



Rivista N°: 4/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 25/11/2020

AUTORE: Andrea Catani*

IL REGIME GIURIDICO DELL'ERGASTOLO OSTATIVO ALLA LUCE DEL DIALOGO TRA LA CORTE COSTITUZIONALE E LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE.

Sommario: 1. Premessa metodologica. – 2. L'ergastolo ostativo: genesi e disciplina dell'art. 4 bis, l. n. 354/1975. – 3. La giurisprudenza costituzionale in materia di pena perpetua: la rilevanza della funzione rieducativa della pena. – 3.1. L'ergastolo ex art. 22 c.p. – 3.2. L'ergastolo ex art. 4 bis ord. penit. – 4. Il caso Viola c. Italia del 13 giugno 2019. – 5. Il revirement della Corte costituzionale (sent. 23 ottobre 2019, n. 253): il dialogo con la Corte di Strasburgo. – 6. Riflessioni critiche su un possibile superamento dell'ergastolo ostativo.

1. Premessa metodologica

Nell'ordinamento italiano, l'ergastolo ostativo è disciplinato dall'art 4 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354, d'ora in avanti ord. penit.) e consiste in una pena detentiva che viene inflitta a soggetti altamente pericolosi, che hanno commesso determinati delitti (ad es. associazione di tipo mafioso). Esso presenta un regime maggiormente rigoroso rispetto all'ergastolo comune (art. 22 c.p.), in quanto i detenuti ex art. 4 *bis* ord. penit. possono godere dei benefici penitenziari indicati dalla legge *solo a condizione che tengano una condotta collaborativa* con le autorità nazionali ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit.

Secondo gli ultimi dati del Garante nazionale delle persone detenute o private della libertà personale, su un totale di 1800 condannati alla pena perpetua, il 71% (1271) è condannato per reati ascritti al regime dell'ergastolo ostativo¹.

Come è stato affermato dalla dottrina, la questione dell'ergastolo ostativo «può essere assimilata ad una sorta di figura poliedrica dalle molte facce e dai numerosi lati e spigoli, in cui

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Firenze.

¹ Cfr. l'*Amicus Curiae* depositato dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale l'8 settembre 2020 presso la Corte costituzionale (dati aggiornati al 1° Settembre 2020), consultabile in *amicuscuriae.it*.

la luce si rifrange dall'uno all'altro in un gioco non sempre facile da governare secondo una logica giuridica serrata e lineare»².

Il tema, da sempre oggetto di studi da parte della dottrina sia costituzionalistica che penalistica³, è tornato di stretta attualità a seguito di due importanti pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite nel giro di pochi mesi nel 2019 e che hanno inciso profondamente sul regime giuridico dell'ergastolo ostativo, dando vita a un vero e proprio *dialogo tra le Corti*.

La prima sentenza è della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Cedu)⁴, mediante la quale i giudici di Strasburgo hanno dichiarato che l'ergastolo ostativo si pone in contrasto con l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Convenzione), in forza del quale *nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*⁵.

A seguito della sentenza della Cedu, la sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, primo comma, ord. penit. nella parte in cui non prevede che agli autori dei reati ivi elencati possano essere concessi *permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia*⁶. Tale sentenza ha rappresentato un decisivo spartiacque nella giurisprudenza del giudice costituzionale e ha scardinato – solo parzialmente – la disposizione legislativa in esame.

Prima di arrivare all'analisi delle sentenze menzionate – che costituiranno il nucleo principale del presente contributo – si tenterà di ripercorrere brevemente la giurisprudenza, sia italiana che europea, in materia di pena perpetua, al fine di rendere ancora più evidente il carattere innovativo dei più recenti arresti giurisprudenziali.

In conclusione, verranno tratteggiati i possibili scenari futuri, tanto giurisprudenziali quanto legislativi, inerenti al regime giuridico dell'ergastolo ostativo. La Corte costituzionale, invero, è chiamata a rispondere a una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla prima sezione penale della Corte di Cassazione (n. 18518 del 18 giugno 2020), in cui vengono censurati gli artt. 4 *bis*, primo comma, e 58 *ter* ord. penit. nella parte in cui escludono che il

² F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimatis*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *forumcostituzionale.it*, cit., p. 1.

³ Cfr., *ex multis*, F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1/1956, pp. 1 ss.; E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, pp. 469 ss.; L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, pp. 79 ss.

⁴ Cedu, *Viola c. Italia*, dec. 13-06-2019.

⁵ Cfr. V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 175 ss.

⁶ Si deve menzionare anche Corte cost., sent. n. 263/2019, con la quale i giudici costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 121/2018, stabilendo che la disciplina prevista dall'art. 4 *bis*, primo comma, ord. penit. per i reati ostativi non può applicarsi con riguardo alla concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio nei confronti dei condannati minorenni. La disposizione censurata – che, nel contesto della riforma dell'esecuzione penale minorile, estendeva ai minori la regola per cui i condannati per reati di criminalità organizzata o altri gravi delitti possono accedere alle misure alternative e premiali solo attraverso la collaborazione con la giustizia, salvi i casi di collaborazione inesigibile, irrilevante e impossibile – è stata ritenuta in contrasto, da un lato, con l'art. 76 Cost. e, dall'altro, con gli artt. 27, comma 3, e 31, comma 2, Cost. Cfr., in commento a tale decisione, S. BERNARDI, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 c. 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in *sistemapenale.it*, in cui l'Autrice sostiene che nell'ordinamento penitenziario minorile «non può essere lasciato spazio a presunzioni di pericolosità di sorta, nemmeno se relative».

condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, *possa essere ammesso alla liberazione condizionale*⁷.

L'obiettivo è quello di porre l'accento su alcuni profili critici aperti dalla sent. n. 253/2019 e di provare ad attenuare tanto gli eccessi entusiastici quanto i nefasti presagi dai quali tale decisione è stata accompagnata⁸.

2. L'ergastolo ostativo: genesi e disciplina dell'art. 4 bis, l. n. 354/1975

L'art 4 bis ord. penit. fu in origine introdotto negli anni '90, nell'ambito della c.d. legislazione d'emergenza, con il d.l. n. 152/1991 (convertito in l. n. 203/1991). All'indomani della strage di Capaci – con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, a seguito dell'attentato in cui persero la vita il giudice Borsellino e i cinque agenti della sua scorta, in l. 7 agosto 1992, n. 356 – la disposizione venne inasprita, attraverso l'inserimento del requisito della collaborazione come *condicio sine qua non* della possibilità di godere di determinati benefici penitenziari⁹.

Nel corso degli anni, soprattutto a partire dalle modifiche normative che si sono susseguite dal 2000 in poi, la disposizione in esame ha subito una continua evoluzione, tanto da trasformarsi in un «complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati»¹⁰, nel quale, accanto ai reati di criminalità organizzata, sono comparse altre fattispecie, quali la violenza sessuale, lo scambio elettorale politico mafioso, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Da ultimo, mediante la l. n. 3/2019, al catalogo dei reati ostativi sono stati aggiunti gran parte dei

⁷ L'ordinanza di rimessione, pubblicata in G.U. 19 agosto 2020, n. 34, è iscritta al n. 100 del registro ordinanze del 2020 della Corte costituzionale.

⁸ Cfr. C. FIORIO, *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però...*, in *Proc. pen. e giust.*, 3/2020, p. 650: «la sentenza in commento, benché pronunciata "a ruota" di ben più innovativi e pressanti *dicta* europei, ha inferto un *vulnus* più apparente che reale al modello collaborativo caratterizzante il sistema del doppio binario esecutivo costruito intorno all'art. 4-bis ord. penit.».

⁹ Lo stesso d. l. n. 306/1992 introdusse nella legge sull'ordinamento penitenziario il secondo comma dell'art. 41 bis (rubricato "Situazioni di emergenza), ossia il c.d. regime del carcere duro: «Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-bis o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente. In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-bis».

¹⁰ Corte cost., sent. n. 32/2016 e, da ultimo, n. 188/2019 e n. 253/2019. Cfr. A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *rivistaaic.it*, p. 503, in cui l'Autore, a seguito delle numerose modifiche che hanno interessato la disposizione in esame, definisce l'art. 4 bis, primo comma, ord. penit. una «chilometrica e fantasiosa *black list*».

reati contro la pubblica amministrazione¹¹ e tale tendenza è stata criticata anche dalla Corte costituzionale¹².

La disciplina normativa dell'ergastolo ostativo ha assistito a un progressivo e crescente irrigidimento del regime delle preclusioni. Nella versione originaria del 1991, l'art. 4 *bis* ord. penit. prevedeva due distinte categorie di condannati, a seconda della riconducibilità, più o meno diretta, dei titoli di reato a fatti di criminalità organizzata o eversiva. Per i reati di "prima fascia" – *id est* associazione di tipo mafioso, i relativi "delitti-satellite, sequestro di persona a scopo di estorsione e associazione finalizzata al narcotraffico – l'accesso ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario era possibile solo *qualora fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva*. Per i reati "di seconda fascia" – comprendenti quei delitti «per i quali le connessioni con la criminalità organizzata erano, nella valutazione del legislatore, meramente eventuali»¹³ – si richiedeva, invece, *l'insussistenza di elementi tali da far ritenere attuali detti collegamenti*.

In aggiunta a tale distinzione, singole previsioni normative stabilivano, quale ulteriore requisito per l'ammissione a specifici benefici (tra i quali i permessi premio), che i condannati avessero espiato un periodo minimo di pena più elevato dell'ordinario, a meno che non si trattasse di persone che avevano collaborato con la giustizia. Per collaborazione con la giustizia si intendeva – e si intende tuttora – la condotta di coloro che si sono adoperati, anche dopo la condanna, per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori o hanno aiutato 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 (art. 58 *ter* ord. penit., introdotto con il d.l. n. 152/1991).

Il trattamento di maggior rigore per i condannati per reati di criminalità organizzata veniva realizzato su due piani, fra loro complementari: «da un lato, si stabiliva, quale presupposto generale per l'applicabilità di alcuni istituti di favore, la necessità di accertare (alla stregua di una graduazione probatoria differenziata a seconda delle "fasce" di condannati) l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva; dall'altro, si postulava, attraverso l'introduzione o l'innalzamento dei livelli minimi di pena già espiata, un requisito specifico per l'ammissione ai singoli benefici, fondato sulla necessità di verificare per un tempo più adeguato l'effettivo percorso di risocializzazione di quanti si fossero macchiati di delitti iscrivibili nell'area

¹¹ Cfr. M. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Legislazione penale*, eu, p.4: «Lo sviluppo normativo è, dunque, andato in due direzioni che si sono parzialmente sovrapposte: l'irrigidimento del regime delle preclusioni, che introducono ostacoli nell'accesso ai benefici penitenziari; il progressivo ampliamento dei reati ostativi a cui si applicano queste preclusioni. Così un regime, nato come istituto "eccezionale" nel contrasto alla criminalità organizzata, si espande così da far apparire sempre più "normale" la logica preclusiva che rafforza ed amplia la carcerizzazione»; G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1/2013, p. 60, secondo cui l'art. 4 *bis* ord. penit. si è formato «per sedimentazioni successive, come fosse una sorta di stalattite normativa».

¹² Cfr. Corte cost., sent. n. 188/2019, ripresa anche dalla successiva sent. n. 253/2019, in cui la Corte costituzionale ha affermato che «le numerose modifiche intervenute negli anni, rispetto al nucleo della disciplina originaria, hanno variamente ampliato il catalogo dei reati ricompresi nella disposizione, in virtù di scelte di politica criminale tra loro disomogenee, accomunate da finalità di prevenzione generale e da una volontà di inasprimento del trattamento penitenziario, in risposta ai diversi fenomeni criminali di volta in volta emergenti»

¹³ Corte cost., sent. n. 149/2018.

della criminalità organizzata o eversiva»¹⁴. La necessità di tali accertamenti, per espressa volontà legislativa, veniva meno in tutti i casi in cui fosse stato lo stesso condannato a offrire prova dell'intervenuto distacco dal circuito criminale attraverso la propria condotta collaborativa. La «più importante e dirompente novità»¹⁵ segnata dal d.l. n. 152/1991, tuttavia, riguardava l'inserimento, tra le misure ex art. 4 *bis* ord. penit., anche dell'istituto della libertà condizionale.

