalla lettura aggiornata della portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. offerto dalla sentenza 32 del 2020, ha stabilito che la riforma del 2009 «ha realizzato un effetto di trasformazione della pena inflitta e della sua concreta incidenza sulla libertà personale rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto di reato; con conseguente inapplicabilità della disposizione stessa, ai sensi dell'art.25, secondo comma, Cost. alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella

²⁷ FILIPPI, SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2019, 234.

²⁸ D.P.R. n. 230 del 2000.

²⁹ Corte cost., n. 188 del 2019.

³⁰ Cass., Sez. I, 23 aprile 2020, n.12845.

legislativa, che ne ha indirettamente modificato l'ambito applicativo»³¹. Si è trattato, dunque, di un intervento totalmente disarmonico e inadeguato alle esigenze ispiratrici della disposizione.

5. Verso nuovi orizzonti. Un mutato orientamento si è avuto con le sentenze n. 239 del 2014 e n. 76 del 2017, con le quali il giudice delle leggi ha cercato soluzioni maggiormente conformi all'ordine costituzionale con riferimento all'art. 4-*bis*, comma 2, ord. pen. In realtà, esse «non sono il segnale di mera erosione periferica dell'art. 4-*bis* ord. pen.», ma «indicano il punto di cedimento strutturale del regime ostativo, il cui epicentro va individuato esattamente nella illegittima pretesa del legislatore della punizione di poter fare a meno del giudice dell'esecuzione penale»³².

Invero, con la prima pronuncia si è attribuito ai detenuti non collaboranti la possibilità di accedere a quelle particolari forme di detenzione domiciliare previste dalla legge nell'interesse della prole di età non superiore ai dieci anni. Tuttavia, va posto in debito rilievo che la questione non è stata accolta per violazione dell'art. 27 Cost., bensì per le prerogative costituzionali imposte dagli artt. 29, 30 e 31 Cost.³³. Secondo la Corte, infatti, «la detenzione domiciliare non costituirebbe un beneficio tendente al reinserimento sociale del condannato, ma tutelerebbe il preminente interesse del figlio minore a recuperare al più presto un normale rapporto di convivenza con le madri al di fuori dell'ambiente carcerario» ed evitare il fenomeno della «carcerizzazione degli infanti».

L'assunto argomentativo va letto alla luce della sanzione della detenzione domiciliare ordinaria, introdotta nel 1986 con l'obiettivo di consentire al bambino un'assistenza familiare continuativa, malgrado la detenzione della genitrice. Ora, se il comma 1 dell'art. 47-*ter* ord. pen. consente alla madre di

³¹ La Corte sostiene «la necessità di rivedere la tradizionale esegesi dell'art. 4-*bis* ord. pen., riguardo al regime intertemporale di sua applicazione: gli aggravamenti di disciplina, in punto di accesso alle misure alternative alla detenzione, previsti dal testo della disposizione introdotto nel 1991, da leggi successive resi via via più stringenti, nonché estesi ad un numero crescente di fattispecie di reato, integrano un assetto punitivo peggiorativo, che impegna le garanzie di cui alla citata norma costituzionale, in quanto, a seconda dei casi, tale assetto preclude in modo assoluto, ovvero rende significativamente meno probabile, o più lontana nel tempo, la concessione delle misure stesse. Lo *ius superveniens* non può pertanto, nelle parti corrispondenti, operare retroattivamente».

³² GALLANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?* in *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 161.

³³ Sul punto, CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri a tutela del minore: la Corte Costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-*bis*, co.1, ord. pen. ma impone la regola di giustizia*, in *Arch. pen.*, 2014, 4.

un bambino di età inferiore ai 10 anni di espiare in forma extracarceraria la pena della reclusione non superiore ai 4 anni, viceversa la detenzione speciale, lo consente, qualunque sia la pena inflitta, purchè sussista, da un lato, la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli e dall'altro, non vi sia un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

Inoltre, si ricordi che, con la legge n. 62 del 2001, è stata riconosciuta la possibilità per la madre condannata all'ergastolo di espiare la pena in speciali strutture, gli istituti a custodia attenuata per detenute madri.

Per questa via, la Corte è pervenuta alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. «nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* della medesima legge»³⁴.

Successivamente, la Consulta ha censurato l'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, ord. pen., limitatamente alla locuzione «salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*»³⁵. Si è consentita, quindi, per tali categorie di detenute, l'espiazione della frazione iniziale di pena, e non solo per la parte residua di pena ancora da scontare, presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri o, previa valutazione giudiziale di non pericolosità in concreto, in ambito domiciliare o in luogo di cura, assistenza o accoglienza o, ancora, nelle case famiglie protette.

Non si può fare a meno di segnalare che, nel medesimo periodo storico, si è avuta l'istituzione di due commissioni di studio, una di nomina ministeriale³⁶, per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, e l'altra voluta dal Consiglio superiore della magistratura e composta da più di duecento componenti, suddivisi in diciotto tavoli tematici³⁷.

Alquanto significativa è la dichiarazione che si rinviene nella Relazione illustrativa al progetto di riforma dell'esecuzione penale e penitenziaria: «non sono ammesse presunzioni legali di irrecuperabilità sociale. Nessuna pena deve rimanere per sempre indifferente all'evoluzione psicologica e comportamentale del soggetto che la subisce. Postulati, questi, che debbono ritenersi impliciti nella funzione rieducativa assegnata alla pena dalla nostra Costitu-

³⁴ Corte cost., n. 239 del 2014.

³⁵ Corte cost., n. 76 del 2017.

³⁶ Proposta di modifica dell'art.4-*bis*, comma 1-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n.354 e dell'art. 2 comma 1 del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n.203 ad opera della Commissione istituita con decreto del Ministro della giustizia del 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo.

³⁷ Tavolo XVI degli Stati generali dell'esecuzione penale: *Trattamento. Ostacoli normativi alla individualizzazione del trattamento rieducativo*, in www.giustizia.it.

zione: quel dovere di “tendere” alla rieducazione significa che il risultato non deve mai essere né imposto, né certo, ma neppure deve essere mai ritenuto impossibile. In definitiva, va riconosciuto al condannato il diritto alla speranza, che peraltro si traduce sovente in una spinta motivazionale in grado di promuovere positive evoluzioni psico-comportamentali in vista di un proficuo, anticipato rientro nel consorzio civile. Il diritto alla speranza non può essere negato neppure al condannato all’ergastolo, come ha di recente statuito anche la Corte di Strasburgo, incardinandolo sull’art. 3 C.E.D.U.: il sistema deve sempre prevedere un riesame che permetta 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. In conclusione, dalla nostra Costituzione e dalla normativa sovranazionale è possibile desumere una linea di confine invalicabile dal legislatore e dall’amministrazione penitenziaria nel regolare l’esecuzione penale: niente può mai autorizzare lo Stato a togliere, oltre alla libertà, anche la dignità e la speranza».

Si evince chiaramente l’esigenza, accolta poi nel 2019, di trasformare la presunzione assoluta di pericolosità in relativa, prospettando la delimitazione dell’ambito applicativo dell’art. 4-*bis* ord. pen. ai soli reati associativi e la necessità di bilanciare la mancata collaborazione con altri elementi desunti dal percorso dei singoli detenuti³⁸.

Al riguardo, la legge-delega 23 giugno 2017 n.103 ha imposto: l’eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l’individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché la revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell’ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale.

