

Diritto alla progressività trattamentale e legittime aspettative in materia penitenziaria

di *Claudio Conte*

Sommario: 1. Premessa. - 2. Sentenza della Corte costituzionale, del 14 aprile 1999 n. 137 - 3. Irretroattività: dalla legge al mutamento giurisprudenziale? - 4. Conclusioni.

1. Premessa.

Col presente commento si intende evidenziare la tutela che ricevono dall'ordinamento, attraverso l'ordito costituzionale tessuto dalla Consulta, le legittime aspettative maturate dal condannato nella fase dell'esecuzione della pena. E in particolare nel caso di accesso ai benefici penitenziari, tra i quali rientra il permesso premio *ex art. 30-ter*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (OP), nell'ipotesi di sopravvenuta legge peggiorativa, nel caso specifico in occasione della modificazione dell'art. 4-*bis* OP con la legge n. 356 del 1992.

All'interno di tale perimetro, nel quale opera il divieto di retroattività della legge sfavorevole, si porrà la questione relativa all'obbligo convenzionale di estendere tale garanzia dalla legge all'imprevedibile mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Soprattutto per la rilevanza assunta da quest'ultimo nel diritto domestico, alla luce degli obblighi internazionali e in particolare dell'art. 7 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, adottata il 4 novembre 1950, resa esecutiva in Italia con legge del 4 agosto 1955 n. 848 (CEDU) e dell'interpretazione derivatane dai Giudici di Strasburgo, non distinguendosi nel termine *law*, utilizzato nella convenzione, tra legge e giurisprudenza¹.

¹ P. MORI, Il principio di apertura al diritto internazionale e al diritto europeo, in (a cura di) L. VENTURA – A. MORELLI, *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 529-532; in questi termini, D. TEGA, La sentenza della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto, 2008, in *Forum Quaderni Costituzionali*: è con le cosiddette sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007 che si arriva a riconoscere alla CEDU natura di «diritto pattizio capace di vincolare lo Stato ma non produttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno». Prima di tale momento la dottrina aveva proposto diverse soluzioni, indicando come riferimenti costituzionali, ora l'art. 2 della Costituzione, che impronta al principio personalista ed è in grado di scongiurare le derive nella tutela dell'individuo a cui mira la CEDU, ora l'art. 10.1 Cost. per la natura consuetudinaria di molte norme CEDU con relativo automatico adattamento, più isolate restano quelle opinioni che guardano all'art. 10.2

Per la Corte di Strasburgo la *law* è comprensiva della legge statutaria, nonché della giurisprudenza e implica i suddetti requisiti qualitativi di accessibilità e prevedibilità². Entrambe, legge e giurisprudenza, sono assoggettate al divieto di

Cost. regolante la disciplina applicabile agli stranieri. L'art. 11 Cost. è, invece, indicato da coloro che lo ritengono a fondamento di tutti i trattati internazionali, inclusi quelli riguardanti la tutela dei diritti; contra, Corte cost., n. 80/2011, che esaminando il rapporto UE-CEDU, ha confutato la diretta applicabilità; in altri termini la Suprema Corte di Cassazione, che ha ritenuto direttamente applicabili le norme convenzionali (es., Cass. pen., del 8.5.1989 RDI 1038, su diretta applicabilità dell'art. 5 CEDU); negli stessi termini, F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole. Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014"*, p. 8: «la prima sezione della Cassazione, in altre pronunce, ritenne di poter superare invece l'ostacolo evidenziato nel testo, procedendo direttamente alla rideterminazione della pena nei confronti di condannati che si trovavano in una situazione identica a quella esaminata dalle Sezioni Unite (per citazioni puntuali di queste pronunce, cfr. G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, nel libro in questa Rivista., 1 ottobre 2013, p. 3, nt. 5)», riferendosi agli effetti innescati dalla sentenza Scoppola v. Italia della Corte EDU e la sua applicabilità ai casi simili; in tal senso, TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, cit., p. 2: la Corte costituzionale ha precisato, che il riconoscimento di «norma interposta che rende concretamente operativo il parametro costituito dall'art. 117.1 Cost.» dev'essere riconosciuto non alle disposizioni della Convenzione, ma all'interpretazione che ne viene fatta dalla Corte EDU; in questi termini, Corte cost., n. 135 del 19 maggio 2014 per cui «secondo la giurisprudenza di questa Corte, costante a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dal primo comma, art. 117 Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali» (ex plurimis, sentenze n. 30 del 2014, n. 264 del 2012, n. 236, n. 113 e n. 80 del 2011). Ne deriva che, ove si profili un contrasto – non superabile a mezzo di una interpretazione "adeguatrice" – fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune, non potendo rimuoverlo tramite la semplice disapplicazione della norma interna, deve denunciare la rilevata incompatibilità tramite la proposizione di una questione incidentale di legittimità costituzionale per violazione del suddetto parametro»; cfr., Corte cost., n. 348 e 349 del 22 ottobre 2007, (entrambe in *Giur. cost.*, 2007, rispettz. p. 3475 e p. 3535, con note di A. GUAZZAROTTI, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici e V. SCARABBA, Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e Corti nazionale ed internazionali*) ove, oltre a inibirsi il potere per il giudice interno di disapplicare la legge nazionale che si ponga in contrasto con i precetti convenzionali, obbligandolo, in tale caso, a promuovere incidente di costituzionalità se impossibilitato a interpretare la legge nazionale in conformità alle norme della Convenzione, si riconosce altresì come il testo della Convenzione, stante la funzione interpretativa attribuita alla Corte europea, è da intendersi implementato dalle interpretazioni offerte in sentenza che vanno a integrare, così, il parametro interposto di costituzionalità. Come efficacemente rilevato in dottrina, «dalla *law in the books* (il dato normativo cristallizzato nella CEDU) alla *law in action* (il prodotto giurisprudenziale dei giudici europei)», così R. GAMBINI, *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1170.

