

Marco 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)

SOMMARIO: 1. L’ergastolo ostativo al vaglio della Corte costituzionale: i termini della questione – 2. La specifica vicenda oggetto del giudizio *a quo* – 3. Gli effetti preclusivi della mancata collaborazione – 4. Un primo profilo (superabile) di possibile inammissibilità della questione, connesso al *petitum* dell’ordinanza di remissione 5. Una questione astratta o “coperta” da specifico precedente? – 6. Verso l’accoglimento della questione: la possibile applicazione della *ratio decidendi* della sent. n. 253 del 2019 – 7. Una soluzione compatibile con la giurisprudenza di Strasburgo? – 8. Una possibile alternativa decisoria, per consentire l’intervento del legislatore – 9. Tra collaborazione, ravvedimento e rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata. Le aporie dell’attuale sistema – 10. L’incostituzionalità della «pena di morte diluita giorno per giorno».

1. Ringrazio per l’invito gli organizzatori dell’odierno Seminario preventivo ferrarese, dedicato alla questione di legittimità costituzionale sollevata il 18 giugno 2020 dalla Corte di cassazione, I sezione penale, avente per oggetto il c.d. ergastolo ostativo (l’ordinanza di remissione, pubblicata in G.U. 19 agosto 2020, n. 34, è iscritta al n. 100 del registro ordinanze del 2020 della Corte costituzionale). È un’occasione (l’ennesima) per riflettere su temi a me cari, che eviterò di sfruttare per riproporre considerazioni di sistema già offerte in diversi scritti. Queste resteranno sullo sfondo, riemergendo solo parzialmente nella parte del mio lavoro dedicata al merito della questione. Penso, così, di poter rispondere in modo più adeguato a quanto mi è stato chiesto: offrire una riflessione introduttiva al nostro Seminario, saldamente ancorata alla specifica questione di legittimità costituzionale e perimetrata attorno alle argomentazioni offerte dalla Cassazione.

L’oggetto della questione di legittimità costituzionale riguarda la norma emergente dal concorso di più disposizioni (artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni nella legge 12 luglio 1991, n. 203), che, per l’ipotesi di mancata collaborazione con la giustizia, preclude l’accesso alla liberazione condizionale del condannato all’ergastolo per uno dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* cod. pen. (metodo mafioso) ovvero al fine di agevolare le attività delle associazioni in esso previste. Tale norma violerebbe, secondo il rimettente, gli artt. 3 e

27, terzo comma, Cost. per la «irragionevole compressione dei principi di individualizzazione e di progressività del trattamento», nonché l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto contrastante con un "obbligo internazionale", quale quello contenuto nell'art. 3 CEDU (divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti), poiché la presunzione assoluta di pericolosità ancorata alla mancanza di collaborazione sarebbe d'ostacolo alla possibilità di riscatto del condannato, così assoggettato ad una pena "immutabile" e dunque non effettivamente riducibile, come invece richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (in particolare nella sentenza *Viola c. Italia n. 2*, 13 giugno 2019, divenuta definitiva il 7 ottobre 2019).

2. Il giudizio *a quo* è originato dal ricorso in cassazione contro l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza de L'Aquila che ha dichiarato inammissibile la richiesta di accesso alla liberazione condizionale presentata da un condannato all'ergastolo per delitto incluso nella categoria dei reati "ostativi" alla concessione dei benefici penitenziari (*ex art. 4-bis*, comma 1, legge n. 354 del 1975), non collaborante con la giustizia (art. 58-ter, comma 1, legge n. 354 del 1975), che in precedenza si è visto più volte respingere l'istanza rivolta ad accertare la collaborazione impossibile (*ex art. 4-bis*, comma 1-bis, legge n. 354 del 1975). Nel ricorso in cassazione si lamenta l'illegittimità del provvedimento impugnato, non avendo il giudice considerato le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale, «secondo cui il difetto di collaborazione non può essere elevato ad indice invincibile di pericolosità sociale».

Il Tribunale di sorveglianza de L'Aquila, peraltro respingendo l'istanza di parte rivolta alla sollevazione della questione di costituzionalità, non ha esaminato nel merito la richiesta del detenuto, tendente a mettere in rilievo la proficua partecipazione al percorso rieducativo, proprio in ragione della presenza di due preclusioni: quella che deriva dalle precedenti decisioni di inammissibilità dell'istanza di accertamento di impossibilità/inesigibilità della collaborazione e quella, appunto, derivante dall'applicazione della norma censurata, che non consente l'apprezzamento di quanto dedotto dal ricorrente, in ragione della natura del delitto oggetto della condanna in esecuzione e del requisito necessario della collaborazione con la giustizia (o, in sua vece, dell'impossibilità o inesigibilità della stessa). Ciò nonostante, al momento della decisione impugnata nel giudizio *a quo*, fosse decorso il termine minimo di ventisei anni, imposto dall'art. 176 cod. pen., per l'accesso alla liberazione condizionale di un condannato all'ergastolo, che nel caso di specie ha subito 19 anni, 9 mesi e 26 giorni di reclusione, cui si aggiungono 2655 giorni di liberazione anticipata, ormai computati nel periodo di pena espiata (per un totale di più di 27 anni) a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di ammettere i condannati all'ergastolo al godimento degli "sconti di pena" consentiti dal predetto istituto (sent. n. 274 del

1983 della Corte costituzionale, cui ha fatto seguito l'inserimento di specifica previsione in tal senso nel comma 4 dell'art. 54 della legge n. 354 del 1975, ad opera dell'art. 18 della legge 10 ottobre 1986, n. 663).

Per completezza, occorre ricordare che il ricorrente nel giudizio *a quo* sta espiando la pena dell'ergastolo in forza di un provvedimento di cumulo in cui sono comprese tre sentenze di condanna per i seguenti reati: omicidio, tentato omicidio, detenzione e porto illegale di armi, anche clandestine, lesioni personali e rapina aggravata (prima condanna ad anni trenta di reclusione); partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso (seconda condanna ad anni cinque e mesi quattro di reclusione); omicidio aggravato ai sensi dell'art. 7 della legge n. 203 del 1991 (metodo mafioso o agevolazione di associazioni di tipo mafioso) e delitti concernenti la violazione delle disposizioni sulle armi (terza condanna all'ergastolo con isolamento diurno per anni uno). Proprio l'ultima pronuncia – afferma il giudice *a quo* – «assume esclusivo rilievo nella vicenda in esame», avendo inflitto la pena dell'ergastolo per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, secondo la formula utilizzata dall'art. 4-*bis*, comma 1, della legge n. 354 del 1975.

L'ergastolo ostativo interessa complessivamente ben 1271 persone detenute per reati inclusi nel predetto art. 4-*bis* ossia il 71% degli attuali 1800 condannati alla pena dell'ergastolo (dati aggiornati al 1° settembre 2020, forniti dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale nel suo *Amicus Curiae* depositato l'8 settembre 2020 presso la Corte costituzionale).

3. Entro questa cornice deve essere collocata la questione di legittimità costituzionale, rivolta a far saltare la preclusione che in caso di mancata collaborazione impedisce di valutare “altri elementi concreti” che possano dimostrare l'assenza di legami attuali del detenuto con la criminalità organizzata, consentendo dunque una diversa valutazione prognostica sull'assenza di pericolosità sociale. Ai fini della liberazione condizionale, l'art. 176 cod. pen. richiede, tra l'altro, un accertamento giudiziale circa il «sicuro ravvedimento» del condannato, che si traduce nel riscontro in concreto di importanti traguardi trattamentali, che consentano «il motivato apprezzamento della convinta revisione critica delle scelte criminali di vita anteatta e la formulazione – in termini di *certezza*, ovvero di elevata e qualificata *probabilità* confinante con la *certezza* – di un serio, affidabile e ragionevole giudizio prognostico di pragmatica conformazione della futura condotta di vita del condannato al quadro di riferimento ordinamentale e sociale» (così Cass. pen., Sez. I, sent. 24 aprile 2007, n. 18022; sent. 4 febbraio 2009, n. 9001; sent. 17 luglio 2012, n. 34946). Valutazione, questa, che è *in limine* impedita per l'ergastolano ostativo.

