

## L'ERGASTOLO OSTATIVO È COSTITUZIONALE? RELAZIONE INTRODUTTIVA

di MARCO RUOTOLO\*

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. 253/2019 – 7. *Incursus*: la particolare posizione dei condannati in regime di 41-*bis* – 8. Da una presunzione assoluta a una presunzione “semi-assoluta”? – 9. Una soluzione compatibile con la giurisprudenza di Strasburgo? – 10. Una possibile alternativa decisoria, per consentire l'intervento del legislatore – 11. Tra collaborazione, ravvedimento e rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata. Le aporie dell'attuale sistema – 12. L'incostituzionalità della «pena di morte diluita giorno per giorno».

1. Ringrazio per l'invito gli organizzatori del 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<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. 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

---

\* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Roma Tre.*

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Mi limito a richiamare M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino 2002, e ID., *Dignità e carcere*, II ed., Editoriale Scientifica, Napoli 2014. Aggiungo, per il fatto di riferirsi specificamente alla giurisprudenza costituzionale riguardante i diritti nell'esecuzione penale, la relazione che ho svolto in occasione del Convegno organizzato dalla Corte costituzionale per la celebrazione dei sessant'anni della sua attività: M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Atti del Convegno svolto in Roma, nei Palazzi del Quirinale e della Consulta, il 19 e 20 maggio del 2016, Giuffrè, Milano 2017, 527 ss. (la relazione è disponibile anche nella *Rivista della Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)).

nostro Seminario, saldamente ancorata alla specifica questione di legittimità costituzionale e perimetrata attorno alle argomentazioni offerte dalla Cassazione.

L'oggetto della questione 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 l'«obbligo internazionale» di cui all'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 contro 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 per liberazione anticipata, ormai computati nel periodo di pena espiata (per un totale di più di 27 anni)<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Ciò 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. 274/1983 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).

<sup>4</sup> Dati aggiornati al 1° settembre 2020, forniti dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale nel suo *Amicus Curiae* depositato l'8 settembre 2020 presso la Corte costituzionale e reperibile all'indirizzo [www.amicuscuriae.it](http://www.amicuscuriae.it). I numeri (e la relativa percentuale) potrebbero scendere ove si consolidasse l'orientamento giurisprudenziale, di recente inaugurato dal Tribunale di sorveglianza di Firenze con l'ordinanza 3 novembre 2020, n. 3341, secondo il quale la preclusione esaminata non opera ove i fatti per i quali si è subita sentenza di condanna siano stati commessi antecedentemente alla normativa che l'ha introdotta (così valorizzando un'affermazione contenuta nella sent. n. 32/2020 della Corte costituzionale, in quanto anche le norme disciplinanti l'esecuzione della pena, ove determinanti una trasformazione della pena o incidenti sulla libertà personale, sarebbero soggette al principio di irretroattività di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.). Nel caso di specie, riguardante un condannato “ostativo”, “non collaborante per scelta”, per fatti commessi nel 1990 (dunque prima dell'introduzione del requisito della collaborazione con la giustizia nel testo dell'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975, operato con l'art. 15, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 1992, n. 356), la liberazione condizionale è stata così concessa in ragione del rilevato “sicuro ravvedimento”, «considerata l'irreprensibile condotta, la piena revisione critica del fatto, il buon esito dei permessi premio, usufruiti per lungo tempo anche nei luoghi di origine di commissione dei reati, l'attuale fruizione regolare di semilibertà e, infine, la natura e il tipo del percorso esterno elaborato dagli operatori penitenziari». Su tale vicenda vedi, in questo stesso volume, M. PASSIONE, *La pena è nota. (A proposito di un'innovativa ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Firenze)*.

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, con cui egli entrò in conflitto con la commissione dei reati per i quali ebbe a subire la sanzione penale»<sup>5</sup>. 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”<sup>6</sup>. Si tratta di ipotesi la cui considerazione si è imposta a seguito di puntuali pronunce della Corte costituzionale<sup>7</sup>, 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”»<sup>8</sup>. Solo successivamente il legislatore le ha espressamente contemplate, modificando sul punto l’art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975<sup>9</sup>.