² In tal senso anche Corte cost., n. 364/1988, sull'art. 5 c.p., in cui la scusante dell'ignorantia legis è stata accostata al prospective overruling: entrambi sono modi di riconoscimento della rilevanza della prevedibilità dell'esito giudiziario, in chiave di garanzia; più ampiamente la Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, cit., § 91; CGJ, caso *Scoppola v. Italia*, cit., p. 23: La nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità (Kokkinakis, già cit., §§ 40-41, *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 29, *Recueil* 1996 V, Coëme e altri, già cit., § 145, e *E.K. c. Turchia*, n. 28496/95, § 51, 7 febbraio

retroattività, poiché, ribadisce la Corte, il sistema convenzionale mira ad assicurare una tutela reale e concreta, tenendo conto dell'evoluzione socio-economico-giuridica nello Stato convenuto³.

Questi principi, di derivazione anglosassone, nell'impatto con l'ordinamento italiano di *civil law*, stanno sollevando in una parte della dottrina delle perplessità di ordine costituzionale⁴, che riflettono alcune delle obiezioni già sollevate dalla Corte costituzionale (n. 230/2012), ma per la diversissima ipotesi di tangibilità del giudicato per mutamento giurisprudenziale favorevole delle Sezioni Unite⁵ (Conte, *Manuale, cit.*, pp. 218-219).

Un adeguamento non più rinviabile, per assicurare al cittadino anche all'interno dello spazio giuridico nazionale una tutela effettiva e concreta non solo da

2002). In senso onnicomprensivo il termine "law" si ritrova anche nell'articolo 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nella sua risoluzione 2200 A (XXI) del 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976; l'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee proclamata durante il Consiglio europeo di Nizza del 7 dicembre 2000, dalla Commissione europea, il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea; idem, l'articolo 7 della CEDU.

³ In tali termini, Grande Camera EDU, caso Scoppola v. Italia, del 17 settembre 2009, p. 24: «Tuttavia, poiché la Convenzione è anzitutto un meccanismo di tutela dei diritti dell'uomo, la Corte deve tenere conto dell'evoluzione della situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale e reagire, ad esempio, al consenso che potrebbe emergere per quanto riguarda il livello di protezione da raggiungere (v., tra le altre, Cossey c. Regno Unito, 27 settembre 1990, § 35, serie A n. 184, e Stafford c. Regno Unito [GC], n. 46295/99, §§ 67-68, CEDU-2002-IV). È di fondamentale importanza che la Convenzione venga interpretata e applicata in modo tale da renderne le garanzie concrete e effettive, e non teoriche e illusorie. Se la Corte non adottasse un approccio dinamico ed evolutivo, un tale atteggiamento rischierebbe di ostacolare qualsiasi riforma o miglioramento (Stafford, già cit., § 68, e Christine Goodwin c. Regno Unito [GC], n. 28957/95, § 74, CEDU 2002-VI)».

⁴ Cfr., G. MARINO, La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale? C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia (n.3), 2015, pp. 15ss: che prospetta la violazione della riserva di legge (25.2 Cost.) nel riconoscimento del potere di creare giurisprudenzialmente una fattispecie criminosa. Le critiche dell'autore riflettono la posizione della Consulta espressa nella sentenza n. 230/2012, con la differenza non marginale che quest'ultima è indirizzata all'ipotesi di abolitio criminis per mutamento giurisprudenziale favorevole; O. DI GIOVINE, Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale, in www.penalecontemporaneo.it; in questi termini, invece, accoglie favorevolmente una stabilizzazione dei precedenti della Cassazione D. PULITANÒ, Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge, 2015, in www.penalecontemporaneo.it, p. 6: «Riconoscere alla giurisprudenza di cassazione (l'organo di nomofilachia) una peculiare capacità di vincolo ai mutamenti, sarebbe garanzia di libertà e di uguaglianza», anche se a pagina 7 evidenzia gli svantaggi che potrebbe subire il cittadino sotto processo.

⁵ Decisione in cui diverse sono le premesse e diverse sono le conclusioni a cui conducono, trattandosi della retroattività favorevole che si fonda sul principio di eguaglianza ex artt. 3 Cost. e 7 CEDU (da caso Scoppola v. Italia) inderogabile per quest'ultimo, derogabile per l'art. 3 Cost., diversamente dall'irretroattività sfavorevole che si fonda sul principio internazionale di conoscibilità del diritto in modo inderogabile a garanzia da possibili abusi dei pubblici poteri: legislativo, esecutivo e giudiziario. Per differenze su ir/retroattività ex art. 7 CEDU vedi, CGJ, caso Scoppola v. Italia, cit., Opinione in parte divergente del giudice Nicolau condivisa dai giudici Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger e Sajò.

eventuali legislazioni peggiorative ma anche da quegli imprevedibili mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli che recano identici pregiudizi, superando quel malinteso *limbo* per il quale l'interpretazione non risponde al divieto di retroattività sfavorevole. Le Sezioni Unite hanno sul punto chiarito come non possa più prescindersi dalla lettura sistematica del diritto domestico con quello convenzionale, dovendosi ritenere superata la tradizionale visione e divisione tra legge e interpretazione⁶.