La preclusione assoluta collegata alla mancata collaborazione non opera, in base alla disciplina vigente, per le ipotesi in cui la collaborazione risulti “inesigibile” (limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso), “impossibile” (per integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato nella sentenza di condanna), “oggettivamente irrilevante” (sempre che in tal caso siano state applicate circostanze attenuanti, in ragione della riparazione del danno o del compimento di azioni rivolte ad attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero perché l’opera prestata ha avuto minima importanza nella preparazione o esecuzione del reato ovvero in quanto il delitto commesso è stato diverso da quello voluto da uno dei concorrenti). Si tratta di ipotesi la cui considerazione si è imposta a seguito di puntuali pronunce della Corte costituzionale (sentt. nn. 306 del 1993, 357 del 1994, 68 del 1995), le quali si fondano sul dichiarato assunto per cui la prevista preclusione può operare solo a fronte del rifiuto di una «collaborazione oggettivamente esigibile», che sia, in sé, «naturalisticamente e giuridicamente “possibile”» (sent. n. 89 del 1999). Solo successivamente il legislatore le ha espressamente contemplate, modificando sul punto l’art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 (dapprima con intervento sul comma 1, operato con l’art. 1 della legge 23 dicembre 2002, n. 279, poi con l’inserimento di un apposito comma 1-*bis*, introdotto dall’art. 3, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni nella legge 23 aprile 2009, n. 38).

4. Diversi sono i profili che meritano di essere trattati nella mia introduzione, seguendo anche i punti indicati nella traccia per la discussione messa a disposizione dagli organizzatori del Seminario. Cercherò di affrontarli con particolare attenzione ad ogni loro implicazione, come si deve per una questione così delicata. Nella convinzione che ogni parola pesi sempre per il giurista, non soltanto per i giudici costituzionali chiamati a scrivere sentenze, ma pure per chi si appresta a svolgere una relazione o a redigere un articolo di dottrina. È un peso che va enfatizzato quale comune responsabilità del giurista, serio e coscienzioso, lasciando da parte il dato – talora inopportuno rimarcato – dell’ovvia diversità delle funzioni.

L’esame della questione richiede una preliminare trattazione degli aspetti che interessano la sua ammissibilità.

Il primo profilo di possibile inammissibilità interessa la specifica posizione del detenuto ricorrente nel giudizio *a quo* e si lega al *petitum* della questione di legittimità costituzionale, limitato all’ipotesi della esclusione dell’accesso alla liberazione condizionale per il condannato per *delitti commessi con metodo mafioso o al fine di agevolare le associazioni previste nell’art. 416-bis cod. pen.* Come si è già ricordato, il detenuto ha subito un cumulo di pene, che comprendono anche reati di cui all’art. 416-*bis* cod. pen. (*partecipazione ad un’associazione di tipo mafioso*). Al

riguardo, potrebbe ritenersi, diversamente da quanto affermato dal giudice *a quo*, che non assuma «esclusivo rilievo nella vicenda in esame» la condanna all'ergastolo per il reato di omicidio aggravato dal metodo mafioso o dal fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, ma che debba essere considerata anche la condizione di “partecipe” al consesso criminale che emerge (almeno) dalla seconda sentenza di condanna oggetto di cumulo (sia pure ai diversi fini dell'accertamento della inesigibilità o impossibilità della collaborazione, la Cassazione ha più volte ritenuto che debbano considerarsi tutti i reati rientranti nel cumulo, anche quelli non ostativi ma ad essi finalisticamente connessi: tra le altre, Cass. pen., Sez. I, sent. 3 ottobre 2014, n. 43391, sent. 3 maggio 2016, n. 44163 e, più di recente, sent. 25 maggio 2020, n. 18866). Vero è che l'eventuale accoglimento della questione permetterebbe di fuoriuscire dall'ambito della collaborazione inesigibile o impossibile consentendo l'esame dell'istanza del detenuto nella qualità di “non collaborante per scelta”, ma ciò, si potrebbe ritenere, a condizione che questi sia stato condannato esclusivamente per *delitti commessi con metodo mafioso o al fine di agevolare le associazioni previste nell'art. 416-bis cod. pen.* Fuori da questo perimetro, la dichiarazione di incostituzionalità, in quanto delimitata dal *petitum* del giudice *a quo*, non sarebbe idonea a rimuovere l'attuale ostacolo normativo all'ottenimento della liberazione condizionale (o meglio all'esame della relativa istanza). Ecco, probabilmente, perché, come si evince dall'ordinanza di rimessione, il ricorrente aveva prudenzialmente richiesto al giudice di sorveglianza di sollevare la questione di legittimità costituzionale in termini più ampi, riferiti alla stessa norma censurata, ma nella parte in cui, in assenza di collaborazione, «non consente alla magistratura di sorveglianza di valutare la ricorrenza dei presupposti per la concedibilità della liberazione condizionale in favore dei condannati per reati rientranti nel catalogo di cui all'art. 4-bis, comma 1, l. n. 354 del 1975» (riporto testualmente quanto compreso all'inizio del *Considerato in diritto* dell'ordinanza di rimessione).

Quanto sin qui illustrato potrebbe tradursi nell'affermazione dell'assenza di rilevanza della questione, poiché la decisione nel merito della Corte non sarebbe in grado di influire sul giudizio *a quo*. Si tratta, però, di un ostacolo superabile ove si riconosca rilievo esclusivo alla terza condanna subita dal detenuto (per il reato di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 7 della legge n. 203 del 1991) e dunque al fatto che le pene irrogate con le altre due pronunce comprese nel cumulo sono state ormai integralmente espiate, come i tempi indicati lasciano presagire (la prima decisione è del 1988 ed è divenuta irrevocabile nel 1989) e secondo quanto il rimettente asserisce sulla base di specifico richiamo ad una pronuncia del Tribunale di sorveglianza de L'Aquila del 14 maggio 2013. Tale superamento si giustifica ulteriormente in ragione della esigenza, già manifestata dalla Corte costituzionale, per cui la disciplina del cumulo delle pene non può «mai risolversi in un danno per il condannato»; «ove determinati effetti penali negativi fossero collegati alle singole pene e non

fossero altrimenti determinabili se non in rapporto ad una loro autonoma e distinta valutazione», le pene dovrebbero «riacquistare la loro individualità, previo scioglimento temporaneo e parziale del cumulo» (sent. n. 361 del 1994). Il che assume particolare rilievo con riguardo alla concessione dei benefici penitenziari (v., ad es., Cass. pen., Sez. I, sent. 18 marzo 2009, n. 15954), tanto è vero che ove si debba espiare una pena inflitta anche per un reato ostativo alla loro fruizione, la pena espiata va imputata anzitutto ad esso (Cass. pen., Sez. I, sent. 22 marzo 1999, n. 613).

Di qui la possibilità di considerare in via esclusiva, come affermato dal giudice *a quo*, la sola terza condanna, sui contenuti della quale è definito il *petitum* dell'odierna questione di legittimità costituzionale.

5. Ove si ritenga di superare l'ostacolo appena individuato, meno consistente sarebbe il più generico rilievo circa il fatto che l'eventuale decisione di accoglimento non determinerebbe, automaticamente, la concessione della liberazione condizionale a favore del detenuto ricorrente in cassazione. L'influenza della decisione della Corte costituzionale per la risoluzione del giudizio principale deve, infatti, essere apprezzata con riguardo al fatto che si restituisce al giudice la possibilità di valutare il percorso rieducativo del condannato, come elemento che può rilevare, in concorso con altri, ai fini della concessione della misura, pur in assenza di collaborazione. Sono confortato sul punto dalla recente sentenza n. 253 del 2019, riguardante la possibilità di concedere permessi premio ai condannati per reati ostativi, ove la Corte afferma perentoriamente, richiamando tra l'altro la sent. n. 170 del 2019, che, «per l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale, è sufficiente che la disposizione censurata sia applicabile nel giudizio *a quo*, senza che rilevino gli effetti di una eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale per le parti in causa». Di là dall'utilità concreta di cui la parte in causa potrebbe beneficiare a seguito della decisione, l'eventuale accoglimento della questione «influirebbe di certo sul percorso argomentativo che il rimettente dovrebbe a questo punto seguire per decidere sulla richiesta del detenuto» (sent. n. 253 del 2019), proprio in ragione del fatto che verrebbe meno la norma che predetermina l'esito del processo, nel senso dell'inammissibilità della richiesta di accesso alla liberazione condizionale da parte del condannato non collaborante.

