

QUESTIONI APERTE

ADELMO MANNA

**Riflessioni “a prima lettura”
sul Comunicato stampa
della Corte costituzionale
su ergastolo ostativo e liberazione condizionale**

L'Autore affronta la tematica relativa ai rapporti tra ergastolo ostativo e liberazione condizionale, tenendo conto, fondamentalmente, del Comunicato stampa emesso dalla Corte costituzionale, in cui, se da un lato la Corte dichiara illegittimo l'ergastolo ostativo non esteso alla liberazione condizionale, per contrasto con gli articoli 3 e 27, co. 3, Cost., ma, allo stesso tempo, rinvia la risoluzione della questione attinente alla criminalità organizzata e ad una eventuale sua rimodulazione, al potere legislativo, fissando una nuova data dinanzi alla Corte costituzionale medesima nel mese di maggio 2022. Questo orientamento, c.d. a schema duplice, non nuovo per la Corte costituzionale, lascia, tuttavia, perplessi, non solo l'Autore, ma anche altri esponenti della dottrina e della magistratura giudicante, mentre la magistratura requirente, ai massimi gradi, si mostra, invece, favorevole ad una chiusura netta nei confronti della liberazione condizionale, per quanto riguarda i soggetti che, ex 41 bis o.p., devono scontare il c.d. ergastolo ostativo. Da qui, in conclusione, il conflitto fra due diversi modelli di diritto penale, quello “liberal-garantista”, da un lato, e quello c.d. “di lotta”, dall'altro, che rischia di scivolare verso il tanto deprecato “diritto penale del nemico”.

Reflections "at first reading" on the press release of the Constitutional Court on life imprisonment and conditional release.

The author addresses the issue relating to the relationship between life imprisonment and conditional release, basically taking into account the press release issued by the Constitutional Court, in which, on the one hand, the Court declares illegitimate the life sentence not extended to conditional release, by contrast with articles 3 and 27, paragraph 3, of the Constitution, but, at the same time, it postpones the resolution of the question relating to organized crime and its possible remodeling to the legislative power, setting a new date before the Constitutional Court itself in the month of May 2022. This orientation, cd a dual scheme, not new for the Constitutional Court, however, leaves not only the author perplexed, but also other exponents of the doctrine and the judiciary, while the prosecuting judiciary, at the highest levels, is instead favorable to a net closure with respect to the conditional release, as regards the subjects who, pursuant to 41 bis op, must serve the so-called life imprisonment. Hence, in conclusion, the conflict between two different models of criminal law, the "liberal-guarantee" one, on the one hand, and the so-called one. "Of struggle", on the other hand, which risks slipping towards the much deplorable "criminal law of the enemy".

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. L'orientamento “a schema duplice” adottato anche questa volta dalla Corte costituzionale; 3. I pareri della dottrina e della giurisprudenza, sia requirente, che giudicante; 4. Diritto penale “liberal-garantista” versus diritto penale “di lotta”.

1. *Introduzione.* Per affrontare in maniera quanto più possibile approfondita la questione relativa al focus in oggetto dobbiamo, ovviamente, partire dalla sentenza della CEDU sul “caso Viola” (ricorso n. 77633/16), nell'ambito del quale la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha, dapprima, condannato l'Italia con sentenza 13 giugno 2019 e, poi, dichiarato inammissibile il ricorso pre-

sentato dal Governo italiano con sentenza del 7 ottobre dello stesso anno. Ciò che, però, più rileva è che la Corte Europea ha sancito l'incompatibilità convenzionale del c.d. "ergastolo ostativo" (previsto dagli artt. 22 del c.p., 4-bis e 58-ter, L. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario). Per i giudici di Strasburgo la normativa italiana, che nega la concessione di una serie di benefici quali i permessi-premio, semilibertà e liberazione condizionale ad alcuni detenuti in regime di 41 bis che decidono di non collaborare con la giustizia, va contro il rispetto della dignità umana, ex art. 3 CEDU. Tale istituto, cioè, impedirebbe al detenuto di reinserirsi nella società, malgrado il cambiamento nel proprio percorso, che non viene valutato proprio a causa della mancata cooperazione¹.

