

L'ERGASTOLO OSTATIVO
NEL FUOCO DELLA *QUAESTIO LEGITIMITATIS*
RELAZIONE INTRODUTTIVA

di FRANCESCO PALAZZO¹

SOMMARIO: 1. Una questione dalle molte facce. – 2. Tendenze legislative attuali ed ergastolo ostativo. – 3. Ergastolo e rieducazione. – 4. L'irrazionalità della presunzione ostativa. – 5. La funzione processuale della preclusione. – 6. La portata decisoria di una possibile pronuncia di accoglimento. – 7. Conclusione.

1. La questione dell'ergastolo ostativo, compresa ovviamente anche la *quaestio* della sua legittimità costituzionale che qui specialmente ci occupa, presenta una caratteristica non rara allorché istituti o norme giuridiche vengono sottoposte ad una complessiva valutazione alla luce della trama assiologica, funzionale e strutturale dell'ordinamento. Ed in effetti la questione dell'ergastolo ostativo può essere impostata e affrontata secondo due angolazioni notevolmente diverse tra loro.

Da un lato, la *quaestio* che ora c'impegna può essere assimilata ad una sorta di figura poliedrica dalle molte facce e dai numerosi lati e spigoli, in cui la luce si rifrange dall'uno all'altro in un gioco non sempre facile da governare secondo una logica giuridica serrata e lineare. E così sono già gli stessi parametri di costituzionalità implicati nella questione ad essere non solo plurimi ma anche tra di loro intersecantisi: domina certo la *rieducazione*, ma non ne mancano altri come la *dignità*, l'*umanità*, la *proporzione* della pena, la *libertà di autodeterminazione*, la *ragionevolezza*. Ma soprattutto sono complessi i rapporti tra questi parametri: quale è prioritario tra di essi, quali sono i rapporti di gerarchia assiologica o di derivazione logica? La rieducazione può essere concepita come un corollario della dignità, con conseguente almeno tendenziale espansione e sovraordinazione del finalismo rieducativo rispetto ad altri valori e obiettivi costituzionali; oppure la dignità può essere assunta in chiave di limite alla stessa rieducazione, in una logica in cui la rieducazione si deve confrontare con altre esigenze valoriali, senza dunque poter esaurire un po' tirannicamente tutte le altre possibili funzioni della pena.

¹ *Emerito di Diritto penale, Università di Firenze*

Ma poi la poliedricità della questione dipende ulteriormente e quasi inevitabilmente dal fatto che la questione dell'ergastolo ostativo non può non risentire della questione "madre" per così dire, cioè della problematicità che accompagna come un'ombra lo stesso ergastolo ordinario. Anche qui, dunque, un intreccio, spesso addirittura involontario. Non c'è dubbio che l'ergastolo ostativo è una specie dell'ergastolo ordinario: entrambi sono oggi accomunati dalla *perpetuità potenziale* della durata della pena. Certo, nell'uno – quello ordinario – prevale per così dire la "potenzialità" mentre nell'altro – quello ostativo – tende a prevalere la perpetuità, c'è insomma una maggiore effettività e una minore potenzialità della perpetuità. Ebbene, allora non è escluso, ed anzi è abbastanza frequente, che nell'affrontare la questione dell'ergastolo ostativo gli argomenti ad esso contrari battano molto sulla perpetuità, pur sempre potenziale in linea teorica, per gettare ombre più in là, anche sull'ergastolo ordinario: e così si forgiavano argomenti che potrebbero essere spesi anche contro la legittimità dell'ergastolo ordinario. Quel che si eccipisce, insomma, è la perpetuità mettendo in ombra la sua potenzialità: e l'ergastolo ostativo offre una buona occasione visto e considerato che qui la potenzialità è ridotta dalle preclusioni più stringenti e numerose. E tanto più gli argomenti critici contro l'ergastolo ostativo si dilatano e si moltiplicano quanto più si prende coscienza che l'ergastolo «non è la soluzione dei problemi, ma un problema da risolvere» (come ha affermato Papa Francesco qualche giorno fa, il 14 settembre 2019).

Dall'altro lato, la *quaestio* dell'ergastolo ostativo può essere affrontata non tanto mettendo in discussione l'istituto in sé, cioè la sua perpetuità più o meno potenziale, quanto piuttosto taluni aspetti particolari della disciplina formulata dal nostro legislatore: il vizio viene cercato non nel rapporto di contraddizione diretta tra la perpetuità e i principi costituzionali della pena, ma nella irragionevolezza e incoerenza "interna" di alcuni profili di disciplina rispetto alla finalità dello stesso istituto: e così, ad esempio, nella congruenza della tipologia dei reati per cui è prevista la preclusione oppure nell'identità della disciplina preclusiva per tutte le misure alternative di cui vengono così ignorate le profonde differenze funzionali.

Tra queste due angolazioni della *quaestio legitimitatis* dell'ergastolo ostativo ve n'è una terza che si colloca in un'ideale linea mediana, costituita proprio dalla razionalità della preclusione *in sé*: senza, dunque, mettere in gioco tutti i principi toccati e – diciamo pure – scossi dall'ergastolo e della *perpetuità potenziale* della pena e senza, d'altra parte, circoscrivere la valutazione di costituzionalità dell'ergastolo ostativo a profili di irragionevolezza interna della sua disciplina, ci si impegna invece nell'accertamento della razionalità di quella preclusione che costituisce la nota caratterizzante dell'istituto, il pernio normativo sul quale si regge.