Va detto che tale disegno riformatore è stato ridimensionato in sede di attuazione della delega, anche a seguito della lettera, inviata alla Presidente della Commissione giustizia della Camera, dal Procuratore nazionale antimafia di quel periodo, che espresse la sua posizione contraria ad ogni modifica che potesse attenuare la disciplina vigente, trattandosi di «fenomeni criminali che non solo giustificavano, ma addirittura imponevano il mantenimento di un

³⁸ FIORENTIN, *L’ergastolo ostativo ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 6.

“doppio binario” a livello penitenziario». Un'altra occasione mancata!

6. *Il c.d. ergastolo di terzo tipo*. Indiscusso, invece, è stato il contributo della Corte costituzionale, che ha, opportunamente, eroso parte dell'assetto normativo, delineato dalle novelle degli anni Novanta: il riferimento è all'introduzione di una terza tipologia di ergastolo, cioè, all'art. 58-*quater* ord. pen., «responsabile di un'autentica iperbole sanzionatoria»³⁹.

Va richiamata, innanzitutto, la sentenza n. 149 del 2018⁴⁰, che ha censurato l'art. 58-*quater*, comma 4, ord. pen. «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 espiato almeno ventisei anni» di pena.

In proposito, si ritiene utile riportare alcuni passaggi significativi delle argomentazioni del giudice rimettente secondo cui la disposizione rappresentava «un'eccezione *in peius* rispetto ad un regime già connotato di specialità peggiorativa»: il sequestro di persona a scopo di estorsione, infatti, era già incluso tra i reati ostativi e, se aggravato dall'evento morte, comportava l'applicazione di un trattamento ancor più stringente. Eppure, la fattispecie implicata non si connotava per una gravità superiore ad altri delitti puniti con l'ergastolo, per i quali, invece, non ricorrono le preclusioni di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., e la stessa non implicava nemmeno una maggiore pericolosità soggettiva. E «tanto basterebbe per dimostrare che la presunzione di maggiore gravità/disvalore attribuita oggettivamente al delitto di cui all'art. 630, comma 3, c.p. o soggettivamente al condannato per tale fatto è una presunzione irragionevole in quanto contrastante con l'art. 3 Cost., non rispondendo a dati di esperienza generalizzati riassunti nella forma dell'*id quod plerumque accidit*».

Ritorna, quindi, il tema delle presunzioni che, pur non essendo bandito completamente dal principio individualizzante, richiede il soccorso ai criteri di intrinseca razionalità, idoneità e adeguatezza rispetto alle esigenze penologi-

³⁹ GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?* in *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 161.

⁴⁰ Sul punto, DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018; TALINI, *La valorizzazione dei termini pena al plurale e condannato al singolare in materia di ergastolo (a margine di Corte cost. sent. n.149 del 2018)*, in *Consulta online*, 2018, 3; PUGIOTTO, *Il blocco di costituzionalità nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n.149/2018)*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2018, 3.

che sottese allo scopo rieducativo⁴¹.

Quanto al secondo profilo di illegittimità, esso verteva sull'irragionevolezza in rapporto alla funzione rieducativa della pena *ex art. 27*, comma terzo, Cost. e alla connessa "scala di gradualità". In particolare, la Corte rilevava tre profili di illogicità. In primo luogo, per il delitto in questione si poteva accedere al permesso premio dopo 26 anni di pena effettiva, mentre alla medesima soglia un condannato per altro reato indicato all'art. 4-*bis* ord. pen. aveva diritto alla liberazione condizionale. In secondo luogo, se per la generalità dei condannati le soglie temporali di accesso ai benefici potevano essere anticipate per effetto delle detrazioni conseguenti alla liberazione anticipata, ciò non era possibile per la fattispecie di cui all'art. 630, comma 3, c.p. Infine, e ancor più grave, la circostanza che l'eventuale collaborazione, sempre condizione per l'accesso a qualsiasi beneficio, non avrebbe comportato il venir meno delle soglie di due terzi della pena o di ventisei anni⁴².

All'interno di questo scenario, la sentenza del 2018⁴³, anticipando per qualche verso il contenuto di quella del 2019⁴⁴, è stata la prima pronuncia con cui si è affermato «il principio di non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena». Da qui lo spostamento dell'attenzione, in sede di esecuzione penale, sui principi di progressività trattamentale e di flessibilità della pena, desumibili dagli artt. 27 Cost. e 3 Cost.

Di conseguenza, eventuali preclusioni possono essere legittime, sul piano costituzionale, solo qualora siano valutate in concreto dagli organi giurisdizionali.

In linea di continuità, nel 2019⁴⁵, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. pen., nella parte in cui prevede che i condannati a pena detentiva temporanea per il delitto di sequestro a scopo di estorsione, che abbiano cagionato la morte del sequestrato, non siano ammessi ai benefici penitenziari indicati al primo comma dell'art. 4-*bis* ord. pen., se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata. In via consequenziale, l'illegittimità è dichiarata pure con riferimento

⁴¹ PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, a cura di Veronesi, Brunelli, Pugiotto, 2019, 10, 8.

⁴² Come ha affermato Papa Francesco nello stesso anno, durante l'incontro con il carcere femminile di Santiago del Cile, «ogni pena deve avere un orizzonte, l'orizzonte del reinserimento, devo prepararmi per il reinserimento, questo dovete esigerlo da voi stesse e dalla società».

⁴³ Corte cost., n.149 del 2018.

⁴⁴ Corte cost., n. 229 del 2019.

⁴⁵ *Ibidem*.

all'art. 289-*bis* c.p., ossia il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, sottoposto, per espressa previsione normativa, al medesimo trattamento.

Ancora una volta, l'irragionevole disparità di trattamento lede non soltanto l'art. 3 Cost., ma anche l'art. 27 Cost. Infatti, i condannati all'ergastolo godevano di un trattamento penitenziario più favorevole rispetto a quello riservato ai condannati a pena detentiva temporanea per i medesimi titoli di reato: se i primi potevano accedere al permesso premio, in caso di collaborazione o condizioni equiparate, dopo aver espiato dieci anni di pena, riducibili a otto grazie alla liberazione anticipata; viceversa, i secondi, a parità di condizioni, potevano goderne solo dopo aver scontato i due terzi della pena inflitta, normalmente ben superiore a otto anni.⁴⁶

7. La giurisprudenza europea. Il filo rosso che lega gli orientamenti della Corte EDU è individuabile nella presenza della riducibilità *de jure e de facto* della pena per valutare la compatibilità della normativa analizzata con l'art. 3 C.E.D.U.⁴⁷, e non nella natura ostativa dell'ergastolo, assente in modo analogo a quella del sistema giuridico italiano in ogni Stato membro della Convenzione.

Infatti, con la sentenza *Kafkaris c. Cipro* del 12 febbraio del 2008, la Corte ha statuito che l'ergastolo è di per sé compatibile con la Convenzione, ma diventa, correttamente, trattamento inumano e degradante in tutti i casi in cui l'ordinamento non assicuri alcuna reale prospettiva di libertà⁴⁸. Nel caso di specie, un soggetto era stato sottoposto alla pena dell'ergastolo per omicidio premeditato e, in base all'ordinamento cipriota, non aveva alcuna possibilità di accedere né alla liberazione anticipata né condizionale, se non in forza di un provvedimento di grazia del Presidente della Repubblica. Pertanto, dieci giudici su sette ritenevano insussistente qualunque forma di violazione, data la concreta possibilità di rilascio per effetto della decisione del capo dello Stato. Non era inattesa la presenza di molteplici opinioni dissenzienti, soprattutto

⁴⁶ LARUSSA, *Sequestro di persona: no a preclusioni sui permessi premio* in *www.altalex.com*, 2019.