Non ritengo poi preclusiva ad un esame nel merito della questione la presenza di una precedente decisione di infondatezza riguardante lo stesso tema, peraltro limitata al parametro dell'art. 27, terzo comma, Cost. Nella sent. n. 135 del 2003 la Corte ritenne, infatti, la questione infondata, valorizzando l'elemento della "scelta" del condannato nella decisione di non collaborare con la giustizia, la quale può cambiare nel tempo. Tale precedente non appare insuperabile anche in ragione delle successive evoluzioni giurisprudenziali, tra le quali possono senz'altro essere

annoverate: la citata sentenza n. 253 del 2019, che ha scardinato il requisito dell'esercizio dell'utile collaborazione quale condizione imprescindibile (necessaria, sia pure non sufficiente) per l'accesso al permesso premio a favore dei condannati, a pena perpetua o temporanea, per reati ostativi (analoga preclusione è stata poi rimossa integralmente a favore dei condannati minorenni a pena temporanea dalla sent. n. 263 del 2019, non potendo esprimersi, neppure in forma "relativa", con riguardo sia ai benefici penitenziari sia alle misure alternative; si ricordi che per effetto della sent. n. 168 del 1994 è vietata l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile); la sentenza *Viola* della Corte EDU, che condiziona la compatibilità convenzionale della normativa nazionale al fatto che l'ergastolo sia pena *de iure* e *de facto* riducibile, perciò qualificando le preclusioni assolute all'accesso alla liberazione condizionale quali forme di trattamento inumano e degradante. Ma il discorso potrebbe estendersi e comprendere altre pronunce sia della Corte costituzionale sia della Corte EDU, che hanno condotto ad una decisa valorizzazione dell'obiettivo della risocializzazione del condannato come componente necessaria dell'esecuzione della pena dell'ergastolo. Basti ricordare la sentenza 9 luglio 2013, *Vinter e altri contro Regno Unito*, della Corte EDU, nella quale si indica come obbligo per gli Stati membri quello di consentire sempre che il condannato alla pena perpetua possa espiare la propria colpa, reinserendosi nella società dopo aver scontato una parte della propria pena, o la sent. n. 149 del 2018 della Corte costituzionale, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, legge n. 354 del 1975, nella parte in cui prevede che i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 cod. pen. (sequestro di persona a scopo di estorsione), che abbiano cagionato la morte del sequestrato, non possano essere ammessi ai "benefici" penitenziari, se non abbiano espiato almeno ventisei anni di pena. Tale rigida preclusione temporale è ritenuta incompatibile con l'esigenza di assicurare «progressività trattamentale e flessibilità» (secondo quanto già affermato nella sent. n. 255 del 2006), che discende dai principi di proporzione e individualizzazione della pena: «la personalità del condannato – scrive la Corte nella sent. n. 149 del 2018 – 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». A venire in gioco è senz'altro «la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità», ma pure una «correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società». Come si usa dire, "in carcere entra la persona e non il reato che ha commesso" o, come ha

affermato di recente il Garante nazionale delle persone private della libertà personale, «si va in carcere perché si è puniti e non per essere puniti».

Per sintetizzare e chiudere questa parte dedicata ai profili preliminari, mi sentirei di escludere che la questione possa dirsi astratta o ipotetica, in ragione dell'affermata influenza che un'eventuale pronuncia di accoglimento avrebbe sul giudizio *a quo*, che si tradurrebbe presumibilmente nella cassazione con rinvio del provvedimento del magistrato di sorveglianza, affinché questi valuti in concreto le ragioni che hanno condotto il condannato alla scelta di non collaborare e tutti gli elementi che possano risultare utili per decidere in ordine alla concessione o meno della liberazione condizionale.

Quanto al precedente rigetto, si rendono necessarie due osservazioni, una formale e l'altra, per me più consistente, per così dire sostanziale.

Sotto il profilo formale, occorre sottolineare che le questioni sono tecnicamente diverse. A venire in rilievo nella questione decisa con la sent. n. 135 del 2003 era il solo parametro dell'art. 27, terzo comma, Cost., lamentandosi l'esclusione permanente dal processo rieducativo dell'ergastolano ostativo. Oggi, invece, il parametro dell'art. 27 è posto in connessione con l'art. 3, lamentandosi la «irragionevole compressione dei principi di individualizzazione e di progressività del trattamento». A venire in rilievo è poi anche l'art. 117, primo comma, Cost., lamentandosi la violazione di un preciso «obbligo internazionale», quale quello contenuto nell'art. 3 CEDU, per come interpretato dalla Corte EDU. Ebbene, non mancano precedenti, anche recenti, di pronunce di accoglimento che hanno seguito decisioni di non fondatezza (addirittura di manifesta infondatezza) in ragione della variazione del parametro, anche quando la «sostanza» della questione non fosse radicalmente mutata. Un esempio per tutti lo traggio dalla sent. n. 236 del 2016, in tema di dosimetria della pena per i delitti di alterazione di stato, che fa seguito a un'ordinanza di manifesta infondatezza, la n. 106 del 2007, riguardante il medesimo oggetto. Con la questione più risalente si lamentava che la pena comminata per il reato di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen., fosse irragionevolmente più elevata di quella prevista per il reato di cui al primo comma del medesimo articolo, evocando come parametro il solo art. 3 Cost. La Corte rispose nel senso della manifesta infondatezza, affermando che «le fattispecie descritte dal primo comma (scambio di neonati senza commettere alcun falso) e dal secondo comma (falsa attestazione all'ufficiale dello stato civile in ordine alla identità dei genitori del neonato) dell'art. 567 del codice penale sono oggettivamente diverse perché, seppure in entrambe è tutelato il medesimo bene giuridico (l'interesse del minore alla verità dell'attestazione ufficiale della propria ascendenza), nel caso del primo comma la condotta consiste in uno scambio materiale di neonati, mentre la fattispecie prevista dal secondo comma si realizza mediante la commissione di altro reato (quello di falso ideologico, che non concorre con quello di alterazione di

stato), rivelando una più intensa carica criminosa, di tal che il principio di eguaglianza appare rispettato, avendo il legislatore trattato, dal punto di vista sanzionatorio, situazioni diverse in modo diverso». A nove anni di distanza, la questione è stata accolta con una pronuncia sostitutiva che ha previsto per il reato di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen., la stessa pena edittale sancita per il delitto di cui al primo comma. Tale diverso esito è stato formalmente giustificato dalla Corte in ragione del fatto che il giudice *a quo* ha «richiesto uno scrutinio di costituzionalità imperniato sulla manifesta irragionevolezza intrinseca della risposta sanzionatoria stabilita dalla norma censurata, sotto il profilo della proporzionalità tra severità della cornice edittale e disvalore della condotta, con ulteriore riferimento alla vanificazione, determinata dall'entità eccessiva della sanzione, della finalizzazione rieducativa della pena, ai sensi dell'art. 27 Cost.». Si potrebbe dire che, pur invertendo i numeri degli articoli richiamati, il risultato non debba cambiare: nella prima vicenda è l'art. 27, terzo comma, che si aggiunge all'art. 3; nell'attuale è l'art. 3 (oltre, come detto, l'art. 117, primo comma, Cost.) che si aggiunge all'art. 27, terzo comma.

Sotto il profilo, per così dire, sostanziale, ben può dirsi mutato il contesto entro il quale l'attuale questione si inserisce, senza che il precedente rigetto, di oltre quindici anni fa, sia ragione sufficiente per una decisione di manifesta infondatezza. Ma anche – è doveroso aggiungerlo – senza che i più immediati precedenti, interni ed europei, rendano la soluzione dell'accoglimento inevitabile.

Da un lato, la sent. n. 253 del 2019 riguarda esclusivamente la questione dei permessi premio e non interessa, dunque, il problema della possibile trasformazione della pena perpetua *de iure* in una pena perpetua anche *de facto*, che è proprio della disciplina relativa all'ergastolo ostativo, come la Corte stessa precisa all'inizio della motivazione della propria decisione.