A seguito della strage di Capaci del 23 maggio 1992, il legislatore reagì introducendo, «non senza travaglio»¹⁶, una disposizione ispirata a finalità di prevenzione generale e di tutela della sicurezza collettiva, nonché volta a favorire il fenomeno del c.d. pentitismo: ad oggi, l'art. 4 *bis* prevede che, per tutti i reati inclusi nell'elenco di cui al primo comma (c.d. reati di prima fascia), l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione – ad eccezione della liberazione anticipata – possono essere concessi *solo nei casi di collaborazione con la giustizia*¹⁷.

La disposizione in oggetto ha determinato così un vero e proprio «doppio binario penitenziario»¹⁸, in cui la condotta collaborativa assume il valore di unico parametro idoneo a dimostrare l'intervenuta recisione del legame con il sodalizio criminale e, di conseguenza, a rimuovere l'ostacolo alla concessione dei benefici penitenziari extramurari¹⁹.

Al contrario, la mancata collaborazione con la giustizia fonda la *presunzione assoluta* che i legami con l'organizzazione criminale di riferimento non siano stati spezzati e siano ancora attuali, costituendo un indice della perdurante pericolosità sociale del reo.

Su impulso delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale²⁰, il comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* ord. penit. ha esteso la possibilità di accesso ai benefici ivi indicati ai casi in cui una utile collaborazione con la giustizia risulti *inesigibile*, per la limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso accertata nella sentenza di condanna, *impossibile*, per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile o anche ai casi in cui la collaborazione offerta dal condannato si riveli *oggettivamente irrilevante*, allorché al condannato sia stata riconosciuta una delle seguenti circostanze attenuanti: riparazione del danno o eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (art. 62, n. 6, c.p.); contributo di minima importanza nel concorso di persone nel reato (art. 114 c.p.); con-

¹⁴ Corte cost., sent. n. 69/1995 e, da ultimo, n. 253/2019.

¹⁵ E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in E. DOLCINI – E. FASSONE – D. GALLIANI – P. PINTO DE ALBUQUERQUE – A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 18.

¹⁶ F. BIONDI, *Il 4 bis all'esame della Corte costituzionale: le questioni sul tappeto e le possibili soluzioni*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., p. 39, in cui l'Autrice rimanda al dibattito svoltosi presso la Camera dei deputati nella seduta del 30 luglio 1992.

¹⁷ Cfr., per un approfondimento sulla disposizione in esame, L. CARACENI, *Art. 4-bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, Padova, 2019, pp. 41 ss.

¹⁸ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 486.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 69/1995: «si passa da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)».

²⁰ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 68/1995, 357/1994, 306/1993.

corso in un reato più grave di quello voluto (art. 116, comma 2, c.p.). In tutte le ipotesi menzionate occorre, peraltro, che siano stati acquisiti *elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva*.

È così che progressivamente ha preso forma nel nostro ordinamento l'istituto – secondo la locuzione coniata dalla dottrina – dell'*ergastolo "ostativo"*, che si affianca all'*ergastolo "comune"*, disciplinato dall'art. 22 del Codice penale.

In sintesi, l'*ergastolo ostativo* indica la tipologia di *ergastolo* che riguarda i condannati per uno o più delitti previsti dall'art. 4 *bis*, primo comma, ord. penit. che non collaborano con la giustizia e che non si trovano nelle condizioni di cui al comma 1 *bis*: per costoro è escluso l'accesso alla libertà condizionale, al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alla semilibertà.

Diversa è, invece, la situazione per gli *ergastolani "comuni"*, nei confronti dei quali, ad esempio, l'ammissione alla liberazione condizionale è subordinata alla condizione di aver scontato almeno ventisei anni di pena (art. 176, secondo comma, c.p.) e la concessione dei permessi premio può essere disposta dopo l'espiazione di almeno dieci anni (art. 30 *ter*, comma 4, lett. d), ord. penit.).

Vedremo successivamente²¹ come la sent. 253/2019 della Corte costituzionale, sulla scorta della sent. *Viola c. Italia* della Cedu, abbia influito sul regime giuridico dell'*ergastolo ostativo*.

3. La giurisprudenza costituzionale in materia di pena perpetua: la rilevanza della funzione rieducativa della pena

Occorre ora ripercorrere brevemente le pronunce della Corte costituzionale in materia di *ergastolo*, comune e *ostativo*, precedenti alla sent. n. 253/2019. Il filo conduttore dell'analisi è costituito dal principio della funzione rieducativa della pena, che è espressamente sancito dall'art. 27, comma 3, Cost., a sua volta designato dalla dottrina come «la norma penale costituzionale più dirompente»²².

3.1. L'*ergastolo* ex art. 22 c.p.

Per quanto riguarda la conformità costituzionale dell'*ergastolo* comune, la sentenza-caposaldo è la n. 264/1974, con cui la Corte «ha rilasciato una duratura patente di legittimità alla pena dell'*ergastolo*»²³.

La Consulta, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 c.p. in riferimento all'art. 27, terzo comma, Cost., fonda il proprio ragionamento sul *carattere polifunzionale della pena*, affermando che «non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa

²¹ Cfr., *infra*, §5.

²² F. PALAZZO – F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 30.

²³ E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano*, cit., p. 27.

sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena». Ciò è sufficiente, secondo la Corte, per concludere che «l'art. 27 della Costituzione, usando la formula “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”, non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole»²⁴.

I giudici costituzionali, inoltre, hanno aggiunto un'altra importante considerazione, sostenendo che «l'istituto della liberazione condizionale disciplinato dall'art. 176 c.p. [...] consente l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel consorzio civile».

La Corte si è successivamente concentrata nel valorizzare la funzione rieducativa della pena, al fine di mitigare la disciplina del c.d. fine pena mai. La sent. n. 274/1983, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 54 ord. penit. nella parte in cui escludeva l'applicazione dell'istituto della liberazione anticipata ai condannati all'ergastolo, ha affermato che l'esclusione di questi ultimi da tale beneficio fosse in contrasto con la finalità rieducativa prevista dal terzo comma dell'art. 27 della Costituzione per tutti i condannati e, quindi, anche per i condannati all'ergastolo.

Con la sent. n. 168/1994, la Corte, dopo aver riaffermato la legittimità costituzionale dell'ergastolo, ha dichiarato incostituzionale la comminazione della pena perpetua nei confronti dei minori imputabili, in quanto la pena inflitta a tali soggetti deve assumere «una connotazione educativa più che rieducativa» in funzione del loro inserimento maturo nel tessuto sociale²⁵.

In conclusione, la legittimità costituzionale dell'ergastolo comune, ancora ad oggi, non sembra essere messa in discussione da parte della giurisprudenza della Corte.

3.2. L'ergastolo ex art. 4 bis ord. penit.

Per quanto riguarda l'ergastolo ostativo, la giurisprudenza costituzionale si è mostrata più ondivaga, fino a giungere recentemente a un importante *revirement* con la sentenza n. 253/2019.

²⁴ Cfr., contro l'orientamento manifestato dalla Corte costituzionale, E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano*, cit., p. 28: «L'affermazione che “le pene...devono tendere alla rieducazione del condannato” viene tradotta dalla Corte in termini di “sperata emenda”: il dovere diventa dunque speranza; la rieducazione diventa emenda, cioè rigenerazione morale, avulsa da ogni rapporto con la società. Nel contempo, nella visione della Corte, la finalità rieducativa della pena potrebbe essere sacrificata, in base a imponderabili valutazioni del legislatore ordinario, a considerazioni di prevenzione generale mediante intimidazione o di prevenzione speciale mediante neutralizzazione: il principio della rieducazione del condannato viene ridotto in definitiva a nulla più che un orpello».

²⁵ Nella pronuncia in esame, la Corte ha riconosciuto che i correttivi previsti dall'ordinamento – *id est* la liberazione condizionale e le misure premiali che anticipano il reinserimento del condannato come effetto del suo sicuro ravvedimento, da valutarsi nel caso concreto da parte del giudice – contribuiscono a soddisfare il precetto costituzionale, incidendo sulla natura stessa della pena dell'ergastolo.

Una prima pronuncia rilevante in materia è la sent. n. 306/1993, emessa a circa un anno di distanza dall'entrata in vigore della legge che ha configurato nel nostro ordinamento l'ergastolo ostativo. La Corte, basandosi sul carattere polifunzionale della pena, ha affermato che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata».

I giudici costituzionali concludono che la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attraverso l'attribuzione di determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia, «appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa», in quanto la collaborazione assurge a strumento di politica criminale, dalla valenza fondamentale per l'attività delle autorità inquirenti nel contesto della lotta contro il crimine organizzato²⁶.

I giudici costituzionali, tuttavia, nella stessa pronuncia hanno colto l'occasione per esprimere una serie di fondate perplessità. In primo luogo, hanno riconosciuto come la decisione di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati avesse comportato *una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena*: «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita».

In secondo luogo, la Consulta, pur legittimando la strategia volta a incentivare la collaborazione, ha manifestato i propri dubbi sulla vanificazione dei programmi e dei percorsi rieducativi (in atto magari da lungo tempo) che sarebbe conseguita alla drastica impostazione del disposto normativo, particolarmente nei confronti dei soggetti la cui collaborazione fosse incolpevolmente impossibile o priva di risultati utili e, comunque, per i soggetti per i quali la rottura con le organizzazioni criminali fosse adeguatamente dimostrata. In ossequio a quanto affermato dalla Corte, il legislatore ha modificato l'art. 4 *bis* ord. penit., introducendo il comma 1 *bis* riguardante le tipologie di non collaborazione che non escludono *ipso facto* la concessione delle misure extramurarie.

²⁶ La Consulta, inoltre, nel valutare positivamente l'esclusione dell'istituto della liberazione anticipata dal novero dei benefici a cui il detenuto può accedere solo previa collaborazione con la giustizia, ha affermato che tale disposizione legislativa «esclude che possa ritenersi vanificato, per i condannati di cui è questione, il perseguimento in concreto della finalità rieducativa della pena e perciò che sia violato l'art. 27, terzo comma, Cost.». Cfr., *contra*, D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista Aic*, 4/2017, p. 5, secondo cui «la concedibilità della liberazione anticipata ordinaria non è certo sufficiente a posizionare il regime dell'ostatività entro l'orizzonte costituzionale: oltre ad inaridire il percorso trattamentale a un mero sconto di pena, la liberazione anticipata si rivela, in concreto, un beneficio penitenziario "assolutamente inutile" se il reo non collabora utilmente con la giustizia»; F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, p. 1271.

In terzo luogo, la Corte ha affermato che se, da un lato, la collaborazione consente di presumere che chi la presta si sia dissociato dalla criminalità e che ne sia perciò più agevole il reinserimento sociale, dall'altro, «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale: tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa». I giudici della Corte hanno preso atto che la mancata collaborazione essa possa essere frutto di incolpevole impossibilità di prestarla o essere conseguenza di valutazioni non ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio, l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari. Questo terzo passaggio è molto interessante e verrà ripreso successivamente sia dalla stessa giurisprudenza costituzionale che dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nella sentenza n. 273/2001 la Corte si è nuovamente pronunciata sulla costituzionalità dell'art. 4 *bis* ord. penit., ritenendo che la scelta del legislatore fosse compatibile con la funzione rieducativa della pena, in quanto è solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare.

Un'altra pronuncia fondamentale in materia è la n. 135/2003, in cui la Corte ha risposto ancora una volta in senso negativo alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* ord. penit., sempre in riferimento all'art. 27, comma 3, Cost.

Secondo il ragionamento dei giudici costituzionali, la disciplina dell'ergastolo ostativo, facendo salve le ipotesi di collaborazione impossibile, irrilevante o comunque oggettivamente inesigibile, risulta «significativamente volta ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato». In conclusione, la Corte, mettendo in evidenza come la decisione di collaborare o meno con la giustizia sia *rimessa alla libera scelta del condannato*, ha ritenuto che la disciplina censurata *non precludesse in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio* e non si ponesse in contrasto con il principio rieducativo enunciato dalla Carta costituzionale.

Una prima grande svolta nella giurisprudenza costituzionale in materia di ergastolo è stata segnata dalla sent. n. 149/2018²⁷, la quale ha aperto la strada al *revirement* giurisprudenziale del 2019.

La Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della *species* di ergastolo contemplata dall'art. 58 *quater*, comma 4, ord. penit., riguardante i condannati per sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione o per sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 289 *bis* c.p. e art. 630 c.p.) – delitti ricompresi nella “prima fascia” dell'art. 4 *bis* ord. penit. – che abbiano cagionato la morte del sequestrato²⁸.

