

L'ergastolo ostativo al vaglio della Consulta. Se non ora, quando?

di **Giulia Bellini** e **Francesca Procopio**

Sommario. 1. Tutti i nodi vengono al pettine. – 2. L'art. 4 *bis*: normativa d'emergenza ed *excursus* giurisprudenziale fino agli anni 2000. – 3. La luce in fondo al tunnel: il monito della CEDU e la sentenza n. 253/2019 della Consulta. – 4. La nuova occasione della Corte Costituzionale.

1. Tutti i nodi vengono al pettine.

È accaduto quanto da molti auspicato e da alcuni presagito¹. La Prima Sezione della Suprema Corte, con ordinanza di rimessione n. 18518/2020², ha deferito alla Consulta la “spinosa” questione della legittimità costituzionale degli artt. 4 *bis*, comma 1 e 58 *ter* ord. penit.³ e dell'art. 2 D.L.13 maggio 1991, n. 152⁴ nella parte in cui, in difetto di “utile” collaborazione con la giustizia, impediscono agli ergastolani condannati per reati commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. o al fine di agevolare l'associazione di stampo mafioso, di accedere alla liberazione condizionale. Il dubbio di costituzionalità⁵ si fonda sulla convinzione che l'atteggiamento collaborativo non può essere elevato “*ad indice esclusivo dell'assenza di ogni legame con l'ambiente criminale di appartenenza e che, di conseguenza, altri elementi possono in concreto essere validi e inequivoci indici dell'assenza di detti legami e quindi di pericolosità sociale*”⁶.

Del resto, era questione di tempo. Invero questo principio era già stato fatto proprio dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 253/2019⁷, che ha avuto il merito di avviare il processo di erosione della presunzione assoluta

¹ In tal senso si vedano, in particolare, R. DE VITO, *Mancata collaborazione e permessi premio: cade il muro della presunzione assoluta*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2020, 1, pp. 349 ss. nonché G. DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 1, pp. 259 ss., nota a C. Cost. 4 dicembre 2019, n. 253.

² Cass. pen., sez. I, 18 giugno 2020, n. 18518 (ord. di rimessione), pubblicata in questa Rivista, [ivi](#).

³ Si fa riferimento alla l. 26 luglio 1975, n. 354.

⁴ Tale decreto-legge è stato successivamente convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 1991, n. 203.

⁵ Sollevato con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 Cost.

⁶ Cass. pen., n. 18518/2020, cit., *Motivi della decisione*, §9.

⁷ C. Cost., 4 dicembre 2019, n. 253, pubblicata in questa Rivista, [ivi](#), e di cui si tratterà più approfonditamente *infra*, §4.

di pericolosità in assenza di collaborazione di cui all'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit.

Tale decisione, seppur circoscritta ai soli permessi premio⁸, ha aperto nel muro dell'ostatività ai benefici penitenziari per i detenuti "di prima fascia" non collaboranti una breccia troppo evidente perché nessuno cercasse di attraversarla e di porre sotto assedio anche il divieto di accesso alla liberazione condizionale, particolarmente gravoso proprio per i condannati a pena perpetua.

Ciò a maggior ragione se si considera che solo qualche mese prima la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo aveva assestato un primo durissimo colpo alla figura dell'ergastolo ostativo, dichiarandone, nella sentenza Viola c. Italia n. 2⁹, l'incompatibilità con l'art. 3 della Convenzione¹⁰ proprio in quanto pena *de facto* non riducibile.

Veniamo, quindi, a noi. Il caso che ha dato origine all'ordinanza di rimessione della Suprema Corte presenta diverse analogie¹¹ con quello di Marcello Viola. S. F. P. è un soggetto pluricondannato, in espiazione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno per anni uno in forza di un provvedimento di cumulo di tre sentenze di condanna; l'ultima - nel riconoscerlo colpevole del delitto di omicidio aggravato dalle circostanze c.d. "di tipo mafioso" previste dall'art. 7 del D.L. n. 152 del 1991 e di reati concernenti la violazione delle disposizioni sulle armi - gli aveva, appunto, irrogato la pena perpetua.

Le istanze di concessione di permessi premio presentate negli anni dal detenuto erano state respinte in ragione della mancata collaborazione con la giustizia nonché dell'impossibilità di ravvisare gli estremi della collaborazione impossibile o inesigibile¹². Ciò nonostante, nel 2019 S. F. P. adiva nuovamente il Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila, stavolta chiedendo di essere ammesso alla liberazione condizionale. A sostegno dell'istanza adduceva l'espiazione di più di 27 anni di pena (comprensivi dei 2665 giorni di liberazione anticipata ottenuti), la proficua partecipazione all'opera di rieducazione e alle opportunità di lavoro e studio offertegli (aveva, tra l'altro, conseguito il titolo di agronomo), nonché la rivisitazione critica del passato, con parziale

⁸ La Consulta ha, infatti, dichiarato il contrasto tra la preclusione di cui all'art. 4 *bis* comma 1 ord. penit. e gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. limitatamente al beneficio *ex art.* 30 *ter* ord. penit.

⁹ C. EDU, sez. I, 13 giugno 2019, Marcello Viola c. Italia n. 2, ric. n. 77633/16, pubblicata in questa Rivista, *ivi*, con nota di M. S. MORI. Delle rilevanti considerazioni svolte dalla Corte EDU in tale pronuncia si dirà meglio *infra*, §3.

¹⁰ Si fa riferimento alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950. L'art. 3 della Convenzione sancisce: "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

¹¹ Sul punto si veda *infra*, nota 57.

¹² Si rammenta che le ipotesi di collaborazione impossibile o oggettivamente irrilevante sono equiparate dall'art. 4 *bis* comma 1 *bis* ord. penit. all'"utile" collaborazione di cui all'art. 58 *ter* ord. penit.

ammissione delle proprie responsabilità, e la volontà di recidere i legami con l'ambiente mafioso, risultanti dalla relazione di sintesi.

La vicenda è giunta all'attenzione della Suprema Corte a seguito del ricorso promosso dal detenuto avverso l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza che aveva dichiarato inammissibile la domanda di liberazione condizionale¹³ e manifestamente infondata la questione di costituzionalità del divieto di accesso a tale istituto per l'ergastolano ostativo non collaborante.

Ed ecco l'elemento di novità rispetto al caso Viola.

Se nel 2016 la Corte di Cassazione¹⁴ aveva optato per la via del *commodus discessus*, limitandosi a rilevare che il dubbio di compatibilità costituzionale della disciplina censurata era già stato positivamente risolto nella sentenza n. 135/2003¹⁵ (da qui il ricorso del detenuto alla Corte EDU), stavolta la scelta è stata quella – più audace e sensibile alle recenti istanze, anche sovranazionali – di demandare alla Consulta una verifica circa la perdurante legittimità e ragionevolezza di quell'impostazione.

2. L'art 4 bis: legislazione d'emergenza ed *excursus* giurisprudenziale sino agli anni 2000.

Come noto, l'art. 4 *bis* è stato introdotto nell'ordinamento penitenziario dal D.L. 13 maggio 1991, n. 152¹⁶, come risposta dello Stato al sempre più dilagante fenomeno della criminalità organizzata, soprattutto di stampo mafioso.

Nella sua formulazione iniziale, la norma suddivideva i condannati responsabili di alcuni gravissimi delitti in due fasce, a seconda della più o meno diretta riferibilità dei titoli di reato individuati al crimine organizzato o eversivo¹⁷.

Per i condannati di entrambe le fasce l'accesso ai benefici penitenziari, alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale¹⁸ era

¹³ Il Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila ha fondato la dichiarazione di inammissibilità dell'istanza sulla mancata indicazione di elementi "nuovi", idonei a superare il giudicato formatosi - a seguito della prima richiesta di accesso ai permessi premio - sull'assenza di collaborazione da parte di S. F. P. e sulla possibilità ed esigibilità di tale condotta nel caso concreto. Nel giungere a tale conclusione, il Tribunale di Sorveglianza ha altresì chiarito che gli "elementi di novità" necessari al superamento del giudicato non possono essere individuati nei recenti orientamenti della giurisprudenza nazionale e comunitaria registratisi sul tema.