2. La sentenza della Corte costituzionale, del 14 aprile 1999 n. 137.

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975 n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del decreto legge 8 giugno 1992 n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992 n. 356, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto (anche se mai concretamente fruito) e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. In particolare il tribunale remittente evidenzia l'aspettativa maturata dal condannato con la partecipazione all'opera rieducativa e di come la Corte costituzionale abbia tutelato tali posizioni nel caso diverso dell'accesso alla semilibertà (n. 445/1997) e non anche per il permesso premio come nel caso *de quo*⁷.

⁶ Cfr., Cass. pen., sezioni unite, 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, Beschi, in Cass. pen., 2011, p. 17, con nota di R. RUSSO.

⁷ In questi termini, Corte cost., n. 137/1999, §§ 1-2: «In particolare il Tribunale rimettente espone che il soggetto in questione, pur "riconosciuto colpevole di gravi reati in materia di traffico di sostanze stupefacenti con un ruolo non marginale" e trovandosi in una posizione tale da "lasciare legittimamente ritenere la presenza di margini di possibile collaborazione persino dopo l'entrata in vigore della legge n. 356 del 1992", risultava tuttavia "aver serbato per tutto il periodo di reclusione ultradecennale una condotta corretta e rispettosa, senza aver riportato alcuna nota disciplinare, ed aver fattivamente partecipato ad una attività lavorativa inframuraria, sino a che ciò era stato compatibile con le sue condizioni di salute, riportando perciò anche un encomio nel carcere", che "aveva coltivato interessi culturali durante la detenzione incrementando le proprie risorse psichiche", che aveva "beneficiato complessivamente di 675 giorni di liberazione anticipata, costituenti evidente riconoscimento della lunga partecipazione all'opera di rieducazione", tanto da aver meritato la sopra menzionata positiva relazione di sintesi del Gruppo di osservazione e trattamento del carcere, seguita da un programma di trattamento approvato dal Magistrato di sorveglianza ed includente, come sopra detto, l'eventuale concessione di permessi premio. Il Tribunale rimettente sottolinea in particolare che all'epoca dell'entrata in vigore della legge n. 356 del 1992 il detenuto aveva raggiunto le condizioni per essere ammesso ai permessi premio e che nel corso degli anni successivi non risultava essersi mai discostato dalla partecipazione al trattamento penitenziario. 2. - Rileva il giudice "a quo" che l'esame delle decisioni della Corte sulla norma denunciata (ad iniziare con la sent. n. 306 del 1993 per terminare con la decisione sopra ricordata) conduce a ravvisare "una chiara linea evolutiva fondata sulla valorizzazione del contenuto dell'art. 27 della Costituzione, primo e terzo comma", nel senso di una affermazione di principio della "relativa costituzionalizzazione" delle posizioni giuridiche acquisite nel corso del trattamento

La Corte ritiene che la questione è fondata.

Il percorso compiuto dalla giurisprudenza di questa Corte, a partire dalla sent. n. 306 del 1993, per mantenere il *rispetto del principio rieducativo* nella fase dell'esecuzione penale anche in presenza di leggi con cui è stato ritenuto - per far fronte ai pericoli creati dalla criminalità organizzata - di restringere gli accessi alle misure alternative alla detenzione o a determinati benefici penitenziari, è rievocato dall'ordinanza del giudice a quo come già lo fu nella sent. n. 445 del 1997, alla quale l'ordinanza stessa particolarmente si richiama a fondamento della questione sollevata.

Il punto di arrivo di tale percorso è rappresentato dall'affermazione secondo cui non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa, prescritta nell'art. 27 dalla Costituzione, con il precludere l'accesso a determinati benefici o a determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruire di quei benefici o di quelle misure (Corte cost., n. 137/1999, § 2, parte motiva).

Il Giudice delle leggi, utilizzando le argomentazioni relative ai principi costituzionali di colpevolezza, rieducazione (27 Cost.) e uguaglianza (3 Cost.), di fatto con tale arresto fa avanzare la frontiera del principio d'irretroattività delle leggi penali sfavorevoli (25.2 Cost.) alla materia penitenziaria⁸. Con tale decisione,

penitenziario. Così da profilare come contrastanti con la funzione rieducativa della pena quelle modifiche legislative che, incidendo sul trattamento penitenziario già in via di sviluppo, provochino una regressione di tale trattamento pure in assenza di una condotta deviante del detenuto o dell'effettivo persistere della pericolosità sociale del detenuto stesso. Il Tribunale aggiunge che, pur dovendosi riconoscere al legislatore, "come materia di discrezionalità politica", la concreta configurazione del rapporto tra le varie funzioni della pena, si deve tuttavia rilevare che quando "il rapporto tra i progressi compiuti dal detenuto sulla via della revisione delle proprie attitudini devianti e la risposta dell'ordinamento in tema di graduale allentamento delle modalità di espiazione della pena abbia già avuto uno sviluppo concreto e sicuramente dimostrabile", si può determinare un grave urto tra la funzione rieducativa e quell'intervento legislativo che "paralizzi ulteriori sviluppi di un percorso già iniziato e consolidato dalla vigenza di determinate regole". Sempre secondo l'ordinanza del giudice rimettente, in questi casi "la modifica della soglia della ammissibilità dei benefici penitenziari "in peius" contrasta sicuramente con la funzione rieducativa della pena poiché compromette non solo gli sviluppi futuri del trattamento, ma anche i percorsi già compiuti". A questo punto il Tribunale di sorveglianza si domanda "quale debba considerarsi il momento in cui l'evoluzione del trattamento penitenziario consolida una posizione che il legislatore non può più comprimere senza il sacrificio della funzione rieducativa della pena"; e trova congrua la risposta fornita dalla citata sent. n. 445 del 1997 di questa Corte, secondo la quale l'intervento legislativo ingiustificatamente ablativo, perché contrastante con l'art. 27 della Costituzione, si verifica quando esso incide su soggetti che al momento della nuova legge avevano già maturato le condizioni per essere ammessi al trattamento più favorevole, sussistendo al contempo le condizioni oggettive e soggettive per la concessione»; nello stesso senso v., Corte cost., del 21 giugno 2006, n. 257, in www.cortecostituzionale.it; sulla rilevanza del pregresso comportamento del condannato rispetto ad una *lex in peius* vedi anche Cass. pen. sez. I, del 24 maggio 2016, n. 1788, § 2; V. VALENTINI, *Liberazione anticipata speciale e fenomeni para-successori*, in *Dir. pen e processo*, 2017, in www.leggiditalia.it, p. 5.