Già *in limine* del mio discorso debbo confessare la mia preferenza per quest'ultima impostazione della questione. Non che l'ergastolo ostativo non metta in discussione principi sommi della pena, come ad esempio la stessa dignità della persona (non a caso richiamata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Viola*); non che l'ergastolo ostativo non costituisca una tentazione più che legittima, per chi dubita della compatibilità coi nostri valori fondanti dello stesso ergastolo ordinario, per aprire breccie su quest'ultimo facendo leva appunto sul loro

carattere comune della perpetuità (ancorché potenziale, diversamente potenziale, nell'uno e nell'altro). Ma questa strada, per così dire più radicale e d'ampia portata, potrebbe essere disagevole da percorrere in un momento storico in cui l'ergastolo continua a costituire una sorta di tabù penalistico e in cui la stessa riflessione teorica sui grandi principi della pena registra ancora una forte distanza se non contraddizione rispetto al comune sentire. In fondo, al di là di questa preoccupazione realistica e forse anche eccessivamente cautelosa, la stessa persuasività argomentativa di un'eventuale dichiarazione d'incostituzionalità potrebbe avvantaggiarsi di un impianto motivazionale che, senza disperdersi nei grandi e molteplici principi della pena, si concentrasse piuttosto sulla razionalità della preclusione in sé.

Tutto ciò premesso, questo mio contributo tenterà comunque di essere esauriente nei limiti del possibile, articolandosi in tre parti distinte. Innanzitutto, si cercherà di offrire una *contestualizzazione* della questione nell'attuale momento storico-politico, nella convinzione che le valutazioni costituzionali sono bensì "al di sopra della legge" ma necessariamente immerse nella concreta evoluzione sociale dei valori: tanto più quando si tratta di questioni che, come quella dell'ergastolo ostativo, toccano alcuni principi assiologici molto sentiti e diffusi nella società civile. In secondo luogo, si procederà all'analisi dei vari *parametri costituzionali* che vengono in gioco nella questione, cercando di mettere in luce le diverse conseguenze derivanti dall'assumere l'uno o l'altro come principale punto di riferimento per la sua soluzione. Infine, si proverà ad immaginare e prospettare i *diversi contenuti* che potrebbe assumere un possibile dispositivo di accoglimento della questione che espunga dall'ordinamento l'ergastolo ostativo o ne ridimensioni significativamente la portata.

2. E veniamo allora alla *contestualizzazione* della questione. Se la sentenza *Viola* fosse stata pronunciata qualche anno fa, forse avrebbe potuto avere l'effetto di scuotere un legislatore che seppure molto timidamente aveva tuttavia quantomeno avvertito il problema dell'ergastolo ostativo. Gli Stati Generali dell'esecuzione penale, convocati dal ministro della giustizia Andrea Orlando, erano stati investiti di un vasto compito di riflessione che non poté non toccare anche la revisione dell'ergastolo ostativo. Qualche ricaduta si ebbe anche nella legge delega 103/2017 che, pur non rifiutando il principio dell'ostatività, ne ridimensionava la portata ai soli reati di mafia e di terrorismo. Ma ancor prima, una commissione nominata dal ministro Anna Maria Cancellieri del governo Letta e incaricata di elaborare linee di riforma generale del sistema sanzionatorio, fu sollecitata da uno specifico input ministeriale a indirizzare i propri lavori verso lo stralcio di uno schema di progetto per la revisione proprio dell'ergastolo ostativo: compito puntualmente assolto rendendo addirittura pubblico un testo di estrema linearità. Probabilmente, non se ne sarebbe fatto niente egualmente, ma se la sentenza *Viola* fosse intervenuta allora avrebbe forse trovato un terreno più fertile e recettivo di quello attuale.

Oggi, in effetti, il clima sembra essere particolarmente ostile a qualunque ridimensionamento dell'ergastolo ostativo. E sono molti i segnali in questo senso.

Non vi sono solo le dichiarazioni di esponenti autorevoli di forze politiche tutt'altro che minoritarie o sconfitte, che affermano la necessità di un ergastolo "vero", da intendere ovviamente nel senso di accentuare l'inflessibilità verso l'effettiva perpetuità. Negli ultimi mesi sono state molte le innovazioni legislative che costituiscono chiara espressione di un largo favore verso l'ergastolo e, ancor più significativamente, verso la preclusione ostativa di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, dell'ord. penit. Sotto il primo profilo, del favore verso l'ergastolo, va ricordata la legge del 12 aprile 2019, n. 33, che ha escluso la possibilità del rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo, impedendo così la trasformazione della pena da perpetua in trent'anni di reclusione. Inoltre, la legge 19 luglio 2019, n. 69 sulla violenza domestica e di genere ha esteso la comminatoria dell'ergastolo all'omicidio aggravato dalla relazione di convivenza ovvero dalla relazione di affettività dell'autore con la vittima: è legittima, al riguardo, l'impressione di una certa disinvoltura con cui si fa ricorso alla massima pena in conseguenza di un presupposto fattuale come la relazione di semplice affettività, che non solo non aggiunge nulla al disvalore oggettivo del fatto ma soprattutto può assumere contorni molto sfumati e di insicuro accertamento probatorio. Ancora, la stessa legge ha punito con l'ergastolo l'omicidio realizzato in conseguenza del nuovo delitto di "sfregio".