¹⁴ Cass. pen., 1° luglio 2016, n. 1153.

¹⁵ C. Cost., 24 aprile 2003, n. 135, sulla quale si tornerà *infra*, §2.

¹⁶ Vedi, *supra*, nota 4.

¹⁷ In tal senso si veda C. Cost., n. 253/2019, cit., *Considerato in diritto*, §12.

¹⁸ In relazione all'istituto della liberazione condizionale, l'art. 2, comma 1 del D.L. n. 152 del 1991 prevedeva, infatti: "*I condannati per i delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici ivi indicati. Si osservano le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'art. 4 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*".

subordinato alla rottura dei legami con il contesto criminale di provenienza. Tuttavia, se per i reati di “seconda fascia” ai fini di tale accertamento era sufficiente l’assenza di “*elementi tali da far ritenere la sussistenza di legami con la criminalità organizzata o eversiva*”, per quelli di “prima fascia” il detenuto doveva fornire “*elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata ed eversiva*”¹⁹.

In questa prima edizione del regime ostativo la collaborazione con la giustizia aveva funzione premiale²⁰: solo la scelta di collaborare con l’Autorità Giudiziaria, ritenuta di per sé sufficiente a dimostrare l’avvenuta cessazione dei rapporti con il sodalizio criminale, consentiva al condannato ostativo di riaccedere ai limiti di pena base per l’ammissione alle misure extramurarie²¹. Il regime ostativo, così come disegnato nel 1991, ha però avuto vita breve. All’indomani della strage di Capaci²², goccia che ha fatto traboccare il vaso dell’allarme sociale, il legislatore ha deciso di dare alla disciplina di nuovo conio un giro di vite in senso general preventivo e retributivo²³.

¹⁹ L’onere probatorio a carico dei condannati di “prima fascia” è stato da molti definito una *probatio diabolica*, stante l’evidente difficoltà di fornire, a maggior ragione da dentro il carcere, elementi “positivi” tali da consentire di escludere l’attualità dei legami con la criminalità organizzata. In tal senso si vedano, per tutti, M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 1999; G. ESPOSITO, *Le nuove norme in materia penitenziaria*, in *Arch. Pen.*, 1992, p. 490; D. GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull’ergastolo ostativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 3, pp. 1156-1189; G. MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Delitti e Pene*, 1991, 2, p. 145.

²⁰ In tal senso si veda, tra le altre, C. Cost., 11 luglio 2018, n. 149, pubblicata in questa Rivista, *ivi*, *Considerato in diritto*, §2.1. Il D.L. n. 152 del 1991, oltre ad introdurre le due fasce di delitti sopra descritte, aveva, infatti, innalzato per i condannati ostativi le soglie di pena per l’ammissione ai benefici penitenziari. Ciò in ragione dell’intensità del vincolo di affiliazione all’organizzazione criminale, che richiedeva il protrarsi del percorso di rieducazione del reo per un lasso di tempo maggiore prima che gli fosse consentito di allontanarsi, anche solo temporaneamente, dalla struttura carceraria (Cfr. gli artt. 21, 30 *ter* e 50 ord. penit., così come modificati dall’art. 1 del D.L. n. 152 del 1991).

²¹ L’art. 58 *ter* ord. penit., introdotto dal D.L. n. 152 del 1991, nella sua formulazione originaria al comma 1 prevedeva: “*Le disposizioni del comma 1 dell’art. 21, del comma 4 dell’art. 30-ter e del comma 2 dell’art. 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell’art. 4-bis, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l’individuazione o la cattura degli autori dei reati*”.

²² Si veda C. Cost., n. 253/2019, cit., *Considerato in diritto*, §7.1.

²³ La finalità di prevenzione generale e di sicurezza collettiva perseguita dalla riforma del 1992 è stata sottolineata da C. Cost., 8 luglio 1993, n. 306, *Considerato in diritto*, §11. Ha, invece, sottolineato la concezione retributiva della pena sottesa all’art. 4 *bis* ord. penit. R. PEROTTI, *L’ergastolo è ancora una pena perpetua? Appunti giuridici e sociologici sulla pena dell’ergastolo*, in *L’Altro Diritto*, 2006, §3.1.2.7.

Con le modifiche apportate dal D. L. 8 giugno 1992, n. 306²⁴ al trattamento penitenziario dei condannati *ex art. 4 bis*, comma 1 ord. penit., la finalità rieducativa della pena ha, infatti, ceduto inesorabilmente il passo alle istanze di difesa e sicurezza collettiva provenienti dalla popolazione, in un netto *revirement* rispetto ai valori che avevano ispirato la L. n. 354 del 1975.

La principale novità della riforma del 1992, per ciò che qui interessa²⁵, è stato il nuovo ruolo attribuito dal legislatore alla condotta collaborativa. Lungi dall'essere più solamente un incentivo per ridurre i tempi di ammissione ai benefici penitenziari²⁶, l'“utile” cooperazione con la giustizia *ex art. 58 ter* ord. penit. è divenuta per i detenuti “di prima fascia” l'unica via d'accesso ad essi. Alla base di tale impostazione, una duplice presunzione assoluta²⁷: in considerazione della tendenziale indissolubilità del vincolo associativo, il rifiuto di collaborare non può che essere sintomo, per i condannati *ex art. 4 bis*, comma 1 ord. penit., della persistenza dei legami con il gruppo criminale d'origine.

Una scelta di politica criminale, questa, chiaramente espressiva della volontà dello Stato di trasformare i detenuti ostativi “di prima fascia” in uno strumento per ottenere informazioni investigative utili nella lotta al crimine organizzato²⁸.

All'automatismo normativo introdotto con la riforma, il legislatore del 1992 ha apportato un'unica mitigazione, disciplinata nel secondo capoverso dell'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit.

In sede di conversione, infatti, si è deciso di equiparare all'“utile” collaborazione *ex art. 58 ter* ord. penit. quella c.d. oggettivamente irrilevante. Si è cioè stabilito che, al ricorrere di determinate circostanze (segnatamente

²⁴ Convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 1992, n. 356, emanata a sole due settimane da un altro gravissimo attentato mafioso, la strage di Via D'Amelio.

²⁵ Si evidenzia che il D.L. n. 306 del 1992 ha, tra l'altro, apportato modifiche all'art. 41 *bis* ord. penit., introducendo, al comma 2 della norma, il regime del c.d. “carcere duro” per i detenuti per taluno dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit.

²⁶ Si evidenzia comunque che la riforma del 1992 ha lasciato intatta, rispetto alla disciplina previgente, la possibilità anche per i detenuti “di prima fascia”, in caso di utile collaborazione, di accedere ai benefici penitenziari nei tempi ordinari previsti per i condannati comuni.

²⁷ Così, tra gli altri, A. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p.*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 2, pp. 308-309 nota a C. Cost. n. 253/2019, cit..

²⁸ Come rilevato, tra gli altri, da D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, p. 4. Del resto, che il rilievo “esclusivo” attribuito alla collaborazione rispondesse ad esigenze di carattere investigativo è stato ammesso anche dal Ministro Guardasigilli proponente, il quale ha chiarito che la distinzione tra detenuti collaboranti e non “*si è rivelata ...come l'arma più efficace proprio per contrastare la criminalità organizzata. Praticamente tutti i processi che hanno ottenuto qualche risultato, così come le indagini che li hanno preceduti, sono stati fondati sulle rivelazioni, sulle confessioni e sulla collaborazione di ex appartenenti alle associazioni di stampo mafioso*” (si veda Assemblea del Senato, seduta del 6 agosto 1992, resoconto stenografico, p. 61, al seguente [link](#)).

una tra le ipotesi di cui agli artt. 62 n. 6, 114, 116, comma 2 c.p.²⁹), anche una cooperazione con la giustizia rivelatasi infruttuosa a fini investigativi fosse idonea a consentire l'accesso ai benefici penitenziari, purché fossero stati acquisiti *“elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata”*.