²⁷ Cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *penalecontemporaneo.it*; A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *osservatorioaic.it*.

²⁸ Cfr. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano*, cit., p. 19, in cui secondo l'Autore l'art. 58 *quater* ord. penit. avrebbe delineato «un'ulteriore variante dell'ergastolo: una sorta di ergastolo “di terzo tipo”». In tali ipotesi la pena dell'ergastolo assumeva una connotazione particolare: i condannati, invero, erano ammessi ai benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4 *bis* (con la sola esclusione della libertà condizionale) solo qualora avessero effettivamente spiato, nel caso di condanna all'ergastolo, almeno ventisei anni di pena.

Nel sostenere l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, la Corte ha posto l'accento sul principio della rieducazione del reo, rimarcandone la centralità specialmente nella fase dell'esecuzione penale²⁹. Del resto, dopo una prima fase in cui era stato messo in risalto il perfetto equilibrio tra le differenti funzioni riconducibili alla pena³⁰, la giurisprudenza costituzionale ha mostrato un orientamento più deciso nel sostenere l'importanza e la pervasività della funzione rieducativa nell'intero sistema penale, rinvenendo in essa «proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»³¹.

Una prima affermazione degna di nota è quella secondo cui l'appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4 *bis* ord. penit. si pone in contrasto con il principio – sotteso all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario, in attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena – della *progressività trattamentale e flessibilità della pena*, ossia del graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione della pena.

Secondo l'*iter* argomentativo della Corte, il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici penitenziari «impedisce al giudice qualsiasi valutazione individuale sul concreto percorso di rieducazione compiuto dal condannato all'ergastolo durante l'esecuzione della pena stessa, in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna». Un siffatto automatismo contrasta però con il ruolo che deve essere riconosciuto, nella fase di esecuzione della pena, alla sua finalità di rieducazione del condannato, finalità espressamente qualificata come ineliminabile, da garantire anche nei confronti di autori di delitti gravissimi, condannati alla massima pena prevista nel nostro ordinamento, l'ergastolo³².

²⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 149/2018, in cui la Corte, richiamando la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost. e la giurisprudenza della Cedu, ha affermato che «la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento».

³⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 12/1966: «Rimane in tal modo stabilita anche la vera portata del principio rieducativo, il quale, dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto. Rieducazione del condannato, dunque, ma nell'ambito della pena, umanamente intesa ed applicata. Del resto la portata e i limiti della funzione rieducativa voluta dalla Costituzione appaiono manifesti nei termini stessi del precetto. Il quale stabilisce che le pene "devono tendere" alla rieducazione del condannato: espressione che, nel suo significato letterale e logico, sta ad indicare unicamente l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla. Ciò, naturalmente, là dove la pena, per la sua natura ed entità, si presta a tal fine. [...] In conclusione, con la invocata norma della Costituzione si volle che il principio della rieducazione del condannato, per il suo alto significato sociale e morale, fosse elevato al rango di precetto costituzionale, ma senza con ciò negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità. E ciò, evidentemente, in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale».

³¹ Corte cost., sent. n. 313/1990. Cfr. anche Corte cost., sentt. n. 369/1988, n. 343/1993, n. 341/1994, n. 85/1997, n. 345/2002, n. 257/2006, n. 129/2008, n. 183/2011, n. 236/2016, n. 179/2017.

³² La Corte prosegue affermando quanto segue: «In questo senso è orientata la costante giurisprudenza di questa Corte, che ha tra l'altro indicato come criterio "costituzionalmente vincolante" quello

La Corte ha rinvenuto la *ratio* della disposizione censurata nell'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati, ma, al contempo, ha affermato che tali ragioni non «possono, nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società (sentenza n. 450 del 1998), e da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena».

La Consulta, dunque, ha sancito *il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa* sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena, affermazione «che colloca questa sentenza agli antipodi di quel filone giurisprudenziale e dottrinale che, in nome di una teoria polifunzionale eclettica della pena, riteneva che il fondamento giustificativo della pena stessa potesse essere offerto, indifferentemente, da questa o quella funzione della pena, senza riconoscere alcuna preminenza all'unica finalità della pena enunciata nella Costituzione»³³.

La dottrina di commento ha sottolineato che la sentenza in esame, oltre a costituire indubbiamente un punto di riferimento per la successiva giurisprudenza costituzionale, ha rappresentato «un prezioso anticorpo per l'affermazione della funzione rieducativa della pena come imprescindibile principio di garanzia per i diritti dei detenuti e per gli interessi della collettività»³⁴.

4. Il caso Viola c. Italia del 13 giugno 2019

Nella decisione *Viola c. Italia* del 13 giugno 2019³⁵, la Prima Sezione della Cedu, anticipando il finale, ha affermato che l'ergastolo ostativo – per la prima volta oggetto del sindacato

che esclude “rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso” nella materia dei benefici penitenziari (sentenza n. 436 del 1999), in particolare laddove l'automatismo sia connesso a presunzioni *iuris et de iure* di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso (sentenza n. 90 del 2017), giacché ove non fosse consentito il ricorso a criteri individualizzanti “l'opzione repressiva finirebbe per relegare nell'ombra il profilo rieducativo” (sentenza n. 257 del 2006), instaurando di conseguenza un automatismo “sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena” (sentenza n. 255 del 2006; in senso conforme, sentenze n. 189 del 2010, n. 78 del 2007, n. 445 del 1997, n. 504 del 1995)».

³³ E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo*, cit.

³⁴ M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 3/2018, p. 1359.

³⁵ La dottrina di commento è vasta. Cfr., *ex multis*, E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2019, p. 926, secondo cui la sentenza in esame «scrive una pagina fondamentale nella storia dell'ergastolo ostativo»; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *sidiblog.org*; M.S. MORI – V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *giurisprudenzapenale.com*; D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *osservatorioaic.it*; V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine” e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit.,

dei giudici di Strasburgo³⁶ – limita eccessivamente la prospettiva di rilascio del condannato e la possibilità di riesame della pena. Di conseguenza, la pena perpetua non può essere qualificata come comprimibile ai sensi dell'art. 3 della Convenzione³⁷.

Prima di ricostruire il ragionamento dei giudici di Strasburgo, ripercorriamo brevemente i fatti della causa.

All'origine del caso vi è il ricorso (in data 12 dicembre 2016) di Marcello Viola contro la Repubblica italiana, in cui il ricorrente ha adito la Corte – ai sensi dell'art. 34 della Convenzione – lamentando di essere sottoposto a una pena detentiva a vita incomprimibile, dallo stesso qualificata inumana e degradante.

Il *palmares* giudiziario di Viola è ragguardevole. Egli era stato coinvolto, con un ruolo non marginale, negli avvenimenti che avevano visto opporsi la cosca Radicena e la cosca Iatrinoli tra la metà degli anni '80 e il 1996, periodo definito come la “seconda faida di Taurianova”, in Calabria. I procedimenti penali a carico del ricorrente hanno portato ai seguenti esiti: una prima condanna in Corte di Assise di Appello (non ricorso in Cassazione) nel 1999 a una pena di 12 anni per associazione di stampo mafioso, con l'aggravante di essere il promotore delle attività illecite dell'organizzazione criminale; una seconda condanna della Corte di Assise di Appello nel 2002 (confermata dalla Cassazione nel 2004) all'ergastolo, in cui Viola è stato riconosciuto colpevole del delitto di associazione mafiosa (art. 416 *bis* c.p.) e altri delitti (omicidio, sequestro che aveva cagionato la morte della vittima e detenzione illegale di armi da fuoco), aggravati dalle circostanze c.d. di tipo mafioso (art. 7, d.l. n. 152/1991). Il 12 dicembre 2008, a seguito della domanda del ricorrente volta alla rideterminazione della pena complessiva, la Corte di Assise di Appello di Reggio Calabria, riconoscendo la continuazione dei fatti oggetto dei due processi, ha rideterminato la pena in reclusione a vita con isolamento diurno per due anni e due mesi.

Viola, tra il giugno 2000 e il marzo 2006, è stato sottoposto al regime detentivo speciale previsto dall'art. 41 *bis* ord. penit. In seguito, il ricorrente ha richiesto che gli venisse concesso un permesso premio e ha presentato anche una domanda di liberazione condizionale: tutte le richieste sono state rigettate sulla base della *mancata collaborazione con la giustizia* del reo.

pp. 15 ss.; N. ROMBI, *Dopo il caso “Viola” nuove prospettive per un superamento dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. e processo*, 4/2020, pp. 565 ss.; S. TALINI, *Viola c. Italia: una decisione dai controversi effetti nell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 4/2019, pp. 931 ss.; D. MAURI, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo? Un primo commento a Viola c. Italia*, in *sidiblog.org*.

³⁶ La Cedu si è pronunciata due volte sull'ergastolo comune come disciplinato dall'ordinamento italiano, escludendone ogni profilo di censura in riferimento all'art. 3 della Convenzione. Nei casi *Scoppola c. Italia* (dec. 8-9-2005) e *Garagin c. Italia* (dec. 29-4-2008), la Cedu ha riconosciuto come nel diritto italiano l'ergastolo non è una pena *sine die*, essendo previsti dall'ordinamento nazionale dei meccanismi volti a garantire la risocializzazione del condannato e la comprimibilità *de iure* e *de facto* della pena. Il modello italiano dell'ergastolo, peraltro, è stato più volte ritenuto esemplare dalla Cedu, la quale si è basata proprio sul diritto interno italiano per affermare che la prassi degli Stati contraenti riflette la volontà di aprire al reinserimento dei condannati all'ergastolo e di offrire loro una prospettiva di liberazione (*Vinter e a. c. Regno Unito*, dec. 9-7-2013). Il profilo della comprimibilità – e quindi l'esistenza di una concreta prospettiva di liberazione e di un meccanismo di revisione della pena – assurge, nella giurisprudenza di Strasburgo, a elemento in grado di determinare la conformità dell'ergastolo con il dettato della Convenzione. La Corte, sottolineando a più riprese l'importanza della finalità rieducativa della pena, ha specificato che il reo ha il diritto di conoscere *fin dall'inizio della pena* le tempistiche e le condizioni che gli potranno permettere di riacquisire gradualmente la propria libertà.

³⁷ L'8 ottobre 2019, la Grande Camera della Cedu ha respinto il ricorso presentato, ai sensi dell'art. 43 della Convenzione, dal Governo italiano contro la sentenza del 13 giugno, divenuta pertanto definitiva.

La questione giunge così all'attenzione della Cedu, che ritiene il ricorso ammissibile.

Il ricorrente, in sintesi, lamenta il fatto che la disciplina nazionale in materia di ergastolo ostativo, nel momento in cui obbliga il condannato a collaborare con la giustizia al fine di godere di determinati benefici, implica una presunzione assoluta di non rieducazione e di persistenza della pericolosità sociale del soggetto: al condannato all'ergastolo non collaborante, dunque, sarebbe preclusa qualsiasi possibilità di lavorare al proprio reinserimento nella società. Egli aggiunge che l'eventuale collaborazione, oltre a collidere con la sua intima convinzione di essere innocente e quindi con la sua libertà morale³⁸, lo esporrebbe al rischio di mettere in pericolo la sua vita e quella dei suoi familiari a causa delle possibili ritorsioni della cosca mafiosa.

D'altra parte, il Governo italiano, nelle sue osservazioni, prova a convincere la Corte del fatto che nei contesti mafiosi il sodalizio criminale rimane solido e stabile nel corso del tempo; solo la collaborazione, frutto di una *libera scelta del condannato*, con le autorità può dimostrare in modo tangibile la recisione dei legami con l'associazione mafiosa di appartenenza e il rifiuto dei valori criminali: il reo è, in ultima analisi, *homo faber fortunae suae*. Del resto, gli effetti della collaborazione con la giustizia sarebbero chiaramente stabiliti dall'art. 58 *ter* ord. penit. e, dunque, *conosciuti fin dall'inizio della pena* dai condannati, permettendo a questi ultimi di gestire consapevolmente la propria condotta³⁹.

In aggiunta, la parte resistente ricorda che l'ordinamento italiano prevede, in favore dei condannati, altri due rimedi per riacquisire la libertà: la domanda di grazia presidenziale (174 c.p.) e la domanda di sospensione dell'esecuzione della pena per motivi di salute (artt. 147 e 148 c.p.).