Dall'altro lato, la sentenza *Viola* non è sentenza “pilota”, né decisione di Grande Camera della Corte EDU, potendosi dubitare che i suoi contenuti rilevino come “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea. Vero è che nella predetta decisione si indica quale dovere incombente sullo Stato italiano, ai sensi dell'art. 46 CEDU, una riforma del regime di reclusione a vita che garantisca la possibilità del riesame della pena. Ciò non vale, però, a qualificare la decisione come sentenza “pilota”, con la quale, osservando una particolare procedura (disciplinata dall'art. 61 del Regolamento della Corte EDU, entrato in vigore il 21 febbraio 2001), non si individua soltanto il problema strutturale (tipicamente oggetto di plurimi ricorsi) che il caso presenta, ma si indicano le misure più idonee che lo Stato deve adottare per porvi rimedio. Né la sentenza *Viola* è stata assunta dalla Grande Camera, pur essendo divenuta definitiva il 7 ottobre 2019, proprio a seguito della decisione del Collegio di cinque giudici di non accogliere la richiesta di rinvio alla Grande Camera formulata dal Governo italiano. Tale decisione potrebbe intendersi in diversi modi. Secondo quanto

si legge nell'*Amicus Curiae* dell'Organizzazione di Volontariato "L'Altro Diritto", sarebbe «chiaro indicatore che la sentenza del caso Viola è conforme alla giurisprudenza consolidata della Corte» («quando una sentenza di Camera si discosta in modo significativo dalla giurisprudenza precedente, il Collegio accoglie il rinvio, mentre non sono rinviate alla Grande Camera le sentenze che comportano una "normale" applicazione delle interpretazioni consolidate»). Insomma, come si legge anche nell'*Amicus Curiae* dell'Associazione "Nessuno Tocchi Caino", la decisione di non rinviare la questione alla Grande Camera, avendo reso definitiva la sentenza *Viola*, consentirebbe di considerare la stessa «espressione di un orientamento consolidato del giudice sovranazionale», come tale vincolante per il giudice italiano, che dovrà adeguare ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto alla legge interna, secondo le indicazioni emergenti dalla sent. n. 49 del 2015 della Corte costituzionale. La pronuncia appena citata della Corte costituzionale è quella nella quale si legge che «è solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo» (in linea anche le successive ord. n. 187 del 2015 e sent. n. 43 del 2018). Ebbene, si potrebbe anche ritenere, in modo opposto rispetto a quanto sopra argomentato, che la decisione di non rinviare alla Grande Camera sia piuttosto indicatrice della volontà di non consolidare, immediatamente, il diritto generato dalla sentenza *Viola*, in attesa di un probabile, prossimo, pronunciamento della Corte costituzionale sul medesimo tema. Ciò al fine di poter tenere in considerazione – in un'eventuale, successiva, pronuncia di Grande Camera e nella prospettiva della valorizzazione del dialogo tra le Corti – le argomentazioni offerte dai giudici costituzionali italiani.

Allo stato attuale, la Corte costituzionale potrebbe, insomma, nella sua autonomia di giudizio, ritenere di nuovo la questione infondata, valorizzando ancora le esigenze di politica criminale (in particolare di natura investigativa) che sono a fondamento del rilievo attribuito alla "scelta" di collaborare, ma, presumibilmente, accompagnando il rigetto con un monito rivolto al legislatore affinché quell'orizzonte di libertà al condannato non vietato *de iure* dalla nostra legislazione in modo assoluto e con effetto automatico (come riconosciuto dalla Corte EDU nella sentenza *Viola*) sia reso *de facto* tale da non «limitare eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità per quest'ultimo di domandare il riesame della pena» (come di nuovo si legge nella citata sentenza *Viola*). Tale soluzione, oltre a presentare profili di incoerenza rispetto alla *ratio decidendi* della sent. n. 253 del 2019, si tradurrebbe in una sorta di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata", con rimessione al legislatore del compito di definire in concreto le condizioni che consentano l'accesso alla liberazione condizionale per l'ipotesi di non collaborazione, sull'assunto

per cui quest'ultima, dal punto di vista della valutazione del percorso trattamentale, resti indice, sia pure non inconfutabile, di una mancata revisione critica del proprio passato criminale.

Non è questo l'esito che auspico. Né ritengo che un indizio per un possibile rigetto possa trarsi dal mancato impiego dell'istituto dell'illegittimità consequenziale nella sent. n. 253 del 2019, ossia nel fatto che la Corte non abbia esteso la rimozione dell'ostatività all'accesso al permesso premio anche alla liberazione condizionale. Diverso è, infatti, lo statuto giuridico degli istituti in esame, pur essendo presenti comuni elementi "funzionali": il permesso premio è considerato, propriamente, "modalità di trattamento", la cui esperienza è parte integrante del programma rieducativo che deve essere seguita da educatori e assistenti sociali penitenziari in collaborazione con gli operatori sociali del territorio (art. 58-ter, comma 2, della legge n. 354 del 1975), di cui si valorizza la specifica «funzionalità [...] alla finalità di graduale reinserimento del condannato nella società (Corte cost., sent. n. 113 del 2020 e già sent. n. 235 del 1996); la liberazione condizionale – salvo revoca dovuta a condotta del soggetto che, in relazione alla condanna subita, sia incompatibile con il mantenimento del beneficio (Corte cost, sent. n. 418 del 1998, che ha così "sostituito" l'automatica revoca prevista dall'art. 177, primo comma, cod. pen., per l'ipotesi di commissione di reato della stessa indole nei cinque anni successivi) – è, invece, causa estintiva della pena che opera sul piano del diritto sostanziale (artt. 176 e 177 cod. pen.), pure se l'istituto può essere considerato «funzionalmente analogo alle misure alternative alla detenzione, essendo anch'esso finalizzato a consentire il graduale reinserimento del condannato nella società» (sent. n. 32 del 2020). Nonostante tali diversità, analoga potrebbe essere – anche in ragione della presenza dei rilevati, comuni, elementi "funzionali" – la *ratio decidendi* a sostegno di un eventuale accoglimento della questione oggi sottoposta all'esame della Corte. Vediamo ora in che modo e in che termini questo potrebbe accadere.

6. Proprio partendo dalla *ratio decidendi* della sent. n. 253 del 2019 si potrebbe pervenire all'accoglimento dell'odierna questione per violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., magari con estensione, in via consequenziale, della dichiarazione di illegittimità costituzionale agli altri reati inclusi nell'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, dunque oltre l'attuale perimetro dei delitti commessi avvalendosi del metodo mafioso o per agevolare associazioni di tipo mafioso.

Proverò di seguito a ragionare *come se* tale estensione del perimetro della questione sia seguita dalla Corte, fermo restando che le mie considerazioni ben potranno considerarsi ristrette, in caso contrario, alla sola posizione di coloro che siano condannati per reati commessi avvalendosi del metodo mafioso o al fine di agevolare le associazioni mafiose. Mi ispirerò, insomma, alla filosofia dell'*Als Ob*, proposta in un noto libro del filosofo neokantiano Vaihinger, anche per non costringere

le mie riflessioni in un perimetro troppo ristretto, nella convinzione che, se non sarà già questa l'occasione, non ne mancherà una prossima nella quale la Corte sarà chiamata a decidere sulla concedibilità della liberazione condizionale in favore di tutti i condannati all'ergastolo per reati rientranti nel catalogo di cui all'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975.

La mancata collaborazione con la giustizia non può ragionevolmente radicare la presunzione assoluta circa il permanente collegamento con l'organizzazione criminale e dunque circa la perdurante pericolosità del condannato, determinando *in limine* l'inammissibilità della sua richiesta di accedere alla liberazione condizionale. Ciò che è irragionevole non è, in sé, la presunzione del mantenimento dei collegamenti con l'organizzazione criminale da parte del condannato non collaborante, quanto il fatto che essa «non possa essere vinta da prova contraria». Dunque la sua assolutezza, in ragione delle «sue conseguenze afflittive ulteriori», dell'impossibilità di «valutare il percorso carcerario del condannato», «di una specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza». Tali affermazioni, contenute nella sent. n. 253 del 2019, ben potrebbero porsi a sostegno di una pronuncia rivolta a trasformare la presunzione in esame da assoluta in relativa, superabile dunque da prova contraria. È qui, però, come nella appena richiamata sentenza, che si gioca molto circa la reale portata di un eventuale accoglimento.

È da ritenere che, anche nel nostro caso, la presunzione potrà essere contraddetta solo «a determinate e rigorose condizioni, dalla *formulazione di allegazioni contrarie* che ne smentiscono il presupposto». Se questo è stato affermato per la concessione dei permessi premio, non potrà che essere ribadito ove si ritenga di dover superare l'ostatività alla liberazione condizionale. Non basterà, in altri termini, la «sola regolare condotta carceraria» o la «mera partecipazione al percorso rieducativo» e nemmeno una «solo dichiarata dissociazione»; sarà necessaria anche la «acquisizione di altri, congrui e specifici elementi». Nella logica, nella motivazione e nel dispositivo della sent. n. 253 del 2019, questi elementi dovranno essere «tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti». E, come si legge nella motivazione della sentenza n. 253, di tali elementi grava sullo stesso condannato richiedente l'onere di fare specifica allegazione: è il detenuto a dover dimostrare di essere una persona diversa da quella che era al momento del commesso reato. L'apertura della Corte subisce così – come ho osservato altrove – un brusco contenimento, determinando una sostanziale inversione dell'onere probatorio, ulteriormente “rafforzato” allorché la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo o la Procura distrettuale rilevi l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (la determinazione del magistrato di sorveglianza richiede anche il vaglio delle relazioni della pertinente autorità penitenziaria e delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente). In tal caso – si legge nella sent. n. 253

del 2019 – «incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di *fornire veri e propri elementi di prova a sostegno*».