⁴⁷ SYLOS LABINI, *Il cielo si tinge di viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 8.

⁴⁸ «Inoltre, una persona condannata all'ergastolo senza alcuna prospettiva di liberazione né possibilità di far riesaminare la sua pena perpetua rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, per quanto eccezionali possono essere i suoi progressi per correggersi, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo. La punizione, del resto, rischia di appesantirsi ancora di più con il passare del tempo: quanto più vive il detenuto, tanto più lunga sarà la sua pena. In tal modo, anche quando l'ergastolo è punizione meritata alla data in cui viene inflitta, col passare del tempo esso non garantisce più una sanzione giusta e proporzionata».

sulla base della natura fortemente discrezionale del provvedimento di grazia, privo per di più dell'obbligo motivazionale, e conseguentemente, del rischio di uso arbitrario di tale potere.

Prima del 2013, non era mai stata sancita l'illegittimità dell'ergastolo irriducibile *de iure e de facto* e, infatti, la reale svolta si è avuta con il *leading case* Vinter e a.c. Regno Unito del 2013, istauratosi su ricorso di tre detenuti (Vinter, Bamber e Moore), condannati ad una sorta di ergastolo ostativo, per violazione degli artt. 3 e 5, comma 4, della Convenzione.

Alla luce della tutela costituzionale tedesca della dignità umana e del principio costituzionale italiano della rieducazione, è stato censurato l'istituto del "*whole life order*" ("ordine per tutta la vita"), affine all'ergastolo ostativo italiano, per violazione dell'art. 3 C.E.D.U. in quanto, il detenuto deve sapere, sin dal momento della sentenza di condanna, come agire per richiedere l'eventuale riduzione della pena.

Se la scelta del regime di giustizia penale spetta allo Stato, la Corte ha posto il limite inderogabile del rispetto dei principi convenzionali.

La Corte ha distinto tra pena comprimibile, ossia quella sanzione che può essere soggetta a riesame, e non comprimibile, indicando i requisiti necessari affinché possa considerarsi legittima la prima condizione: nessun individuo può essere detenuto se non sussiste un motivo di ragionevolezza sanzionatoria, vi deve essere, cioè, equilibrio tra le finalità di punizione, dissuasione, difesa sociale e rieducazione del condannato e, infine, la possibilità di modificare il trattamento punitivo nel corso dell'esecuzione della pena alla luce dei progressi fatti⁴⁹.

Altro aspetto significativo è dato dalla proporzionalità della pena; se la pena è proporzionata, anche la dignità è rispettata. Qualora, invece, il legislatore non tenesse conto di tali condizioni, il condannato può agire *ex art.* 34 C.E.D.U. in difesa dei propri diritti.

Giova evidenziare che tale mutamento si è avuto proprio nella decisione contro il Regno Unito⁵⁰ perché prevedeva la possibilità di irrogare l'ergastolo senza alcuna *tariff*, ossia senza alcun periodo durante il quale il condannato po-

⁴⁹ L'imposizione di una pena perpetua non riducibile si pone in contrasto con l'art. 3 C.E.D.U., qualora si configuri come una detenzione del criminale al di là della durata giustificata dagli obiettivi legittimi della carcerazione. Il criterio essenziale sembra essere la possibilità di un controllo che permetta di stabilire se la detenzione sia o meno giustificata.

⁵⁰ Per un confronto tra il sistema inglese e quello italiano, HENHAM, MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 3, 706.

tesse chiedere la liberazione anticipata⁵¹. In più, solo il Ministro della giustizia aveva il potere di scarcerare per motivi di salute⁵² e nessun potere era riconosciuto al giudice.

Nel contesto argomentativo della decisione si rinviene una triplice distinzione: l'ergastolo con possibilità di liberazione dopo un periodo minimo di reclusione; l'ergastolo discrezionale senza possibilità di liberazione condizionale e l'ergastolo obbligatorio senza possibilità di liberazione condizionale. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, i giudici finalmente hanno riconosciuto il "diritto alla speranza", più volte ripreso nei successivi interventi, e la necessità della verifica periodica sulla eventuale sproporzione della protrazione della pena in relazione alle eventuali raggiunte finalità di emenda del reo.

Da qui la prospettazione di nuovi orizzonti: l'anno successivo, infatti, ben tre pronunce sostengono la violazione dell'art. 3 C.E.D.U.

La sentenza *Trabelsi c. Belgio* del 2014 riguardava un cittadino tunisino, condannato per attività di terrorismo e estradato dal Belgio negli Stati Uniti; in particolare, la Corte ha condannato il Belgio, data l'assenza nel diritto americano di istituti necessari a garantire il detenuto. Nello stesso anno si è agito contro l'ergastolo senza condizionale (*"life without parole"*) previsto in Turchia⁵³ e in Bulgaria⁵⁴.

Ancora, pari contenuto presentano le sentenze *Murray c. Paesi Bassi* del 2016⁵⁵ e *Hutchinson c. Regno Unito* del 2017⁵⁶.

La prima concerneva un detenuto affetto da problemi di salute mentale, al quale era stato negato di poter essere collocato in uno stabilimento specializzato nel trattamento di soggetti psichiatrici, così privandolo in fatto della speranza di ottenere una liberazione condizionale⁵⁷. Nella seconda, contraria-

⁵¹ GALLIANI, *Riflessioni costituzionalistiche sull'ergastolo entro le maglie dello Stato della Corte penale internazionale* in *Rivista AIC*, 2015, 2, 6.

⁵² GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi la Corte di Strasburgo*, in *www.constituzionalismo.it*, 2013, 3, 8. I requisiti per concedere la scarcerazione anticipata contemplavano una prognosi di morte di 3 mesi o una paralisi immobilizzante, insieme ad un rischio di recidiva minimo.

⁵³ Corte EDU, 18 marzo 2014, *Ocalan c. Turchia*.

⁵⁴ Corte EDU, 8 luglio 2014, *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*.

⁵⁵ Corte EDU, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*.

⁵⁶ Corte EDU, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*.

⁵⁷ FIORENTIN, *L'ergastolo ostativo ancora davanti al giudice di Strasburgo* in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3. «Il giudice alsaziano ha successivamente seguito e sviluppato consolidato la giurisprudenza *Vinter*, consolidandosi su alcuni punti essenziali: a) ogni condannato, per quanto grave sia stato il crimine connesso, conserva la propria umanità e con essa la potenzialità di un cambiamento e per tale ragione non può essere privato – se non violando l'art. 3 della Convenzione – del diritto alla speranza che un giorno, compiuta una emenda dai propri crimini, il suo stato possa cambiare così da ottenere una commutazio-

mente a quanto sarebbe stato auspicabile, la Grande camera ha ratificato la decisione della quarta sezione, respingendo le ragioni del ricorrente, relativamente alla violazione dell'art. 3 C.E.D.U. In particolare, si è rilevato che l'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata non fosse di per sé incompatibile con la normativa C.E.D.U. nel momento in cui sono conservati "sia una prospettiva di rilascio sia una possibilità di revisione"⁵⁸.