Seppur non esplicitata nei lavori preparatori, la *ratio* dell'emendamento sembrava risiedere da un lato nella consapevolezza che, nei casi di limitata partecipazione al fatto criminoso, difficilmente il reo sarebbe stato a conoscenza di informazioni rilevanti per la lotta al crimine organizzato; dall'altro, nell'idea che la realizzazione di condotte risarcitorie o riparatorie (anche in sede esecutiva) fosse tendenzialmente incompatibile con la permanenza del vincolo associativo³⁰.

Com'è ovvio, gli effetti del novellato regime ostativo ex art. 4 bis, comma 1 ord. penit., già estremamente pregiudizievoli per i condannati a pena temporanea, non potevano che rivelarsi ancor più gravosi per i condannati all'ergastolo.

In assenza di collaborazione, tali soggetti erano – e sono tutt'oggi – inesorabilmente destinati a restare in carcere sino alla morte, nel senso stretto della parola³¹.

Non si dimentichi, infatti, che tra i benefici ricompresi nel perimetro applicativo della preclusione assoluta compariva anche la liberazione condizionale. E se per i condannati ostativi “temporanei” l'uscita dalla prigione era comunque garantita, presto o tardi, dalla determinatezza della

²⁹ In particolare: l'art. 62 n. 6 c.p. introduce la circostanza attenuante comune de *“l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato”* (peraltro, l'art. 4 bis, comma 1, secondo capoverso ord. penit., ha sin da subito ammesso la configurabilità di tale circostanza anche qualora *“il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna”*); l'art. 114 c.p., invece, prevede che *“1. Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena. 2. Tale disposizione non si applica nei casi indicati nell'articolo 112. 3. La pena può altresì essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo comma e nel terzo comma dell'articolo 112”*; da ultimo, l'art. 116, comma 2 c.p. contempla l'ipotesi di reato più grave di quello voluto da taluno dei concorrenti (*“Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave”*).

³⁰ Sul punto si veda C. Cost., 27 luglio 1994, n. 357, *Considerato in diritto*, §2. Su tale sentenza si tornerà, *infra*, nel presente paragrafo.

³¹ Difatti, l'istituto della liberazione condizionale è rimasto precluso ai condannati ex art. 4 bis, comma 1 ord. penit. non collaboranti anche dopo l'emanazione del D. L. n. 306 del 1992. A ciò si aggiunga che, come rilevato da A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016, 4, p. 27, agli ergastolani non ostativi non risulta siano mai stati concessi nemmeno grazia e indulto (art. 174 c.p.).

pena comminata³², per gli ergastolani l'impossibilità di accedere all'istituto ex art. 176 c.p. – già normalmente subordinato all'espiazione di 26 anni di pena – si traduceva nel “fine pena: mai”.

Nessuna rilevanza poteva avere il fatto che nei lunghi anni di detenzione il condannato “perpetuo” avesse affrontato un percorso di genuino distacco dal proprio passato criminale, che avesse appreso un mestiere e conseguito titoli di studio, che, in altre parole, si fosse dimostrato meritevole del reinserimento nella società. I progressi compiuti potevano eventualmente concorrere al riconoscimento della liberazione anticipata³³, unico beneficio lasciato in ogni caso intatto anche per i condannati “di prima fascia”³⁴ e trasformatosi, per gli ergastolani, in una vera e propria contraddizione. A cosa serve, infatti, poter accumulare sconti di pena se non si uscirà comunque mai dal carcere?

Con la riforma del 1992 il trattamento penitenziario degli ergastolani ostativi non collaboranti è divenuto, quindi, del tutto sovrapponibile a quello applicato ai condannati a pena perpetua “comune” prima delle modifiche introdotte nel 1962 e nel 1986³⁵.

Per voler rendere omaggio all'Inferno di dantesca memoria, questa l'iscrizione apposta all'ingresso delle celle di tali detenuti: “*Lasciate ogni speranza, o voi ch'intrate*”³⁶.

Le perplessità generate dal nuovo regime ex art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. non hanno, invero, tardato ad emergere.

La scelta di elevare la collaborazione ad unico indice del ravvedimento del condannato “di prima fascia”, infatti, ha sin da subito presentato più d'un

³² Fermi restando i dubbi circa l'avvenuta rieducazione, al momento dell'uscita dal carcere, di tali detenuti. È, infatti, evidente che il regime ostativo ex art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit., precludendo anche ai condannati “temporanei” non collaboranti l'accesso ai benefici penitenziari, corre il rischio di non espletare compiutamente la propria funzione trattamentale e di risocializzazione, aumentando le probabilità di recidiva da parte dell'ex detenuto. Come rilevato da G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, p. 61, il tasso di recidiva è più basso tra i detenuti che, nel corso dell'esecuzione della pena, hanno avuto accesso ai benefici penitenziari.

³³ Disciplinata, si rammenta, dall'art. 54 ord. penit.

³⁴ In sede di conversione, infatti, la L. n. 356 del 1992 ha modificato il primo periodo dell'art 4 *bis*, comma 1 ord. penit., stabilendo che ai detenuti ostativi non collaboranti è precluso l'accesso ai benefici penitenziari “*fatta eccezione per la liberazione anticipata*”.

³⁵ Come efficacemente rilevato da E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, 3, p. 9. La L. 25 novembre 1962, n. 1634 aveva, invero, esteso l'istituto della liberazione condizionale anche alla pena dell'ergastolo, introducendo, all'interno dell'art. 176 c.p., il seguente comma 3: “*Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia effettivamente scontato almeno ventotto anni di pena*”. La successiva L. 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. Legge Gozzini) aveva poi modificato l'art. 176, comma 3 c.p., riducendo la soglia di pena per l'accesso a tale istituto da parte degli ergastolani a 26 anni, e reso accessibili anche a tale categoria di detenuti i permessi premio e la semilibertà.

³⁶ D. ALIGHIERI, *Divina Commedia*, Inferno, III, 9.

punto d'attrito con i valori alla base della Carta Costituzionale, ancor più se analizzata in relazione all'ergastolo ostativo.

In primo luogo, come anticipato, si è scontrata ineluttabilmente con l'opera di rieducazione del reo, cui, ai sensi dell'art. 27, comma 3 Cost., pure l'esecuzione della pena "deve" tendere³⁷. Da un lato, infatti, al soggetto non collaborante è stato precluso l'accesso proprio agli istituti cardine del percorso di progressivo reinserimento sociale, che non può, quindi, esplicarsi. Dall'altro, la proficua partecipazione all'attività intramuraria è stata privata di qualsivoglia autonomo rilievo; con l'elevato rischio, per l'ergastolano ostativo, di sviluppare un atteggiamento di totale disinteresse al trattamento penitenziario.

In secondo luogo, si è posta in contrasto con il diritto di difesa, tutelato dall'art. 24, comma 2 Cost. È infatti evidente che la preclusione assoluta di cui all'art. 4 *bis*, comma 1 esercita sul condannato ostativo – a maggior ragione se ergastolano – un'indebita pressione a rinunciare al proprio "diritto al silenzio". Non solo. Come correttamente rilevato dalla magistratura di sorveglianza all'indomani della riforma³⁸, tale preclusione rischia di inficiare anche le scelte difensive in fase di cognizione, inevitabilmente gravate dalla consapevolezza delle conseguenze che il comportamento processuale tenuto produrrà in sede esecutiva.

Da ultimo, ha comportato una violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità della pena di cui all'art. 3 Cost., in quanto si applica indistintamente a tutti i condannati non cooperanti, senza tener conto che alla base di tale contegno possono esservi ragioni ben diverse dal mancato ravvedimento. Invero, se in alcuni casi il rifiuto di "parlare" con l'Autorità Giudiziaria è effettivamente connesso alla permanenza del vincolo associativo, in altri può essere motivato, ad esempio, dalla paura (tutt'altro che infondata) di ritorsioni nei confronti propri o dei familiari, dal rifiuto di fornire elementi incriminanti a carico di parenti o amici o dalla semplice indisponibilità di informazioni utili ai fini investigativi³⁹. D'altro canto, non si può nemmeno ritenere che l'utile collaborazione sia sempre dimostrativa dell'avvenuto distacco del reo dal tessuto criminale: ben può essere, infatti, che questi si determini a cooperare con la giustizia non perché mosso da pentimento, bensì per vendetta o allo scopo meramente utilitaristico di

³⁷ Come chiarito da C. Cost., 2 luglio 1990, n. 313, *Considerato in diritto*, §8, infatti, la finalità rieducativa è una caratteristica essenziale della pena, che deve accompagnarla dalla nascita, quando il legislatore determina la cornice edittale della previsione normativa astratta, alla comminazione nel caso concreto da parte del giudice, sino alla sua estinzione.