Sotto il secondo profilo, ancor più allarmante è la inarrestabile forza espansiva assunta dalla preclusione ostativa di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. nei confronti di un numero crescente di reati ancorché puniti con pene temporanee: ancor più allarmante perché, consolidandosi così la preclusione, si rafforza nel contempo anche l'ergastolo ostativo per quei reati che lo prevedono, visto e considerato che il pernio e il "vizio" di fondo dell'ergastolo ostativo sta proprio, non tanto nella perpetuità potenziale dell'ergastolo quanto piuttosto nella preclusione ostativa, che rende più probabile la perpetuità *de facto* della pena. Ebbene, con un'operazione davvero sorprendente, il legislatore (legge 9 gennaio 2019, n. 3) ha inserito tra i reati comportanti la preclusione ostativa delle misure alternative anche un nutrito gruppo di delitti contro la pubblica amministrazione (compreso il peculato, che non sia d'uso): gli effetti di questa innovazione sono destinati ad andare al di là delle stesse intenzioni del legislatore, poiché molte fenomenologie criminose, che pur rientrano formalmente nelle fattispecie ostative contro la pubblica amministrazione, non hanno nulla ma proprio nulla a che vedere con la criminalità associativa o addirittura organizzata con riguardo alla quale la preclusione ostativa fu originariamente pensata.

Sebbene fortunatamente rimasta lettera morta, va segnalata – quale espressione parossistica della valorizzazione della preclusione – la proposta, formulata dal DAP in sede di conversione del c.d. decreto sicurezza bis, di inserire tra i reati ostativi due nuove fattispecie: l'una consistente nel possesso o introduzione di apparato radiomobile all'interno di istituti penitenziari; l'altra consistente nelle lesioni personali aggravate dalla qualità della vittima di appartenente al personale penitenziario. È qui manifesta la disinvoltura con cui la preclusione ostativa viene estesa a qualunque nuova ipotesi criminosa che il legislatore ritenga di partorire nella sua bulimia.

In questo movimentato scenario legislativo all'insegna di un "rilancio" di quelle che sono le due componenti dell'ergastolo ostativo, pena perpetua e preclusione ai benefici, si può forse pensare che la sentenza *Viola* intervenga come un forte monito, come un richiamo per il legislatore nazionale affinché si trattenga dal percorrere con troppo demagogica disinvoltura una via lastricata di seri dubbi di compatibilità coi principi fondamentali, costituzionali, convenzionali e culturali, in materia di pene criminali: quasi un arretramento nel lungo ma inesorabile processo di civilizzazione della penalità. Rimane però il fatto che, verosimilmente escluso un ripensamento del legislatore a breve termine, le forti tensioni che si stanno creando tra le tendenze legislative in atto e la consolidazione giurisprudenziale di principi opposti rischiano di accrescere la già forte sovraesposizione degli organi giurisdizionali di controllo sulla legittimità costituzionale e convenzionale delle leggi. Nessuna flessione o tentennamento è nemmeno pensabile lungo la via della civilizzazione della penalità, ma non c'è dubbio che di questo scenario di tensioni attuali o potenziali si debba in qualche modo tener conto nell'affrontare una questione che si è caricata di forti e contrapposte aspettative, com'è appunto quella dell'ergastolo ostativo.

3. Passando ora alla seconda parte del nostro discorso, vengono in considerazione i *parametri di costituzionalità*, che – come anticipato – sono plurimi e in qualche modo tra loro intrecciati: dignità, rieducazione, proporzione, ragionevolezza, razionalità.

Come è stato osservato proprio da Andrea Pugiotto, l'ergastolo, nelle sue due forme dell'ergastolo ordinario ed ostativo, *sta e cade* proprio con la *rieducazione*. Secondo l'ormai consolidato orientamento delle due Corti: l'ergastolo *cade*, certamente, laddove la disciplina legale di questa pena ne cristallizzi una perpetuità assoluta, irriducibile o comunque sensibile a variazioni totalmente estranee a considerazioni penologiche attinenti alle trasformazioni della personalità del condannato in termini di pericolosità e reinserimento sociale. Ma altrettanto certamente *sta* in quanto la sua disciplina sia informata ad una perpetuità *solo potenziale*, essendo invero destinata a cedere dinanzi alle trasformazioni personologiche della pericolosità. Questo è quello che dovrebbe accadere nella disciplina, pur differenziata, dell'ergastolo ordinario e di quello ostativo. E la differenziazione non dovrebbe poter pesare in termini di costituzionalità sull'ergastolo ostativo. È ben vero che il superamento della potenziale perpetuità nell'ergastolo ostativo è più difficile, è più "stretto" che in quello ordinario, con maggiore compressione dunque della finalità rieducativa; ma è anche vero che l'istanza risocializzativa, pur non potendo mai essere totalmente sacrificata in nessuna fase della vicenda punitiva, può tuttavia essere variamente bilanciata con altre contrapposte esigenze di repressione della criminalità. E qui potrebbe semmai aprirsi la possibilità di un giudizio di ragionevolezza altamente elastico in termini di corretta ponderazione tra le diverse finalità della pena. Questo è l'assunto cui perviene anche la più recente e aperta giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 149/2018).