⁸ Cfr., *Ivi.*, p.8, nota n. 69, conformandosi a M.V. VALENTINO, *Esclusioni "eccellenti" in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di costituzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2015, p. 12, che parla «giustamente di un "riconoscimento indiretto" dell'irretroattività delle novelle peggiorative» da parte della Corte costituzionale con l'arresto

infatti, assicura la tutela delle *legittime aspettative maturate* in caso di modificazioni legislative peggiorative, arrivando a parificare le posizioni di chi non ha fruito dei benefici ma aveva già realizzato le condizioni per fruirne, ai casi di revoca. In quanto, anche in questo caso, l'esclusione non sarebbe addebitabile alla condotta colpevole del condannato e determinerebbe un ingiustificato arresto nel percorso trattamentale, frustrandone la funzione rieducativa. E in tal modo si violerebbe il principio di uguaglianza con un'irragionevole disparità di trattamento tra detenuti, a seconda che sia o meno stato emesso un provvedimento concessivo prima della disciplina peggiorativa⁹. Sul punto precisa Paola Corvi:

è considerata dalla Corte «situazione del tutto omologa, proprio per il profilo di progressività del trattamento che qualifica il beneficio, alla revoca delle misure alternative alla detenzione già ritenuta non conforme alla Costituzione dalla sentenza n. 306 del 1993»: il permesso premio, pur non rientrando tra le misure alternative alla detenzione riveste una «funzione pedagogico-propulsiva» e rappresenta uno «strumento cruciale ai fini del trattamento», in quanto consente un iniziale reinserimento del detenuto nella società [...]. Interrompere il trattamento premiale a causa della mancata collaborazione con la giustizia e quindi impedire la progressione nella premialità, risulta irrazionale anche in rapporto alla funzione rieducativa della pena e quindi con il dettato degli artt. 3 e 27 Cost.¹⁰.

Su tale impostazione concorda la dottrina¹¹.

La Consulta indica i *requisiti di meritevolezza* per vantare la tutela della legittima aspettativa maturata. La stessa non ritiene sufficiente la sola condotta regolare ovvero la concessione della liberazione anticipata ma è necessaria *un'attiva partecipazione all'opera rieducativa* e (non che sia stata dimostrata l'assenza di

del 21 giugno 2006, n. 257 che aderisce al suo precedente n. 137/1999, oggetto del presente commento.

⁹ Cfr., Corte cost., del 28 aprile 2010, n. 162; Corte cost., del 16-30 dicembre 1997, n. 445, in Giur. cost., 1997, pp. 3934ss, con nota di FIORIO, Brevi note sull'ennesimo vaglio di costituzionalità dell'art. 4bis ord. pen., ivi, p. 3942; cfr., P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Milano, Cedam, 2010, pp. 299-300.

¹⁰ Cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., pp. 298-301; cfr., Corte cost., n. 504/1995, in Giur. cost., p. 4272.

¹¹ Cfr., C. CESARI – G. GIOSTRA, *Commento all'art. 4-bis*, in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 91; in tal senso, R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi, 2011, p. 168: «ond'evitare una brusca interruzione ha affermato il “diritto alla progressione trattamentale in caso di successione delle leggi” penali sfavorevoli nel tempo (Corte cost. 445/1997; 79/2007; 257/2006), che porrebbero “nel nulla le positive esperienze già raggiunte ed ostacola il raggiungimento della finalità rieducativa della pena prescritta dalla Costituzione” (Corte cost. n. 137/1999). Poiché in tal modo “l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo [...] al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti” (Corte cost., n. 257/2006)»; in questi termini, A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, cit., p. 866: «gli argomenti sostenuti dalla Corte costituzionale a fondamento della declaratoria di incostituzionalità della norma sulla revoca delle misure premiali valgono anche con riguardo alla concessione dei benefici, essendo diversamente violati i principi di colpevolezza, individualizzazione e proporzione della pena affermati anche in materia penitenziaria».

collegamenti, ex comma 1, art. 4-bis OP, ma la più garantista formula) *non sia accertata la sussistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata* ex comma 1-ter, art. 4-bis OP, da parte del PM¹². Tale precisazione non risulta ultronea poiché tra la prima formula (*diabolica*) e la seconda (*logico-giuridica*) passa una differenza fondamentale: con la prima si pretende assurdamente di dimostrare qualcosa che non esiste, con la seconda, invece, si stabilisce e rispetta il principio dell'onere della prova a chi sostiene l'esistenza di qualcosa, nel caso di specie la presenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

Di particolare interesse poi anche il momento temporale in cui, il tribunale remittente prima e la Corte costituzionale poi, ritengono maturate le condizioni di ammissibilità al beneficio nel caso di specie.