³⁸ Si veda C. Cost., 306/1993, cit., *Ritenuto in fatto*, §4.1.2, in cui si dà atto della censura mossa dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze, con ordinanza in data 10.6.1992 (r.o. n. 550), all'art. 15, comma 1, D.L. 306/1992, in relazione all'art. 24, comma 2 Cost.

³⁹ Così anche A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016, 4, p. 30.

potersi ricongiungere con l'associazione di appartenenza e ricominciare a delinquere per essa⁴⁰.

Dei dubbi generati, sotto diversi profili, dal novellato regime ostativo “di prima fascia” è stata investita, già all’indomani della riforma, la Corte Costituzionale.

Analizzando le pronunce susseguitesesi sul tema, si può notare come, quantomeno sino ai primi anni ‘2000, l’azione della Consulta si sia orientata verso due opposte direttrici. Da un lato, ha portato avanti un’opera di progressivo “smussamento” della preclusione assoluta *ex art. 4 bis* comma 1 ord. penit., andando ad inserire nella deroga al divieto di accesso ai benefici penitenziari, prevista dal secondo capoverso della norma, anche i casi in cui il detenuto si trova nell’impossibilità di collaborare; dall’altro, quando ha avuto l’opportunità di sferrare un attacco diretto alla massima espressione della problematicità di tale regime – l’ergastolo ostativo – ne ha invece preso le difese, salvandolo in modo rocambolesco dalla declaratoria di incostituzionalità.

Prendendo le mosse dalla prima direttrice, la Corte ha sviluppato il proprio intervento in tre sentenze tra loro molto ravvicinate, la n. 306 del 1993, la n. 357 del 1994 e la n. 68 del 1995.

Dato di partenza comune a tali pronunce la censura dei giudici *a quibus* circa il carattere irragionevolmente discriminatorio dell’art. 4 *bis*, comma 1, secondo periodo ord. penit.. Come sopra anticipato, infatti, il perimetro applicativo di tale disposizione era circoscritto ai soli casi in cui, al ricorrere di una delle ipotesi previste dagli artt. 62 n. 6, 114 e 116, comma 2 c.p., la collaborazione offerta dal detenuto ostativo risultasse oggettivamente irrilevante⁴¹. In tal modo, però, restavano ingiustificatamente escluse dalla deroga in parola altrettante situazioni in cui la condotta *ex art. 58 ter* ord. penit. doveva comunque ritenersi inesigibile (si pensi, ad es., al caso in cui, in ragione del ruolo marginale ricoperto nell’associazione, il condannato non fosse in possesso di informazioni sui reati commessi dagli altri associati).

La Consulta ha compiuto un primo passo verso il ridimensionamento di tale disparità con la sentenza n. 306 del 1993⁴².

Facendo leva su un’interpretazione estensiva del secondo capoverso dell’art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit., la Corte ha infatti chiarito che nel perimetro

⁴⁰ In tal senso si vedano, *ex multis*, D. GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull’ergastolo ostativo*, cit., p. 192 nonché AAVV, *Amicus curiae. Ricorso n. 77633/16 – Viola v. Italy*, in *Dir. Pen. Cont.*, 14 marzo 2018, p. 5, reperibile al seguente url: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>

⁴¹ Si ribadisce che il secondo capoverso dell’art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. subordinava l’accesso ai benefici penitenziari anche all’integrazione di un ulteriore requisito, vale a dire l’acquisizione di “*elementi tali da escludere in maniera certa l’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata*”.

⁴² Si veda, *supra*, nota 25.

applicativo di tale disposizione rientrano anche i casi in cui un'utile collaborazione da parte del condannato si riveli impossibile *“perché fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati o perché la posizione marginale nell'organizzazione non consente di conoscere fatti e compartecipi pertinenti al livello superiore”*⁴³. Ciò in ragione dell'identità di *ratio* fra tali ipotesi e quella, espressamente prevista dalla norma, di collaborazione oggettivamente irrilevante. In forza di tale pronuncia, però, anche nei casi di collaborazione impossibile l'ammissione ai benefici penitenziari era subordinata al ricorrere del duplice requisito richiesto dal secondo capoverso dell'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit.

Un'ulteriore evoluzione sul tema si è avuta con la sentenza n. 357 del 1994⁴⁴. In tale occasione la Corte ha, infatti, rilevato come la scelta di limitare la fruibilità delle misure premiali, anche nei casi di collaborazione impossibile, al ricorrere delle *“assai ristrette”* fattispecie di cui agli artt. 62 n. 6, 114 e 116, comma 2 c.p., finisse per discriminare quei condannati che, pur non ricadendo in tali ipotesi, non erano comunque in condizione di cooperare utilmente con la giustizia a causa della propria *“limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna”*⁴⁵. Di qui, la decisione di svincolare le ipotesi di collaborazione impossibile dai *“requisiti legali”* di cui sopra, ferma restando, invece, la necessità di acquisire elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata nel caso concreto.

Con la sentenza n. 68 del 1995⁴⁶ la Corte ha, infine, portato tale principio alle sue *“naturali conseguenze”*, sancendo che, anche nei casi di collaborazione resa impossibile dall'*“integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile”*, l'accesso ai benefici penitenziari in deroga alla preclusione assoluta di cui al primo periodo dell'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. deve essere subordinato *“solo”* alla dimostrazione della rottura dei rapporti con l'associazione criminale⁴⁷.

⁴³ C. Cost., 306/1993, cit., *Considerato in diritto*, §11.

⁴⁴ Si veda, *supra*, nota 33.

⁴⁵ C. Cost., 357/1994, cit., *Considerato in diritto*, §3-4. In particolare, la Corte ha rilevato che *“deve ritenersi che una collaborazione rilevante a termini dell'art. 58-ter ord. pen. possa essere resa impossibile da una partecipazione al fatto secondaria, o comunque limitata, ma non tale da corrispondere a quella (“minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato”) considerata dall'art. 114 cod. pen. [...] Se, dunque, la ratio della non preclusività della collaborazione irrilevante si collega tra l'altro alla marginalità della partecipazione del soggetto nel contesto del sodalizio criminoso[...], consegue che la norma impugnata irragionevolmente discrimina, ai fini dell'ammissione ai benefici penitenziari, il condannato che, per il suo limitato patrimonio di conoscenze di fatti o persone, al di là dei casi di applicazione degli artt. 62, n. 6, 114 e 116, secondo comma, cod. pen., non sia in grado di prestare un'utile collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord.pen.”*

⁴⁶ C. Cost., 1° marzo 1995, n. 68.

⁴⁷ Si veda C. Cost., 68/1995, cit., *Considerato in diritto*, §6.

L'approdo raggiunto dalla Corte Costituzionale attraverso le sopra menzionate pronunce è poi stato recepito all'interno dell'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. con la L. 23 dicembre 2002, n. 279⁴⁸.