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<sup>10</sup>. Cercherò di affrontarli con particolare attenzione ad ogni loro implicazione, come è d’obbligo per una

---

<sup>5</sup> Così Cass. pen., Sez. I: sent. 24 aprile 2007, n. 18022; sent. 4 febbraio 2009, n. 9001; sent. 17 luglio 2012, n. 34946.

<sup>6</sup> 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 sia stato diverso da quello voluto da uno dei concorrenti.

<sup>7</sup> Sentt. nn. 306/1993, 357/1994, 68/1995.

<sup>8</sup> Corte cost., sent. n. 89 del 1999.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> La traccia, disponibile sul sito [www.amicuscuriae.it](http://www.amicuscuriae.it), è pubblicata anche in questo *Volume*.

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 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 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 (come avviene quando si debba valutare la richiesta di collaborazione inesigibile o impossibile)<sup>11</sup>. 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»<sup>12</sup>.

Quanto sin qui illustrato potrebbe tradursi nell'affermazione dell'assenza di rilevanza della questione, poiché la decisione nel merito della Corte non sarebbe

---

<sup>11</sup> Ai fini dell'accertamento della inesigibilità o impossibilità della collaborazione, la Cassazione ha più volte ritenuto, infatti, 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.

<sup>12</sup> Ho riportato testualmente quanto compreso all'inizio del *Considerato in diritto* dell'ordinanza di rimessione.

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 siano 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»<sup>13</sup>. Il che assume particolare rilievo con riguardo alla concessione dei benefici penitenziari<sup>14</sup>, 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<sup>15</sup>.

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. 253/2019, riguardante la possibilità di concedere

---

<sup>13</sup> Sent. n. 361/1994.

<sup>14</sup> V., ad es., Cass. pen., Sez. I, sent. 18 marzo 2009, n. 15954, e, già, Cass., Sezioni Unite, sent. 30 giugno 1999, n. 14.

<sup>15</sup> In sostanza, in applicazione del principio dello scioglimento del cumulo, la parte di pena espiata (comprensiva di quella subita a titolo cautelare e dei giorni di liberazione anticipata che siano stati maturati) va attribuita ai reati ostativi alla concessione del beneficio richiesto (c.d. scorporo). Cfr. Cass. pen., Sez. I: sent. 22 marzo 1999, n. 613; sent. 14 novembre 2001, n. 45735; sent. 12 giugno 2006, n. 14563. Nel nostro sistema è prevista una specifica eccezione normativa al principio dello scioglimento del cumulo (il che conferma, indirettamente, come lo stesso, ancorché di creazione giurisprudenziale, abbia ormai assunto valenza di principio generale): esclusivamente al fine dell'applicazione del regime della sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario, l'art. 41-*bis*, comma 2, della legge n. 354 del 1975, stabilisce, infatti, che, «in caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-*bis*».

permessi premio ai condannati per reati ostativi, ove la Corte afferma perentoriamente, richiamando tra l'altro la sent. n. 170/2019, 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»<sup>16</sup>, 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. 135/2003 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. 253/2019, 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<sup>17</sup>; la richiamata sentenza *Viola* della Corte EDU, che subordina la compatibilità convenzionale della normativa nazionale alla condizione 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<sup>18</sup>, 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 della Grande Camera della Corte EDU del 9 luglio 2013, *Vinter e altri* contro *Regno Unito*, 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. 149/2018 della Corte costituzionale, con la quale è stata

---

<sup>16</sup> Come si legge nella sent. n. 253/2019; si veda, già, sent. n. 148/1983.

<sup>17</sup> Analoga preclusione è stata poi rimossa integralmente a favore dei condannati minorenni a pena temporanea dalla sent. n. 263/2019, 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. 168/1994 è vietata l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile.

<sup>18</sup> Per un'analisi della giurisprudenza rilevante della Corte EDU si veda, in particolare, V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Atti del Seminario di Ferrara del 27 settembre 2019, in *Forum dei Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 10/2019 ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 15 ss.