Nel caso concreto, era ragionevolmente da escludersi la possibilità che la mancata collaborazione con le autorità statali venisse qualificata come impossibile o inesigibile ai sensi dell'art. 4 *bis*, comma 1 *bis*, ord. penit., in quanto Viola era stato riconosciuto come il capo dell'organizzazione criminale di riferimento.

In via preliminare, la Corte afferma che la legislazione nazionale non vieta, *in modo assoluto e con effetto automatico*, l'accesso alla liberazione condizionale e agli altri benefici del sistema penitenziario, arrivando alla conclusione per cui la posizione del condannato all'ergastolo ostativo «finisce con il situarsi tra quella del condannato all'ergastolo ordinario, prevista dall'articolo 22 CP, la cui pena è comprimibile *de jure* e *de facto*, e quella del detenuto che si vede impedire dal sistema, a causa di un ostacolo normativo o pratico, ogni possibilità di liberazione, in violazione dell'articolo 3 della Convenzione»⁴⁰.

³⁸ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 4/2017, p. 1510, in cui l'Autore sostiene che la condizione ostativa della mancata collaborazione «opera come una impropria forma di coercizione morale a cui viene sottoposto l'ergastolano per poter esercitare il diritto a scontare una pena conforme al senso di umanità e tendente alla sua rieducazione, come enunciato dall'art. 27 comma 3 Cost.».

³⁹ Il Governo, inoltre, chiarisce la profonda differenza sussistente tra il regime del 41 *bis* ord. penit. (il c.d. carcere duro) e l'ergastolo ostativo *ex art. 4 bis* ord. penit.: se nel primo caso il regime speciale può essere interrotto riconoscendo che il condannato non abbia più la capacità di mantenere dal carcere i contatti con la consorteria criminale, nel secondo spetta all'interessato fornire la prova positiva della rottura di ogni collegamento con la cosca di appartenenza.

⁴⁰ Cedu, *Viola c. Italia*, cit., §102.

La Corte successivamente prende in esame il requisito della collaborazione, dubitando della libertà e dell'effettivo valore redentivo sottesi a tale condotta: «la mancanza di collaborazione potrebbe essere non sempre legata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai “valori criminali” e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza»⁴¹; «si potrebbe ragionevolmente essere messi di fronte alla situazione dove il condannato collabora con le autorità, senza che tuttavia il suo comportamento rifletta un cambiamento da parte sua o una “dissociazione” effettiva dall'ambiente criminale, in quanto l'interessato potrebbe agire con l'unico proposito di ottenere i vantaggi previsti dalla legge»⁴².

Di conseguenza, «l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al reale percorso rieducativo del ricorrente»⁴³, non essendo escluso che «la “dissociazione” con l'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia»⁴⁴.

La Corte di Strasburgo, tuttavia, non specifica in *quali altri modi* il condannato possa dimostrare l'effettivo distacco dalla consorteria mafiosa di provenienza e il proprio ravvedimento. È bene precisare, inoltre, che il legislatore nazionale non ha inteso la condotta collaborativa alla stregua di un fatto interiore di sincera resipiscenza, prevedendo una normativa premiale che prescinde totalmente dall'accertamento – peraltro impossibile – del ripudio morale dei fatti oggetto di propalazione e che, comunque, incentiva le collaborazioni che pure siano dettate da mere considerazioni utilitaristiche⁴⁵.

I giudici europei, poi, incentrano il proprio percorso argomentativo sul principio di risocializzazione del reo – non espressamente enunciato dal testo della Convenzione, ma enucleato in via giurisprudenziale⁴⁶ – precisando come il reinserimento del condannato in società sia da intendere come «un obbligo positivo di mezzi e non di risultato»⁴⁷, in quanto la perso-

⁴¹ §118.

⁴² §119.

⁴³ §120.

⁴⁴ §121.

⁴⁵ Cfr. Corte di Assise di Palermo, Sez. II, sent. n. 1/99.

⁴⁶ Cfr. Cedu, *Murray c. Paesi Bassi*, 26-4-2016; Cedu, *Vinter*, cit., §§111-112: «gli imperativi di repressione, dissuasione, tutela del pubblico e reinserimento rientrano tra i motivi idonei a giustificare una detenzione. In materia di reclusione perpetua, molti di questi coesistono nel momento in cui viene pronunciata la pena. Tuttavia, l'equilibrio tra gli stessi non è per forza immutabile, potrà evolversi durante l'esecuzione della pena. Ciò che costituiva la giustificazione primaria della detenzione all'inizio della pena potrebbe non esserlo una volta che sia stata scontata una buona parte di essa. È solo attraverso un riesame dei motivi che giustificano il mantenimento in detenzione in una fase appropriata dell'esecuzione della pena che possono essere correttamente valutati i fattori suddetti. Inoltre, una persona condannata all'ergastolo senza alcuna prospettiva di liberazione né possibilità di far riesaminare la sua pena perpetua rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, per quanto eccezionali possano essere i suoi progressi per correggersi, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo. La punizione, del resto, rischia di appesantirsi ancora di più con il passare del tempo: quanto più vive il detenuto, tanto più lunga sarà la sua pena. In tal modo, anche quando l'ergastolo è una punizione meritata alla data in cui viene inflitta, col passare del tempo esso non garantisce più una sanzione giusta e proporzionata».

⁴⁷ §113.

nalità del reo non resta congelata al momento della commissione del reato e, anzi, può evolvere durante la fase di esecuzione della pena mediante un esame critico del proprio percorso criminale.

La Corte giunge così alla conclusione secondo la quale l'assenza della collaborazione con la giustizia, determinando una presunzione assoluta di pericolosità, avrebbe come effetto quello «di privare il ricorrente di ogni prospettiva realistica di liberazione»⁴⁸.

Prima di sancire definitivamente la contrarietà con l'art. 3 della Convenzione, inoltre, la Corte risponde al rilievo esposto dal Governo italiano, affermando che «la possibilità per un detenuto che sconti la pena dell'ergastolo di beneficiare della grazia o della remissione in libertà per motivi umanitari, legati ad un problematico stato di salute, ad una invalidità fisica o all'età avanzata, non corrisponde al significato dell'espressione "prospettiva di rilascio", utilizzata a partire dalla sentenza *Kafkaris*»⁴⁹. A dimostrazione di tale asserzione, i giudici di Strasburgo riportano il dato secondo il quale nessun detenuto condannato all'ergastolo ex art. 4 bis ord. penit. ha mai beneficiato di una decisione di grazia presidenziale.

Quest'ultima argomentazione, come ha sottolineato il giudice polacco Wojtyczek nella sua opinione dissenziente⁵⁰, non può essere decisiva, in quanto è ben possibile che non vi sia alcun detenuto condannato all'ergastolo che soddisfi i requisiti volti a dimostrare l'effettivo ravvedimento e, dunque, a giustificare la concessione della grazia presidenziale. Il fatto poi che, ad oggi, non vi siano esempi di tale concessione in favore di soggetti condannati alla pena perpetua non esclude *ipso facto* la possibilità che ciò possa accadere in futuro.

L'opinione dissenziente richiamata, dopo aver ricordato che in materia di politica criminale gli Stati godono di un certo *margin*e di discrezionalità⁵¹, si mostra molto più consapevole degli aspetti criminologici e sociologici sottesi al fenomeno mafioso, laddove sostiene che, per raggiungere l'obiettivo di smantellare le organizzazioni criminali che costituiscono una minaccia per la vita delle persone, «è cruciale distruggere la solidarietà tra i membri di tali organizzazioni e infrangere la relativa legge del silenzio». L'opinione di maggioranza, invece, descrive in modo piuttosto laconico il fenomeno mafioso in termini di «fenomeno particolarmente pericoloso per la società»⁵² e di «flagello»⁵³, dimostrando una visione non olistica della realtà criminale di stampo mafioso.

⁴⁸ §127.

⁴⁹ §133.

⁵⁰ L'art. 45, secondo comma, della Convenzione europea statuisce che se la sentenza non esprime in tutto o in parte l'opinione unanime dei giudici, ogni giudice ha diritto di allegarvi l'esposizione della sua opinione individuale. Il Regolamento della Corte (art. 74, secondo comma) specifica che i giudici che hanno partecipato all'esame della causa hanno il diritto di allegare alla sentenza l'esposizione della loro opinione separata – concorrente o dissenziente – o una semplice dichiarazione di dissenso.

⁵¹ Cfr. A. TARALLO, *Il "fine pena mai" di fronte al controllo CEDU: un "margine di apprezzamento" sempre più fluttuante e aleatorio*, in *dirittifondamentali.it*, p. 108, in cui l'Autore, dopo aver affermato che nel caso *Viola c. Italia* «il concetto di "margine di apprezzamento" non gioca alcun ruolo, venendo addirittura obliterato», sostiene che «se lo stesso "margine di apprezzamento" riconosciuto, ad esempio, al Regno Unito nel caso *Hutchinson*, fosse stato attribuito anche all'Italia nell'esame del caso *Viola*, il Giudice Wojtyczek non sarebbe verosimilmente rimasto in minoranza».

⁵² §130.

⁵³ *Ibidem*.

Come è stato sottolineato dalla dottrina, la sentenza esaminata «si atteggia a (e, comunque, preannuncia una) “sentenza-pilota”»⁵⁴, ammonendo lo Stato di attuare, *preferibilmente per iniziativa legislativa*, una riforma del regime dell’ergastolo e segnalando come il caso giudicato metta in luce, per l’ordinamento italiano, un problema strutturale, per il quale un certo numero di ricorsi sono attualmente pendenti dinanzi alla Corte.

5. Il revirement della Corte costituzionale (sent. 23 ottobre 2019, n. 253): il dialogo con la Corte di Strasburgo

A distanza di circa quattro mesi dalla sentenza *Viola c. Italia* della Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale italiana ha pronunciato una sentenza che, oltre a segnare un decisivo *revirement* nella giurisprudenza costituzionale, apre «una breccia nel regime ostativo penitenziario»⁵⁵.

La sent. n. 253/2019 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 *bis*, primo comma, ord. penit. nella parte in cui non prevede che agli autori dei reati ivi elencati possano essere concessi *permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia* ai sensi dell’art. 58 *ter* ord. penit.⁵⁶. La Corte, dunque, ha contribuito a configurare un *tertium genus* tra la collaborazione utilmente prestata e quella impossibile/inesigibile/irrelevante: la collaborazione non prestata⁵⁷.

È importante provare a ricostruire sommariamente l’*iter* argomentativo che ha condotto la Corte costituzionale a tale conclusione.

La questione è giunta allo scrutinio della Consulta in forza di due ordinanze di rimesione, rispettivamente sollevate dalla Corte di Cassazione (20 dicembre 2018, r.o. n. 59/2019) e dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia (28 maggio 2019, r.o. n. 135/2019), aventi ad oggetto la legittimità costituzionale della medesima disposizione (art. 4 *bis* ord. penit.) in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione.

⁵⁴ F. BAILO, *L’ergastolo ostativo al vaglio della Corte costituzionale: un dialogo possibile con la Corte Edu*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., p. 31.

⁵⁵ A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019: una breccia nel muro dell’ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020, p. 161.

⁵⁶ Si deve menzionare anche Corte cost., sent. n. 263/2019, con la quale i giudici costituzionali hanno dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 2, comma 3, d.lgs. n. 121/2018, stabilendo che la disciplina prevista dall’art. 4 *bis*, primo comma, ord. penit. per i reati ostativi non può applicarsi con riguardo alla concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio nei confronti dei condannati minorenni. La disposizione censurata – che, nel contesto della riforma dell’esecuzione penale minorile, estendeva ai minori la regola per cui i condannati per reati di criminalità organizzata o altri gravi delitti possono accedere alle misure alternative e premiali solo attraverso la collaborazione con la giustizia, salvi i casi di collaborazione inesigibile, irrilevante e impossibile – è stata ritenuta in contrasto, da un lato, con l’art. 76 Cost. e, dall’altro, con gli artt. 27, comma 3, e 31, comma 2, Cost. Cfr., in commento a tale decisione, S. BERNARDI, *L’ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l’art. 2 c. 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in *sistemapenale.it*, in cui l’Autrice sostiene che nell’ordinamento penitenziario minorile «non può essere lasciato spazio a presunzioni di pericolosità di sorta, nemmeno se relative».

⁵⁷ F. FIORENTIN, *Incostituzionalità del divieto di concessione di permessi premio previsto dall’art. 4-bis comma 1 ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 4/2020, p. 1027.