Veniamo alla seconda direttrice. Nel 2003 la Corte è stata investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, comma 1, primo periodo ord. penit., nella parte in cui, in assenza di un'utile collaborazione, impediva agli ergastolani ostativi l'ammissione alla liberazione condizionale. Nell'ordinanza di rimessione⁴⁹ il Tribunale di Sorveglianza di Firenze aveva, in particolare, evidenziato che l'inammissibilità a tale istituto si poneva in contrasto con il principio di rieducazione e risocializzazione del condannato ex art. 27, comma 3 Cost., in quanto finiva per rendere *"perpetua, effettivamente e definitivamente, la pena dell'ergastolo"*⁵⁰. L'incostituzionalità di tale disposizione risultava ancora più evidente se vagliata alla luce dei principi enunciati dalla Consulta nelle sentenze n. 264 del 1974⁵¹ e n. 161 del 1997⁵² in relazione all'ergastolo comune. La prima pronuncia aveva, infatti, salvato l'art. 22 c.p. dalla declaratoria di incompatibilità con l'art. 27, comma 3 Cost. facendo perno proprio sulla possibilità per tali detenuti di accedere alla liberazione condizionale, istituto che consentiva loro l'effettivo reinserimento nel consorzio civile. Ponendosi nel solco di tale ragionamento⁵³, la sentenza n. 161 del 1997 aveva poi dichiarato costituzionalmente illegittimo l'ultimo periodo dell'art. 177, comma 1 c.p. nella parte in cui vietava la riammissione degli ergastolani alla liberazione condizionale precedentemente revocata.

⁴⁸ L'art. 4 *bis*, comma 1, secondo periodo ord. penit. è stato, infatti, così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. a) della legge in parola: *"I benefici suddetti possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti di cui al primo periodo del presente comma purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, n. 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale"*.

⁴⁹ T. Sorveglianza Firenze, 5 febbraio 2002, n. 502.

⁵⁰ Si veda T. Sorveglianza Firenze, n. 502/2002, cit., §4. Si evidenzia, invero, che, in mancanza di un'utile collaborazione ex art. 58 *ter* ord. penit., gli ergastolani ostativi perdono ogni diritto a che la pena inflittagli venga riesaminata, in corso di esecuzione, ai fini della concessione dei benefici penitenziari.

⁵¹ C. Cost., 22 novembre 1974, n. 264.

⁵² C. Cost., 4 giugno 1997, n. 161.

⁵³ Si veda C. Cost., 161/1997, cit., *Considerato in diritto*, §5.

Con sentenza n. 135 del 2003⁵⁴ – che, come anticipato, rappresenta il precedente specifico della pronuncia oggi attesa – la Corte ha, tuttavia, dichiarato infondata la questione sollevata dal giudice *a quo*, sulla scorta del seguente ragionamento: a differenza del divieto contenuto nell’art. 177, comma 1 c.p., che (prima della sentenza n. 161 del 1997) impediva di *default*, in caso di revoca del beneficio, un riesame della situazione dell’ergastolano ai fini di una nuova concessione di esso, la preclusione dell’accesso alla liberazione condizionale non è conseguenza automatica dell’art. 4 *bis*, comma 1, primo periodo ord. penit. Al contrario, la sua operatività è ancorata – tra l’altro, limitatamente ai casi di collaborazione oggettivamente esigibile – alla libera e sempre modificabile scelta del detenuto di non assumere un atteggiamento di utile cooperazione con l’Autorità Giudiziaria. Tale norma, quindi, non impedendo in maniera assoluta e definitiva l’ammissione alla liberazione condizionale per l’ergastolano ostativo, non si pone in contrasto con il principio di rieducazione e risulta costituzionalmente legittima.

L’apparente linearità del percorso argomentativo seguito dalla Corte Costituzionale non è riuscita, però, a celarne l’evidente fallacia intrinseca.

Nello specifico, esso non ha tenuto conto del fatto che, come sopra evidenziato, in molte occasioni il rifiuto di fornire informazioni utili alla giustizia non è espressione di una “libera” scelta del condannato, bensì della necessità di salvaguardare la propria o altrui incolumità⁵⁵.

Tale criticità, peraltro, era già stata rilevata dalla stessa Corte dieci anni prima, nella sentenza n. 306 del 1993. In tale occasione, il Giudice delle Leggi aveva, infatti, affermato che “*la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere [...] conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio l’esposizione di gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare*”⁵⁶.

Questo spunto di riflessione, completamente ignorato dalla sentenza n. 135 del 2003, è stato però fortunatamente tenuto in considerazione dalla giurisprudenza successiva.

⁵⁴ Si veda, *supra*, nota 16.

⁵⁵ In tali casi, quindi, l’impossibilità di integrare il requisito ex art. 58 *ter* ord. penit., preclude in maniera assoluta e definitiva l’ammissione alla liberazione condizionale, rendendo la pena dell’ergastolo effettivamente perpetua.

⁵⁶ Si veda, *supra*, nota 25. In tale sede la Corte ha altresì criticato la scelta di politica criminale attuata dal legislatore del 1992, evidenziando come “*la soluzione adottata, di inibire l’accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati reati gravi, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi d’autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita*” (§11).

3. La luce in fondo al tunnel: il monito della CEDU e la sentenza n. 253/2019 della Consulta.

Il caso Viola c. Italia n. 2.

Come accennato, sulla compatibilità con la CEDU della disciplina relativa all'ergastolo ostativo si è pronunciata la Corte di Strasburgo, nel caso Viola c. Italia n. 2⁵⁷.

L'intervento dei giudici europei giunge a valle del ricorso proposto da Marcello Viola contro lo Stato italiano il 12 dicembre 2016, con cui egli lamentava la sottoposizione a una pena perpetua non riducibile, in quanto tale inumana e degradante e, quindi, in contrasto con l'art. 3 della Convenzione⁵⁸.

Secondo il ricorrente, il regime dell'ergastolo ostativo previsto dall'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit.⁵⁹, nel sancire una presunzione assoluta di persistenza dei legami tra il condannato e l'associazione criminale di appartenenza, superabile solo tramite l'utile collaborazione con la giustizia, non consentiva un effettivo riesame del percorso di cambiamento e ravvedimento intrapreso dal detenuto. Tale regime finiva per privare il detenuto della prospettiva di un possibile futuro reinserimento in società, privazione talmente grave da essere elevata a violazione della sua dignità umana.

La Corte di Strasburgo, nell'effettuare una puntuale rassegna della giurisprudenza costituzionale italiana, rilevava come le più recenti pronunce

⁵⁷ C. EDU, Marcello Viola c. Italia n. 2, cit. Marcello Viola veniva condannato dalla corte di assise d'appello di Reggio Calabria alla pena della reclusione per dodici anni per il delitto di associazione di tipo mafioso, aggravato dal ruolo di direzione e promozione, nonché dalla corte di assise di Palmi alla pena dell'ergastolo per i delitti di omicidio, detenzione di armi da fuoco e sequestro di persona aggravato dalla morte della persona, tutti con l'aggravante del metodo mafioso.

In costanza dell'esecuzione della pena, Marcello Viola aveva più volte fatto istanza di accesso ai benefici penitenziari (nella specie, permessi premio e liberazione condizionale), richieste sempre respinte dall'autorità giudiziaria in forza della preclusione assoluta prevista dall'art. 4 *bis* ord. penit.

Ciò considerato, Marcello Viola sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* ord. penit., in relazione agli artt. 27, comma 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione. Poiché le questioni proposte venivano ritenute nell'un caso irrilevante e nell'altro manifestamente infondata, il Viola adiva la Corte EDU, valorizzando il proprio percorso rieducativo, intrapreso con convinzione, e la positiva condotta carceraria; progressi che, ai sensi della normativa penitenziaria vigente, non avrebbero potuto essere valutati dal magistrato di sorveglianza in assenza di utile collaborazione, con conseguente violazione della dignità umana derivante dalla privazione della prospettiva – anche solo potenziale – di un reinserimento sociale.

⁵⁸ Per il testo del citato articolo, si veda *supra*, nota 10.

⁵⁹ Per completezza, si precisa che le norme dell'ordinamento italiano rilevanti nel caso *de quo*, oltre all'art. 4 *bis* ord. penit., sono gli artt. 58 *ter*, 21, 30 *ter* della medesima l. n. 356/1975, l'art. 2 d.l. n. 152/1999, convertito con modificazioni dalla l. 203/1991, gli artt. 22, 176 e 416 *bis* c.p. e l'art. 27, comma 3 Cost.

della Consulta avessero dato risalto al contrasto delle presunzioni legislative assolute con il principio di uguaglianza, giungendo ad affermare la necessità che al giudice fosse attribuito il potere di vagliare gli elementi e le circostanze del caso concreto all'atto della decisione sulla accessibilità del detenuto ai benefici penitenziari⁶⁰.