Tutt'altro discorso è quello, poi, dell'adeguatezza intrinseca della disciplina della potenziale perpetuità a garantire che tanti anni di detenzione intramuraria, magari senza neppure la possibilità di fruire tempestivamente di spazi prodromici di progressiva libertà, possano realmente ottenere la rimozione della pericolosità sociale e, conseguentemente, il superamento della perpetuità potenziale. Sarebbe pur sempre un giudizio di costituzionalità fondato sulla rieducazione ma declinato in realtà più precisamente in termini di razionalità strumentale. In sostanza, l'ergastolo – ordinario e ostativo – è legittimo in quanto possa *de facto* perdere la sua perpetuità a causa del conseguimento di risultati rieducativi, ma la difficoltà di accedere agli strumenti del trattamento progressivo, dovute alla preclusione, mette in forse i risultati rieducativi e consolida la perpetuità. Il giudizio, però, si sposta allora sulla giustificazione in termini di rieducazione delle preclusioni.

Tornando, dunque, al parametro della rieducazione *in sé considerato*, è difficile contestare che la perpetuità *potenziale* dell'ergastolo ordinario e ostativo consente di predicarne in linea di principio la compatibilità costituzionale: quasi paradossalmente, la rieducazione *salva* la legittimità dell'ergastolo in quanto solo potenzialmente perpetuo. Con la conseguenza che la eventuale perpetuità effettiva, *de facto*, in caso di mancato raggiungimento in concreto del risultato rieducativo si rivelerebbe un “costo accettabile” proprio in ragione della strutturazione rieducativa dell'ergastolo.

Ebbene questo ragionamento, che peraltro ha trovato tanta eco e riconoscimento nella giurisprudenza sia costituzionale che convenzionale, pare fortemente inficiato sul piano dei valori fondanti l'ordinamento penale. L'eventuale perpetuità *de facto* dell'ergastolo conseguente alla mancata rimozione della pericolosità, ammesso pure che sia compatibile con la finalità rieducativa, trasforma però l'ergastolo in una sostanziale *misura di sicurezza* di durata indeterminata, chiamando così in causa *altri, diversi* parametri di costituzionalità. Più precisamente, quelli tra loro fortemente intrecciati della *proporzione* e della *dignità*.

Quanto al primo, è sufficiente ricordare che il principio di proporzione è ormai assolutamente consolidato anche nel campo delle misure di sicurezza propriamente dette, con la conseguenza che deve essere considerato radicalmente incostituzionale uno strumento sanzionatorio che, fra l'altro sotto le mentite spoglie formali della pena, si presenti in realtà come una misura di sicurezza di durata indeterminata.

Quanto al parametro della dignità, il discorso potrebbe svolgersi lungo sentieri assai elevati ed impegnativi. In questa sede sia sufficiente osservare che nel nostro ordinamento penale e costituzionale non è pensabile, per gli autori imputabili, la *reductio* della sanzione criminale unicamente alla misura di sicurezza: il principio della *responsabilità personale* impone che gli autori di reato siano considerati come soggetti liberi di autodeterminarsi e come tali non assoggettabili a misure *esclusivamente* incapacitanti o trattamentali, correzionali o terapeutiche che siano. Il nostro ordinamento impone che la pena abbia anche un contenuto e una finalità trattamentali, e in questo senso non è affatto implausibile la *reductio ad unum* del contenuto sanzionatorio di pena e misura di sicurezza, ma

esclude radicalmente che la sanzione criminale possa totalmente identificarsi con la seconda. Non può esistere, insomma, un diritto penale di sole misure di sicurezza.

La conclusione di queste considerazioni è abbastanza evidente. Impostare la questione di costituzionalità dell'ergastolo ostativo evocando il parametro della rieducazione sotto il profilo delle maggiori restrizioni previste dall'art. 4 *bis*, può essere fuorviante e inopportuno. Da un lato, perché la potenzialità della perpetuità – seppur in termini di maggiore probabilità rispetto a quello ordinario – lo è legittima sotto il profilo della rieducatività. Dall'altro lato, perché la perpetuità (eventualmente, *de facto*) effettiva mette in discussione la legittimità anche dell'ergastolo ordinario esattamente allo stesso modo di quello ostativo e, soprattutto, evoca necessariamente altri parametri di costituzionalità altamente “impegnativi” come la proporzione e soprattutto la dignità. Personalmente, non nascondo che questa seconda modalità prospettica di avvicinarsi alla questione di costituzionalità della pena perpetua mi parrebbe quella più coerente con uno sforzo di civilizzazione dell'ordinamento penale attraverso lo sradicamento dell'ergastolo *tout court* dal sistema. Tuttavia, non può ovviamente essere dimenticato né il fatto che la questione è stata posta con specifico riferimento alla *species* dell'ergastolo ostativo (nonostante – ribadiamo – non vi siano differenze strutturali rispetto a quello ordinario), né il fatto che una presa di posizione rispetto all'ergastolo in quanto tale potrebbe essere oltremodo disagevole nel contesto politico-sociale di cui si è detto in apertura.