7.1. La sentenza Viola. In questo contesto si inserisce la sentenza della Corte EDU sul ricorso proposto da Marcello Viola contro lo Stato italiano; nell'occasione è stata dichiarata l'incompatibilità dell'ergastolo ostativo con l'art. 3 della Convenzione⁵⁹.

Dopo varie istanze, nel 2015, il condannato chiedeva al Tribunale di sorveglianza la concessione della liberazione condizionale, considerata l'impossibilità di collaborare data la sua innocenza, e di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. per contrasto con gli artt. 27, comma 3, Cost. e 3 C.E.D.U.

Il giudice dell'esecuzione aveva dichiarato inammissibile e infondata la questione e la Cassazione, adita l'anno dopo a seguito del ricorso contro tale decisione, lo rigettava, ritenendo irrilevante la dichiarazione di innocenza dell'imputato.

Esaurite le vie di ricorso interne, il Viola si era rivolto alla Corte EDU, lamentando la violazione dei seguenti articoli delle Convenzione: art. 3 (divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti), art. 5, paragrafo 4, (diritto alla libertà e alla sicurezza), art.6, paragrafo 2, (diritto a un equo processo) e art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

ne della sentenza; b) è necessario che ogni detenuto sia portato a conoscenza dei passi da compiere e delle condizioni per poter aspirare alla liberazione; c) il meccanismo giuridico che prevede la liberazione condizionale dell'ergastolano deve essere strutturato in modo tale da consentire al condannato un'adeguata interlocuzione con l'autorità nell'ambito di un procedimento assistito da idonee garanzie che evitino ogni apparenza di arbitrio nella decisione, che deve poter essere sottoposta al controllo giudiziale; d) la possibilità di liberazione condizionale deve essere possibile *de iure* e *de facto* ed essere strutturata nei termini di periodici riesami della situazione del detenuto, quantomeno decorsi venticinque anni di pena espiata».

⁵⁸ BERNARDONI, *I molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi in materia di ergastolo ostativo senza possibile liberazione anticipata*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4.

⁵⁹ L'imputato era detenuto in carcere dal 1992 poiché condannato con una prima sentenza, nel processo della c.d. "prima faida di Taurinanuova", dalla Corte d'Assise di Palmi a 12 anni di reclusione per associazione a delinquere di stampo mafioso, aggravata dalla qualità di promotore e organizzatore, e in un secondo processo c.d. Taurus, alla pena dell'ergastolo per omicidio aggravato dall'essere stato commesso con metodo mafioso. La pena diventava definitiva nel 2004.

Ora, come più volte sostenuto dalla dottrina italiana, la collaborazione attiva ha solo un valore indiziario, poiché può esservi sia una collaborazione senza ravvedimento, determinata solo da motivi opportunistici e dai vantaggi che ne derivano, sia l'assenza di collaborazione per motivi di natura etica o materiale; ad esempio, il timore di mettere in pericolo la propria vita o quella dei propri familiari⁶⁰.

Per questa via, la Corte, accogliendo le doglianze relative ai soli artt. 3 e 8 C.E.D.U., ha ritenuto illegittima l'equivalenza rifiuto di collaborazione-pericolosità sociale del condannato poiché non fondata su dati empirici e razionali ragionevoli che legittimino la preclusione di verificare in concreto i progressi dell'individuo⁶¹.

La Grande camera aveva espressamente indicato allo Stato italiano la strada da percorrere⁶², ossia la riforma dell'ergastolo ostativo, preferibilmente, in via legislativa. In particolare, auspicava l'introduzione di uno strumento di revisione delle sentenze di condanna, allo scopo di beneficiare della liberazione condizionale, anche nei casi di mancata collaborazione, purché fosse provata

⁶⁰ Cass., Sez. I, 3 giugno 2020, n. 18518: «se la collaborazione viene intesa come l'unica forma possibile di manifestazione della rottura dei legami criminali, ha proseguito la Corte EDU, si trascura la considerazione di quegli elementi che fanno apprezzare l'acquisizione di progressi trattamentale del condannato all'ergastolo nel suo percorso di reinserimento sociale e si omette di valutare che la dissociazione dall'ambiente criminale ben può altrimenti essere desunta. La presunzione assoluta di pericolosità insita nella mancanza di collaborazione è, dunque, d'ostacolo alla possibilità di riscatto del condannato che, qualunque cosa faccia durante la vita carceraria, si trova assoggettato a una pena immutabile e non passabile di controlli, privato di un giudice che possa valutare il suo percorso di risocializzazione. La conclusione è stata duplice: l'ergastolo ostativo non può essere definito pena perpetua effettivamente riducibile ai sensi dell'art.3 della Convenzione; la situazione esaminata rileva "un problema strutturale", legato alla presunzione assoluta di pericolosità fondata sull'assenza di collaborazione, meritevole di iniziativa riformatrice in modo che sia garantita la possibilità di un riesame della pena».

⁶¹ Si ricordi, che il Presidente della Sezione prima aveva autorizzato la partecipazione al processo, con lettera del 31.08.2017, dell'Associazione "L'altro diritto". Le considerazioni mosse dalla stessa erano essenzialmente tre. In primo luogo, si rilevava che in Italia la pena dell'ergastolo è quasi sempre della tipologia ostativa⁶¹. In *secundis*, viene rilevato che il potere punitivo è tenuto a rispettare appieno la dignità della persona umana attraverso un effettivo e concreto diritto alla speranza di un fine-pena che offra all'ergastolano una prospettiva di liberazione e una possibilità di riesame. Da ultimo, l'associazione rileva che l'accertamento ex art. 58-ter ord. pen. si configura quale fase prodromica su un fatto normalmente antecedente alla condanna, diverso dalla valutazione a cui è tenuto il giudice di sorveglianza. Pertanto, si sottolinea l'irragionevolezza del mancato inserimento della collaborazione, quale elemento per valutare il percorso riabilitativo/risocializzante del detenuto.

⁶² Si ricordi che l'obbligo di conformazione verso le sentenze C.E.D.U. opera nei confronti dello Stato facente parte del giudizio anche se l'orientamento non è consolidato. Diversi, invece, sono i presupposti ai fini dell'efficacia della sentenza EDU nei confronti di soggetti terzi: principio di portata generale, orientamento consolidato, medesima posizione e non contrarietà ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

la dissociazione criminale tra il soggetto e il sodalizio criminoso⁶³.

8. *Le innovazioni introdotte dalla c.d. legge spazzacorrotti.* Il legislatore è intervenuto, ma in altra direzione. Con la legge n. 3 del 2019 il catalogo di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. (definito "sistema multilivello"⁶⁴) si è arricchito di altri delitti, quelli contro la pubblica amministrazione⁶⁵: i reati di corruzione per esercizio della propria funzione (art. 318 c.p.) e per atti contrari ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.), istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), induzione indebita a dare o promettere utilità solo nelle ipotesi di cui al comma 1 (art. 319-*quater* c.p.), concussione (art. 317 c.p.) e peculato (art. 314 c.p., con esclusione del peculato d'uso), limitando così, anche per questi, la possibilità di accedere alle misure alternative. Non sorprende che tale inserimento abbia suscitato notevoli perplessità sotto il profilo della ragionevolezza, trattandosi di un'interpolazione, dettata da ragioni «di schietto ordine general-preventivo, se non di pura deterrenza»⁶⁶.