Il Giudice rimettente solleva la questione d'illegittimità costituzionale con ordinanza del 19 maggio 1998¹³ dopo essere stato:

chiamato a pronunciarsi sul reclamo avverso il diniego di permesso premio, reclamo proposto da persona condannata anche per il delitto di cui all'art. 74 del D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, che dopo avere espiato oltre tredici anni di pena detentiva, aveva chiesto che al proprio caso si applicasse la sent. n. 445 del 1997 costituzionale, il Tribunale di sorveglianza di Torino (Corte cost., n. 137/1999, § 1).

Si precisa nella sentenza, che il Tribunale di Sorveglianza di Torino ha sollevato il sindacato di costituzionalità dopo che: il Gruppo di osservazione e trattamento del carcere aveva predisposto un programma di trattamento approvato dal Magistrato di sorveglianza che esplicitamente valutava in modo favorevole l'eventuale concessione di permessi premiali, ma che lo stesso Magistrato di sorveglianza aveva dichiarato inammissibile la richiesta di concessione del permesso, ostandovi

¹² In questi termini, Corte cost., n. 137/1999, § 4: «Fermo restando ovviamente, come rimarca la stessa ordinanza di remissione, che nella materia in esame il giudizio di meritevolezza è dato sempre "allo stato degli atti" (dove anche le previsioni di sempre possibili revoche o di dinieghi di nuova concessione nel caso di benefici reiterabili nel tempo) e nella più attenta valutazione ad opera del giudice competente di tutti gli elementi sottopostigli nel momento nel quale è chiamato a deliberare. In particolare (e il richiamo è qui doveroso rispetto a taluni passaggi dell'ordinanza di remissione) non potrebbe bastare per ottenere un ulteriore beneficio il solo fatto di avere meritato, già prima dell'entrata in vigore della legge modificatrice, i benefici consistenti negli sconti di pena che prendono il nome di liberazione anticipata. Occorrono infatti sempre altri requisiti correlati ai caratteri del beneficio o della misura che si tratta di concedere, e tutti nel segno della loro persistente attualità. Occorre inoltre, in conformità con la costante giurisprudenza di questa Corte, risalente alla sent. n. 306 del 1993, che anche per i soggetti di cui al primo periodo del comma primo dell'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata (cfr. anche sent. n. 504 del 1995 e sent. n. 445 del 1997). Ma pur con queste doverose cautele e precisazioni rimane valido quanto affermato nella giurisprudenza di questa Corte, in particolare nella sent. n. 445 del 1997 sopra ricordata, nelle sue proposizioni conclusive e nel suo contenuto essenziale».

¹³ Vedi, Giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975 n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dal decreto legge 8 giugno 1992 n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992 n. 356, promosso con ordinanza emessa il 19 maggio 1998 dal Tribunale di sorveglianza di Torino, iscritta al n. 653 del registro ordinanze 1998 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 39, prima serie speciale, dell'anno 1998.

il disposto dell'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975 n. 354 (Corte cost., n. 137/1999, § 1).

La ricostruzione temporale della maturazione delle condizioni per ritenere l'ammissibilità al beneficio diventa rilevante poiché evidenza come il condannato nel 1998 avesse espiato 13 anni di reclusione; che il Gruppo osservazione e trattamento avesse predisposto un programma trattamentale per la concessione dei permessi premio, approvato dal magistrato di sorveglianza, nel 1997.

Dunque, successivamente all'entrata in vigore della legge n. 356 del 1992 che introduceva le nuove preclusioni *ex art. 4-bis OP*.

Da tale ricostruzione se ne deduce che se nel 1998 il condannato aveva espiato 13 anni di pena, nel 1992 aveva espiato 8 anni di reclusione circa; mentre *l'Equipe* non aveva ancora previsto il programma trattamentale comprensivo dei permessi premio, che sarà proposto nel 1997, previa approvazione del Magistrato di Sorveglianza.

Potendosi pertanto concludere che per il Tribunale remittente e la Corte costituzionale per la maturazione delle condizioni di ammissibilità sono necessari: non tanto l'approvazione del programma trattamentale comprensivo dei benefici extramurari da parte dell'*Equipe*, quanto l'aver *raggiunto la soglia di pena* minima prevista per il relativo beneficio richiesto (1/3 di pena - o 10 anni nel caso di ergastolo - per il permesso premio), e aver tenuto una *condotta partecipativa* (non solamente regolare) all'attività trattamentale, ossia aver serbato per tutto il periodo di reclusione ultradecennale una condotta corretta e rispettosa, senza aver riportato alcuna nota disciplinare, ed aver fattivamente partecipato ad una attività lavorativa inframuraria, sino a che ciò era stato compatibile con le sue condizioni di salute, riportando perciò anche un encomio nel carcere", che "aveva coltivato interessi culturali durante la detenzione incrementando le proprie risorse psichiche", che aveva "beneficiato complessivamente di 675 giorni di liberazione anticipata (Corte cost., n. 137/1999, § 1).

La rilevanza dei criteri appena evidenziati, risiede nel fatto che la Corte costituzionale introduce dei requisiti in un certo senso "oggettivi" e nella "disponibilità" del condannato, nel rispetto dell'accessibilità, prevedibilità, chiarezza della legge. Qualità queste ultime intrinseche per la legittimità di una legge e sua applicazione¹⁴ anche in relazione all'interpretazione della legge, come ha costantemente affermato la Corte di Strasburgo¹⁵.

¹⁴ Ex multis, Grande Camera EDU, Kafkaris v. Cipro [GC], no. 21906/04, del 12 febbraio 2008; Corte cost., n. 364/1988.