Segnatamente, l'ordinanza della Cassazione censurava la disposizione dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste⁵⁸, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio; l'ordinanza del TdS perugino sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* ord. penit. nella parte in cui esclude che al condannato all'ergastolo per delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione a delinquere (art. 416 *bis* c.p.) della quale sia stato partecipe, possa essere concesso un permesso premio.

La diversa formulazione delle ordinanze di rimessione – e il diverso percorso argomentativo che ne consegue – era dovuta al fatto che il TdS si trovava al cospetto di un condannato, oltre che per reati di “contesto mafioso”, anche per il delitto di associazione mafiosa⁵⁹.

Entrambe le ordinanze, però, riguardavano esclusivamente il beneficio dei permessi premio (art. 30 *ter* ord. penit.): tale misura extramuraria, concedendo «al detenuto, a fini rieducativi, i primi spazi di libertà»⁶⁰, costituisce «uno strumento fondamentale per consentire al condannato di progredire nel senso di responsabilità e di capacità di gestirsi nella legalità, e al magistrato di sorveglianza di vagliare i progressi trattamentali compiuti e la capacità di reinserirsi, per quanto brevemente, nel tessuto sociale»⁶¹.

Come è facile intuire, nessuna delle due ordinanze ha addotto la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto al tempo dell'atto di promovimento ancora non era stata pronunciata la sentenza *Viola c. Italia*.

La Corte, nel definire il *thema decidendum*, innanzitutto tende a precisare che le questioni di legittimità costituzionale riguardano l'art. 4 *bis* ord. penit., il quale reca una disciplina da applicarsi *a tutti i condannati*, a pena perpetua o temporanea, per i reati di partecipazione ad associazione mafiosa e di “contesto mafioso”.

In secondo luogo, la Corte circoscrive l'oggetto della questione ai permessi premio, non solo poiché così strettamente richiesto dalle ordinanze di rimessione, ma anche e soprattutto in virtù della considerazione per cui è la stessa disposizione impugnata a elencare in maniera distinta i benefici che non possono essere concessi ai detenuti per determinati reati in mancanza di collaborazione.

⁵⁸ Si tratta dei c.d. reati di contesto mafioso, ossia quelli ai quali sia contestata l'aggravante di cui all'art. 7, d.l. n. 152/1991.

⁵⁹ Cfr., per una più dettagliata ricostruzione delle censure sollevate dai giudici rimettenti, F. BIONDI, *Il 4 bis all'esame della Corte costituzionale*, cit., pp. 33 ss. L'Atrice, p. 35, sottolinea che il TdS di Perugia, dovendo decidere il reclamo presentato da un detenuto condannato per il più grave delitto di associazione mafiosa, «è costretto a seguire un percorso diverso da quello delineato dalla Corte di cassazione, che, invece, [...] evidenzia la “minore” gravità del reato “di contesto mafioso” del richiedente il permesso premio».

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 188/1990.

⁶¹ Corte cost., sent. n. 149/2018. Cfr. anche Corte cost., sent. n. 504/1995, secondo cui tale beneficio mostra una «funzione “pedagogico-propulsiva”».

I giudici costituzionali, dopo aver ripercorso le ragioni che hanno portato all'introduzione nel nostro ordinamento della disposizione impugnata e la propria giurisprudenza in materia, accolgono le questioni sollevate, precisando che *non è la presunzione in sé a risultare illegittima, quanto il suo carattere assoluto*, che ne impedisce la prova contraria⁶².

La Corte sottolinea tre profili, distinti ma complementari: in primo luogo, la scelta di non collaborare determina per il condannato un trattamento carcerario peggiorativo rispetto a quello previsto per i detenuti per reati non ostativi, mediante un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena⁶³; in secondo luogo, l'assolutezza della presunzione impedisce una valutazione sia del percorso rieducativo del reo secondo criteri individualizzanti sia delle ragioni che hanno indotto il detenuto a mantenere il silenzio, ponendosi perciò in contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost.; in terzo luogo, la generalizzazione sottesa alla presunzione può essere in realtà contraddetta da allegazioni contrarie che devono poter essere oggetto di specifica valutazione da parte della magistratura di sorveglianza e, dunque, non risponde a dati di esperienza generalizzati, riassunti nel brocardo dell'*id quod plerumque accidit*⁶⁴.

La Consulta, infine, precisa che la valutazione in concreto dei fatti idonei a superare la presunzione dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata «deve rispondere a criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo»: la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora è superabile «non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o

⁶² È interessante riportare il passo completo della Corte costituzionale: «Non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima. Non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria. Mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. – agli specifici e limitati fini della fattispecie in questione – una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata».

⁶³ Cfr. D. PULITANO, *Problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., p. 157: «La collaborazione con la giustizia può essere legittimamente premiata, ma la mancata collaborazione non può essere "sanzionata" con la perdita di diritti, la preclusione di percorsi finalizzati alla rieducazione [...]. Può essere valutata nell'ambito del giudizio sulla persistenza di legami con la criminalità organizzata, ma non in termini di presunzione assoluta di pericolosità»; A. PUGIOTTO, *Alcune buone ragioni per un allineamento tra Roma e Strasburgo*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., p. 150: «Come per la teoria dell'albero dai frutti avvelenati, tutto nasce da un vizio d'origine: in uno Stato di diritto la collaborazione con la giustizia può essere incentivata, ma non coercita. La norma impugnata questo invece fa: non assicura al reo collaborante un premio; sanziona con un carcere privo di alternative il reo non collaborante»; R. BARTOLI, *Contro la "normalizzazione delle deroghe": alcune proposte garantiste*, in *Dir. pen. e processo*, 2/2020, p. 153: «Nell'ipotesi in esame, invece, la collaborazione viene alla fine in qualche modo coartata mediante la prospettiva di un male (preclusione dei benefici) che funge da strumento di pressione. Insomma, la preclusione è un *surplus* sanzionatorio finalizzato a premere sulla volontà del condannato».

⁶⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *Alcune buone ragioni per un allineamento tra Roma e Strasburgo*, cit., p. 148, in cui l'Autore sostiene che l'equivalenza se collaborazione allora ravvedimento «è falsa in entrambe le direzioni. Lo *storytelling* legislativo secondo cui solamente la condotta collaborante sarebbe indice di sicuro ravvedimento e di scissione dall'originario sodalizio criminale, è un luogo comune. E come tutti i luoghi comuni travisa la realtà, semplificandola oltremisura. Fare della collaborazione con la giustizia l'unica condizione risolutiva del regime ostativo, dunque, non risponde a una necessità logica empiricamente fondata, bensì a un'opzione di politica criminale – maldestramente dissimulata – che piega la detenzione a ingranaggio interno al meccanismo investigativo».

della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi»⁶⁵.

La presunzione ex art. 4 *bis* ord. penit., mediante «un'operazione marcatamente additiva se non francamente nomopoietica della disciplina incisa»⁶⁶, perde il suo carattere assoluto e *diviene relativa*⁶⁷, potendo essere vinta da una prova contraria⁶⁸.

I giudici costituzionali mutuano gli elementi volti a fondare tale prova contraria dalla lettera dello stesso art. 4 *bis* ord. penit., laddove – al comma 1 *bis* – richiede l'acquisizione di *elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva*. La Corte, tuttavia, delinea un regime probatorio rafforzato, richiedendo altresì l'acquisizione di *elementi che escludono il pericolo di un ripristino dei legami con l'organizzazione criminale di riferimento*, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali. Il fine espressamente dichiarato dai giudici costituzionali è quello di evitare che l'interesse alla prevenzione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4 *bis* ord. penit., finisca per essere del tutto vanificato e frustrato.

Per quanto attiene al regime probatorio, la sentenza in discussione dispone che al magistrato di sorveglianza spetterà il compito di decidere sulla base delle relazioni redatte dalle autorità penitenziarie e delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza competente, mentre sul condannato che richiede il beneficio graverà *l'onere di fornire una specifica allegazione* che dimostri, da un lato, la rottura dei legami che lo tengono avvinto alla consorte criminale di riferimento e, dall'altro, l'insussistenza del pericolo di un ripristino degli stessi. Tale onere è destinato, secondo la Corte, a tradursi

⁶⁵ Cfr. 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. pen. proc.*, 1/2020, p. 275, in cui l'Autore osserva come la Corte sembrerebbe «tacitamente ammettere la possibilità di una modulazione del livello di sufficienza probatoria a seconda del reato commesso, distinguendo la posizione dell'affiliato e quella del condannato per reati di "contesto mafioso"».

⁶⁶ F. FIORENTIN, *Incostituzionalità del divieto di concessione di permessi premio*, cit., p. 1023.

⁶⁷ La Corte costituzionale, con la sent. n. 48/2015, aveva già trasformato da assolute a relative le presunzioni in tema di custodia cautelare per determinate tipologie di reato. Cfr., a commento della sentenza, G. LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in *penalecontemporaneo.it*.

⁶⁸ Già la "Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale", istituita con decreto del Ministero della Giustizia del 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, aveva proposto di aggiungere alle ipotesi contemplate dall'art. 4 *bis*, comma 1 *bis*, ord. penit. la seguente dicitura: «e altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati». L'intento della Commissione, dunque, era quello di sostituire la presunzione assoluta di pericolosità sociale in presunzione relativa. Sulla stessa scia, si inseriva il documento pubblicato il 19 aprile 2016 – a conclusione dei lavori degli "Stati generali dell'esecuzione penale" del 19 maggio 2015 – il quale conteneva una proposta di modifica dell'art. 4 *bis* ord. penit., volta a introdurre un nuovo comma, che avrebbe dovuto offrire al condannato che avesse posto in essere una condotta riparatrice nei confronti delle vittime e della società una alternativa alla non collaborazione con la giustizia, consentendo l'accesso ai benefici e alla liberazione condizionale.

nell'obbligo di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno della richiesta, qualora le informazioni pervenute dal Comitato territorialmente competente depongano in senso negativo⁶⁹.

La sentenza n. 253/2019 è stata accolta con favore ed entusiasmo da gran parte della dottrina penalistica e costituzionalistica⁷⁰, ma ha altresì attirato numerose critiche da una parte della magistratura, che, da sempre in prima linea nella lotta contro la mafia, si era mostrata fermamente contraria anche nei confronti della sentenza *Viola c. Italia*⁷¹.

6. Riflessioni critiche su un possibile superamento dell'ergastolo ostativo

In via preliminare, occorre sgomberare il campo da argomentazioni fuorvianti, esclusivamente dirette alla strumentalizzazione del dibattito⁷²: esprimersi criticamente nei confronti della sent. n. 253/2019 non può e non deve far conseguire in via automatica l'accusa di porsi come nemici dei principi costituzionali e dello Stato di diritto, animati da uno spirito giustizialista

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 4 *bis*, comma 3 *bis*, ord. penit., i benefici in questione «non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata».

⁷⁰ Cfr., *ex multis*, S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in *osservatorioaic.it*, p. 325, secondo cui tale sentenza è da ritenere storica; F. FIORENTIN, *Incostituzionalità del divieto di concessione di permessi premio*, cit., p. 1019, in cui l'Autore parla espressamente di una «sentenza "storica" dal grande impatto sistematico», «chiave di volta del c.d. "doppio binario penitenziario"»; A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, cit. pp. 161 ss.; E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo*, cit., *passim*; M. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., pp. 17 ss.

⁷¹ Cfr. G.C. CASELLI, *Quelle regole spezzano la forza dei clan. Farne a meno significa armarli di nuovo*, in *Il Fatto Quotidiano*, 6 ottobre 2019: «Quanto meno con fortissime e tremende probabilità, stravolgere l'ergastolo ostativo, per i mafiosi che pentendosi non hanno spezzato le catene che li vincolano in perpetuo al clan, equivarrebbe quindi (ontologicamente!) ad armarli di nuovo, inceppando nel contempo lo schema che facilita le collaborazioni. Un pericolo concreto per l'Italia e un rischio che l'Europa (stante la penetrazione della mafia ovunque) non si può permettere. Se non a prezzo di una "dimissione dalla realtà" che causerebbe un pernicioso "summum ius, summa iniuria"»; A. MASCALI, *Ardita: "È la grande battaglia dei boss stragisti e della mafia silente"*, in *Il Fatto Quotidiano*, 6 ottobre 2019, in cui il magistrato, rispondendo a chi sostiene che il "fine pena mai" sia inaccettabile, risponde: «Ma stiamo riferendoci alle associazioni di tipo mafioso, dove i singoli operano nel quadro di compagini organizzate che pianificano delitti – anche se non necessariamente di sangue. È rischioso confondere questo tema con quello della rieducazione di condannati, anche a pene severe, che però non operano all'interno della criminalità organizzata. Il mafioso militante, una volta uscito dal carcere, dovrà tornare a servire l'organizzazione fino alla morte»; *Ergastolo ostativo, per la Consulta è incostituzionale*, in *adnkronos.com*, 23 ottobre 2019, in cui vengono riportate le parole dell'ex pm antimafia, ora consigliere del CSM, Nino di Matteo: «Dobbiamo evitare che si concretizzi uno degli obiettivi principali che la mafia stragista intendeva raggiungere con gli attentati degli anni '92-'94».