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<sup>19</sup>. Tale rigida preclusione temporale è ritenuta incompatibile con l'esigenza di assicurare «progressività trattamentale e flessibilità»<sup>20</sup>, che discende dai principi di proporzione e individualizzazione della pena<sup>21</sup>: «la personalità del condannato – scrive la Corte nella sent. n. 149/2018 – 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»<sup>22</sup>.

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, a mio avviso 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. 135/2003 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 Cost.,

---

<sup>19</sup> Nella sent. n. 149/2018 la dichiarazione di illegittimità costituzionale è stata estesa, in via consequenziale, alla fattispecie di sequestro di persona a scopo di terrorismo e di eversione. Con la successiva sent. n. 229/2019, la Corte ha adottato analoga decisione per tutte le richiamate fattispecie anche con riguardo ai condannati a pene detentive temporanee.

<sup>20</sup> Secondo quanto già affermato nella sent. n. 255/2006.

<sup>21</sup> Nella sent. n. 149/2018 la Corte ricorda il proprio orientamento che indica «come criterio "costituzionalmente vincolante" quello che esclude "rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso" nella materia dei benefici penitenziari (sentenza n. 436 del 1999)».

<sup>22</sup> *Relazione al Parlamento 2020*, disponibile sul sito [www.garantenazionaleprivatiliberta.it](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it)



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 traggo dalla sent. n. 236/2016, in tema di dosimetria della pena per i delitti di alterazione di stato, che fa seguito a un'ordinanza di manifesta infondatezza, la n. 106/2007, 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 Cost.; nell'attuale è l'art. 3 (oltre, come detto, l'art. 117, primo comma) che si aggiunge all'art. 27, terzo comma, Cost.

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. 253/2019 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 decisione sul caso *Viola* non è sentenza "pilota", né pronuncia 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<sup>23</sup>, 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. 49/2015 della Corte costituzionale<sup>24</sup>. La pronuncia appena citata della Corte costituzionale è quella in cui 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»<sup>25</sup>. 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

---

<sup>23</sup> Disciplinata dall'art. 61 del Regolamento della Corte EDU, entrato in vigore il 21 febbraio 2001.

<sup>24</sup> Gli *Amici curiae* richiamati nel testo sono reperibili in apposita sezione del sito [www.amicuscuriae.it](http://www.amicuscuriae.it)

<sup>25</sup> In linea anche le successive ord. n. 187/2015 e sent. n. 43/2018.

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<sup>26</sup>) 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*). Seguendo analogo percorso argomentativo, la Corte potrebbe addirittura pervenire ad una decisione di inammissibilità, anche questa accompagnata presumibilmente da un monito al legislatore, in quanto la questione coinvolgerebbe «scelte di politica criminale», ossia un settore «caratterizzato [...] da una discrezionalità del legislatore particolarmente ampia riguardo al bilanciamento dei diversi interessi contrapposti»<sup>27</sup>. Si tratterebbe, però, di pronuncia in contro tendenza rispetto al più recente orientamento giurisprudenziale, contrassegnato dall'ispirazione a «una sempre maggiore garanzia della libertà personale e dei principi costituzionali che delineano il “volto costituzionale del sistema penale”»<sup>28</sup>, che ha condotto a una dilatazione del controllo di costituzionalità anche in tale ambito<sup>29</sup>. Ad ogni modo, entrambe le

---

<sup>26</sup> Esigenze alle quali la disciplina dell'art. 4-*bis* attribuisce rilievo senz'altro preminente, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 239/2014, ove peraltro si ribadiscono le preoccupazioni per la «tendenza alla configurazione normativa di “tipi di autore”, individuati sulla base del titolo astratto del reato commesso, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita” (sent. n. 306/1993)».

<sup>27</sup> Sent. n. 223/2015. In questa decisione, la Corte ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata, in riferimento agli artt. 3, primo e secondo comma, e 24, primo comma, Cost., sull'art. 649, primo comma, cod. pen., nella parte in cui esclude la punibilità dei congiunti della persona offesa dal reato in taluni reati contro il patrimonio. Nonostante avesse riconosciuto «l'obsolescenza che la disposizione in esame ormai sconta», la Corte non ne fa conseguire l'incostituzionalità, in quanto sono «prospettabili una molteplicità di alternative, costituzionalmente compatibili, idonee ad evitare che prevalga sempre e comunque, per determinate figure parentali, la soluzione dell'impunità, anche contro la volontà della vittima e anche quando non vi sia, nel concreto, alcuna coesione da difendere per il nucleo familiare». Non a caso questa decisione è stata commentata in dottrina con un titolo davvero eloquente: R. PINARDI, *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2081 ss. Va sottolineato che, ad oltre cinque anni dal “monito” contenuto nella sent. n. 223/2015, il legislatore non è ancora intervenuto.