Occorre al riguardo considerare che per i condannati in regime di 41-*bis* la dichiarata attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata è in *re ipsa*, essendone proprio presupposto applicativo, il che dovrebbe comportare l'inaccessibilità ai benefici per il periodo nel quale è disposto. La Cassazione ha invece sostenuto che l'avvenuta applicazione di tale regime nei confronti di un detenuto «non può essere utilizzata, senza i necessari approfondimenti valutativi, per affermare *sic et simpliciter* che egli non possa usufruire dei permessi premio» (Cass. pen., Sez. I, sent. 10 ottobre 2016, n. 9660), per poi precisare, richiamando la sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale, che le istanze di permesso premio non possono *in limine* essere dichiarate inammissibili neppure per i detenuti in regime di 41-*bis* (in tal senso Cass. pen., Sez. I, sent. 8 giugno 2020, n. 21946, che ha annullato un'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Sassari, rinviando per un nuovo giudizio, proprio perché l'istanza del condannato non era stata esaminata nel merito). Quest'ultimo orientamento suscita più di una perplessità. Se il permesso premio (e, in prospettiva di un eventuale accoglimento dell'odierna questione, la liberazione condizionale) presuppone la valutazione di assenza di pericolosità sociale, la sua concessione potrebbe addirittura ritenersi concettualmente incompatibile con il regime di 41-*bis*, che è disposto dal Ministro della Giustizia, assunte tutte le informazioni necessarie (ovviamente anche dalla Direzione nazionale antimafia), qualora ricorrano gravi motivi di ordine e sicurezza e vi siano elementi tali da far ritenere la «sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva». Il provvedimento del Ministro che dispone la sospensione dell'applicazione delle normali regole di trattamento ha durata temporanea (quattro anni, con possibilità di proroghe biennali, subordinate, ovviamente, alla verifica della persistenza degli elementi che ne avevano legittimato l'adozione) e può formare oggetto di reclamo dinanzi al Tribunale di sorveglianza di Roma (cui l'art. 2, comma 25, della legge 15 luglio 2009, n. 94, attribuisce competenza esclusiva in materia). Nella vigenza del regime di 41-*bis*, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata deve dunque darsi per attestata, il che implicherebbe, ove si ritenga possibile la presentazione di un'istanza per l'ottenimento del permesso premio, l'automatica applicazione del rafforzamento dell'onere probatorio richiesta dalla sent. n. 253 del 2019 (fornire veri e propri elementi di prova a sostegno dell'assenza di quei collegamenti). Ma, ove il detenuto fosse in grado di fornire tali elementi, questi non dovrebbero essere preliminarmente proposti a sostegno di un reclamo per ottenere la revoca del provvedimento ministeriale? Per rispondere occorre ricordare che la concessione di un permesso premio espone al rischio di vanificare le prescrizioni del provvedimento ministeriale che impone una serie di cautele le quali, limitando in particolare i contatti con altre persone, sono rivolte a interrompere possibili

collegamenti (anche indiretti) con esponenti della criminalità organizzata. Non solo: la sede per valutare il venir meno della attualità dei collegamenti sarebbe surrettiziamente mutata rispetto alla prescrizione legislativa che la individua nel Tribunale di sorveglianza di Roma, per essere identificata, stante la richiesta di concessione del beneficio, nell'Ufficio di sorveglianza del territorio in cui la persona detenuta è reclusa. E come potrebbe conciliarsi la concessione del beneficio con l'eventuale rigetto di un contestuale o successivo reclamo della stessa persona rivolta ad ottenere la revoca del regime di 41-*bis*? Specie alla luce di questi ultimi argomenti, la soluzione più ragionevole mi sembra, allora, quella di ritenere che la concessione del permesso premio (e, in prospettiva, della liberazione condizionale) presupponga la revoca del provvedimento ministeriale, la sua mancata proroga ovvero la "declassificazione" del detenuto con passaggio ad altro circuito detentivo. Il che vorrebbe dire – per offrire una fotografia della realtà – che ove saltasse la preclusione contenuta nella norma censurata (non solo con riguardo ai condannati per reati di "agevolazione mafiosa" o commessi con utilizzo del "metodo mafioso) residuerebbero, comunque, 198 ergastolani "ostativi" (pari al numero di persone condannate in via definitiva all'ergastolo attualmente in regime di 41-*bis*, secondo i dati forniti dal DAP, aggiornati al 31 agosto 2020), la cui condizione non sarebbe però irreversibile, potendo mutare nei casi appena prima indicati ossia quando vengano meno gli elementi che abbiano fatto ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva.

Di là dalla specifica questione dei condannati in regime di 41-*bis*, l'eventuale presenza di relazioni delle autorità competenti che attestino l'attualità o il pericolo di ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, rende oggettivamente complesso l'accoglimento dell'istanza rivolta ad ottenere il permesso premio, già in sé problematico per la generale e presupposta inversione probatoria, prevista in ogni caso. E non credo che quest'ultima, solo perché richiesta nella motivazione e non esplicitata nel dispositivo della sent. n. 253, possa ritenersi incapace di imporsi con effetti *erga omnes*, perché, come scriveva Emilio Betti, «motivazione e dispositivo costituiscono [...] elementi dello stesso atto giuridico e formano tra loro un corpo unitario», in ossequio, peraltro, al «canone elementare della "totalità" della sentenza», quale esplicitazione del canone della totalità nell'interpretazione giuridica.

Proprio alla luce di tutti gli elementi qui descritti, all'esito di una prima lettura della sent. n. 253 del 2019, ho definito la trasformazione della presunzione da assoluta a semi-assoluta (piuttosto che relativa) e sinora i fatti sembrano dare ragione alla mia analisi. Se non erro, infatti, ad oggi sono stati concessi solo tre permessi premio ad altrettanti condannati per reati ostativi che possano dirsi "non collaboranti per scelta", rispetto ai quali peraltro le autorità competenti avevano affermato di non essere in possesso di elementi in grado di confermare o di escludere la persistenza di

collegamenti con la criminalità organizzata (Magistrato di sorveglianza di Sassari, provvedimento del 28 maggio 2020, che ha concesso un permesso premio di due giorni; Tribunale di sorveglianza di Perugia, ord. 16 luglio 2020, che ha concesso un permesso della durata giorni uno, con decorrenza dalle ore 8.00 e scadenza alle ore 20.00 della stessa giornata; Magistrato di sorveglianza di Lecce, provvedimento del 24 luglio 2020, che ha concesso un permesso premio di tre giorni; tale non è il caso, invece, del decreto, che avuto una certa attenzione mediatica, del Magistrato di sorveglianza di Padova del 17 luglio 2020, in quanto riguardante un condannato per il quale era stata accertata la collaborazione “impossibile”, che dunque avrebbe potuto usufruire del permesso già prima della decisione della Corte costituzionale e a prescindere da essa).

Un discorso non dissimile varrebbe, probabilmente, per le conseguenze dell’eventuale accoglimento, nei termini sopra specificati, dell’attuale questione, che determinerebbe un’apertura minima alla liberazione condizionale per i condannati all’ergastolo ostativo, lasciando in piedi il meccanismo della collaborazione con la giustizia quale “via maestra” per accedere alla stessa. Il che – come ho altrove scritto – è in un certo senso fisiologico, in quanto la collaborazione, se non garantisce inequivocabilmente la presa di distanza del condannato dal consesso criminale, lascia presumere un allentamento significativo del vincolo nella prevedibile forma della presa di distanza dell’associazione nei confronti del collaborante (oltre a rappresentare elemento da considerare nella valutazione della residua pericolosità sociale, secondo la linea indicata, tra l’altro, nella sent. n. 273 del 2001 della Corte costituzionale).

Peraltro, l’eventuale accoglimento dell’odierna questione restituirebbe coerenza ad un passaggio della sent. n. 253 del 2019, nel quale si sottolinea la rilevanza della concessione dei premissi premio a fini rieducativi, quali «primi spazi di libertà» (secondo quanto, d’altra parte, già affermato nella sent. n. 227 del 1995, preceduta dalla considerazione di essi quali strumenti per un «iniziale reinserimento del condannato nella società», espressa nella sent. n. 188 del 1990). Attualmente, per l’ergastolano ostativo il permesso premio sembra, invece, assumere rilievo solo per il mantenimento o il ristabilimento delle relazioni con la famiglia, non già in una dimensione di reinserimento sociale, la quale richiederebbe di essere agganciata ad una non impossibile, ancorché difficile (improbabile) prospettiva di liberazione.