4. L'a *quaestio legitimitatis* dell'ergastolo ostativo assume, invece, tutt'altra fisionomia se viene impostata, con riferimento pur sempre all'ineliminabile salvaguardia dell'obiettivo rieducativo, ma nei più ristretti termini della ragionevolezza, anzi per meglio dire della *razionalità*, della preclusione derivante dal comportamento negativo della mancata collaborazione. Implicita premessa di questo – solo apparentemente – più circoscritto *thema decidendum* è che il principio di *individualizzazione* del trattamento sanzionatorio è venuto bensì imponendosi nella giurisprudenza costituzionale (sent. n. 222/2018) traendo seco la conseguenza di una forte componente di discrezionalità giudiziale nella determinazione in concreto della pena e delle sue vicende esecutive; ma, tuttavia, il principio di individualizzazione non giunge fino a bandire radicalmente qualunque presunzione legale, che funga da limite o presupposto all'applicazione di istituti a valenza rieducativa: all'imprescindibile condizione, però, che la presunzione sia dotata di intrinseca razionalità, idoneità, adeguatezza rispetto alle esigenze penologiche sottese allo scopo rieducativo.

Una simile prospettiva di giudizio, non solo ne riduce l'ambito dal punto di vista per così dire quantitativo, ponendosi il fuoco della questione nella logica interna della preclusione ostativa senza sfuggire nella valutazione dei rapporti di compatibilità tra ergastolo – ostativo o ordinario – e i parametri di rieducazione, dignità e proporzione. Ma, anche dal punto di vista per così dire qualitativo, depotenzia notevolmente la componente spiccatamente *assiologica* della

questione per concentrarsi invece su quella *empirica* riassumibile nella formula appunto empirico-razionale dell'*id quod plerumque accidit*.

Sia detto senza alcun accento censorio, ma si ha l'impressione che la *quaestio* dell'ergastolo ostativo, quindi della preclusione legale di cui all'art. 4 *bis*, sia stata spesso posta – più o meno consapevolmente e volutamente – trascorrendo spesso dal piano più specifico ed assiologicamente quasi neutro dell'intrinseca razionalità funzionale della presunzione ostativa al piano più generale ed assiologicamente pregnante della compatibilità tra perpetuità eventuale, *de facto* e rieducazione. Questo sembra leggersi nelle due ordinanze di remissione alla Corte costituzionale; e in parte, ma solo in parte, anche nella sentenza *Viola*, il cui vero cuore argomentativo è invece costituito dalla inidoneità logico-razionale della presunzione ad esprimere e realizzare le esigenze penologiche cui dovrebbe essere orientata.

Circoscrivere il *thema decidendum* alla preclusione ostativa *in sé* significa renderne la decisione più agevole, sia dal punto di vista dell'impegno argomentativo necessario sia dal punto di vista del rischio di immettersi su una via che potrebbe portare a porre implicitamente in gioco l'ergastolo come tale.

La soluzione della *quaestio* sulla base dell'intrinseca irrazionalità della preclusione, che parrebbe la più lineare per le ragioni or ora sottolineate, potrebbe andare incontro a qualche difficoltà od obiezione di opportunità. In primo luogo, sarebbe necessario trovare il modo di superare il precedente contrario della sentenza 135/2003, con la quale la Corte valutò del tutto plausibile l'efficacia ostativa della preclusione, ritenendo la mancata volontaria e possibile collaborazione espressione di persistente pericolosità, molto sottolineando inoltre il carattere volontario del comportamento omissivo, senza peraltro darsi più di tanto carico di dimostrare che quel comportamento pur volontario potesse essere sempre irrimediabilmente espressione di pericolosità invece che dettato da motivazioni tutt'altro che riprovevoli. Orbene, quel precedente, a parte il fatto che è tutt'altro che immune dal sospetto di essere errato, potrebbe comunque essere superato senza contraddizioni alla luce di due considerazioni decisive.

In primis, a distanza di più di tre lustri da quel precedente potrebbe essere invocata l'esperienza maturata in questi anni di esecuzione di ergastoli ostativi che ha mostrato coi fatti l'impossibilità di dare credito alla presunzione legale dell'art. 4 *bis*. *In secundis*, posto che la sentenza *Viola* ha fondato la sua condanna proprio sull'intrinseca irrazionalità della presunzione, ne viene che la nostra Corte costituzionale, chiamata nuovamente a valutare la condizione ostativa, non potrebbe non tener conto della sopravvenuta valutazione della Corte di Strasburgo in ordine all'insussistenza di adeguate ragioni penologiche alla base della presunzione legale. E ciò nonostante il fatto che la sentenza *Viola* non sia definitiva.

In secondo luogo, l'adozione di una sentenza di accoglimento sulla base della intrinseca irrazionalità della presunzione legale avrebbe come conseguenza quella di travolgere non solo – e, direi, non tanto – l'ergastolo ostativo, ma lo stesso meccanismo presuntivo e dunque di impedirne l'operatività nell'intero suo campo di applicazione come delineato dall'art. 4 *bis*: in sostanza, la dichiarazione di incostituzionalità si estenderebbe oltre l'ergastolo anche a tutte le pene

temporanee comminate per tutti i reati oggi presenti nell'elenco dell'art. 4 *bis*, comma 1. Senza, ovviamente, che questo risultato possa scandalizzare, non c'è dubbio che esso potrebbe costituire una remora prevalentemente di opportunità ad assumere una decisione dalla portata espansiva così ampia. Forse potrebbe esservi un modo per limitare gli effetti indubbiamente dirimpenti di una dichiarazione d'incostituzionalità fondata sulla intrinseca irrazionalità della presunzione, anche se al prezzo di un ragionamento invero non poco tortuoso. Proviamo ad ipotizzarne gli improbabili passaggi.