L'operazione ortopedica ha compreso l'introduzione dell'inciso "o a norma dell'art. 323-*bis*, secondo comma, del codice penale" all'art. 4-*bis* ord. pen., dopo il richiamo all'art. 58-*ter* ord. pen. La *ratio* è chiara: favorire apporti collaborativi durante l'*iter* processuale in modo da ottenere benefici penitenziari. Il primo problema che si è posto è stato quello inerente ai profili di diritto intertemporale, poiché la norma aveva imposto un'applicazione retroattiva, non prevedibile al momento del fatto, di disposizioni che limitavano l'accesso ai benefici. Il dubbio era se i condannati per tali delitti potessero godere della sospensione della pena, come era prevista al momento della commissione del fatto, o se dovesse essere applicata la norma sopravvenuta.

La soluzione era diversa a seconda della qualificazione dell'art. 4-*bis* ord. pen. come norma di diritto sostanziale o processuale; nel primo caso ad operare sarebbe stato il principio di irretroattività della norma penale *in peius*, nel secondo, invece, la regola del *tempus regit actum*.

⁶³ SYLOS LABINI, *Il cielo si tinge di Viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo?*, in *Arch. pen.*, 2019 3, 25.

⁶⁴ FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art.4-bis L. n. 354 del 1975*, in *Giur. merito*, 2012, 504.

⁶⁵ COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Res. civ. prev.*, 2018, 2, 374. «La legge "spazzacorrotti" costituisce solo l'ultimo tassello di una politica criminale volta sempre di più a utilizzare strumenti di accertamento e contrasto concepiti in relazione alla criminalità organizzata anche per la lotta contro la pubblica amministrazione, sull'onda della percezione di uno stato di emergenza corruttiva».

⁶⁶ MANES, *L'estensione dell'art.4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di incostituzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2019, 110 ss.

Tuttavia, se il decreto di sospensione dell'esecuzione fosse stato antecedente al 31 gennaio 2019 e volessimo considerare la norma come processuale, il condannato sarebbe stato libero; ciò perché, come emerge anche dai numerosi richiami delle Sezioni unite, «la fase esecutiva ha acquisito una dimensione centrale e complementare a quella di cognizione, concorrendo al completamento funzionale del necessario sviluppo di un giudicato eseguibile»⁶⁷.

Fino a tale esito innovativo, la giurisprudenza interna era concorde nella qualificazione come norma processuale, ritenendo incluse in tale orbita tutte le materie dell'esecuzione penale e dell'ordinamento penitenziario.

Le modalità con cui il problema è stato più volte affrontato sono state varie. Si ricordi, ad esempio, l'obbligo di conformazione verso la sentenza Rio del Prada contro Spagna del 2013 che, in modo chiaro aveva esteso la portata del principio di irretroattività (art. 7 C.E.D.U.) alle disposizioni che incidono sul grado di afflittività del trattamento sanzionatorio.

Al fine di una corretta comprensione di tale problematica, però, occorre richiamare il principio di prevedibilità, uno dei corollari del principio di legalità in ambito convenzionale.

Questo canone risponde a fondamentali esigenze di certezza del diritto, poiché richiede che l'imputato sia in grado di prevedere gli esiti giudiziari di una condotta illecita e, in particolare, quale condotta personale dovrà intraprendere per una riduzione della pena. In particolare, la Corte EDU aderisce ad una nozione di prevedibilità in senso ampio⁶⁸, comprendendovi la rilevanza penale della condotta, la qualificazione giuridica della stessa, le circostanze aggravanti o attenuanti applicabili al caso di specie o, in via più generale, la cornice editale entro cui il giudice può esercitare il potere discrezionale e infine, il trat-

⁶⁷ BACCARI, *Le modifiche della legge anticorruzione in tema di ordinamento penitenziario*, in *La c. legge "spazzacorrotti"*, a cura di Iasevoli, 2019, 290. «Ben delicato è il caso relativo alla sentenza di condanna già irrevocabile alla data del 31 gennaio 2019, ma per la quale non sia ancora stato emesso l'ordine di esecuzione. Nella situazione *de qua* l'interrogativo cruciale concerne l'individuazione del tempo da cui far decorrere il nuovo regime normativo, ossia se si debba avere riguardo al momento in cui è diventata definitiva la sentenza irrevocabile oppure all'avvio dell'esecuzione, coincidente con l'emissione del relativo ordine disposto dal pubblico ministero ovvero con l'atto esecutivo del provvedimento del pubblico ministero. Ove non si accogliesse la prima interpretazione, si potrebbero avere disparità di trattamento irragionevoli, perché dovute a circostanze del tutto causali quali la maggiore o minore solerzia nell'adozione dell'ordine di esecuzione e/o degli adempimenti successivi, con tutte le relative ricadute sul piano del rispetto dei precetti costituzionali racchiusi nell'art.3 Cost. Proprio considerazioni di questo tipo stanno orientando gli operatori a valorizzare, anche per fondamentali esigenze di certezza del diritto, l'avvenuta irrevocabilità della sentenza di condanna alla data del 31 gennaio 2019».

⁶⁸ Grazie alle già citate, Corte EDU, 12 febbraio 2009, *Kafkaris vs. Cyprus*, e Corte EDU, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

tamento sanzionatorio.

La lesione di tale principio, in materia di ergastolo ostativo, produce degli effetti, a dir poco, dirompenti; il condannato alla pena perpetua, infatti, potrebbe scoprire di rientrare nelle restrizioni connesse ai reati ostativi anche a distanza di anni, ad esempio, nel momento in cui gli sia negata l'ammissione ad un beneficio o ad una misura alternativa da parte della magistratura di sorveglianza.

In ambito nazionale, a dare una svolta al dibattito in materia⁶⁹ è stata la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2020, che ha mutato il modo di intendere la prevedibilità. Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art.1, comma 6 lett. b), della legge n. 3 del 2019, interpretato nel senso che le modifiche introdotte all'art. 4-*bis* ord. pen. relative alle limitazioni imposte alla possibilità di accedere alle misure alternative si applicassero anche ai condannati per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della stessa, il giudice delle leggi ha ritenuto tale ricostruzione esegetica non conforme all'art. 25, comma 2, Cost., risolvendosi la stessa nell'applicazione retroattiva di una disciplina, che comporta una radicale trasformazione della natura della pena e incide sulla libertà personale.

Pertanto, la Corte si è avvicinata al concetto di prevedibilità come ricostruito dalla Corte EDU, ricomprendendovi anche le disposizioni che regolano l'espiazione della pena, in quanto lesive della libertà personale.

Il che significa che, sebbene il condannato al momento della commissione del fatto non avesse una legittima aspettativa sull'applicazione delle misure alternative, avrebbe subito comunque una lesione del suo legittimo affidamento (e del diritto alla speranza), qualora fosse stata applicata retroattivamente la "spazzacorrotti".

9. La pronuncia della Corte costituzionale n. 253 del 2019: un decisivo passo in avanti. Il dibattito si è recentemente arricchito di un ulteriore tassello: la decisione⁷⁰ con cui il giudice delle leggi ha dichiarato la parziale illegittimità

⁶⁹ La Corte d'appello di Lecce e il G.i.p. di Napoli aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, ritenendolo l'unico strumento concesso al giudice interno, visto che l'orientamento univoco della Cassazione attribuiva alla norma natura processuale. Diversamente, la Cassazione, sezione VI, 14 maggio 2019, n.12541 aveva scelto la strada dell'interpretazione conforme poiché non vi era stata nessuna pronuncia delle S.U. La Cassazione, Sez. I, 18 giugno del 2019 n. 31853, invece, riteneva che la sentenza della Corte EDU non potesse essere richiamata perché l'art.4-*bis* non attiene né all'*an* né al *quantum* della responsabilità.