7. Tale eventuale assetto, determinato da una decisione di accoglimento nei termini sopra descritti, potrebbe soddisfare quanto richiesto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo? La domanda merita una risposta anche in ragione del fatto che, diversamente da quanto accaduto per le questioni decise con la sent. n. 253 del 2019, la violazione dell’obbligo internazionale di cui all’art.

3 CEDU è ora dedotta per il tramite dell'invocazione quale parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.

A ben vedere la giurisprudenza europea richiede, come si è già sottolineato, che la pena dell'ergastolo sia *de iure* e *de facto* comprimibile, pretendendo che l'equilibrio tra le esigenze di punizione, dissuasione, difesa sociale e reinserimento sociale sia dinamicamente ricercato nell'evoluzione dell'esecuzione della pena (in tal senso la citata sentenza *Vinter*). Anche se vi è il rischio che la pena dell'ergastolo sia scontata integralmente, ciò che rileva è che il sistema dello Stato membro preveda la possibilità di un riesame della pena, consentendo che essa sia commutata o sospesa ovvero prevedendo la concessione della liberazione condizionale, secondo le determinazioni poste da ciascun ordinamento. Se però, inizialmente, sembrava sufficiente la presenza nel sistema di misure discrezionali del potere politico o della grazia presidenziale (Corte Edu, sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris* contro *Cipro*), la giurisprudenza europea si va sempre più orientando verso la necessità di una previsione legale che consenta il riesame della pena perpetua, permettendo alle «autorità nazionali di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione» (sent. *Vinter*, ove si afferma significativamente che l'ergastolano ha diritto di sapere, sin dall'inizio della sua pena, quando e come il riesame della stessa potrà essere richiesto, secondo una procedura – si legge nella sent. *Trabelsi* contro *Belgio* del 4 settembre 2014 – fondata su «criteri oggettivi e prestabiliti» che consentano di apprezzare i progressi “trattamentali” della persona detenuta). La stessa sentenza *Viola* sembra però ancora ammettere un margine di apprezzamento statale significativo nel perseguimento delle finalità di prevenzione generale e di protezione della collettività, al fondo ritenendo che la violazione dell'art. 3 CEDU possa essere evitata soltanto facendo applicazione del principio già espresso nella sentenza *Pantano* contro *Italia* del 6 novembre 2003, per cui «una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata, in particolare quando non è assoluta, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria». È qui che viene in rilievo l'argine della dignità umana, imponendo un impegno statale nella prospettiva del reinserimento del detenuto, che non potrebbe essere privato della sua libertà «senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà». In particolare, non può escludersi che la “dissociazione” possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia, ma il regime probatorio richiesto per la sua valutazione non può che essere rimesso alla determinazione statale.

Ebbene, nel suo “contenuto essenziale”, la sent. n. 253 del 2019 rispetta le condizioni minime richieste dalla Corte EDU e altrettanto potrebbe dirsi per un'analogia decisione assunta con riguardo alla questione della preclusione alla concessione della liberazione condizionale. Al fondo, una

simile decisione garantirebbe che la presunzione di pericolosità che si lega alla mancata collaborazione non possa essere considerata “inconfutabile”. Basti sul punto ricordare che a seguito della sent. *Vinter* la Corte europea ha ritenuto il sistema inglese conforme alla Convenzione, ancorché la liberazione anticipata per gli ergastolani sia ammessa solo in circostanze eccezionali e «*on compassionate grounds*», costituendo, secondo la locale giurisprudenza, un evento anomalo (Corte EDU, Grande Camera, sent. 17 gennaio 2017, *Hutchinson* contro *Regno Unito*).

Se così stanno (o stessero) le cose, sarebbe persino possibile che la questione della compatibilità con l’art. 117, primo comma, Cost, sia assorbita da un accoglimento fondato esclusivamente sugli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. Non escluderei questa ipotesi, anche perché dalle citate disposizioni costituzionali è ben possibile ricavare quello che definirei come il diritto del detenuto ad un’esecuzione di una pena non disumana, espressione di quel principio del rispetto della dignità della persona umana che trova fondamento tanto nella Costituzione italiana quanto nella CEDU. Come ho altrove sostenuto e qui non ho modo di compiutamente dimostrare, la posizione che prediligo è quella per cui l’art. 117, primo comma, Cost. dovrebbe essere evocato, e comunque essere «autonomamente» preso in considerazione dalla Corte costituzionale, soltanto quando la violazione addotta non sia specificamente riferibile ad altro parametro costituzionale, sia pure interpretato evolutivamente o estensivamente alla luce degli «obblighi internazionali» assunti dallo Stato (si tratta di una linea poi seguita dalla Corte costituzionale nella sent. n. 278 del 2013). Ciò non vuol dire che la Corte non debba prendere in considerazione quanto sancito nella normativa internazionale pattizia, potendo anzi questa essere richiamata a sostegno di una certa interpretazione del parametro anche quando non evocata dal remittente (o, nel caso del giudizio in via principale, dal ricorrente), come d’altra parte accadeva prima della riforma del Titolo V e come talora avvenuto anche dopo la riforma.

Il limite di cui all’art. 117, primo comma, Cost. dovrebbe, insomma, intendersi come «residuale», concretamente evocabile o comunque utilizzabile quale autonoma ragione della dichiarazione di incostituzionalità, solo ove il vincolo da esso discendente non sia ricavabile da altro disposto costituzionale e sempre che il suo rispetto non sia «causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall’ordinamento interno», ma, viceversa, costituisca «strumento efficace di ampliamento della tutela stessa» (Corte cost., sentt. nn. 317 del 2009 e 264 del 2012). Entro questi limiti e nello spirito di una «integrazione delle tutele» che tenga conto delle esigenze sistemiche, ben può aprirsi quel confronto prefigurato dalla nostra Corte «tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali», effettuato «mirando alla massima espansione delle garanzie» (sent. n. 264 del 2012), «anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetti i medesimi diritti» (sent. n. 317 del 2009). Ad

essere valorizzata sarebbe la portata degli apporti sovranazionali (normativi e giurisprudenziali) per il tramite privilegiato dell'interpretazione costituzionale, nella logica di un completamento reciproco tra Carte dei diritti e Costituzioni nazionali, che non pregiudichi il primato di queste ultime.

8. Vi è però un passaggio della sentenza *Viola* che potrebbe contribuire a far maturare nella Corte italiana un diverso orientamento quanto alla possibile tecnica decisoria da impiegare. La Corte europea ha sottolineato come la questione dell'ergastolo ostativo determini un «problema strutturale», che «impone allo Stato di attuare, di preferenza per iniziativa legislativa, una riforma del regime della reclusione dell'ergastolo». Il nostro sistema prevede, come noto, che il controllo di legittimità della Corte costituzionale escluda «ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» (art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87), ancorché tale limite sia stato ritenuto nei fatti meno penetrante, specie nella giurisprudenza più recente, caratterizzata da manipolazioni talora significative dei testi normativi per conseguire il risultato della loro conformità a Costituzione. La Commissione parlamentare antimafia ha elaborato il 20 maggio 2020 una relazione sull'istituto di cui all'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975, nella quale, prendendo atto dei contenuti della sent. n. 253 del 2019, si sottolinea, tra l'altro, l'opportunità di coordinare il disposto normativo con le recenti pronunce della Corte costituzionale e «con l'aggiunta del beneficio della liberazione condizionale».

Tenendo conto di tutti questi elementi, che inducono a rendere auspicabile un intervento legislativo tale da garantire la ricerca di un bilanciamento ragionevole tra le esigenze in gioco, non potrebbe escludersi il ricorso alla già praticata tecnica dell'ordinanza collegiale e motivata di rinvio della trattazione della questione, al fine di consentire l'esercizio della funzione legislativa, pur entro linee direttive enucleate dalla Corte (v. ordd. nn. 207 del 2018 e 249 del 2019). L'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.