La Corte costituzionale è già intervenuta in un primo tempo con la sentenza 23 ottobre-4 dicembre 2019 n. 253, ove è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4-bis, comma 1, L. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non prevede che ai condannati per i delitti di cui all'art. 416 bis del codice penale, possano essere concessi permessi-premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordinamento penitenziario².

La Corte di Cassazione³ ha invece ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis, comma 1, e 58-ter della L. 358 del 1975, e l'art. 2 del Dl. 152/91, nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis del c.p., che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale. Nell'ordinanza de qua la Corte di Cassazione richiama, nell'ampia ordinanza, ovviamente anche la giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'uomo, con la nota sentenza Viola c. Italia, di cui ci siamo già occupati.

Va, però, ricordato che, nel passato, la Corte costituzionale, con sentenza n. 264 del 22 novembre 1974, ebbe ad affermare che: "L'estensione della libe-

¹ Corte EDU, Sez. I, 13 giugno 2019, ricorso n. 77633/16, con il commento di CASTELLANETA, *L'ergastolo ostativo previsto nel nostro ordinamento per alcuni reati ed in contrasto con la CEDU*, in *Guida al dir.*, 2019, 30, 92 ss.; nonché MINNELLA, *Cade il meccanismo della collaborazione conditio sine qua non*, in *ibid.*, 96 ss.; cfr. MORAMARCO, *Detenuti per mafia, benefici penitenziari a chi non collabora*, in *Guida al dir.*, 2020, 6, 35 ss.; in dottrina cfr., anche, CISTERNA, *Quel doppio binario di lotta alla mafia che va rimodulato*, in *ibid.*, 2019, 44, 10 ss.; nonché, in modo più esaustivo e convincente, DOLCINI, *L'ergastolo ostativo alla resa dei conti? Impossibile ogni compromesso con l'idea dello "sco-po"*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, 375 ss..

² Cfr. in *Guida al dir.*, 2020, 5, 64 ss., con nota di FIORENTIN, *La Consulta rimodella solo l'istituto previsto per i modelli ostativi*, in *ibid.*, 77 ss..

³ Cass., Sez. I, 18 giugno 2020, Pezzino, in *Guida al dir.*, 2020, 29, 78.

razione condizionale agli ergastolani consente l'effettivo reinserimento del condannato all'ergastolo nel consorzio civile, quando abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento all'autorità giurisdizionale competente a concederla"⁴.

Come può, dunque, facilmente arguirsi, la Corte costituzionale, seppure in una sentenza risalente, riteneva la piena compatibilità tra l'ergastolo ostativo e la liberazione condizionale. Ci sarebbe stato, quindi, da aspettarsi che anche in questo caso la Corte costituzionale avesse aderito alla pregressa pronuncia della stessa. Al contrario, questa volta, la Corte costituzionale ha seguito un orientamento che già avevamo potuto verificare nel caso Cappato⁵ ed in quello relativo alla pena detentiva per il delitto di diffamazione in particolare a mezzo stampa. La Corte costituzionale, infatti, come si evince dal Comunicato dell'Ufficio stampa della stessa Corte del 15 aprile 2021, ha osservato come la disciplina che osta alla liberazione condizionale nel caso di ergastolo ostativo, facendo, così, della collaborazione processuale l'unico modo, per il condannato, di recuperare la libertà, "è in contrasto con gli artt. 3 e 27 della Costituzione e con l'art. 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo".

La stessa Corte costituzionale, tuttavia, ha avuto anche cura di rilevare come "l'accoglimento immediato delle questioni rischierebbe di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata".

Per queste ragioni ha stabilito di rinviare la trattazione delle questioni al mese di maggio 2022, "per consentire al legislatore interventi che tengano conto sia della peculiare natura dei reati connessi alla criminalità organizzata di stampo mafioso e delle relative regole penitenziarie, sia della necessità di preservare il valore della collaborazione con la giustizia in questi casi".