¹⁵ Cfr., Corte EDU, caso Cantoni v. Francia, del 15 novembre 1996, Rapporti 1996-V, p. 1627, § 29; caso Coëme and Others v. Belgium, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII, § 145; caso EK v. Turchia, no. 28496/95, § 51, 7 febbraio 2002; GCJ, caso Kafkaris v. Cipro, 2008, § 139, CGJ, caso Del Rio Prada v. Spagna, 2013, § 91; CGJ, caso Rohlena v. Repubblica Ceca, 2014, §§ 50ss e caso Contrada v. Italia, 2015; cfr., CONTE, Manuale, cit., pp. 198-203; D. FALCINELLI, Schemi di "vera" sanzione penale e limiti di retroattività applicativa, ovvero prove di forza/compatibilità tra politica criminale nazionale e CEDU, 18 ottobre 2013, Diritti-cedu.unipg.it; E. PROFITI, La sentenza "Del Rio Prada" e il principio di legalità convenzionale: rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in

Si tratta di requisiti oggettivi e disponibili in quanto, da una parte, riferiti ad una soglia di pena espiata che è stata considerata dal legislatore per il beneficio richiesto, e, dall'altra, riferibili all'autodeterminazione comportamentale del condannato, trattandosi di un elemento che è nella sua disponibilità. E', infatti, nella disponibilità del condannato decidere se partecipare o meno attivamente e positivamente all'opera rieducativa.

Laddove, invece, la Corte avesse vincolato il soddisfacimento delle condizioni di ammissibilità, per esempio alla proposta trattamentale dell'Equipe penitenziaria (che in questo caso si è avuta solo nel 1997, dopo 5 anni dall'entrata in vigore della legge peggiorativa e 13 anni di pena espiata), si sarebbe assoggettata la maturazione delle condizioni di ammissibilità a variabili indipendenti dal condannato, come possono essere quelle relative all'efficienza o meno dei Gruppi di osservazione trattamentale (GOT) che variano da istituto a istituto, dalla carenza o meno di personale e sarebbero pertanto affidati alla fortuità, al caso, se non proprio all'arbitrio.

L'indicazione dei requisiti di cui sopra, sono un importante riferimento ermeneutico per gli interpreti che sono chiamati a decidere su casi simili, per l'applicazione della pronuncia costituzionale, che rappresenta comunque un avanzamento delle garanzie costituzionali rispetto alla prevedibilità della pena alla sua «portata» afferente la fase dell'esecuzione¹⁶.

In tal senso, infatti, non può che intendersi l'arresto della Corte Costituzionale che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975 n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del decreto legge 8 giugno 1992 n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992 n. 356, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

3. Irretroattività: dalla legge al mutamento giurisprudenziale?

Nel paragrafo precedente si è osservato come in virtù del principio di diritto alla progressione trattamentale e del divieto di non regressione trattamentale derivi il divieto di applicazione retroattiva della legge penitenziaria sfavorevole ai condannati che abbiano raggiunto le condizioni di ammissibilità per il beneficio richiesto, anche se non ne abbiano concretamente fruito.

materia di benefici penitenziari, in Cassazione Penale, fasc. 2, 2014, pp. 684ss; F. MAZZACUVA, La Corte europea su principio di legalità e applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole in materia di esecuzione delle pene in Spagna, in www.penalecontemporaneo.it/d/1949.

¹⁶ Cfr., CONTE, Manuale, cit., pp. 207-211; FALCINELLI, Schemi di “vera” sanzione penale e limiti di retroattività applicativa, citata.

Allo stesso modo si è riscontrato quali siano i requisiti e criteri per ritenere legittima l’aspettativa maturata: espiazione pena minima richiesta dal beneficio, un’attiva partecipazione all’opera trattamentale e l’*indimostrata* presenza di collegamenti con il crimine organizzato.

La decisione della Corte costituzionale riguarda l’illegittimità parziale dell’art. 4-*bis* OP rispetto alle modifiche introdotte con la legge n. 356 del 1992.

Una legge, appunto, poiché il sindacato di costituzionalità può riguardare solo la legittimità di una legge o un atto avente forza di legge¹⁷, non un regolamento. Ma può sostenersi la sindacabilità costituzionale del mutamento giurisprudenziale sfavorevole?

In questa sede, non si vuole porre né verificare questa possibilità, poiché s’intende porre una questione squisitamente interpretativa, da risolvere ermeneuticamente.

Si vuole porre cioè, la questione sugli effetti che produrrebbe la *ratio decidendi* della commentata sentenza della Consulta nel caso in cui ci si trovasse di fronte anziché ad una legge peggiorativa ad un imprevedibile mutamento giurisprudenziale sfavorevole che incidesse sulla legittima aspettativa maturata dal condannato precedentemente allo stesso mutamento giurisprudenziale.

Il divieto di applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale *in peius* riposa sul favore dell’inderogabile principio espresso dall’art. 7 CEDU, nel quale, come scritto nella premessa, il termine *law* ricomprende la legge statutaria e la giurisprudenza¹⁸.

La questione diventa rilevante nel caso in cui si sovrapponessero i confini tracciati dalla presente decisione della Corte costituzionale, riguardo all’operatività del principio d’irretroattività riferibile al grado di rieducazione del condannato, non rispetto ad una legge penitenziaria sfavorevole (art. 4-*bis* OP), ma, appunto, rispetto al caso di un’imprevedibile interpretazione sfavorevole della stessa disposizione penitenziaria¹⁹.

¹⁷ Stabilisce l’art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 che «la questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d’ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione».