⁷⁰ Commenti alla decisione: RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Sistema penale*, 2019; TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte Costituzionale*.

costituzionale dell'art. 4-*bis*, co.1., ord. pen., nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi-premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. pen., purchè siano acquisiti dalla magistratura di sorveglianza elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata sia il pericolo di ripristino di tali collegamenti⁷¹.

I punti comuni alle ordinanze di rimessione⁷² erano due: da un lato, l'impossibilità per il detenuto non collaborante di accedere ai permessi premio in relazione agli artt. 3 e 27 Cost. e dall'altro, il richiamo ai reati "di contesto mafioso". L'unica differenza atteneva, invece, alla condizione di partecipe, richiamata unicamente dal Tribunale di sorveglianza.

Va posto in debito risalto che la Corte ha delimitato il *thema decidendum*, specificando che oggetto della sua valutazione non fosse la legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo poiché i giudici *a quibus* non avevano richiamato gli artt. 117 Cost. e 3 C.E.D.U., né la mancata concessione della liberazione condizionale al condannato per reati ostativi⁷³, esaminata dalla Corte EDU

le, in *Consulta Online*, 2019; BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la presunzione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, ord. pen.*, in *Sistema penale*, 2020; CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio AIC*, 2020; DELLA MONICA, *La irragionevolezza delle presunzioni che connotano il modello differenziato di esecuzione della pena per i condannati pericolosi. Riflessioni a margine della sentenza n.253/2019 della Corte Costituzionale*, in *www.diritti fondamentali.it*.

⁷¹ UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

⁷² Tali questioni erano state sollevate dalla prima sezione della Corte di cassazione, con ordinanza del 20 novembre 2018 e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, con ordinanza del 28 maggio 2019. In particolare, il caso affrontato dalla Cassazione riguardava un soggetto condannato per delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art.416-*bis* c.p. Dopo il rigetto del Tribunale di sorveglianza dell'Aquila relativamente alla richiesta di concessione dei permessi premio, il detenuto proponeva ricorso per cassazione per due motivi. Con il primo, lamentava la violazione di legge del provvedimento poiché non rilevava che nei suoi confronti non era mai stata contestata l'aggravante speciale di cui all'art.7 d.l. 152 del 1991 in contrasto con quell'orientamento giurisprudenziale che riteneva che il divieto di cui all'art.4-*bis*, co.1, ord. pen. potesse operare solo in presenza di una condanna che riconosca tale aggravante. Con il secondo motivo, si proponeva la sospetta incostituzionalità dell'art.4-*bis*, co.1 ord. pen. per violazione degli artt. 27, comma 3 e 117 Cost., in relazione all'art.3 Cedu che richiede sia garantita al detenuto la possibilità di ottenere, a seguito del percorso rieducativo, la revisione della condanna. Con riferimento alla prima doglianza, la Corte di Cassazione rigetta il ricorso poiché la preclusione opera anche quando l'aggravante «non sia stata formalmente contestata, ma ne venga riscontrata la sussistenza attraverso l'esame del contenuto della sentenza di condanna». Al contrario, la questione di costituzionalità viene dichiarata rilevante e non manifestamente infondata.

⁷³ BRUPELLI, PUGIOTTO, VERONESI, *Per sempre dietro le sbarre*, in *Amicus Curiae*, 2019. «La portata

nel caso Viola.

Il giudice delle leggi, pur rievocando i principi di uguaglianza, di non contrasto della pena al senso di umanità e il diritto a non autoincriminarsi attraverso la libertà di non collaborare, non è pervenuta all'eliminazione del carattere ostativo dell'ergastolo, ma ha trasformato la natura della presunzione di pericolosità da assoluta in relativa⁷⁴, riconoscendo così la possibilità di fornire prova contraria.

Giova rilevare che non è la prima volta che la Corte interviene sull'istituto della presunzione, trasformandola in relativa⁷⁵.

Invero, i meccanismi presuntivi non sono congeniali al libero convincimento del giudice, la cui valutazione deve essere svincolata da verità formali e pre-costituite.

Diversamente, si finisce per implementare un'inversione dell'onere della prova incompatibile con la presunzione di non colpevolezza poichè, posto che il

decisionaria di una pronuncia di accoglimento avrebbe potuto rivestire ampiezze differenti in considerazione di tre distinte variabili: in primo luogo, la Consulta, stante il tenore letterale delle questioni sopra esaminate, poteva o meno scegliere di limitare il proprio sindacato alla sola situazione degli ergastolani ostativi, senza prendere in considerazione i problemi connessi all'applicazione della preclusione in parola a soggetti condannati a una pena temporanea; in secondo luogo, la Corte poteva ritagliare la propria decisione sulla sola misura specificamente contemplata dai giudici a *quibus*, i permessi premio, ovvero estendere la propria valutazione a tutte le misure alternative e premiali precluse ai sensi dell'art.4-*bis* c.1. ord. pen.; infine, la Corte doveva chiarire se avrebbe riferito la propria decisione ai soli reati espressamente oggetto di giudizio nel caso di specie ovvero a tutti i reati cui deve per legge applicarsi la disciplina in esame. La Corte ha adottato la soluzione estensiva con riferimento alla prima e alla terza variabile mentre restrittiva per la seconda».

⁷⁴ La Corte di Strasburgo nel caso Viola ha statuito che lo Stato deve mettere a punto, preferibilmente su iniziativa legislativa, una riforma del regime della reclusione a vita che garantisca la possibilità di un riesame della pena, il che permetterebbe alle autorità di determinare se, durante l'esecuzione di quest'ultima, il detenuto si sia talmente evoluto e abbia fatto progressi tali verso la propria correzione che nessun motivo legittimo in ordine alla pena giustifichi più il suo mantenimento in detenzione, e al condannato di beneficiare così del diritto di sapere ciò che deve fare perché la sua liberazione sia presa in considerazione e quali siano le condizioni applicabili. La Corte considera, pur ammettendo che lo stato possa pretendere la dissociazione dell'ambiente mafioso, che tale rottura possa esprimersi anche in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia e l'automatismo legislativo attualmente vigente.

⁷⁵ Con sentenza n. 57 del 2013, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo periodo del co. 3 dell'art.275 c.p.p. nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art.416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi tali dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. La medesima *ratio* è presente nelle sentenze nn. 331 del 2011, 110 del 2014, 213 del 2013, 232 del 2013 e 48 del 2014; in tali occasioni, la Consulta ha stabilito che le presunzioni assolute, in materia di diritti fondamentali, sono lesive dell'art. 3 Cost. qualora siano arbitrarie e irrazionali, ossia non rispondano a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*.

thema probandum è la colpevolezza, gli elementi fondanti la responsabilità penale dovrebbero essere provati senza semplificazioni nella fase dell'accertamento⁷⁶.

Nella vicenda di cui trattiamo, la Consulta ha precisato che la mancata collaborazione non è necessariamente un indicatore di attualità della pericolosità sociale, né del legame con il sodalizio criminoso, potendosi fondare su più fattori differenti, quali il rischio per l'incolumità propria e dei propri familiari, il rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di un congiunto o di persone legate da vincoli affettivi e il ripudio di una collaborazione di natura meramente utilitaristica⁷⁷. E' venuta meno, dunque, la ragionevolezza della presunzione assoluta⁷⁸.