2. L'orientamento "a schema duplice" adottato anche questa volta dalla Corte costituzionale. Orbene, mentre nel precedente caso Cappato, la Corte costituzionale ha rinviato al legislatore, ma in rapporto a beni giuridici di rilevanza costituzionale, in un'ottica contrapposta, ovvero sia il diritto alla vita, da un lato, e, dall'altro, la libertà di autodeterminazione del soggetto sotto il profilo della dignità umana, nel caso dell'ergastolo ostativo siamo, invece, di fronte ad un rinvio al potere legislativo ma non con riguardo a due beni giuridici di rilevanza costituzionale in contrapposizione tra loro, bensì, da un lato,

⁴ Cfr. *Codice penale annotato*, a cura di Manna-Ronco Pisa, 2017, 420 ss..

⁵ Trattasi della nuova tecnica decisoria "a schema duplice", inaugurata con l'ordinanza n. 207 del 2018 e perfezionata con la sentenza n. 242 del 2019, su cui cfr. il commento di NATALINI, *Inedita scriminante procedurale applicabile in futuro*, in *Guida al dir.*, 2020, 3, 54 ss.

l'affermazione della illegittimità costituzionale della mancata estensione della liberazione condizionale anche all'ergastolo ostativo, per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., si pone, appunto, non già in contrapposizione con altro e diverso bene giuridico, come, ad es., l'ordine pubblico, bensì con l'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata".

Si chiede, in altri termini, al legislatore ordinario, quindi al Parlamento, di adottare gli interventi che tengano conto sia dei reati connessi alla criminalità organizzata di stampo mafioso e delle relative regole penitenziarie, sia della necessità di preservare il valore della collaborazione con la giustizia in tali casi.

In tal modo, però, si richiede al Parlamento di operare un bilanciamento da un lato fra beni giuridici di rilevanza costituzionale e, dall'altro, la disciplina ordinaria, comprese le norme di carattere penitenziario in materia di criminalità organizzata, con correlativa disciplina attinente alla collaborazione processuale.

Qui veramente si richiede al legislatore non già un semplice problema di compatibilità ma, addirittura, se non si è mal inteso, quasi una "riscrittura" della disciplina in tema di art. 416 bis ss. c.p., in rapporto alla già dichiarata illegittimità del divieto di accedere alla liberazione condizionale per i detenuti in ergastolo ostativo.

A noi sembra che, nel caso che qui ci occupa, il divieto di non liquet, che dovrebbe riguardare ogni giudice e, quindi, anche la Corte costituzionale, tenendo conto pure del fatto che lo schema decisorio duplice, comportante il rinvio al Parlamento, comunque non ha dato gli esiti sperati dalla stessa Corte costituzionale, in primo luogo nel caso Cappato, perché il rinvio al Parlamento non ha comportato che quest'ultimo abbia legiferato in tema di aiuto al suicidio, per cui la Corte ha dovuto riappropriarsi della decisione che aveva delegato ad altro organo e così, del pari, è avvenuto per quanto riguarda la pena della reclusione nel delitto di diffamazione a mezzo stampa.

Con ciò intendiamo più semplicemente osservare come il potere legislativo, da tempo versante in grave crisi, tanto è vero che si riunisce solo un paio di giorni alla settimana, è ormai, da tempo, in altre occupazioni deputato e cioè, in collegamento con il Governo, di occuparsi principalmente della legislazione in tema di Covid 19, nonché delle questioni economiche relative al Recovery Plan, che, se è appannaggio principalmente del Governo, necessità però, o necessiterà comunque, di un passaggio parlamentare.

3. *I pareri della dottrina e della giurisprudenza, sia requirente, che giudicante.* Sembra, pertanto, alquanto probabile che in materia il legislatore non farà presumibilmente alcunché, per cui il nostro ordinamento manterrà integra ancora per un anno una disposizione dichiarata incostituzionale, che verrà invece applicata, il che appare una *contradictio in terminis* e, come è stato rilevato: “Tutto, nel nostro amato Paese, fuorché decidere”⁶.