Ebbene, pur riconoscendo i propri limiti nel controllo dei sistemi e le politiche penali dei singoli Stati, nel valutare la compatibilità convenzionale del regime penitenziario applicabile nel caso Viola, frutto del combinato disposto degli artt. 22 c.p. con gli artt. 4 *bis* e 58 *ter* ord. penit., la Corte europea ha evidenziato come la recisione del cordone ombelicale con il sodalizio criminale di appartenenza non possa escludersi per il sol fatto della mancata collaborazione del detenuto.

Da ciò, pur salvando l'utile collaborazione come mezzo per dimostrare il distacco dal mondo della criminalità organizzata, la Corte ha lanciato un severo monito a riflettere sulla possibilità che la prova della dissociazione criminale venga validamente fornita dal condannato sulla scorta di altri elementi, picconando così l'automatismo previsto dal regime penitenziario italiano.

Quali le considerazioni a valle della pronuncia della Corte europea?

È ben vero che il rispetto della dignità della persona non può portare al sacrificio dell'esigenza collettiva di sicurezza sociale, apparentemente minata dalla progressiva erosione del regime penitenziario in commento; è altresì vero, però, che il sistema penale vigente presenta crepe profonde, dinnanzi alle quali non si può rimanere inerti, dovendosi piuttosto tendere ad *“attuare un sistema che assicuri insieme l'incolumità e la sicurezza dei cittadini con la dovuta deterrenza per i crimini, e la riabilitazione e la restituzione alla società dei delinquenti, mantenendo il pieno rispetto della loro persona e dei loro diritti”*⁶¹.

La sentenza Viola c. Italia n. 2 rappresenta una sorta di convitato di pietra nel dibattito politico-criminale sull'ergastolo ostativo: sarebbe però sintomo di inaccettabile ignavia attendere che i tempi diventino “maturi” per affrontarlo, semplicemente perché nessun tempo può mai dirsi davvero maturo per assumere i rischi connessi a spinte innovatrici e riformiste di tale calibro⁶².

Ricordando un titolo celebre, ci sarebbe da chiedersi: se non ora, quando?

La sentenza n. 253/2019 della Consulta.

Così come fatto da ultimo in riferimento alla legittimità delle norme che impediscono *de facto* la liberazione condizionale per gli ergastolani ostativi,

⁶⁰ Il riferimento è a C. Cost., sent. nn. 466/1999, 355/2006 e 189/2010.

⁶¹ C. MARTINI-G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino, Einaudi, 2003, p. 59.

⁶² E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Sellerio, Palermo, 2015, pp. 186-189.

era stata proprio la Sezione I Penale della Corte di Cassazione⁶³ ad investire la Consulta della questione sulla concedibilità dei permessi premio ai condannati per i reati elencati nella *black list* dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., in assenza di utile collaborazione.

La Suprema Corte aveva ritenuto che la preclusione assoluta al concreto apprezzamento della pericolosità sociale del condannato ai fini della concessione del beneficio, derivante dall'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., si ponesse in manifesto contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost.⁶⁴

Ciò che veniva censurato – sull'onda lunga della giurisprudenza della Corte di Strasburgo – era quindi l'impossibilità che il magistrato di sorveglianza operasse un giudizio individualizzato e attualizzato ai fini della concedibilità del beneficio, essendo questi tenuto a dichiarare *in limine* la inammissibilità dell'istanza del detenuto che non avesse inteso utilmente collaborare⁶⁵.

L'esito di tale audace iniziativa è la nota sentenza n. 253/2019 che, come si è già avuto modo di evidenziare, ha assestato un duro colpo al regime dell'ostatività penitenziaria⁶⁶.

Nella specie, con tale pronuncia la Corte Costituzionale ha riconosciuto anche ai condannati per i reati di delinquenza organizzata non collaboranti la facoltà – seppur a certe rigorose condizioni, di cui si dirà *infra* – di accedere al beneficio del permesso premio, così dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione, *“nella parte in cui non prevede che – ai detenuti per i delitti di cui all'articolo 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'articolo 58-ter del medesimo ordinamento penitenziario, allorché siano stati acquisiti*

⁶³ Si precisa che, in aggiunta alla Corte di Cassazione, questione simile (ancorché non del tutto sovrapponibile) era stata sollevata anche dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, con ordinanza di rimessione n. 135 del 28 maggio 2019, pubblicata in questa Rivista, *ivi*.

⁶⁴ Così Cass Pen., sez. I, del 20 dicembre 2018, n. 4474 (ord. di rimessione).

⁶⁵ Similmente, il Tribunale di Sorveglianza di Perugia, con la citata ordinanza n. 135 del 28 maggio 2019, motivava il ritenuto contrasto della disciplina allora vigente con gli artt. 3 e 27 Cost. sulla scorta del fatto che, nella peculiare fase dell'esecuzione penale, la preclusione assoluta alla concessione di un beneficio penitenziario, in assenza di una condotta collaborativa, impediva *“il vaglio di altri elementi che nel caso concreto potrebbero condurre ugualmente ad un giudizio di cessata pericolosità sociale e di meritevolezza dell'invocato beneficio”*.

⁶⁶ Sul punto, si rimanda al § I. Si veda anche A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Studium Iuris*, 4, 2020, p. 399 ss.

*elementi tali da escludere, sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti*⁶⁷.

Prima di esaminare il percorso motivazionale della sentenza in commento, appare opportuno ribadire che il perimetro del *decisum* della Corte, stante la specificità della questione di cui è stata investita, è limitato alla valutazione di costituzionalità del regime ostativo di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. in relazione ai permessi premio; ne deriva che la scure della decisione della Consulta ha potuto abbattersi solo sulla relativa disciplina, lasciando intatta l'ostatività rispetto agli altri benefici penitenziari.

Ciononostante, la portata dirompente (ancorché non inaspettata) di una simile pronuncia ha lasciato preconizzare, sin da principio, che essa avrebbe fatto da battistrada per ulteriori questioni volte a riportare l'art. 4 *bis* ord. penit. entro i binari della legittimità costituzionale⁶⁸. Ed è infatti proprio nel solco di tale sentenza che si inserisce la questione, oggi al vaglio della Corte Costituzionale, inerente alla preclusione all'accesso alla liberazione condizionale in difetto di utile collaborazione.

Volendo sintetizzare, il merito della sentenza n. 253 è stato di minare le fondamenta di quell'automatismo tale per cui il rifiuto di collaborazione del condannato per uno dei reati inclusi nella *black list* dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. equivarrebbe a perdurante pericolosità, con conseguente preclusione della possibilità di accedere al beneficio penitenziario. Siffatta presunzione assoluta operava aprioristicamente e a prescindere da qualsivoglia considerazione relativa al caso concreto, invero preclusa *tout court* alla magistratura di sorveglianza in caso di assenza di collaborazione, con buona pace della funzione rieducativa della pena sancita nell'art. 27, comma 3 della Carta costituzionale.

Infatti, in mancanza del requisito *ex art. 58 ter* ord. penit., al giudice della pena era inibita ogni valutazione di merito circa il percorso riabilitativo svolto

⁶⁷ Per completezza, si precisa che la declaratoria di incostituzionalità ha altresì travolto, in via consequenziale, il medesimo art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. anche in rapporto a tutti gli altri delitti ivi indicati.

Diversamente, la pronuncia avrebbe determinato un indesiderabile – per non dire paradossale – effetto discriminatorio nei confronti dei detenuti per reati (ad esempio, quelli contro la Pubblica Amministrazione) rispetto ai quali la collaborazione con la giustizia, finalizzata a dimostrare la rescissione di ogni legame con il sodalizio criminale di originaria appartenenza, sarebbe requisito del tutto inconferente. Così C. Cost., n. 253/2019, cit., *Considerato in diritto*, §12. Sul punto, si veda anche la *Relazione sull'istituto di cui all'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, approvata dalla Commissione Antimafia nella seduta del 20 maggio 2020, p. 26.