<sup>28</sup> Sent. n. 179 del 2017.

<sup>29</sup> Non è un caso che molte delle recenti pronunce nelle quali il limite della discrezionalità del legislatore è stato ritenuto meno stringente dalla Corte, con conseguente attenuazione del vincolo delle c.d. rime obbligate e ricorso a decisioni manipolative (v. nota 41), abbiano riguardato i trattamenti sanzionatori o comunque disposizioni concernenti l'esecuzione della pena (sentt. nn. 236/2016, 222/2018, 40 e 99/2019, 113/2020). Peraltro, sembra dirimente osservare come la Corte costituzionale non abbia accolto l'eccezione di inammissibilità formulata dall'Avvocatura generale

soluzioni, oltre a presentare profili di incoerenza rispetto alla *ratio decidendi* della sent. n. 253/2019, si tradurrebbero in una sorta di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata” o “non dichiarabile”<sup>30</sup>, 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 sono questi gli esiti che auspico. Né ritengo che un indizio per un possibile rigetto possa trarsi dal mancato impiego dell’istituto dell’illegittimità consequenziale nella sent. n. 253/2019, 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 funzionari giuridico-pedagogici 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»<sup>31</sup>; la liberazione condizionale – salvo revoca dovuta a condotta del soggetto che, in relazione alla condanna subita, sia incompatibile con il mantenimento del beneficio<sup>32</sup> – 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

---

dello Stato in occasione dell’esame della questione decisa con la citata sent. n. 253/2019. Ciò nonostante la difesa erariale avesse sottolineato come la previsione della collaborazione con la giustizia quale condizione per l’accesso ai permessi premio fosse una «scelta discrezionale del legislatore connessa a valutazioni di politica criminale» e che pertanto «la disciplina censurata riguarderebbe “scelte di opportunità in materia di politica penitenziaria”, su cui la Corte costituzionale non potrebbe incidere, rientrando esse nella discrezionalità riservata al legislatore, ove non esercitata in modo arbitrario».

<sup>30</sup> Tale ultima qualificazione servirebbe a descrivere un’eventuale pronuncia di inammissibilità fondata – sulla falsariga della sent. n. 223/2015 – sulla presunta esistenza di «una molteplicità di alternative, costituzionalmente compatibili». Ma una possibilità del genere pare da escludersi nel caso di specie, in quanto sembrano esservi «grandezze già rinvenibili nell’ordinamento», individuate peraltro nella sent. n. 253/2019, che consentirebbero di “sostituire” la presunzione assoluta prevista dalla norma censurata con una presunzione relativa. Non sembra dunque possibile affermare che ci si trovi qui di fronte ad uno “spazio vuoto di diritto costituzionale”, che richiede l’imprescindibile (e dunque non sostituibile) intervento del legislatore, «quale interprete della volontà della collettività», come la Corte ha di recente sostenuto nella decisione con la quale ha dichiarato l’inammissibilità della questione riguardante la preclusione della possibilità per persone dello stesso sesso, unite civilmente, di essere registrate quali genitori del figlio nato in Italia e concepito all’estero con ricorso alla procreazione medicalmente assistita (sent. n. 230/2020).

<sup>31</sup> Corte cost., sent. n. 113/2020 e già sent. n. 235/1996.

<sup>32</sup> Corte cost., sent. n. 418/1998, 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.

condannato nella società»<sup>33</sup>. 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 quali termini questo potrebbe accadere.