Vi è però da ribadire che soltanto un intervento legislativo permetterebbe di mettere in campo soluzioni diverse da quelle già indicate dalla Corte costituzionale nella sent. n. 253. Ciò vale, anzitutto, per l'ipotesi, da alcuni suggerita, di sostituire la prova negativa circa l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata con una prova in positivo a seguito di attività istruttoria della magistratura di sorveglianza (nella proposta del Tavolo 16 degli Stati generali sull'esecuzione penale si prevedeva il capovolgimento dell'attuale formulazione dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, della

legge n. 354 del 1975: «salvo che siano stati acquisiti elementi tali *da far ritenere sussistenti* attuali collegamenti...» anziché «purché siano stati acquisiti elementi tali *da escludere* l'attualità dei collegamenti...»); così come per la proposta di valorizzare, in caso di mancata collaborazione, la tenuta di condotte riparative in favore delle vittime del reato (sempre contenuta nella relazione del predetto Tavolo 16). A maggior ragione, l'intervento legislativo sarebbe necessario per le seguenti, più ambiziose, proposte, che invero paiono lontane dalla realtà nelle attuali condizioni politico-istituzionali (non si dimentichi che il Parlamento ha di recente approvato una riforma che esclude l'applicabilità del rito abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo: legge 12 aprile 2019, n. 33): eliminazione del requisito della collaborazione come condizione per l'accesso privilegiato ai benefici penitenziari (che sarebbe condizionato esclusivamente alla verifica dell'assenza di attuali legami con la criminalità organizzata); radicale superamento del sistema a doppio binario, con l'abolizione dell'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975; abolizione dell'ergastolo e sua sostituzione con una pena a data certa.

Peraltro, un accoglimento della questione potrebbe indurre, come già da alcuni auspicato a seguito della sent. n. 253 del 2019 (si veda la citata relazione della Commissione parlamentare antimafia), ad una riforma dei meccanismi processuali riguardanti la concessione dei c.d. benefici penitenziari al dichiarato fine di assicurare omogeneità, se non uniformità, di valutazione. Il mio timore è, però, che riforme in tal ambito possano mettere in discussione il principio della prossimità del giudice rispetto al condannato, fondamentale nel contesto dell'esecuzione penale, il quale richiede e presuppone la conoscenza del percorso trattamentale del singolo detenuto. In particolare, accentrare in un'unica sede i giudizi che riguardano le richieste dei c.d. benefici per i condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* sarebbe un non senso anche per l'inevitabile aggravio di lavoro che ne discenderebbe. Valutazione questa che riguarderebbe sia l'eventuale scelta di accentramento del giudizio di appello sia, a maggior ragione, una proposta che sia rivolta a distinguere le richieste dei condannati per reati di cui all'art. 4-*bis*, da trattare "territorialmente" solo ove non si traducano in istanze riguardanti i c.d. benefici (con una sorta di bizzarro "doppio binario" processuale). Una tale deroga agli ordinari criteri di riparto della competenza giurisdizionale sarebbe quanto meno irragionevole oltre che espressiva di una immotivata diffidenza nei confronti della magistratura di sorveglianza operante a livello locale. Semmai si potrebbe valutare l'opportunità di investire da subito il locale Tribunale di sorveglianza sull'istanza per la concessione del beneficio avanzata dal condannato per reati di cui all'art. 4-*bis*, al fine di assicurare una ponderazione collegiale sulla stessa, sottraendola alla sede monocratica. Ma si tratterebbe di valutare con attenzione la praticabilità di tale strada anche in ragione della consistenza e della distribuzione dell'organico nel territorio, nonché del presumibile incremento del carico di lavoro determinato dalle istanze che

potrebbero seguire all'apertura determinata dall'eventuale accoglimento dell'attuale questione, nonché, già, dalla sent. n. 253 del 2019.

9. Vengo ora a qualche considerazione più specifica relativa all'istituto della collaborazione, senz'altro strumentale ad ottenere informazioni utili alle esigenze investigative, e alle sue implicazioni in ambito penitenziario. Tenuta in debita considerazione la gravità e la peculiarità dei reati legati alla criminalità organizzata, sarei portato a dire che la collaborazione con la giustizia ben possa radicare, ai fini dell'art. 176 cod. pen., una presunzione di "ravvedimento", così come la mancata collaborazione una presunzione di "non ravvedimento". Tali presunzioni devono però essere sempre superabili (in quanto relative), in un senso e nell'altro: la collaborazione non è, in sé, indice di "sicuro ravvedimento", così come la non collaborazione non può essere indice di "sicuro non ravvedimento" (sembra ammetterlo la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 306 del 1993). La collaborazione può essere meramente opportunistica, la non collaborazione può essere dovuta a ragioni varie, dall'innocenza del condannato, ipotesi che non può realisticamente essere scartata, al timore di ritorsioni nei suoi confronti o dei suoi affetti. Anche se pure quest'ultimo argomento non può essere enfatizzato, perché il sistema italiano offre speciali misure di protezione, estese ai familiari e solitamente apprezzate quanto a efficacia ed efficienza, che possono tradursi in un programma speciale di protezione che comprende il cambiamento delle generalità del collaborante e forme di sostegno al reddito. Ciò, comunque, nella consapevolezza – che merita di essere ribadita e che è stata espressa anche nel citato *Amicus Curiae* dell'Organizzazione "L'Altro Diritto" – che l'inserimento nel programma di protezione comporta un'inevitabile e significativa compressione della libertà e dell'autonomia non del solo condannato, ma anche di persone incolpevoli appartenenti al suo nucleo familiare.

Particolarmente delicata resta la questione di come superare la presunzione di non ravvedimento conseguente alla mancata collaborazione. Forse la soluzione offerta nella sent. n. 253 del 2019, nella parte in cui si riferisce al pericolo di ripristino (e non solo all'attualità) dei collegamenti con la criminalità organizzata, può apparire eccessiva (anche se tratta dalla giurisprudenza di legittimità in tema di collaborazione impossibile o inesigibile: Cass. pen., Sez. I, sent. 12 ottobre 2017, n. 77044; sent. 8 luglio 2019, n. 29869; sent. 13 agosto 2019, n. 36057), specie ove riferita alla posizione di condannati per reati che non presuppongano propriamente l'affiliazione all'organizzazione criminale. Forse per questi ultimi la presunzione potrebbe essere resa meno stringente, ammesso che lo non sia già nei fatti. Il profilo del capo clan (che peraltro, di solito, resta in regime di 41-bis anche a distanza di tempo dal commesso reato o dalla condanna) o dell'affiliato è ben diverso da quello di chi abbia agevolato l'associazione o si sia avvalso del metodo mafioso, come d'altra parte

affermato dalla stessa Corte costituzionale con riferimento alle presunzioni di pericolosità per l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere (sentt. nn. 57 del 2013 e 48 del 2015). Sia consentito al riguardo ricordare, per inciso, come la predetta giurisprudenza costituzionale abbia rilevato l'irragionevolezza di presunzioni assolute che determinino, nella fase cautelare, la limitazione di un diritto fondamentale della persona (indicazioni non dissimili, con riferimento alla violazione dell'art. 5 CEDU, provengono dalla Corte di Strasburgo: sent. *S.B.C. contro Regno Unito* del 19 giugno 2001; sent. *Boicenco c. Moldavia* dell'11 luglio 2006), secondo un argomento ritenuto valido, a maggior ragione, nella fase dell'esecuzione della pena, per il ruolo centrale ivi assunto dal «trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere» (di nuovo sent. n. 253 del 2019).

Tornando al punto che stavamo approfondendo, in base ai dati di esperienza, i vincoli operativi e di omertà e anche il livello di pericolosità del “partecipe” sembrano assumere una diversa consistenza rispetto a quelli dell’“estraneo”, che si è reso responsabile di reati di “contesto mafioso” pur non avendo legami strutturali con il sodalizio criminale. È qui che, forse più con un auspicabile intervento normativo che non attraverso una pronuncia della Corte costituzionale, si potrebbe introdurre, con riguardo alla posizione dell’“estraneo”, la prova in positivo in luogo della prova negativa, non precludendo, anche in assenza di collaborazione, l'accesso alla liberazione condizionale “*salvo che siano stati acquisiti* elementi tali da far ritenere sussistenti attuali collegamenti con la criminalità organizzata o il pericolo del loro ripristino”; per il “partecipe”, viceversa, tale accesso resterebbe possibile “*allorché siano stati acquisiti* elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti”.