Occorre sottolineare che è l'assolutezza e, conseguentemente, l'impossibilità di fornire prova contraria, a contrastare con i principi costituzionali e intralciare il cammino della verità. Ad essere impedita è la valutazione individualizzata, caso per caso, che permetta di valutare l'evoluzione della personalità del detenuto e i possibili mutamenti del contesto esterno al carcere, quale, ad esempio, il caso in cui l'associazione criminale non esista più, perché interamente sgomitata o per naturale estinzione. Si ricordi, infatti, che "la sentenza motiva è il veicolo tramite il quale la Costituzione, impone, anche nella giustizia, l'entrata in scena della dignità"; non si può privare il giudice di tale potere, necessario al fine di garantire la proporzionalità della pena. Tale automatismo realizza l'assorbimento della riserva di giurisdizione in quella di legge, in contrasto con la funzione di garanzia imposta dall'art.13 Cost., posto a presidio dell'inviolabilità della libertà personale.

Tuttavia, sono necessarie alcune precisazioni.

Tale sentenza si riferisce soltanto ai permessi premio, data la peculiarità degli stessi. Come già rilevato nell'ordinanza della Cassazione, essi «possiedono una connotazione d'urgenza» e trovano «fondamento nella realizzazione di una finalità immediata, costituita dalla cura di interessi affettivi, culturali e di

⁷⁶ CAPOROTUNDO, *Presunzioni legali e onere della prova nel processo penale* in *Giurisprudenza penale web*, 2017.

⁷⁷ Cass., Sez. I, 20 novembre 2018, n. 57913.

⁷⁸ Sul punto, PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 4, 1030. «Alla apprezzabilità etica e giuridica della prestata collaborazione con la giustizia non può corrispondere un giudizio di disvalore, né giuridico né etico, sulla mancata confessione e collaborazione, sia per la necessità di rispettare qualsiasi scelta legittima di esercizio del diritto di difesa sia perché la scelta di non accusare altri può anche essere fondata su apprezzabili ragioni morali, p. esempio quando si tratti di chiamare in correità persone già da tempo tornate ad una vita normale. Opinare diversamente significherebbe ricadere in una concezione assolutizzante-da stato etico- della giustizia punitiva, non compatibile con un ordinamento laico e pluralista».

lavoro, che lo caratterizza come strumento di soddisfazione di esigenze anche molto limitate». Conseguentemente, si escludono le preclusioni relative al lavoro all'esterno, alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale.

Dal canto suo, il giudice delle leggi ha esteso la dichiarazione di illegittimità costituzionale del carattere assoluto della presunzione di pericolosità sociale in mancanza di collaborazione, pure, alla disciplina prevista dalla medesima norma per reati diversi da quelli oggetto del caso in esame, in modo da evitare, seguendo le parole della Corte, «la creazione di una paradossale disparità»⁷⁹.

Inoltre, la presunzione di attualità di collegamenti con la criminalità può essere superata solo in base a valutazioni particolarmente rigorose, sempre in un'ottica di tutela dei diritti fondamentali della persona. La Consulta precisa 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»⁸⁰.

La pronuncia ha suscitato obiezioni, in quanto il giudice delle leggi non ha chiarito quali possano essere gli ulteriori indici, differenti dalla collaborazione, capaci di dimostrare l'effettiva dissociazione del condannato dal sodalizio criminoso, né i fatti che possano indurre il soggetto a non collaborare. Per di più, pone in capo al condannato, tramite l'inversione dell'onere della prova, un regime probatorio rafforzato; egli, infatti, è tenuto a provare gli elementi che escludono sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità sia il pericolo di un loro ripristino e, qualora le informazioni necessariamente ricevute dall'autorità penitenziaria e dal Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente esprimano parere contrario, «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», relegando la concessione dei permessi premio a casi residuali. Tuttavia, la prevalente obiezione è quella di non aver posto totalmente e definitivamente la parola fine all'ergastolo ostativo⁸¹.

⁷⁹ Corte cost., n. 253 del 2019.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Il Tribunale di Sorveglianza di Perugia con ordinanza del 3 dicembre 2020 n.1239 ha concesso il primo permesso premio ad un ergastolano ostativo, accogliendo il reclamo del detenuto dichiarato inammissibile dal Magistrato di Spoleto; si tratta proprio del procedimento che aveva portato alla sospensione del procedimento con rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

10. *L'ordinanza di rimessione e la trepidante attesa.* Da ultimo, la Corte di cassazione⁸² ha rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 Cost., degli stessi artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* ord. pen. e dell'art. 2, d.l. 152 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 ivi previste, che non abbiano collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale.

Alla luce del positivo riscontro della giurisprudenza sovranazionale, secondo i giudici di legittimità le preclusioni assolute all'accesso alla liberazione condizionale si risolvono in un trattamento inumano e degradante, in quanto negano *a priori* il diritto alla speranza; laddove, invece, è possibile che si realizzino, in concreto, progressi del condannato verso la risocializzazione. Da qui la necessità che il trattamento sia individualizzante, flessibile e progressivo.

Stando così le cose, ne consegue che l'ergastolo ostativo è incostituzionale! E lo è per diversi motivi; innanzitutto, perché la pena perpetua irriducibile è in contrasto con l'art. 3 C.E.D.U.; rende irrilevante il percorso rieducativo del reo; è il risultato di un illegittimo automatismo normativo; postula un'irragionevole equivalenza tra collaborazione e ravvedimento; condanna il reo «sine die» – fino alla morte –, nega il diritto di difesa e si sostanzia in una vera e propria forma di tortura. Tale sanzione viola tutti i «limiti al diritto penale, come arma, spada, male, che lo rendono diritto legittimo e non il *ius* di una violenza di Stato tradotta in *leges*»⁸³.

Per queste ragioni, nel caso di specie, pur essendo prevedibile l'accoglimento della questione, tuttavia, la vicenda non può ritenersi definitiva, essendo il ricorrente detenuto per una serie di reati, tra cui l'art. 416 c.p., e, quindi, gli sarebbe in ogni caso precluso l'accesso ai benefici. Tale ricaduta è l'evidente segnale della necessità di una radicale trasformazione.

Si vuole dire che, nonostante l'attesa di un'auspicabile risposta positiva della Corte, si attende un intervento riformatore legislativo, che renda costituzionalmente conforme l'ergastolo ostativo, in ossequio a quanto già stabilito dalla Corte EDU nel Caso Viola.

⁸² Cass., Sezione I, 3 giugno 2020, n.18518. La Corte si pronuncia sul ricorso proposto avverso l'ordinanza con cui il Tribunale di sorveglianza aveva dichiarato l'inammissibilità della richiesta di liberazione condizionale proposta da un detenuto, in espiatione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno per un anno.

⁸³ DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 3, 2019.

Infatti, come rilevato dagli stessi giudici nella descritta sentenza Vinter e altri c. Regno Unito, anche gli individui che si siano resi responsabili dei crimini più odiosi, quale quelli indicati all'art. 4-*bis* ord. pen., conservano la loro umanità e, dunque, la possibilità di cambiare e di reinserirsi nella società, aderendo al sistema di valori condiviso. In caso contrario, ad essere negato sarebbe un aspetto fondamentale della loro umanità: la compassione che resta uno strumento conoscitivo della realtà⁸⁴.