⁷² Cfr. M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *osservatorioaic.it*, p. 212, in cui l'Autore, pur riconoscendo che «si tratti di una decisione destinata a lasciare un segno profondo», afferma che «merita commenti più pacati, e soprattutto meno unilaterali».

o “forcaiolo”, così come sposare il ragionamento dei giudici costituzionali non vuol dire schierarsi al fianco delle cosche mafiose.

Non si può dimenticare che il regime *ex art. 4 bis* ord. penit. risale, come ricordato⁷³, al 1992 ed è stato per più di vent’anni “salvato” dalla stessa Corte costituzionale⁷⁴, che ora, sulla scia della giurisprudenza europea di Strasburgo, ne ha sancito l’illegittimità costituzionale *con riferimento ai soli permessi premio*. È da rilevare, inoltre, che la “Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza”⁷⁵, costituita nel 2010 dal Consiglio superiore della magistratura, aveva proposto la soppressione della presunzione assoluta in tema di accesso ai benefici penitenziari per tutti i reati contenuti nell’elenco di cui all’art. 4 *bis* ord. penit., *tranne che nei confronti dei condannati per delitti di matrice mafiosa o di terrorismo*, con l’obiettivo di ricondurre la norma alla sua *ratio* originaria. Le ragioni di tale eccezione erano espressamente fondate sulla ragionevole presunzione di una rilevante pericolosità correlata al perdurare dei collegamenti con le organizzazioni criminali di riferimento⁷⁶.

Innanzitutto, si rendono necessarie alcune considerazioni sulle supposte ragioni della non collaborazione da parte dei condannati per reati di mafia. Sia i giudici europei che quelli nazionali hanno sottolineato che la mancata collaborazione potrebbe dipendere da motivazioni ben diverse rispetto alla persistente attualità dell’affiliazione con la criminalità organizzata ed estranee al percorso rieducativo, quali i timori per la propria e l’altrui incolumità (in particolare congiunti e familiari), l’intima convinzione di essere innocenti o il legittimo rifiuto di incriminare se stessi o terzi.

Tali argomenti appaiono piuttosto deboli o, comunque, provano troppo. Per quanto riguarda il rifiuto di autoincriminarsi, al condannato non viene richiesto di violare il principio secondo cui nessuno può essere indotto all’autoincriminazione (*nemo tenetur se detegere*), consistendo la collaborazione, ai sensi dell’art. 58 *ter* ord. penit., nell’adoperarsi per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero nell’aiutare 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. D’altra parte, il rifiuto di muovere accuse a carico di terzi (*carceratus tenetur alios detegere*) potrebbe costituire un ulteriore elemento a sostegno del mancato distacco dalla consorteia criminale.

In merito alla convinzione di essere innocenti, si può semplicemente ricordare, in pieno e convinto spirito di garantismo, che tanto la nostra Costituzione (art. 27, secondo comma, Cost.) quanto la Convenzione europea (art. 6, secondo comma, Conv.) sanciscono il principio in forza del quale l’imputato è presunto innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata, con la conseguenza che, in caso di condanna definitiva, tale presunzione è destinata a cadere: la professione d’innocenza può assumere giuridica rilevanza solo a seguito dell’apposita procedura di revisione.

⁷³ Cfr., *supra*, §2.

⁷⁴ Cfr., *supra*, §3.2.

⁷⁵ La Commissione era presieduta dal Prof. Glauco Giostra e composta da tre componenti dello stesso CSM, tre componenti designati dal Ministro della Giustizia e sei magistrati di sorveglianza.

⁷⁶ Cfr. l’Allegato contenente “proposte analitiche di modifica normativa” alla “Relazione della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza”.

La motivazione che si fonda sul timore per la propria e l'altrui incolumità risulta la più fallace per due ordini di ragioni. In primo luogo, non è chiaro come sia possibile ammettere che il detenuto non abbia collaborato per il legittimo timore di subire ritorsioni da parte della criminalità organizzata e, allo stesso tempo, non tenere in debita considerazione, o sottovalutare, il rischio che il condannato, una volta tornato – anche se per pochi giorni – nel proprio contesto familiare, possa non prendere realmente le distanze da quella stessa organizzazione di cui temeva le rivalse. Il timore di subire atti vendicativi e spietati da parte della cosca criminale di appartenenza è destinato a permanere.

In secondo luogo, si tende a dimenticare l'esistenza del sistema di protezione statale nei confronti dei pentiti di mafia, efficace strumento di tutela e di reinserimento sociale del soggetto che decida di manifestare il proprio ravvedimento attraverso la collaborazione con la giustizia. La relazione della Commissione centrale del servizio di protezione di collaboratori e testimoni del 2017⁷⁷ – l'ultima a essere stata resa pubblica – riporta come il programma di protezione, alla data del 30 giugno 2016, riguardasse ben *1277 collaboratori e 4915 congiunti*. Collaborare con le autorità e affidarsi alla protezione statale, dunque, costituiscono il mezzo migliore per vincere la paura di essere soggetti a ritorsioni da parte del mondo della criminalità organizzata.

D'altra parte, al fine di mitigare i foschi scenari prospettati all'indomani della sentenza della Corte costituzionale, si deve porre l'attenzione sui requisiti delineati dalla sent. n. 253/2019 per la concessione dei permessi premio anche in assenza di collaborazione, in quanto, come è stato giustamente osservato, la decisione dei giudici costituzionali «non ha sostituito all'automatismo legislativo un automatismo eguale e contrario»⁷⁸.

La Corte, invero, richiede alla magistratura di sorveglianza una duplice – ed estremamente delicata – valutazione ad alto tasso di discrezionalità riguardante sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata sia il pericolo di un ripristino degli stessi. In particolare, tale secondo giudizio, come ha sottolineato causticamente la dottrina, si traduce nel richiedere al magistrato «sciamaniche capacità predittive»⁷⁹. Eccetto il caso in cui la cosca di riferimento sia già stata sgominata o sia disciolta, è difficile immaginare su quali presupposti si possa fondare il giudizio prognostico volto ad escludere, con un certo livello di certezza, la possibilità che il condannato possa rinsaldare i suoi legami con il crimine organizzato⁸⁰.

La Corte, inoltre, aggiunge un dettaglio non secondario, nel momento in cui precisa *expressis verbis* che la presunzione, nonostante non sia più da ritenere assoluta ma relativa, non è superabile in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione. Con queste parole la Corte dimostra di conoscere a fondo la realtà penitenziaria, in cui di regola i

⁷⁷ Cfr. "Relazione sui programmi di protezione, sulla loro efficacia e sulle modalità generali di applicazione per coloro che collaborano con la giustizia" (Secondo semestre 2015 e primo semestre 2016), Camera dei Deputati, doc. XCI, n. 8, consultabile in *documenti.camera.it*.

⁷⁸ A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019*, cit., p. 171.

⁷⁹ A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria*, cit., p. 513.

⁸⁰ Cfr. M. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., p. 19, il quale riconosce che «la pronuncia annotata affida alla magistratura di sorveglianza un giudizio non facile tra valutazione del caso concreto ed esigenze di contenimento dell'allarme sociale che i reati ostativi suscitano».

condannati per reati di stampo mafioso sono i detenuti che tengono la condotta intramuraria migliore.

Si ritiene di condividere, pertanto, quella dottrina che ha messo in luce come le condizioni effettivamente poste dalla sent. n. 253/2019 siano talmente difficili da soddisfare «da lasciare intendere che la concessione del permesso premio costituirà un'eccezione alla regola del diniego. È stata rimossa una presunzione assoluta, forse sostituita da una presunzione semi-assoluta piuttosto che relativa»⁸¹.

L'onere probatorio richiesto al detenuto *ex art. 4 bis* dalla sent. n. 253/2019 – anche se delineato soltanto nelle motivazioni e non anche nel dispositivo – è particolarmente gravoso⁸², soprattutto nel caso di parere negativo da parte della Procura nazionale antimafia e antiterrorismo⁸³. Risulta altrettanto inconfutabile la considerazione secondo la quale in capo alla magistratura di sorveglianza viene ad assommarsi – ai tanti e delicati compiti da essa svolti – anche il peso di una valutazione, di carattere prognostico, estremamente complicata, tanto da non potersi sottovalutare il rischio di una ulteriore e più marcata esposizione dei giudici di sorveglianza alle minacce e alle intimidazioni da parte delle organizzazioni criminali di volta in volta interessate⁸⁴.

Il meccanismo disegnato dal combinato disposto degli artt. 4 *bis* e 58 *ter* continua ad essere vigente, con la conseguenza che il detenuto che voglia avere la *certezza* di vedersi riconoscere i benefici penitenziari previsti dalla normativa dovrà necessariamente scegliere la “via maestra” della collaborazione⁸⁵, ma non si può nemmeno non considerare la possibilità che tale apertura ai permessi premio anche in assenza di collaborazione possa – per eterogeneità dei fini – sortire l'effetto di *disincentivare l'assunzione di una condotta collaborativa con la giustizia* nei confronti dei condannati per uno dei reati indicati dall'art. 4 *bis*.

La sentenza n. 253/2019 è destinata ad esplicitare effetti rilevanti sull'evoluzione della disciplina dell'ordinamento penitenziario.

Secondo parte della dottrina, la *ratio decidendi* della Corte costituzionale «sarà all'origine di una prossima “scia giurisprudenziale”, composta da tante pronunce di accoglimento

⁸¹ M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio*, p. 3.

⁸² Cfr. C. FIORIO, *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza?*, cit., p. 650, in cui l'Autore, riferendosi agli oneri probatori che la Consulta ha individuato in capo al detenuto, parla espressamente di «oneri insostenibili».

⁸³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale*, cit., p. 514, in cui l'Autore sostiene che si sia «già oltre le colonne d'Ercole della *probatio diabolica*»; G. GIOSTRA, *Spunti per una discussione. Relazione introduttiva al Seminario “Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale”* (Università di Ferrara, 25 settembre 2020), in *amicuscuriae.it*, p. 9, in cui l'Autore ritiene che «il criterio formulato dalla Corte, se preso rigorosamente alla lettera, si tradurrà in una *probatio diabolica* che vanificherà gli effetti della pronuncia di incostituzionalità dell'obbligo di collaborazione».

⁸⁴ Tale argomentazione viene definita criticamente da A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019*, cit., p. 171, come «argomento caritatevole». Cfr. F. FIORENTIN, *Incostituzionalità del divieto di concessione di permessi premio*, cit., p. 1028, in cui l'Autore, nel vagliare l'ipotesi della spettanza dell'approfondimento istruttorio sull'eventuale superamento della preclusione relativa al Tribunale di sorveglianza, ritiene che tale soluzione interpretativa eviterebbe «possibili situazioni di sovraesposizione del magistrato monocratico».

⁸⁵ Cfr. M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *ristretti.it*, p. 3, secondo cui «resta fermo che sia proprio la collaborazione con la giustizia la “via maestra”, non più (ma quasi) unica, per ottenere nelle fattispecie indicate dall'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., i permessi premio, nonché gli altri benefici. Il che è, in un certo senso, fisiologico, in quanto la collaborazione, se non garantisce la presa di distanza del condannato dal consesso criminale, lascia presumere un allentamento del vincolo, almeno nella prevedibile forma della presa di distanza dell'associazione nei confronti del collaborante».

quante sono le misure alternative alla pena, oggi ancora precluse al detenuto non collaborante»⁸⁶. L'ergastolo ostativo, pertanto, sembrerebbe non avere futuro nel nostro ordinamento e il suo destino apparirebbe ineluttabilmente segnato⁸⁷.