Posto che la preclusione è comunque irrazionale rispetto alle esigenze penologiche della rieducazione e in generale trattamentali, essa potrebbe però essere fondata su ragioni di tutt'altro tipo – diciamo, in sintesi, di difesa sociale – particolarmente avvertite rispetto a determinate tipologie di reati, che impongono strategie repressive incisive e peculiari. In sostanza, la preclusione verrebbe a conformare uno “speciale” trattamento repressivo reso necessario dalle peculiarità di taluni reati. Ed è un po' questo il senso dell'opinione dissenziente della sentenza *Viola*. D'altra parte, l'istanza rieducativa è comunque bilanciabile con contrapposte esigenze repressive nella discrezionale conformazione legislativa della disciplina sanzionatoria, alla condizione – s'intende – che essa non risulti però ridotta a zero, completamente estromessa ed ignorata in un'ottica unicamente repressiva. Orbene, si potrebbe concludere che, mentre rispetto alle pene temporanee la possibilità rieducativa, seppure estremamente compressa, non è radicalmente esclusa in ragione principalmente della loro temporaneità e dell'eventuale risultato rieducativo cui può comunque essere funzionale il trattamento intramurario, l'ergastolo ostativo per il non collaborante si risolverebbe in una pena *de facto* perpetua come tale non solo priva di ogni *chance* realmente rieducativa ma ancor prima viziata da una violazione della dignità umana.

Sulla base di questo ipotetico ragionamento, dunque, la disciplina ostativa dell'ergastolo e quella delle pene temporanee potrebbe, seppure con molti sforzi, essere differenziata nella sua valenza costituzionale, autorizzando così una conseguenziale dichiarazione di incostituzionalità della preclusione limitata all'ergastolo ostativo, senza travolgerla in relazione anche alle pene temporanee. Ma non è chi non veda come, in tal modo, si rischierebbe sia di imboccare una via assai poco lineare, sia di risospingere la questione sui lidi più incerti dei parametri della rieducazione e della dignità, allontanandola dal più incisivo ed efficace parametro dell'intrinseca irrazionalità. Senza contare poi che, *last but not least*, si darebbe così luogo all'irragionevolezza di un trattamento sanzionatorio “rinforzato” dalla preclusione per reati meno gravi puniti con pene temporanee, mentre per i reati più gravi puniti con l'ergastolo quel “rinforzo” sanzionatorio dovrebbe cadere.

5. Facendo professione di realismo, non si va probabilmente molto lontani dal vero opinando che la preclusione dell'art. 4 *bis*, soprattutto prima dello scomposto incremento dei reati ostativi, è norma in realtà eccentrica e sostanzialmente estranea al piano della rieducazione. Nel senso che essa, più che

una presunzione di pericolosità funzionalmente preclusiva degli istituti rieducativi in libertà o semilibertà, costituisce una norma orientata a finalità politico-criminali strettamente opportunistiche di *natura processuale*: è, per farla breve, un efficace strumento di pressione per ottenere dal condannato il comportamento processualmente utile. Così che, muovendo da questa premessa, finisce per essere incongrua una valutazione della preclusione in termini di razionalità strumentale rispetto alla rieducazione. Nello stesso tempo, è chiaro che la preclusione ostativa – in questa logica – presenta una fisionomia unitaria quale che sia il tipo di pena su cui s’innesta, temporanea o perpetua.

Orbene, pretese di collaborazione processuale sono ben possibili nel nostro ordinamento, e niente esclude che, al limite, possano configurarsi addirittura come veri e propri obblighi giuridici sanzionandone la violazione anche penalmente come autonomi illeciti: nel rispetto però e comunque del diritto al silenzio relativamente a dichiarazioni concernenti la propria responsabilità (ord. n. 117/2019). Ed in vero il comportamento richiesto dall’art. 4 *bis*, comma 1, non implica necessariamente dichiarazioni di contenuto solamente autoaccusatorio.

Ciò posto, e al di fuori degli obblighi specifici, è chiaro che l’*incentivo* alla collaborazione può essere strutturato in due forme molto diverse tra loro. Una cosa è, infatti, incentivare mediante la prospettazione di un’attenuazione o esclusione della punibilità per il reato presupposto; tutt’altra cosa è, invece, incentivare mediante il previo “rafforzamento” del trattamento punitivo, destinato però a cedere nel caso di comportamento collaborativo. È empiricamente probabile che questa seconda tecnica d’incentivazione sia più efficace, ma è anche certo che essa si pone in plateale contrasto con il fondamentale principio di proporzione tra gravità del reato presupposto e trattamento sanzionatorio conseguente. Infatti, è del tutto evidente che, nell’ipotesi in cui il comportamento collaborativo non sia volontariamente adottato, e dunque non si giunga al superamento della preclusione ostativa, il trattamento sanzionatorio deteriore che ne consegue è “intenzionalmente” e per definizione *sproporzionato* rispetto alla gravità del reato. E ciò in quanto esso è il risultato di un surplus sanzionatorio – in questo caso costituito dal divieto di accesso ai benefici – finalizzato appunto a premere sulla volontà del condannato. E nemmeno è possibile legittimare il surplus sanzionatorio sulla base del presunto disvalore aggiuntivo del comportamento refrattario alla collaborazione. A parte il fatto che, se davvero dovesse ipotizzarsi siffatto disvalore, esso dovrebbe accompagnare qualunque manifestazione criminosa e non solo una tipologia delimitata di reati (ancorché significativamente in via di costante accrescimento), non è nemmeno immaginabile l’esistenza nel nostro ordinamento di un siffatto principio di collaborazione da parte del reo con l’amministrazione della giustizia. Avviarsi su questa strada, come purtroppo lascia pensare la disinvoltura con cui si accresce l’elenco di cui all’art. 4 *bis*, comma 1, significherebbe attentare alla stessa fisionomia costituzionale del rapporto tra cittadino e autorità nel campo della giustizia penale.