⁶⁸ All'indomani della sentenza n. 253/2019, la tesi era assai diffusa in dottrina: si veda A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte Costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Giur. Cost.*, 2019, 6, §5.

dal detenuto e la sua meritevolezza di accedere ai benefici penitenziari⁶⁹. Il magistrato di sorveglianza, spogliato della propria funzione, non poteva far altro che rigettare l'istanza.

In altri termini, il *punctum dolens* affrontato dalla Corte risiedeva nel carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata derivante dalla mancata collaborazione, tacciata di frustrare gli obiettivi di risocializzazione e di vanificare la finalità rieducativa della pena⁷⁰ per il suo postulare l'immutabilità della persona del condannato.

Ciò sotto tre profili, distinti ma complementari.

Anzitutto, perché all'assolutezza della presunzione prevista dall'art. 4 *bis* ord. penit. sono sottese esigenze di politica investigativa e criminale, che immettono nel percorso carcerario del condannato – attraverso il decisivo rilievo attribuito alla collaborazione con la giustizia – elementi del tutto estranei ai caratteri tipici dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive a carico del detenuto non collaborante.

Osserva la Corte che la libertà di non collaborare, garantita nel processo quale espressione del *nemo tenetur se detegere*, nella fase dell'esecuzione si tramuterebbe in un – irragionevole – gravoso onere di collaborazione; in altri termini, si finisce per sacrificare il diritto al silenzio del detenuto, invero riconosciuto sia nell'ordinamento interno che in quello europeo⁷¹, sull'altare di esigenze di natura investigativa.

In secondo luogo, perché tale assolutezza impedisce in radice all'autorità giudiziaria di valutare il percorso carcerario del condannato, e ciò si pone in frontale contrasto con la finalità rieducativa della pena.

In un terzo senso, perché l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che potrebbe invece ben essere vinta, a determinate e rigorose condizioni, dalle allegazioni di segno contrario del detenuto (che, lo si ribadisce, devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza).

Ebbene, con questa pronuncia la Consulta ha aperto sì una significativa breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria, ma lo ha fatto senza retrocedere nel contrasto alla criminalità: ben consapevole del fondamentale ruolo della disciplina *de qua* nello smantellamento delle organizzazioni

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Appare utile evidenziare che, già nella precedente pronuncia n. 306/1993, la Corte aveva avuto modo di evidenziare che non necessariamente la collaborazione è sintomo di credibile ravvedimento, ben potendo essere frutto di valutazioni utilitaristiche. Nelle parole della Consulta, la mancata collaborazione non "*può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento o emenda*".

⁷¹ Per la normativa europea, si veda la Direttiva UE 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 gennaio 2016, che fa espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (*ex multis*, Saunders v. Regno Unito, 17 dicembre 1996, §68).

criminali⁷², la Corte si è infatti mossa con pregevoli prudenza ed equilibrio nel ridisegnare la trama normativa. Nella specie, nel dichiarare la illegittimità costituzionale della norma sottoposta al suo vaglio, ha subordinato la concessione del beneficio a un severo onere di allegazione probatoria posto in capo al condannato, nonché a un rigoroso vaglio dell'autorità giudiziaria⁷³. Quanto all'onere di allegazione, grava sul detenuto il compito di fornire al magistrato di sorveglianza ogni elemento ritenuto idoneo a superare la presunzione di attualità dei collegamenti con l'organizzazione criminale: non può essere a tal fine ritenuta sufficiente una mera dichiarazione di dissociazione, né la buona condotta carceraria o la positiva partecipazione al percorso rieducativo⁷⁴.

I recenti lavori della Commissione antimafia appaiono sotto questo profilo preziosi, nel dare sostanza al rigore richiesto dalla Corte Costituzionale: in occasione delle audizioni tenutesi nell'ambito dell'inchiesta parlamentare sull'art. 4 *bis* sono stati individuati quali utili parametri per vagliare la rescissione dei legami con l'organizzazione criminale il tenore di vita, le disponibilità economiche e la situazione patrimoniale del detenuto e dei suoi familiari, così come l'avvio di percorsi di giustizia riparativa e, quindi, la sussistenza di concrete e congrue condotte riparatorie, anche di natura non patrimoniale⁷⁵.

⁷² Sotto questo profilo, è utile richiamare l'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek nel caso Viola c. Italia n. 2, pubblicata in questa Rivista, *ivi*, con nota di S. ROMICE. Il giudice ha espresso forti riserve in merito all'adeguatezza della legislazione penale con riguardo agli obblighi di protezione del diritto alla vita: *“Qualora si versi in un contesto normativo insufficiente, che abbassi il livello di protezione legale del diritto alla vita al di sotto di quanto è richiesto in una società democratica, la Corte Europea considera che le carenze della legislazione penale nella loro concreta modalità di applicazione, possono integrare una violazione dell'obbligo positivo di prevenire le lesioni del diritto alla vita. [...] Questo obbligo riguarda, in particolare, la protezione contro il crimine organizzato. Le Alte Parti contraenti hanno l'obbligo di adottare delle misure efficaci per smantellare le organizzazioni criminali che costituiscono una minaccia per la vita delle persone. Per raggiungere questo obiettivo, è cruciale distruggere la solidarietà tra i membri di tali organizzazioni e infrangere la relativa legge del silenzio. A tal fine, le autorità nazionali devono adottare delle misure idonee, tenuto conto delle circostanze specifiche del loro paese”*.

⁷³ C. Cost., n. 253/2019, cit.

⁷⁴ C. Cost., n. 253/2019, *Considerato in diritto*, §9.

⁷⁵ Si veda la *Relazione sull'istituto di cui all'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, approvata dalla Commissione Antimafia nella seduta del 20 maggio 2020, pp. 27-28. Per gli interventi degli auditi, si rimanda alla riunione del Gruppo di lavoro *ad hoc* del 10 dicembre 2019, audizione del Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Bologna, Antonietta Fiorillo; resoconto stenografico n. 49 dell'11 dicembre 2019, audizione del Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Roma, Maria Antonietta Vertaldi; resoconto stenografico n. 51 del 12 dicembre 2019, audizione del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, Federico Cafiero De Raho.

E ancora, altri elementi che – nei lavori della Commissione – sono emersi quali parametri per la valutazione individualizzante rimessa alla magistratura di sorveglianza sono: il perdurare della operatività dell’organizzazione criminale; il profilo criminale del condannato e la sua (originaria e attuale) posizione all’interno dell’organizzazione; l’eventuale capacità, manifestata in costanza dell’esecuzione della pena, di mantenere collegamenti e contatti con l’organizzazione di originaria appartenenza o con altre organizzazioni; la sussistenza di significative infrazioni disciplinari; la valutazione critica del vissuto in relazione al ravvedimento; l’intervenuta adozione e lo stato di esecuzione di eventuali misure di prevenzione patrimoniali nei confronti del detenuto⁷⁶.

Si badi che, nell’ottica di rinsaldare il rigore richiesto dalla Corte Costituzionale, la Commissione antimafia va ancora oltre. In aggiunta agli specifici e congrui elementi individuati quali criteri di valutazione, viene proposta l’acquisizione, da parte del giudice di sorveglianza, di pareri e informazioni tramite le autorità competenti: la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo, il Comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica, la Direzione del carcere⁷⁷.

Da quanto sopra brevemente riepilogato sul lavoro parlamentare della Commissione antimafia, può dirsi che il nostro legislatore non è rimasto del tutto sordo alle pronunce delle Corti dei diritti. Ciononostante, la questione attualmente al vaglio della Consulta ci conferma, una volta di più, che è il Giudice delle Leggi ad assolvere il ruolo di “barometro” dell’evoluzione della coscienza sociale, così facendo le veci di un Parlamento che non è solito muoversi con spiccata solerzia.