Sull'esito di tale vaticinio avremo presto una risposta, alla luce dell'ordinanza con cui la prima sezione penale della Corte di Cassazione (n. 18518 del 18 giugno 2020) ha sollevato questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 della Costituzione, degli artt. 4 *bis*, primo comma, e 58 *ter* ord. penit. nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale.

In quella occasione avremo modo di vedere se la Corte costituzionale scardinerà definitivamente il regime dell'ergastolo ostativo o, al contrario, porrà un freno all'apertura inaugurata con la sent. n. 253/2019. L'esito, prospettato e auspicato da molti⁸⁸, potrebbe non essere del tutto scontato, alla luce di una semplice considerazione.

⁸⁶ A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria*, cit., p. 507. L'Autore, p. 516, afferma che «il destino del c.d. ergastolo ostativo appare davvero segnato». Cfr. *Id.*, *La sent. n. 253/2019*, cit., p. 174: «la sent. n. 253/2019 fungerà da matrice per tante decisioni-fotocopia quante sono le misure alternative, oggi ancora precluse al non collaborante. [...] Dunque, ragionevolmente, ci avviamo verso il superamento dell'ergastolo ostativo: è solo questione di tempo».

⁸⁷ Cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia*, cit., p. 935; M. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., p. 19: «mi pare che il regime delle preclusioni, progressivamente rafforzato ed ampliato dal legislatore, appaia sempre più un gigante dai piedi di argilla: è vero che la Corte ha superato la preclusione solo con riguardo ai permessi premio, esplicitando, sin da subito in motivazione, i limiti della pronuncia per chiarire che non era messa in discussione la disciplina dell'ergastolo ostativo. Pur a fronte delle corrette precisazioni della Corte costituzionale sugli effetti della sentenza in ragione dei limiti dell'oggetto delle questioni di legittimità sollevate, a me pare che gli argomenti sviluppati consentano di pronosticare effetti a cascata sul superamento delle preclusioni assolute rispetto ai benefici penitenziari richiamati dall'art. 4-bis comma 1 Op e, soprattutto, alla liberazione condizionale».

⁸⁸ Cfr. S. BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in *sistemapenale.it*: «sebbene la sentenza che abbiamo qui preso in esame investa solo parzialmente la legittimità dell'art. 4-bis c. 1 ord. pen. gli argomenti utilizzati dalla Consulta potrebbero agevolare giustificare nuove pronunce di incostituzionalità della disciplina *de qua*, le quali parimenti relativizzano la presunzione di pericolosità su cui si fonda la preclusione normativa anche con riferimento alla concessione del lavoro all'aperto, delle misure alternative alla detenzione e, non da ultimo, della liberazione condizionale»; M. BRUCALE, *Spes, ultima dea*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., p. 51: «il superamento dello sbarramento normativo dell'art. 4 *bis* O.P. non può limitarsi alla concessione dei permessi premio. Tale restrizione comporterebbe un cortocircuito logico ed una incongruenza insuperabile nel sistema ordinamentale che ammetterebbe *ex ante* una interruzione del percorso trattamentale del ristretto proprio quando ha goduto del primo momento di ritorno alla vita libera e gli è stata offerta la prima opportunità per manifestare all'esterno la propria idoneità a riprendere le fila della vita interrotta con la carcerazione»; G. DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio*, cit., p. 276: «Se l'incostituzionalità dell'ostatività è apparsa evidente con riguardo al permesso premio, il quale costituisce, almeno per le pene medio-lunghe, parte integrante del trattamento rieducativo ai sensi dell'espresso disposto del terzo comma dell'art. 30-*ter* ord. penit., l'incompatibilità con la Costituzione della parte residua del regime ostativo dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. dovrebbe risultare altrettanto argomentabile sia in relazione alla preclusione del lavoro all'esterno, non potendosi disconoscere il significativo impatto di questo beneficio sul grado di concreta afflittività della pena per il singolo condannato, sia, persino in maniera più vistosa, in relazione alla preclusione delle misure alternative e della liberazione condizionale, che dovrebbero essere il normale passaggio verso il pieno recupero della libertà»; F. FIORENTIN, *Incostituzionalità del divieto di concessione di permessi premio*, cit., p. 1021: «Se è pur vero che la decisione riguarda il solo beneficio dei permessi premio [...] è, tuttavia,

Come è stato evidenziato dalla dottrina antecedentemente alla sent. n. 253/2019, la Corte, anche nel giudizio che si apprestava a decidere, avrebbe potuto estendere «peraltro senza grosse forzature, la portata decisoria del suo *dictum* anche oltre gli stretti limiti del *petitum*»⁸⁹. Del resto, il principio del chiesto e del pronunciato di cui all'art. 27, l. n. 87/1953 – ai sensi del quale la Corte deve attenersi nel suo giudizio al *thema decidendi* e al *petitum* come risultano dall'ordinanza di rimessione del giudice e non può decidere *ultra petita* – è finito per essere, nella pratica, «più teorico che reale, non essendo mancati e non mancando alla Corte gli strumenti per allargare il *thema decidendi*, così come fissato dall'ordinanza del giudice *a quo*, soprattutto attraverso il potere ad essa riconosciuto di interpretare il provvedimento di rimessione. In proposito si è espressamente parlato di “interpretazione creatrice” e si è riconosciuto al principio del chiesto e pronunciato un “significato molto flessibile”»⁹⁰.

Del resto, la Corte costituzionale ha fatto ricorso alla tecnica dell'illegittimità consequenziale, proprio con riferimento alla disposizione in oggetto, già in due occasioni: con la sent. n. 357/1994 e con la sent. n. 68/1995⁹¹.

La Corte, nella sent. n. 253/2019, ha sì esteso, in via consequenziale, la declaratoria di illegittimità costituzionale a tutti i reati indicati dall'art. 4 *bis* ord. penit. – e non soltanto a quelli menzionati nelle ordinanze di rimessione – ma *esclusivamente* in riferimento al beneficio

agevole pronosticare una probabile scia giurisprudenziale che estenderà la portata del principio oggi affermato in materia di permessi ad ogni altro singolo beneficio penitenziario coinvolto nel sistema delle preclusioni così profondamente inciso dal pronunciamento costituzionale [...]. In altri termini, il superamento dell'ergastolo “ostativo” avverrà nel nostro ordinamento attraverso la serie di sentenze “sorelle” di *Viola c. Italia*, destinate a erodere progressivamente la presunzione assoluta presente nell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. per ciascun singolo beneficio di volta in volta oggetto del procedimento *a quo*»; M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio*, cit., pp. 224-225; A. PUGIOTTO, *Alcune buone ragioni per un allineamento tra Roma e Strasburgo*, cit., pp. 147 ss.; C. FIORIO, *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza?*, cit., p. 656.

⁸⁹ F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, cit., p. 13. L'Autore, p. 14, prende in esame anche la possibilità per la Corte costituzionale «di assumere una decisione che colpisca la preclusione in sé, indipendentemente dal titolo criminoso e dalla misura alternativa in questione», ritenendo che tale opzione, «lungi dall'implicare una forzatura o un eccesso dei poteri della Corte, sembrerebbe corrispondere puntualmente alla sostanza del *petitum* e, evitando l'eventualità di una cascata di decisioni sullo stesso problema, metterebbe al riparo dal rischio di incertezze, ripensamenti o sbandamenti sempre possibili»; A. PUGIOTTO, *Alcune buone ragioni per un allineamento tra Roma e Strasburgo*, cit., pp. 151-152: «Accertata l'incostituzionalità del meccanismo preclusivo per questi (e altri) motivi, il dispositivo di accoglimento andrà esteso – in via consequenziale – con riferimento a *tutte* le misure alternative (ben oltre il solo beneficio premiale), e per *tutti* i reati ostativi [...]. Il suo *thema decidendum* è circoscritto al beneficio premiale e a due specifici reati perché lo imponeva il requisito processuale della rilevanza. Ma la rilevanza ordinamentale della *quaestio* è molto più ampia e richiede una generalizzata bonifica normativa, sfruttando le potenzialità garantiste che l'art. 27 della legge n. 87 del 1953 mette a disposizione della Corte costituzionale: un potere officioso che, già in altre occasioni, i giudici costituzionali hanno adoperato come tecnica di tutela dei diritti fondamentali. Diversamente, dovremo in futuro aspettarci uno stillicidio di sentenze di accoglimento – una per ogni reato ostativo, una per ogni beneficio penitenziario precluso - scritte con la carta a carbone. Non si sprechi, dunque, l'occasione». Cfr. D. GALLIANI, *Ora tocca ai giudici costituzionali. Il viaggio dell'ergastolo ostativo al capolinea?*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., p. 120: «Insomma, la regola che tutto sorregge – l'automatismo legislativo – è davvero di quelle *simul stabunt simul cadent*: o sta in piedi così come è, oppure cade e se cade trascina con sé le situazioni che dipendono giuridicamente da quella regola. [...] Se, invece, dovesse cadere solo la regola per i permessi, si avrebbe nell'ordinamento un vuoto di tutela: non si può sostenere che l'automatismo ha un senso per la liberazione condizionale, poiché l'esito sarebbe inumano e degradante, contrario al senso di umanità». Cfr., *contra*, E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia*, cit., p. 935, il quale dubita «che la Corte costituzionale, con la sentenza annunciata per ottobre, arriverà ad affermare l'illegittimità consequenziale dell'intero art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., o comunque di parti della disposizione ulteriori rispetto a quelle denunciate dal giudice *a quo*».

⁹⁰ E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 141.

⁹¹ Cfr. D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo*, cit., p. 208.

dei permessi premio, fondando tale delimitazione sulla base della motivazione per cui, da un lato, è lo stesso art. 4 *bis*, primo comma, ord. penit. «ad elencare distintamente i benefici che non possono essere concessi ai detenuti per determinati reati» e, dall'altro, il permesso premio presenta una connotazione peculiare, che lo distingue dalle altre misure elencate nella disposizione censurata⁹².

Il *self restraint* operato dalla Corte potrebbe essere il sintomo di una non perfetta convergenza di opinioni tra i giudici costituzionali o potrebbe altresì essere letto come la scelta – condivisibile – di attendere, prima di erodere definitivamente il regime ex art. 4 *bis* ord. penit., un intervento normativo da parte del Parlamento, dimostrando uno spirito di leale collaborazione con il legislatore in una materia tanto nevralgica quanto controversa.

La decisione che si prospetta dinnanzi alla Corte costituzionale assume, dunque, un'importanza decisiva per la vigenza dell'intero sistema dell'ergastolo ostativo e, più in generale, per la valenza della funzione generalpreventiva della pena nei confronti dei reati di mafia.

Nulla quaestio in merito alla constatazione secondo cui l'art. 4 *bis* ord. penit. comprende – anche a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 3/2019⁹³ – «un'accozzaglia di reati»⁹⁴, epilogo di una successione di interventi normativi, ma è importante precisare che, *con esclusivo riferimento ai reati strettamente collegati alla mafia e al terrorismo*, l'istituto della collaborazione si è dimostrato nel corso del tempo – e rappresenta tuttora – uno strumento imprescindibile e capitale di contrasto alla criminalità organizzata⁹⁵. Migliaia di condannati hanno scelto di collaborare con la giustizia, contribuendo in maniera decisiva all'attività delle autorità nazionali⁹⁶: Viola stesso, il ricorrente eponimo della sentenza della Corte edu del 2019, è stato condannato proprio grazie alla collaborazione con la giustizia di due c.d. pentiti.

La previsione normativa della condotta collaborativa come *condicio sine qua non* per l'ottenimento dei benefici penitenziari, come abbiamo ricordato in apertura⁹⁷, costituì la ferma

⁹² Cfr., sulle differenze tra permessi premio e misure alternative alla pena detentiva, Corte cost., sent. n. 188/1990.

⁹³ Cfr. D. PULITANÒ, *Problemi dell'ostatività sanzionatoria*, cit., p. 157, secondo cui «la recente inserzione di delitti contro la P.A. nel sistema 4-bis (legge c.d. Spazzacorrotti del gennaio 2019) appare un caso limite di irragionevolezza intrinseca».

⁹⁴ G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario*, cit., p. 60. Cfr. ID, *Spunti per una discussione*, cit., p. 10: «il 4-bis è ormai divenuto una specie di contenitore di raccolta indifferenziata in cui il legislatore “getta” i reati demagogicamente più à la page senza tenere nella dovuta considerazione la loro gravità, la loro struttura e il loro profilo criminologico».