D’altro canto, come è stato di recente osservato da un costituzionalista ed ex presidente della Corte costituzionale del calibro di Valerio Onida: “Non c’è e non ci può esser eccezione nemmeno in nome di una pretesa singolarità della società italiana e del suo diritto penale. Se si crede nell’essere umano, nella sua libertà e nella sua dignità, non si può ammettere né la pena di morte né una pena senza fine come l’ergastolo ostativo”⁷.

Di opinione, tuttavia, del tutto opposta è quella rappresentata da Giancarlo Caselli che, invece, in un commento, spiega le diverse ragioni in base alle quali, a suo avviso, l’ergastolo ostativo serve e, quindi, da’ un’interpretazione, in particolare, dell’art. 27, comma 3, della Costituzione, subordinandolo alla legislazione ordinaria, nel senso che, in concreto, può funzionare solo per coloro, ex 41 bis, che hanno deciso di collaborare con la giustizia, in tal modo, però, dando luogo a quel che viene definito *Inversionsmethode*, ovvero sia il “vizio” di interpretare una norma costituzionale alla luce di una legge ordinaria e non già viceversa⁸.

Non tutta la magistratura, tuttavia, è dell’opinione di Giancarlo Caselli giacché, ad esempio, Elvio Fassone, ex magistrato e senatore PD, ritiene comunque che la pena debba avere una fine⁹. Su analoga falsariga si pone anche Luigi Manconi¹⁰, che, in conclusione al suo commento, il rapporto tra pena e speranze e, a questo proposito, chiama giustamente in causa quella “incomprimibile possibilità di recupero” in cui, secondo le parole del cardinale Carlo Maria Martini, si esprime la dignità umana.

Prima di trarre le dovute conclusioni, bisogna tuttavia ricordare che comunque il problema è assai rilevante, giacché nelle condizioni restrittive di cui

⁶ Cfr. ROMANO B., *Ergastolo ostativo e liberazione condizionale: la Corte costituzionale decide di non decidere*, in www.penaledp.it.

⁷ Cfr. ONIDA, *Perché l’ergastolo ostativo non è ammissibile*, in *Corriere della Sera*, 14 aprile 2021.

⁸ G. CASELLI, *Perché l’ergastolo ostativo serve - La mafia è vive e vegeta e non c’è motivo di smantellare quel che funziona, con un distacco dalla realtà incomprensibile*, in *Corriere della Sera*, 5 aprile 2021.

⁹ MILELLA, *Intervista a Fassone: “Io, da giudice ne ho condannati tanti. Ma la pena deve avere fine”*, in *La Repubblica*, 16 aprile 2021, 23.

¹⁰ MANCONI, *La speranza oltre la pena - Il verdetto della Consulta sull’ergastolo ostativo*, in *La Repubblica*, 16 aprile 2021, 34.

all'art. 41-bis ord. penit. è coinvolto un numero elevato di soggetti, cioè circa 700 e - come è stato giustamente rilevato - sul punto si misureranno le resistenze, come abbiamo visto già emerse, dei procuratori della Repubblica¹¹.

Volendo ora trarre le fila di questo complesso discorso, intendiamo esprimere le nostre riserve sull'orientamento a schema duplice della Corte costituzionale, in quanto non solo non ha già dato buona prova di sé nel caso Cappato, ma, soprattutto, comporta un non liquet, seppure con un rinvio, nel caso di specie, a maggio 2022. Più in particolare, manifestiamo forti perplessità sull'intervento del potere legislativo anche se avrebbe, in realtà, il materiale per una modifica ai reati di criminalità organizzata, perché non dobbiamo dimenticare i risultati della Commissione Fiandaca che nel 1999 aveva, in particolare, riscritto il concorso esterno in associazione di tipo mafioso, non già con riferimento al modello giurisprudenziale legato al danno¹², che infatti aveva richiesto un rapporto di causalità materiale tra la condotta e gli eventi, quali la conservazione o il rafforzamento dell'organizzazione criminale, di tipo, però, giuridico e non materiale, bensì ispirandosi allo scambio elettorale politico-mafioso, nel senso che, in definitiva, anche il concorso esterno comporta uno scambio tra il mondo delle imprese, che pagano il pizzo e la criminalità organizzata, che, in cambio, offre protezione.