4. La nuova occasione della Corte Costituzionale.

Torniamo al punto da cui siamo partiti, alla delicata questione rimessa alla Corte Costituzionale. Una importante opportunità per mettere “*pace tra l’esigenza di risposta a crimini gravissimi e il bisogno di attenzione al percorso umano di qualsiasi condannato*”⁷⁸.

In attesa del pronunciamento della Consulta, possono essere svolte alcune riflessioni muovendo dalla posizione sorprendentemente progressista del Governo, sottoposta all’attenzione del Giudice delle leggi dall’avvocatura dello Stato.

Pur difendendo la legittimità costituzionale delle norme sottoposte al vaglio della Corte, l’avvocatura dello Stato ha dimostrato una sensibile apertura rispetto alla possibilità di accordare la liberazione condizionale agli ergastolani ostativi, anche in assenza di un’utile collaborazione: è stato infatti

⁷⁶ *Ivi*, pp. 31-31.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Le parole sono di E. FASSONE, *Fine pena: ora, cit.*, p. 182.

invocato con fermezza uno stop all'automatismo secondo cui l'assenza di una condotta collaborativa equivarrebbe, sempre e comunque, alla perduranza delle esigenze di ordine penale che precludono l'accesso al beneficio penitenziario⁷⁹.

In altri termini, si è cercato di minare le fondamenta di quella presunzione assoluta – fino ad oggi tanto traballante quanto non sradicabile – che, legando indissolubilmente il reo al suo reato, stride con gli obblighi internazionali cui il nostro ordinamento è tenuto.

L'apertura del Governo non è, tuttavia, indiscriminata, bensì condizionata alla valutazione discrezionale, rimessa al magistrato di sorveglianza, delle ragioni che in concreto “*non consentono di realizzare quella condotta collaborativa nei termini auspicati dallo stesso giudice*”⁸⁰.

La soluzione proposta dall'avvocatura dello Stato per “salvare capra e cavoli” è quella di una pronuncia interpretativa di rigetto, che consentirebbe di scongiurare la declaratoria di illegittimità della norma e, al contempo, di mitigarne la portata dirompente riconoscendo al magistrato il potere discrezionale di vagliare, in maniera individualizzata, le motivazioni della mancata collaborazione.

Ciò sul presupposto che la collaborazione con la giustizia non è sempre una attendibile cartina al tornasole del percorso di redenzione intrapreso dal condannato, ben potendo basarsi la valutazione dei progressi e del cambiamento nella personalità del detenuto su parametri differenti. Non vi è alcuna corrispondenza biunivoca tra la confessione e la denuncia e il reale, intimo pentimento: anzi, nella cronaca giudiziaria vi è ampia dimostrazione che pentiti collaboranti di prim'ordine abbiano poi ricominciato a delinquere⁸¹.

Com'è ovvio, la decisione che la Corte oggi è chiamata a prendere non è per nulla semplice.

Se da un lato gli obblighi assunti in ambito europeo e il percorso recentemente tracciato dalla stessa Corte imporrebbero “ad occhi chiusi” la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate, nella consapevolezza che *il fine della pena incapsuli la fine della pena*⁸², dall'altro le resistenze emotive e le istanze giustizialiste⁸³ che ancora oggi la fanno da

⁷⁹ La notizia è stata riportata, tra gli altri, da S. MUSCO, *Ergastolo ostativo, il governo “apre” alla liberazione condizionale*, in *ildubbio.news*, 23 marzo 2021, reperibile al seguente [link](#).

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Guardando alla cronaca recente, può farsi l'esempio del processo *Predominio*, nel messinese: si veda A. SERIO, *Predominio, condannati gli ex pentiti tornati a far mafia a Messina*, in *tempostretto.it*, 30 novembre 2020, reperibile al seguente [link](#).

⁸² L'efficace espressione è di A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte Costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., §12.

⁸³ Si rammentano, da ultimo, le parole pronunciate da Salvatore Calleri, Presidente della Fondazione Antonino Caponetto, in data 20 marzo 2021, in occasione della Giornata della Memoria e dell'Impegno in ricordo delle vittime innocenti delle mafie, proprio in relazione

padrone nel nostro Paese portano a dubitare che il Giudice delle Leggi possa assumersi la responsabilità di un passo così grande.

E ciò per due ordini di ragioni: il dover fare i conti con l'esigenza retributiva della comunità, con la certa disapprovazione di un'opinione pubblica atterrita dall'idea di rimettere in libertà persone che si sono macchiate di delitti gravissimi⁸⁴; il trovarsi, ancora una volta, nella scomoda posizione di dover sopperire, mediante una giurisprudenza "legislativa", a interventi di politica criminale che sarebbero prerogativa esclusiva del legislatore (interventi peraltro invocati da più parti, come risulta dagli atti dell'inchiesta parlamentare della Commissione antimafia sull'art. 4 bis ord. penit.)⁸⁵.

Ed è certamente a causa della complessità e della delicatezza di tale valutazione che il 24 marzo 2021, data prevista per la decisione, l'Ufficio stampa della Corte Costituzionale ha pubblicato il seguente, laconico, comunicato: *"Con riferimento al cosiddetto ergastolo ostativo, l'Ufficio stampa della Corte costituzionale fa sapere che la discussione sulle questioni di legittimità costituzionale proseguirà anche nella prossima settimana di lavori. Roma, 24 marzo 2021"*⁸⁶.

Non resta che aspettare, dunque.

Aspettare e ricordarci che non possiamo permettere che le scelte di politica penitenziaria siano guidate dalla paura; che ripensare la normativa con accorto equilibrio non equivale ad indebolirla, né si traduce in un'offesa alle vittime delle mafie; che le spinte riformiste non devono muovere da sentimenti pietistici, ma dalla ferma convinzione che il carcere è – dovrebbe essere – la *longa manus* della giustizia.

all'apertura dell'Avvocatura dello Stato alla liberazione condizionale per gli ergastolani ostativi: *"Ciò che chi combatte realmente la mafia, noi insieme ad altri, temevamo è puntualmente avvenuto: la fine del cosiddetto doppio binario. Per i non addetti ai lavori il doppio binario è quell'insieme di norme antimafia speciali nate con il sangue delle vittime [...] L'ergastolo per un mafioso era vero, ossia senza fine pena [...] Oggi in nome di una sorta di buonismo pro-mafia volontario, indotto oppure involontario, consapevole o inconsapevole, il risultato non cambia, abbiamo de facto eliminato il doppio binario"*. L'intervento è reperibile al seguente [link](#).

⁸⁴ Le riflessioni proposte sono tratte da E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit. pp. 186-189, il quale svolge simili considerazioni rispetto all'ipotesi dell'abolizione dell'ergastolo, prima che ancora che rispetto alla prospettiva di un ripensamento garantista della relativa disciplina.

⁸⁵ Più in dettaglio, sulla scorta delle sentenze Viola c. Italia n. 2 della Corte di Strasburgo e n. 253/2019 della Corte Costituzionale, la Commissione Antimafia ha avviato un ciclo di audizioni finalizzate all'individuazione delle opportunità e degli spazi di intervento sui temi oggetto di censura giurisdizionale. Nella *Relazione sull'istituto di cui all'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, approvata dalla Commissione alla seduta del 20 maggio 2020, p. 27, si legge che *"Tutti gli auditi hanno concordato sull'opportunità che una eventuale modifica legislativa riguardi tutti i benefici penitenziari indicati nell'articolo 4-bis O.P., oltre che la liberazione condizionale, essendo altrimenti prevedibili ulteriori successivi interventi della Corte costituzionale volti a censurare la presunzione assoluta ove questa venisse mantenuta per i benefici di versi dal permesso premio"*.

⁸⁶ Il comunicato è reperibile al seguente [link](#).



Ma se è giusto punire e, talvolta, punire duramente, è ancora più giusto che la pena tenda (anche) allo scopo della risocializzazione e contempli la possibilità (non la certezza) di un futuro *fuori*; è ancora più giusto ancorare il protrarsi della pretesa punitiva all'accertamento concreto di un effettivo mancato ravvedimento del reo, piuttosto che a presunzioni legali assolute che con esso hanno ben poco a che fare.