⁹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 239/2014, in cui l'istituto della collaborazione viene definito uno «strumento essenziale per la lotta alla criminalità organizzata».

⁹⁶ Cfr. A. MASCALI (a cura di), *Le ultime parole di Falcone e Borsellino*, Chiarelettere, Milano, 2012. L'Autrice, p. 64, riporta un contributo di Giovanni Falcone dal titolo “Valutazioni probatorie relative al pentitismo”, tenuto al convegno nazionale di Torino del 21-23 marzo 1986 organizzato dall'Associazione nazionale magistrati: «La comparsa del cosiddetto pentitismo sulla scena della criminalità organizzata – qualunque sia il giudizio che si voglia esprimere al riguardo – ha segnato indubbiamente una svolta nelle indagini giudiziarie, laddove ha consentito una “lettura dall'interno” della struttura e delle dinamiche delle organizzazioni in questione e, per conseguenza, un affinamento degli strumenti e dei metodi repressivi. Questo fenomeno, sicuramente nuovo, per le sue dimensioni, nella storia della criminalità in Italia, ha aperto una breccia importante nel muro dell'omertà, finora ritenuto impenetrabile, e ha provocato seri contraccolpi all'interno delle strutture criminali, facendone vacillare la carica intimidatrice e incrinando antichi assetti di potere».

⁹⁷ Cfr., *supra*, §2.

e draconiana risposta dello Stato italiano al metodo stragista portato avanti dalle cosche mafiose nei primi anni '90. Decenni di strenua lotta alla mafia hanno insegnato che spesso i membri delle cosche mafiose continuano a tessere la trama del proprio disegno criminale anche dall'interno degli istituti penitenziari e che, in assenza di collaborazione con la giustizia, vengono considerati all'esterno, dall'organizzazione di appartenenza, ancora degli affiliati, meritevoli di encomio proprio per la fedeltà dimostrata e per aver dato prova di essere "uomini d'onore": il legame che unisce i protagonisti del *pactum sceleris* di stampo mafioso – spesso superiore anche ai legami amicali, affettivi o familiari – si concretizza in un giuramento solenne di fedeltà che non è destinato ad affievolirsi con il mero trascorrere del tempo.

La dottrina sociologica che ha approfonditamente studiato il fenomeno dei pentiti di mafia ha sottolineato che «la dissociazione da un gruppo in cui la cooptazione è "per tutta la vita", la cui appartenenza è sancita da un rituale di sangue e la cui uscita può solo avvenire "col sangue", si consuma proprio attraverso la parola»⁹⁸: per gli affiliati alla criminalità organizzata di stampo mafioso l'omertà non rappresenta un disvalore, ma costituisce una regola fondante del vincolo associativo⁹⁹.

La stessa Corte costituzionale, nella sent. n. 253/2019, ha affermato che «l'appartenenza ad una associazione di stampo mafioso implica un'adesione stabile ad un sodalizio criminoso, di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo».

Il rischio inammissibile, oggi, sarebbe proprio quello di abbassare la guardia e di sottovalutare la perdurante pericolosità del fenomeno mafioso¹⁰⁰, che ha solo mutato il proprio *modus operandi*: l'attività criminale di carattere mafioso non si traduce più prevalentemente nel clamore e nell'effetto intimidatorio destati dal grande attentato di piazza, ma si estrinseca attraverso il surrettizio avvelenamento del tessuto economico, politico e sociale, sia nazionale che internazionale.

Autorevoli studiosi hanno messo in luce come la prospettiva di una riforma legislativa parlamentare in materia, risentendo inevitabilmente di molteplici e contrastanti valutazioni politico-ideologiche, abbia sul piano legislativo scarse probabilità di successo nel momento storico attuale, «in cui l'ergastolo continua a costituire una sorta di tabù penalistico e in cui la

⁹⁸ Cfr. A. DINO (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Donzelli, Roma, 2006, p. XII.

⁹⁹ Cfr. *ivi*, p. XI, in cui l'Autrice afferma che «il peggior tradimento non è quello che si consuma nelle faide tra *famiglie*, nelle vendette trasversali, negli scontri tra "vincenti" e "perdenti", nelle uccisioni di quelli che prima erano amici e alleati; infame, traditore, *tragediatore* è colui che *parla*, colui che viola la regola del silenzio solidale e complice, lasciando emergere quanto abitualmente scompare nel non-detto».

¹⁰⁰ A tal proposito, basti menzionare l'episodio del giugno 2017 in cui il boss mafioso palermitano Vittorio Tutino, durante il colloquio con un agente del Gruppo operativo mobile (Gom) a seguito della visita di un parlamentare, ha affermato che «non sono più i tempi che "Berta filava"». Tale espressione è stata interpretata come un'allusione metaforica al fatto che lentamente il regime detentivo speciale *ex art. 41 bis* starebbe perdendo di rigore e di importanza, alla luce dell'attenuarsi dell'allarme sociale nei confronti del fenomeno mafioso. Cfr. L. ABBATE, *I boss col 41 bis vanno a casa: così tradiamo la memoria di Falcone*, in *espresso.repubblica.it*. Non senza una vena provocatoria, vengono alla memoria le parole di un altro cantautore, Fabrizio de André, che nel suo *Don Raffae* (*alias* Raffaele Cutolo, fondatore e capo della Nuova Camorra Organizzata, condannato in via definitiva a diversi ergastoli) canta di uno Stato che «si costerna, s'indigna, s'impegna, poi getta la spugna con gran dignità».

stessa riflessione teorica sui grandi principi della pena registra ancora una forte distanza se non contraddizione rispetto al comune sentire»¹⁰¹.

Resta, tuttavia, certamente da preferire, come espressamente richiesto dalla Cedu nel caso *Viola c. Italia*¹⁰² e auspicato dalla dottrina¹⁰³, l'ipotesi per cui la trasformazione della presunzione assoluta di pericolosità in presunzione relativa venga supportata da nuove soluzioni normative, affinché sia il Parlamento ad assumersi le proprie responsabilità politica nei confronti del corpo. È al legislatore che spetta, in ultima analisi, la delicata opera di *bilanciare ragionevolmente le diverse finalità della pena*, purché, ovviamente, nessuna di esse – e, segnatamente, la funzione rieducativa – risulti del tutto sacrificata.

Recentemente, la Commissione d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere (c.d. Commissione antimafia, istituita con l. n. 88/2018) ha approvato, a seguito di un ciclo di audizioni di figure professionali esperte, una apposita Relazione sull'istituto di cui all'art. 4 bis ord. penit., con l'obiettivo principale di indicare alcune proposte di riforma al Parlamento volte a sanare il *vulnus* legislativo derivante dalla sentenza *Viola c. Italia* della Cedu e, soprattutto, dalla sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale¹⁰⁴.

Il testo prodotto dalla Commissione antimafia si fonda sul condivisibile assunto secondo cui il regime di cui all'art. 4 bis ord. penit. «ha costituito un meccanismo fondamentale nel processo di smantellamento delle organizzazioni criminali, stante le loro peculiarità strutturali» e contiene una dettagliata esposizione di rigidi requisiti probatori gravanti sul condannato che richieda *non solo* la concessione di un permesso premio, *ma anche* uno degli altri benefici penitenziari elencati nell'art. 4 bis ord. penit.¹⁰⁵.

¹⁰¹ F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, cit., p. 3. Cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia*, cit., p. 933, in cui l'Autore sostiene che «una riforma legislativa in linea con le indicazioni della Corte di Strasburgo sembra destinata ad incontrare forti resistenze, nonostante la minaccia di una valanga di ricorsi alla Corte, analoga a quella che, in tema di sovraffollamento carcerario, aveva portato, nel 2013, alla sentenza-pilota Torreggiani». Cfr. G.L. GATTA, *Presentazione. Superare l'ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 4/2017, pp. 1498 ss., in cui l'autore evidenzia le possibili resistenze che una riforma dell'ergastolo ostativo, volta al suo superamento, potrebbe incontrare nell'opinione pubblica; G.M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 4/2017, p. 1506: «L'abolizione dell'ergastolo è rifiutata dalla opinione pubblica, da numerose posizioni politiche e da larga parte della magistratura».

¹⁰² Cedu, *Viola c. Italia*, cit., §143.

¹⁰³ Cfr. D. MAURI, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo?*, cit., secondo cui «un'inerzia da parte del legislatore costituirebbe una gravissima omissione»; S. BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa*, cit.; F. FIORENTIN, *Incostituzionalità del divieto di concessione di permessi premio*, cit., p. 1021; E. SYLOS LABINI, *Il cielo si tinge di Viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo?*, in *Arch. pen.*, 3/2019, pp. 26-27; E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia*, cit., p. 935.

¹⁰⁴ Cfr. «Relazione della Commissione d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere», 20 maggio 2020, Doc. XXIII, n. 3, consultabile in *documenti.camera.it*.

¹⁰⁵ La Commissione ha evidenziato la necessità di individuare – all'interno dell'elenco dei reati di cui all'art. 4 bis, primo comma, ord. penit. – «un nuovo doppio binario», che preveda per i condannati per reati connessi con la criminalità organizzata, terroristica ed eversiva di mafia un più rigoroso procedimento di accertamento da parte della magistratura di sorveglianza dei presupposti per la concessione del beneficio ed una scansione più rigida delle fasi della verifica sul venir meno dei legami con l'organizzazione criminale. La proposta della Commissione è che, per tali delitti, l'attività di acquisizione degli elementi in grado di escludere sia l'attualità di collegamenti con le suddette organizzazioni sia il pericolo di un loro ripristino debba passare attraverso un'allegazione proveniente dalla stessa parte istante, sulla quale

Il documento della Commissione, dunque, si è spinto oltre gli stretti confini delineati dalla Corte costituzionale nella sent. n. 253/2019, comprendendo anche le misure extramurarie ulteriori rispetto ai permessi premio.

In virtù di tale considerazione, non è da escludere che i giudici costituzionali, chiamati a vagliare la questione di legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo con riferimento alla liberazione condizionale, possano fare ricorso alla tecnica dell'ordinanza collegiale e motivata di rinvio della trattazione della controversia – come avvenuto per il caso Cappato¹⁰⁶ – e lasciare al legislatore il tempo per intervenire concretamente sulla materia¹⁰⁷.

graverà quindi l'onere di fornire *elementi fattuali specifici, concreti ed attuali*, a sostegno della richiesta. A tal fine, non basterà allegare la regolare condotta o il mero decorso del tempo, ma dovranno essere elaborati dei criteri in presenza dei quali la magistratura di sorveglianza possa procedere ad una verifica individualizzata di ricorrenza dei presupposti ai fini della decisione di merito sull'istanza. Una volta acquisiti tali elementi forniti dall'istante, ulteriori informazioni dovranno essere acquisite di concerto con le altre competenti autorità (tra le quali, svolgerà un ruolo di primaria importanza la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo). Per gli altri reati previsti dal primo comma dell'art. 4 *bis*, ciò che dovrà essere tenuto in considerazione non è l'attualità di collegamenti con l'associazione criminale – che verosimilmente potrebbero non esistere – bensì l'attuale pericolosità sociale del detenuto e i rischi connessi a un suo eventuale ritorno in società. A tale fine, dovranno essere acquisiti pareri dal procuratore della Repubblica e dai Comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza pubblica competenti territorialmente, sia in relazione al luogo di emissione della sentenza sia in relazione al luogo dove si darà attuazione al beneficio richiesto. Per entrambe le categorie di reati si propone, infine, che condizione per ottenere il beneficio sia l'adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato, accertate con sentenza penale o civile passata in giudicato, salvo che il condannato istante dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle. Il testo della Commissione, infine, propone altresì due ipotesi riguardanti la competenza a decidere sulla concessione dei benefici penitenziari previsti dall'art. 4 *bis* ord. penit.

¹⁰⁶ Cfr. Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207.

¹⁰⁷ Cfr. M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale? Relazione introduttiva al Seminario "Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale"* (Università di Ferrara, 25 settembre 2020), in *amicuscuriae.it*, p. 18, in cui l'Autore sostiene che tale ipotesi «costituisce, tuttavia, soltanto una subordinata rispetto all'accoglimento immediato nei termini sopra indicati, anche perché, probabilmente, se la Corte avesse voluto sollecitare un intervento sistematico, di tipo strutturale, avrebbe potuto impiegare la già sperimentata tecnica in occasione della decisione sulla questione relativa ai permessi premio».