Tornando dunque al punto, anche considerando molto realisticamente la preclusione come un mero strumento di collaborazione processuale sganciato in realtà da ogni valenza connessa alla rieducazione, essa si rivela incostituzionale:

e, più precisamente, per contrasto col principio di proporzione. È chiaro, inoltre, che tale vizio, da un lato, affligge la preclusione come tale, quale che sia il reato e la pena rispetto ai quali opera, e non solo i reati puniti con l'ergastolo; dall'altro lato, potendo rendere l'ergastolo *de facto* perpetuo, la *quaestio* può in tal caso nuovamente chiamare in causa i parametri della rieducazione e della dignità, fermo rimanendo che il vizio si annida "a monte", nel meccanismo sanzionatorio prescelto per l'incentivazione.

6. È giunto il momento di affrontare il terzo ed ultimo dei nuclei tematici che ci eravamo prefissi: e cioè quello della *portata* di un eventuale dispositivo di accoglimento. Già abbiamo avuto occasione di notare, in vero, come la questione dell'ergastolo ostativo presenti come sua caratteristica saliente una sorta di "eccedenza decisoria", nel senso di una sua implicita tendenza a debordare verso dubbi di legittimità coinvolgenti, per un lato, lo stesso ergastolo ordinario e, per un altro, la preclusione ostativa in sé indipendentemente dal tipo di pena. Ciò rende, appunto, molto opportuno soffermarsi sul tema della portata decisoria di un dispositivo di accoglimento.

Preliminarmente occorre, seppure in forma quasi parentetica, sottolineare che la Corte costituzionale non potrebbe comunque rimodellare la disciplina della preclusione, neppure prendendo spunto da alcune proposte a suo tempo formulate per correggere o attenuare la rigidità della preclusione. Almeno due furono le proposte che furono formulate in questo senso. La prima, muovendosi nella prospettiva di una presunta funzionalità di possibili presunzioni rispetto alla rieducazione, ipotizzava di sostituire il comportamento di collaborazione – quale presupposto necessario per accedere ai benefici – con più significative condotte *lato sensu* riparatorie. La seconda, muovendosi invece nella prospettiva di una funzione di mero rafforzamento sanzionatorio perseguito dalla preclusione, ipotizzava di condizionare l'accesso ai benefici per i reati ostativi ad un innalzamento dei limiti di pena espiata. A parte la difficoltà di condividere siffatte proposte di riforme per motivi che qui non occorre esplicitare più di tanto, è comunque evidente che simili manipolazioni della disciplina dell'art. 4 *bis* sono interdette alla Corte costituzionale, nonostante le recentissime aperture in materia di possibili soluzioni adottabili anche se "a rime non del tutto obbligate".

Acclarato quanto sopra, il problema della portata decisoria dell'accoglimento si pone in tutta la sua evidenza in rapporto a tre variabili: innanzitutto, se la pronuncia di eventuale accoglimento debba essere assunta riguardo alla disciplina dell'ergastolo oppure della preclusione come tale, a seconda che si prescelga la strada del vizio annidato nella perpetuità *de facto*, ovvero quella del vizio consistente nella irrazionalità empirica della presunzione. Ribadito che, per le ragioni espresse precedentemente, a noi parrebbe logicamente più congrua e praticamente più opportuna la seconda via, rimane da verificare, in primo luogo, se la portata decisoria del dispositivo debba essere limitata alla specie di misura alternativa – i permessi premio – per i quali è stata sollevata la questione ovvero possa essere estesa a tutte le misure toccate dalla preclusione. In secondo luogo, rimane da verificare se l'irrazionalità della preclusione debba

essere affermata in rapporto unicamente al tipo di reato oggetto del giudizio *a quo* oppure se possa essere estesa ad altre tipologie criminose o a tutte quelle elencate nell'art. 4 *bis*, comma 1.

Per quanto riguarda il primo nodo, quello della *tipologia delle misure alternative* rispetto alle quali opera la preclusione, a stretto rigore sarebbe difficile estendere l'effetto della dichiarata incostituzionalità oltre la specifica misura alternativa oggetto del *petitum* utilizzando lo strumento della incostituzionalità consequenziale. Non sussiste invero questo rapporto di consequenzialità logica e normativa non foss'altro perché ogni singola specie di misura alternativa ha una sua propria e peculiare funzionalità rieducativa. Con la conseguenza che ben si potrebbero configurare diversamente i termini della *quaestio legitimitatis* in relazione a ciascuna misura sebbene sotto lo stesso parametro della rieducazione: basti pensare, ad esempio, alla diversa funzione rieducativa assolta dai permessi premio e dalla liberazione condizionale.

Però, è anche vero, d'altra parte, che una rimozione selettiva della preclusione, misura per misura, potrebbe creare forti irragionevolezza all'interno di un sistema sostanzialmente unitario in quanto concepito come un processo costituito da tappe diverse ma complessivamente tutte orientate verso la progressiva riconquista della libertà. Pertanto, sarebbe auspicabile che la Corte estendesse, peraltro senza grosse forzature, la portata decisoria della suo *dictum* anche oltre gli stretti limiti del *petitum*.