¹⁸ Cfr., CGJ, caso Del Rio Prada v. Spagna, cit., §§ 91, 115: «91. Quando si parla di “legge” l’articolo 7 allude al concetto stesso come quello a cui la Convenzione si riferisce altrove quando si usa questo termine, un concetto che comprende la legge statutaria, nonché la giurisprudenza e implica requisiti qualitativi, in particolare quelli di accessibilità e prevedibilità (v. Kokkinakis, citato sopra, §§ 40-41, Cantoni, già citata, § 29; Coeme e Altri, sopra citato, § 145, e E.K. v. Turchia, n. 28496/95, § 51, 7 febbraio 2002)»; cfr., Corte EDU, caso Pessino v. Francia del 10 ottobre 2006; cfr., V. MANES, Common law-isation del diritto penale?, in Cassazione Penale, fasc. 3, 2017, p. 0955b, www.iusexplorer.it; CONTE, Manuale, cit., pp. 218-219.

¹⁹ Nel senso dell’irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole si sono pronunciate la Corte costituzionale nn. 230/2012 e 364/1988 e le Sezioni Unite, n. 18288, del 21 gennaio 2010, Beschi; cfr., CONTE, Manuale, cit., pp. 226-247; mentre in relazione all’applicabilità del principio d’irretroattività alle disposizioni afferenti l’esecuzione della pena vedi sempre in CONTE, Manuale, cit., pp. 81ss e 184-211; FALCINELLI, Schemi di “vera” sanzione penale e limiti di retroattività applicativa, cit.; PROFITI, La sentenza “Del Rio Prada” e il principio di legalità convenzionale: rilevanza dell’*overruling* giurisprudenziale sfavorevole in materia di

Fenomeno che si è realizzato con l'involutiva interpretazione del primo comma, dell'art. 4-bis OP in relazione al delitto omicidiario formalmente collocato nel comma 1-ter (tra i delitti non ostativi) del succitato articolo, e che a partire dal 2007-2009 è stato attratto tra i delitti cosiddetti ostativi del primo comma, dell'art. 4-bis OP, attraverso un'imprevedibile interpretazione sfavorevole della norma. Mutamento giurisprudenziale descritto e documentato in un approfondito studio riversato nel *Manuale* citato (v., § 2.8.5 e Capitolo Quinto), al quale si rinvia.

In breve, prima di tale mutamento giurisprudenziale, in caso di concorso di reati tra delitti ostativi (prevalentemente associazione mafiosa) e non-ostativi (omicidio appunto), espiata la pena relativa al primo delitto, previo scorporo della prima pena per quella residua relativa al delitto omicidiario, si poteva accedere ai benefici penitenziari senza gli aggravamenti (*prova diabolica* della dimostrazione dell'assenza di collegamenti con il crimine organizzato e collaborazione ex art. 58-ter OP, prevista dal comma 1 ex art. 4-bis OP) previsti per i delitti ostativi. Tale orientamento giurisprudenziale, consolidatosi negli anni, è stato legittimato dalla giurisprudenza costituzionale (n. 361/1994), di legittimità (SU nn. 15/1997, Vernelli; 14/1999, Ronga) e recepita all'unanimità dalla giurisprudenza di merito²⁰ determinando un legittimo affidamento nell'interpretazione dell'art. 4-bis OP.

benefici penitenziari, cit., pp. 684ss; MAZZACUVA, La Corte europea su principio di legalità e applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole in materia di esecuzione delle pene in Spagna, citata.

²⁰ Cfr., Corte cost., 27 luglio 1994, n. 361 in Giur. cost. 1994, pp. 2943ss, con nota di commento di C. FIORIO, Composizioni sulla pena” e benefici penitenziari, ivi, p. 3214; in tal senso, DEL COCO, La sicurezza e la disciplina penitenziaria, cit., p. 183: laddove dà conto dell'ulteriore querelle interpretativa in ordine all'operatività del divieto ex art. 4-bis.1 OP, nel caso di concorrenza di pluralità di reati, alcuni solo dei quali c.d. ostativi. Concludendo, come l'inscindibilità non sia conforme a Costituzione e come le SU abbiano posto termine a tali oscillamenti interpretativi con l'arresto del 30 giugno 1999 – Ronga; in tal senso, CORVI, Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit., pp. 44ss: Anche dopo che la Corte costituzionale aveva censurato, per la «violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevole discriminazione di situazioni tra loro assimilabili» l'orientamento che affermava l'inscindibilità, parte della giurisprudenza seguiva in tal senso (Cass. pen. sez. I, del 12 gennaio 1995, Manna), addirittura confutando le argomentazioni della Consulta. Né è valso l'intervento delle Sezioni Unite 14/1999 (e 15/1997), che ha ritenuto scindibile il vincolo della continuazione, con un orientamento improntato al favor rei poiché ancora si assiste a pronunce in senso contrario (Cass. sez. I, del 9 gennaio 2009, Saponaro, in Ced cass. n. 242842).

Cfr., UDS-Reggio Emilia, n. SIUS 2016/9069, Decreto n. 2016/6038 del 27 dicembre 2016, Cavallo; TDS-Napoli, n. 12/1859 ord., del 19 marzo 2012, Cavallo; TDS-Napoli n. 2189/12 ord., del 18 aprile 2012, Cavallo; Cass. sez. I, n. 36253/04 dell'8 luglio 2004, Cavallo; UDS-Caltanissetta, n. 17/04 Reg. Recl. Gen. del 7 marzo 2005, Cavallo; UDS-L'Aquila, n. 378/02 Reg. Perm. Prem. del 17 maggio 2002, Cavallo; TDS-L'Aquila, n. 3871/02 ord. dell'8 ottobre 2002, Cavallo; UDS-Reggio Emilia, n. 2014/68 SIUP R.P. del 15 settembre 2014, Cavallo; TDS-Bologna, 2014/3772 N. SIUS del 27 gennaio 2015, Cavallo; Tribunale di Lucca, Ufficio GIP, n. 13/2000 del 26 gennaio 2001, Musumeci; Ufficio di Sorveglianza (UDS) di L'Aquila, n. 38/01 Recl., del 12 giugno 2001, Piacente; in questi termini, Cass. pen. sez. I, dell'11 febbraio 2000 n. 990, Fusaro: «ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, deve sempre procedersi allo scioglimento sia del cumulo, materiale o giuridico, delle pene detentive temporanee della stessa specie sia, nello stesso modo, allo scioglimento del cumulo della pena o delle pene perpetue e delle pene detentive temporanee».