La formula usata dalla Commissione Fiandaca infatti così testualmente definiva il concorso esterno: "Chiunque, fuori dei casi, previsti dall'art. 416 bis e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, eccedendo i limiti del legittimo esercizio di un'attività politica, economica, professionale o di altra natura, ovvero abusando dei poteri o violando i doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio (o alla qualità di ministro di culto), protegge o comunque agevola un'associazione di tipo mafioso al fine di trarne in cambio vantaggi"¹³.

4. *Diritto penale "liberal-garantista" versus diritto penale "di lotta"*. I risultati nella Commissione Fiandaca sono rimasti, tuttavia, da lustri, nei cassetti, ormai polverosi, del Ministero della Giustizia, per cui appare oltre modo difficile che vengano riesumati, per cui, in definitiva, abbiamo l'impressione che il rinvio al maggio 2022 nasconda, in realtà, un contrasto nell'ambito della stes-

¹¹ Così SPANGHER, *La (troppo) lunga notte della giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 4, 409 ss.

¹² Come avvenuto con la sentenza delle Sezioni unite penali, c.d. Mannino II, 12 luglio 2005, in *Foro it.*, II, 2006, 80 ss..

¹³ Sia consentito, sul punto, il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 5ª, Milano, 2020, 483.

sa magistratura ordinaria, che evidentemente ha influenzato la medesima Corte costituzionale, tra i fautori di un diritto penale “liberal-garantista” e, quindi, favorevoli all’estensione della liberazione condizionale anche all’ergastolo ostativo, ed invece coloro che sono sostenitori di un diritto penale “di lotta”¹⁴ che intendono far permanere lo status quo, nel senso che l’unica prova di distacco dall’organizzazione criminale sarebbe costituita dalla collaborazione di giustizia, che, invece, può essere addirittura l’espressione di una convenienza processuale e, non già, di un reale distacco dall’organizzazione criminale medesima. Si ha, tuttavia, l’impressione che nella materia de quo agitur il diritto penale “di lotta”, trasmodi nel c.d. “diritto penale del nemico”, che si caratterizza per un generalizzato aumento dei livelli di pena, per una diminuzione delle garanzie processuali e per una caratterizzazione delle fattispecie in senso marcatamente soggettivo, proprio perché i partecipi della criminalità organizzata o della criminalità terroristica si pongono in antitesi con lo Stato, e, pertanto, dovrebbero essere considerati come “non-persone”¹⁵.

Tale ultima concezione non appare, tuttavia, condivisibile, almeno nella misura in cui, come ha statuito alcuni lustri fa, la Cassazione, I Sezione penale - che infatti aveva annullato il pronunciamento della Corte d’Appello di Parma che aveva rigettato il ricorso di Totò Riina per esser ricoverato con un tumore al quarto stadio in un ospedale al di fuori del 41 bis, in un fondamentale obiter dictum, che si distacca nettamente dal diritto penale di lotta e, quindi, dal diritto penale del nemico - che invece “ogni cittadino ha diritto ad una morte libera e dignitosa”¹⁶.

Per chiudere queste nostre riflessioni, riteniamo, indipendentemente dalle rispettive convinzioni, che comunque la frase più consona non possa che essere quella del poeta: “Ai posteri l’ardua sentenza”.

¹⁴ In argomento, DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 531 ss. e, quivi, 542 ss..

¹⁵ JAKOBS, *¿Terroristas como personas en Derecho?*, in *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, a cura di Cancio-Meliá-Gómez-Yara-Díez, 2, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006, 77 ss.; Id., *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, in *ibid*, 93 ss..

¹⁶ Cfr. MANNA, *op.cit.*, 478 ss..