Più complesso il discorso per quanto riguarda il secondo nodo problematico, quello relativo all'eventuale selezione dei reati ostativi rispetto ai quali far cadere la preclusione. Già rispetto alle due ordinanze di remissione alla Corte non si è mancato – anche in commenti non scientifici – di evidenziare che la questione potrebbe assumere una diversa fisionomia a seconda che si tratti di soggetti condannati per fatti di contiguità mafiosa ovvero di vera e propria affiliazione all'associazione mafiosa. In sostanza, da un punto di vista criminologico e politico-criminale, la razionalità della preclusione, nella sua valenza tanto di strumento di agevolazione processuale quanto di indice sintomatico di pericolosità, sarebbe diversa a seconda della tipologia criminosa cui tale preclusione si riferisce. Su questo terreno argomentativo, di per sé non poco scivoloso in ragione delle evidenti implicazioni criminologiche sempre molto fluide, è recentemente intervenuta la sentenza n. 188/2019.

La questione aveva ad oggetto la preclusione ostativa discendente dal reato di sequestro di persona attenuato dalla particolare lievità del fatto, proprio sull'assunto che questa particolare sottofattispecie del reato ostativo non sarebbe espressiva di criminalità organizzata e, dunque, rispetto ad essa, sarebbe irragionevole la preclusione. A parte l'incongruenza con cui il giudice *a quo* ha puntato sull'attenuante speciale, che invero attiene al momento commisurativo della pena mentre la preclusione si fonda sul titolo criminoso, la Corte costituzionale ha sviluppato un'argomentazione alla quale conviene accennare. In breve, la Corte, prendendo atto dell'evoluzione legislativa dell'art. 4 *bis*, ha ritenuto che ormai la presunzione, e la sua funzione ostativa, siano svincolate dalla dimensione associativa ed organizzata dei reati ivi elencati, ritenendo

piuttosto che essa si configuri come un mero inasprimento sanzionatorio per tipologie criminose caratterizzate da un allarme sociale particolarmente elevato.

La sentenza n. 188/2019 non si rivela pienamente persuasiva e non dovrebbe pertanto interferire più di tanto nella *quaestio legitimitatis* dell'ergastolo ostativo attualmente pendente dinanzi alla Corte. Infatti, non solo la sentenza si risolve in sostanza in un asseccamento della tendenza legislativa ad incrementare il numero dei reati ostativi sulla base di un criterio d'inclusione come l'allarme sociale, di per sé incerto, privo di qualunque dignità costituzionale e suscettivo di un impiego generalizzato e incontrollato. Ma, soprattutto, la sentenza sembra ignorare che, anche ammesso che l'allarme sociale possa giustificare quel tipo di inasprimento sanzionatorio, la struttura normativa della preclusione è razionalmente incongrua rispetto allo scopo: l'accesso alle misure alternative, infatti, è condizionato a un comportamento del condannato – tanto nel primo che nel secondo comma dell'art. 4 *bis* – che presuppone di regola la dimensione associativa o quantomeno concorsuale del reato ostativo, mentre al contrario ormai la lista dei reati ostativi è piena di fattispecie che ben possono essere realizzati monosoggettivamente e al di fuori di qualunque realtà associativa, con la conseguenza che rispetto a questi la preclusione si rivela largamente incongrua.

Concludendo sul tema della portata decisoria di un eventuale accoglimento della questione, sembra che l'alternativa sia abbastanza netta. O la Corte deciderà prudentemente di rimanere rinserrata nel perimetro del *petitum*, circoscrivendo la sua pronuncia entro le coordinate dell'ergastolo ostativo, e prima ancora del titolo criminoso di cui nel giudizio *a quo*, e della specifica misura alternativa ivi richiesta dal condannato (e cioè i permessi premio), rinviando ad una verosimile sequela di pronunce successive la valutazione della razionalità della preclusione in rapporto alle altre misure e agli altri reati ostativi, e dunque in rapporto alle pene diverse dall'ergastolo. Oppure la Corte potrà assumere una decisione che colpisca la preclusione in sé, indipendentemente dal titolo criminoso e dalla misura alternativa in questione. E ciò sia in ragione della irrazionalità, empiricamente comprovata, della presunzione nella sua illogica valenza rieducativa di indice legale di persistente pericolosità; sia in ragione della sproporzione che il trattamento sanzionatorio finisce per presentare tutte le volte in cui la preclusione non abbia funzionato nella sua valenza di strumento di incentivazione alla collaborazione processuale. Questa seconda 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.

7 .La questione dell'ergastolo ostativo concerne una norma dell'ordinamento penitenziario che ha progressivamente perduto quella parvenza di plausibilità politico-criminale e costituzionale, che consentirono alla Corte di mantenerla in vita nel 2003. D'altra parte, all'estremo opposto, l'esperienza maturata negli anni e consacrata dalla sentenza *Viola* in tema di perpetuità della

pena per i condannati non collaboranti ha intensamente caricato l'insoddisfazione per questa norma di forti implicazioni di principi di civiltà giuridica, evocanti la stessa dignità umana. Forse una corretta soluzione della questione si può ottenere attestandosi su un piano intermedio ove, nell'attesa di tempi che consentano un ripensamento radicale della pena perpetua, riconducano però a razionalità una disciplina che sta rischiando di sfuggire di mano allo stesso legislatore.