Ad un certo momento si è assistito ad un “discostamento” dall’orientamento di cui sopra, per effetto di alcune sentenze della Prima Sezione della Suprema Corte di Cassazione²¹. Si usa il “virgolettato” in quanto più correttamente ai sensi dell’art. 618 c.p.p. la singola sezione per discostarsi da tale orientamento, avrebbe dovuto rinviare la questione alle Sezioni Unite per “superare” legittimamente il precedente indirizzo²². Poiché in assenza di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite, dovrebbe ritenersi applicabile esclusivamente il “diritto vivente” formatosi a seguito degli arresti delle più alte istituzioni giurisdizionali italiane, quali risultano la Corte costituzionale e le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione.

Pur tenendo conto come nel nostro ordinamento i «“precedenti giurisprudenziali”, i quali pur se dotati di efficacia persuasiva, mai potranno “acquistare forza”, di interpretazione autentica, cioè “forza di legge”»²³, tanto non dovrebbe comunque legittimare un imprevedibile *revirement* in violazione del succitato art. 618 c.p.p. e soprattutto quando non sia accompagnato da una *prospective overruling* per garantire quelle qualità di prevedibilità e accessibilità al diritto nella loro ormai manifesta rilevanza costituzionale.

4. Conclusioni.

In questo scritto come anticipato si vuole evidenziare la questione afferente la rilevanza del mutamento giurisprudenziale sfavorevole in materia penitenziaria.

Questa prospettazione di respiro europeo solleva alcune perplessità in ordine: *a)* all’operatività del principio d’irretroattività in materia penitenziaria²⁴; *b)* sull’irretroattività dell’interpretazione peggiorativa di una legge²⁵; *c)* sull’esistenza

²¹ Cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., pp. 44ss.

²² Cfr., Così, l’art. 618 c.p.p.: «1. Se una sezione della corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite (att. 170, 172, 173.3)».

²³ Cfr., N. ZANON – L. PANZERI, in sub Art. 101, *Commentario Costituzione*, in www.leggiditalia.it, p. 8.

²⁴ Cfr., ex multis, Corte cost., n. 137/1999; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2009, p. 75; NATALINI, *Trattamento penitenziario*, restano dubbi sull’irretroattività. L’articolo 25 Costituzione dovrebbe applicarsi anche all’esecuzione (nota a C. cost., ord. 24 marzo – 2 aprile 2004, n. 108), in *Dir. e giust.*, 2004, n. 19, p. 12ss; C. FIORIO, *Le disposizioni esecutive penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, n. 3, p. 315ss; F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche peggiorative e limiti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 3995; A. PULVIRENTI, *Codice penitenziario commentato*, Napoli, Ed. Giur. Simone, 2000, p. 27; CONTE, *Manuale*, cit., pp. 81ss e 184-211; FALCINELLI, *Schemi di “vera” sanzione penale e limiti di retroattività applicativa*, cit.; in termini di “apertura di un spiraglio” parla, invece, PROFITI, *La sentenza “Del Rio Prada” e il principio di legalità convenzionale: rilevanza dell’overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, cit., pp. 684ss; MAZZACUVA, *La Corte europea su principio di legalità e applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole in materia di esecuzione delle pene in Spagna*, citato.

²⁵ *Ibidem*; cfr., CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, cit., §§ 91, 115; Kokkinakis, citato sopra, §§ 40-41, Cantoni, già citata, § 29; Coeme e Altri, sopra citato, § 145, e E.K. v. Turchia, n. 28496/95, § 51, 7 febbraio 2002); cfr., Corte EDU, caso *Pessino v. Francia* del 10 ottobre 2006; Manes, *Common law-isation del diritto penale?*, cit.; CONTE, *Manuale*, cit., pp. 218-219.

di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole che ha portato alla “creazione” della fattispecie dell’ergastolo cosiddetto ostativo (per il delitto omicidiario)²⁶.

Alcune delle possibili risposte sono state evidenziate nel succitato *Manuale sulla pena dell’ergastolo* e in altri commenti, quali quello sulla *Rilevanza del mutamento giurisprudenziale ed ergastolo ostativo* nella fase dell’esecuzione della pena, alla luce dei divieti stabiliti per la retroattività della legge sfavorevole in materia penitenziaria affermati dalla giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito. Nell’idea che quanto è vietato al Legislatore non possa essere permesso al Giudice quando il cittadino si trova a subire, sostanzialmente, gli stessi effetti e pregiudizi, non ponendo tra l’altro alcun problema di compatibilità ordinamentale. Un’idea sempre più condivisa²⁷.

²⁶ Cfr., CONTE, *Manuale*, cit., § 2.8.5 e Capitolo Quinto.

²⁷ Ivi, pp. 223-224; PROFITI, La sentenza “Del Rio Prada” e il principio di legalità convenzionale: rilevanza dell’*overruling* giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari, citato.