Nella stessa direzione ci guida l'ordine assiologico della nostra Costituzione⁸⁵. Il carattere rieducativo della pena (art.27 Cost.), come precisato dal giudice delle leggi nella risalente pronuncia del 1966⁸⁶, è obiettivo non dissociabile dall'umanità del trattamento sanzionatorio poiché «sono proposizioni congiunte per essere una in funzione dell'altra». Ogni persona⁸⁷, in quanto tale, merita un trattamento sanzionatorio adeguato alle contingenze del caso concreto, che prescinda da irragionevoli automatismi e preclusioni che privino di ogni speranza il condannato all'ergastolo ostativo; le finalità di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento devono investire la pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estin-

⁸⁴ DONINI, *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale* in *Dir. pen. cont.*, 2017, 18.

⁸⁵ GALLIANI, *Riflettere, insieme, sull'ergastolo ostativo*, in *La polemica*, 2019,114. «Il cuore dice che una pena perpetua non è umana».

⁸⁶ Corte cost., n.12 del 1966. «È arbitrario, innanzi tutto, il modo con cui viene presentato il comma terzo dell'art. 27, del quale l'ordinanza pone in esclusiva evidenza una parte tacendone del tutto l'altra. Invero la norma non si limita a dichiarare puramente e semplicemente che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, ma dispone invece che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato: un contesto, dunque, chiaramente unitario, non dissociabile, come si vorrebbe, in una prima e in una seconda parte separate e distinte tra loro, né, tanto meno, riducibile a una di esse soltanto. Oltre tutto, le due proposizioni sono congiunte non soltanto per la loro formulazione letterale, ma anche perché logicamente in funzione l'una dell'altra. Da un lato, infatti, un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è appunto in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza. Ricostituita la norma nella sua integrità, ne riemerge il suo vero significato. La rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio. È soltanto a questo, infatti, che il legislatore, con evidente implicito richiamo alle pene detentive, poteva logicamente riferirsi nel disporre che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità; proposizione che altrimenti non avrebbe senso. Alla pena dunque, con tale proposizione, il legislatore ha inteso soltanto segnare dei limiti, mirando essenzialmente ad impedire che l'afflittività superi il punto oltre il quale si pone in contrasto col senso di umanità».

⁸⁷ GALLIANI, *Riflessioni costituzionalistiche sull'ergastolo entro le maglie dello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2015, 2. Richiama HABERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, a cura di Luther, 2001. «La dignità umana è la premessa culturale antropologica dello Stato costituzionale».

gue»⁸⁸. E non si può ammettere una sorta di reintroduzione della teoria retributiva della pena, fortemente sostenuta da Kant nell'opera "la metafisica dei costumi", secondo cui il sistema penale è «il diritto che ha il sovrano verso chi gli è soggetto, d'infliggergli una pena quando si sia reso colpevole di un delitto», poiché offre una dimensione strettamente formalistica della pena per il soddisfacimento di esigenze astratte di giustizia vendicativa e assoluta.

Viene da chiedersi, allora, come mai tale istituto non sia stato ancora espunto. Non pare possa essere accolto l'orientamento di chi sostiene che "un diritto alla speranza" possa essere garantito dai meccanismi interni della grazia e dell'indulto, poiché si tratta misure clemenziali raramente concesse. Oltretutto, non sembra trattarsi di un problema di politica-criminale, in quanto si dubita che l'intimidazione propria della pena perpetua sia superiore rispetto a quella esercitata da una lunga pena detentiva⁸⁹. Parimenti, non rileva la mancata inclusione nel regime ostativo delle misure del differimento dell'esecuzione della pena, del permesso di necessità, dell'affidamento in prova del tossicodipendente o alcooldipendente, poste a tutela del divieto di pene contrarie al senso di umanità.

Al contrario, si tratta di un regime che postula evidenti questioni di opportunità politica, poiché «abolire l'ergastolo sarebbe un messaggio di giustizia mite, che si presta a essere interpretato come lassismo. Mantenere l'ergastolo è un messaggio di rigore, nel bene e nel male: esprime un giudizio (anche morale) di gravità massima del delitto, tale da giustificare l'esclusione dell'autore dal consorzio civile»⁹⁰. Di ciò, è segno lo snaturamento della formula «certezza della pena», che nella dottrina penalistica indica la necessità che l'autore del reato sia punito e che la pena abbia un fondamento legale, e non l'elaborazione propria dei politici⁹¹, quale pena immodificabile, «formidabile catalizzatore di ansie sociali»⁹². Ci si trova di fronte ad una sanzione che è espressione della stretta dipendenza tra diritto, processo e politica.

Per di più, anche nel vacuo tentativo di ritenere legittimo l'ergastolo ostativo,

⁸⁸ Corte cost., n. 331 del 1990.

⁸⁹ DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni in Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, 2019, 42.

⁹⁰ PULITANO, *Il penale tra teoria e politica in Sistema penale*, 2018, 16.

⁹¹ Al punto 12 (Giustizia rapida e efficiente) del "Contratto per un Governo del cambiamento", sotto il titolo "certezza della pena" si legge: «per garantire il principio della certezza della pena è essenziale riformare i provvedimenti emanati nel corso della legislazione precedente tesi unicamente a conseguire effetti deflattivi in termini processuali e carcerari, a totale discapito della sicurezza della collettività. Per far sì che chi sbaglia torna a pagare è necessario riformare e riordinare il sistema».

⁹² PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo in Il diritto alla speranza. Ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 108.

ci si chiede se una misura pensata *ab origine* per neutralizzare il fenomeno mafioso possa essere utilizzata legittimamente anche per i c.d. reati di terza fascia; o, ancora, se secondo la comune esperienza, le mafie siano tutte uguali⁹³. E' evidente che il legislatore non abbia tenuto contenuto della specificità di tale fenomeno criminale.

Ed oggi risuona, con la forza dell'attualità, l'eco dell'affermazione del giudice delle leggi secondo cui: «in nessun caso, l'uomo potrà essere limitato o privato nella sua libertà se questa privazione o restrizione non risulti espressamente prevista dalla legge, se un regolare giudizio non sia a tal fine istaurato, se non vi sia un provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dia le ragioni»⁹⁴. Il *punctum dolens* - è risaputo - resta l'operazione di bilanciamento con le esigenze di sicurezza, ma è necessario che essa avvenga in modo ragionevole e, cioè, senza abusare dello strumento punitivo per mero opportunismo elettorale al solo fine del compiacimento delle istanze securitarie e del bisogno emergenziale di effettività della giustizia penale⁹⁵.

Si vuole ricordare che lo strumento penale è «*extrema ratio* perché la sua afflittività, il suo necessario aumento di male nel sistema, è tollerabile per ragioni di necessità: ma ha nel suo statuto costituzionale la disponibilità a poter scomparire»⁹⁶.

⁹³ GALLIANI, PUGIOTTO, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo* in *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 199.

⁹⁴ Corte cost., n. 11 del 1956.

⁹⁵ GATTA, *Superare l'ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1498. «Senza una battaglia civile, di tipo culturale, nella direzione dell'umanizzazione della pena, i discorsi dei giuristi sul superamento dell'ergastolo, ostativo e comune, sono destinati a restare nel circolo ristretto di studiosi illuminati».

⁹⁶ DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 2019, 5.