Dovrebbe, comunque sia, essere tenuta per ferma la perdurante rilevanza dell'accertamento della impossibilità o della inesigibilità della collaborazione pure ove sia ammessa, alle stringenti condizioni indicate, la possibilità della concessione della liberazione condizionale a favore di chi sia “non collaborante per scelta”. Il descritto regime probatorio per accedervi dovrebbe valere soltanto per quest'ultimo, altrimenti introducendosi un paradossale aggravamento delle condizioni per l'ottenimento a carico di chi non abbia collaborato perché non ha potuto farlo, stante la sua limitata partecipazione al fatto criminoso o per l'ormai intervenuto integrale accertamento delle circostanze e delle responsabilità ad esso connesse. In tal senso pare orientarsi, con riguardo alla concessione dei permessi premio e non senza iniziali esitazioni (in particolare, Cass. pen. Sez. I, 14 gennaio 2020, n. 3309), la giurisprudenza di legittimità che opportunamente afferma la perdurante operatività, pur dopo la sent. n. 253 del 2019, degli istituti della collaborazione impossibile o inesigibile, proprio in ragione del fatto che il loro accertamento «consente di circoscrivere la

dimostrazione probatoria al parametro della “esclusione di attualità dei collegamenti”», senza coinvolgere quello “aggiuntivo” e più complesso da dimostrare della «assenza del pericolo di ripristino di tali collegamenti», che interessa, perciò, solo il “non collaborante per scelta” (Cass. pen, Sez. I, 12 dicembre 2019, n. 10551; 28 gennaio 2020, n. 5553; si vedano anche, pure con diverso percorso argomentativo, Cass. pen, Sez. I, 21 febbraio 2020, nn. 12554 e 12555).

Ad ogni modo, anche per il “non collaborante per scelta” non potrebbe essere in nessun caso aprioristicamente esclusa, ai fini della concessione della liberazione condizionale, la rilevanza del concreto percorso di esecuzione della pena. Rendere la presunzione superabile da prova contraria, significherebbe restituire al giudice la possibilità di valutare il processo di risocializzazione, insieme a tutti gli altri elementi che possano assumere rilievo per comprovare il definitivo allontanamento dalla criminalità organizzata. Da sola, però, la positiva partecipazione al c.d. percorso trattamentale non basta, come si vorrebbe in base alla retorica, non priva di connotazione paternalistica, che vuole il buon detenuto di oggi buon cittadino di domani (non a caso, l’art. 27 del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, recante il Regolamento di esecuzione dell’ordinamento penitenziario, prevede una più complessa «osservazione scientifica della personalità», che va ben al di là della mera considerazione della “buona condotta”). Non basta nell’ottica di un bilanciamento che, specie ove riferito al fenomeno della criminalità organizzata, non può che attribuire un peso particolarmente consistente alle esigenze di difesa sociale, che ben possono giustificare limitazioni anche al perseguimento della stessa finalità rieducativa.

Ci rassicura, però, il fatto che l’affermata prevalenza di una specifica esigenza (la difesa sociale) non può spingersi oltre il punto di estrema tensione che determini la completa compromissione del valore in conflitto (la rieducazione), perché è proprio tale superamento che espone le prescrizioni che lo determinano a essere dichiarate costituzionalmente illegittime. Si ricordi che la Corte costituzionale ammette che il legislatore possa dare la preferenza, di volta in volta, all’una o all’altra finalità della pena (escludendo una gerarchia statica e assoluta tra le stesse), ma «a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» (sent. n. 306 del 1993), precisando, in particolare, che «l’opzione repressiva» non può mai «relegare nell’ombra il profilo rieducativo» (sent. n. 257 del 2006). Ebbene, la norma censurata si pone fuori da questa logica, provocando proprio il travalicamento di quel confine, il completo sacrificio dell’esigenza rieducativa, che costituisce finalità propria della pena, addirittura l’unica espressamente menzionata nell’art. 27, terzo comma, Cost.

10. In questo senso e in questi limiti la questione ora all’esame della Corte sembra segnata dalla *ratio decidendi* della sent. n. 253 del 2019. Come giustificare per l’accesso alla liberazione

condizionale una tipologia di presunzione diversa da quella delineata per la concessione del permesso premio? L'unificante universo dell'esecuzione della pena sembra proprio imporre l'allineamento del sistema che la questione sollevata dalla Cassazione propone di realizzare.

Si tratta, ora, di portare a compimento quanto si ricava dalla stessa giurisprudenza costituzionale, avendo consapevolezza che la «personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato» (sent. n. 149 del 2018) e che il principio rieducativo caratterizza ontologicamente la pena, «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» (sent. n. 313 del 1990). Le premesse per questo necessario svolgimento possono persino trarsi dalla nota affermazione, contenuta nella sent. n. 204 del 1974, per cui il condannato ha diritto a che «il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al fine rieducativo»; considerazione che poi ha costituito la ragione principale dell'immediatamente successivo rigetto della questione di costituzionalità riguardante l'ergastolo comune, ritenuto non incompatibile con la Costituzione proprio in virtù della presenza nel sistema dell'istituto della liberazione condizionale, il quale consente «l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel consorzio civile», secondo quanto previsto dall'art 176 cod. pen., sul punto allora modificato dall'art. 2 della legge 25 novembre 1962, n. 1634 (sent. n. 264 del 1974 e poi sent. n. 274 del 1983; pure la giurisprudenza europea considera la presenza di tale istituto quale fattore da prendere in considerazione per apprezzare la compatibilità di una pena perpetua con l'art. 3 CEDU, come ad esempio accaduto nella sent. 29 aprile 2008, *Garagin contro Italia*). Come poi è stato ribadito e ulteriormente chiarito, la «liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo» (sent. n. 161 del 1997, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, primo comma, cod. pen., nella parte in cui non prevedeva che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui fosse stata revocata la liberazione condizionale, potesse nuovamente fruirne in presenza dei richiesti presupposti; i contenuti di questa decisione sono stati opportunamente valorizzati nell'*Amicus Curiae* depositato presso la Corte costituzionale dal “Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità”).

Si potrà discutere tale ultima affermazione, come molti hanno fatto, poiché dire che la pena dell'ergastolo è in tanto conforme a Costituzione (*de iure*) in quanto sia in concreto riducibile (*de facto*) può significare ammettere, che in sé, *de iure*, quella sanzione è costituzionalmente inammissibile. Ma dovrebbe essere almeno certo, per ciò che interessa in questa sede, che essa implichi l'incostituzionalità di preclusioni che rendano la pena perpetua *de facto* non riducibile, senza che, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale ed europea qui solo parzialmente

richiamata, possa assumere rilievo ancora decisivo il fatto che la “scelta” del condannato nella decisione di non collaborare possa cambiare nel tempo. Quel cambiamento potrà rendere meno difficile o improbabile l’accesso alla liberazione condizionale, sempre che non si ravvisi l’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e a condizione che siano presenti gli altri elementi, più volte richiamati, che consentano un positivo giudizio prognostico circa la futura condotta di vita del condannato nel contesto sociale.

Il discorso sulla collaborazione come “scelta” potrebbe peraltro essere agevolmente ribaltato: se il detenuto *deve* collaborare perché sia esaminata una sua possibile liberazione, la *scelta*, a quei fini, non sarebbe più tale, perché la collaborazione finirebbe per essere *imposta*, con coartazione della libertà di autodeterminazione o della libertà morale del condannato, esposto anche al rischio dell’auto-incriminazione in spregio al principio del *nemo tenetur se detegere*, la cui operatività, come si legge nell’*Amicus Curiae* presentato dalla “Associazione Antigone”, non può certo dirsi confinata alla sede cautelare. L’accoglimento della questione attenuerebbe pure questa frizione, impedendo che la mancata collaborazione determini in sé l’inasprimento sanzionatorio più radicale che discende dalla qualificazione dell’immutabilità della pena perpetua.

In tal modo si restituirebbe anche all’ergastolano ostativo quel “diritto alla speranza” di cui oggi molti parlano, seguendo la scia della giurisprudenza europea, o, forse meglio, si attribuirebbe un peso rilevante al concetto di *fiducia* pure nell’ambito dell’esecuzione della pena. È la fiducia che è tradita dalla commissione del reato, che determina sempre una lacerazione più o meno grave del legame sociale. È alla restaurazione del legame sociale che la pena deve tendere, è alla ricostruzione della fiducia originariamente tradita che può ambire. Ove quel risultato sia raggiunto la presunzione di mancato ravvedimento legata alla non collaborazione del condannato deve poter essere superata. Se il fine della pena è perseguito ad esso dovrebbe corrispondere la fine della pena. L’ergastolo ostativo preclude proprio che ciò accada, rendendo la pena perpetua «pena di morte diluita giorno per giorno», come ha scritto Francesco Carnelutti. Al titolo di un suo saggio – *La pena dell’ergastolo è costituzionale?* – mi sono voluto ispirare, adattandolo alla trattazione del tema della pena effettivamente perpetua. *L’ergastolo ostativo è costituzionale?* La mia risposta è ovviamente negativa. L’ergastolo ostativo è costituzionalmente, convenzionalmente e umanamente intollerabile.