6. Proprio partendo dalla *ratio decidendi* della sent. n. 253/2019 si potrebbe pervenire all’accoglimento dell’odierna questione per violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., forse anche 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<sup>34</sup>, dunque oltre l’attuale perimetro dei delitti

---

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 32/2020 (seguita poi da sent. n. 193/2020). Si tratta di una decisione di grande rilievo, nella quale, partendo dalla considerazione per cui le misure alternative alla detenzione sono «misure di natura sostanziale che incidono sulla qualità e quantità della pena» (sent. n. 349/1993), si giunge alla generale affermazione per cui la loro collocazione “topografica” (nel codice di procedura penale e non nel codice penale) non può dirsi decisiva ai fini dell’individuazione del relativo statuto costituzionale di garanzia. In particolare, la Corte nega la persistente compatibilità con i principi costituzionali del «diritto vivente», per il quale «le norme disciplinanti l’esecuzione della pena» sono «in radice sottratte al divieto di applicazione retroattiva che discende dal principio di legalità della pena». Ciò anche in considerazione della giurisprudenza della Corte EDU per cui «le modifiche alle norme sull’esecuzione della pena non sono soggette al divieto di applicazione retroattiva di cui all’art. 7 CEDU, eccezion fatta – però – per quelle che determinino una “ridefinizione o modificazione della portata applicativa della ‘pena’ imposta dal giudice”» (sentenza della Grande Camera 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada* contro *Spagna*), nonché della giurisprudenza di altre Corti e della legislazione di altri Paesi (puntualmente citate nella sent. n. 32/2020) che si sono conformate agli indirizzi della Corte di Strasburgo. La «complessiva rivalutazione della tematica» porta il giudice delle leggi a «concludere nel senso che, di regola, le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione, salvo però che tale legge comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale. In questa ipotesi, l’applicazione retroattiva di una tale legge è incompatibile con l’art. 25, secondo comma, Cost.». Su questa linea, propensa a considerare le norme esecutive come norme sostanziali in quanto incidenti sui modi di privazione della libertà personale, si era già espresso, oltre cinquant’anni fa, F. BRICOLA, *L’intervento del giudice nell’esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Indice pen.*, 1969, 279, rilevando, tra l’altro, che la necessaria connessione tra l’art. 25, secondo comma, e l’art. 27, terzo comma, Cost. «postula un adeguamento dell’esecuzione alla personalità del singolo reo o la necessaria trasformazione di essa in un “trattamento progressivo” insuscettibile di puntuale determinazione legislativa». La posizione dell’Autore è più ampiamente espressa nel commento all’Art. 25, secondo comma, Cost., in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna 1981, 231 ss. Proprio sulla base della sent. n. 32 del 2020 della Corte costituzionale, il Tribunale di sorveglianza di Firenze, nella ricordata ordinanza 3 novembre 2020, n. 3341, ha ritenuto di poter concedere la liberazione condizionale a un condannato “ostativo”, “non collaborante per scelta”, poiché i fatti oggetto di sanzione penale erano stati commessi prima della introduzione della specifica preclusione. Ciò in quanto dalla giurisprudenza costituzionale (sentt. nn. 20 e 193/2020) si ricaverrebbe ormai «il principio di irretroattività delle norme penali incriminatrici anche in relazione alle norme disciplinanti l’esecuzione penale quando queste ultime abbiano natura giuridica più sostanziale che procedurale».

<sup>34</sup> Si tratta degli ormai molti delitti, considerati di “prima fascia” per la loro particolare gravità, in rapporto ai quali la collaborazione con la giustizia (laddove sia valutata come possibile e rilevante) è considerata condizione per l’accesso ai benefici penitenziari. Agli originari delitti di

commessi avvalendosi del metodo mafioso o per agevolare associazioni di tipo mafioso<sup>35</sup>.

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<sup>36</sup>, 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

---

criminalità organizzata di stampo mafioso e poi anche di matrice terroristica, si affiancano oggi, nel citato art. 4-bis, comma 1, reati di diversa natura, da quelli a carattere sessuale al sequestro di persona a scopo di estorsione, dal favoreggiamento dell'immigrazione clandestina all'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, fino ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione.

<sup>35</sup> Seguendo la linea percorsa proprio nella sent. n. 253/2019, in quel caso a partire dall'intervento parzialmente ablativo realizzato sui reati di associazione mafiosa e di "contesto mafioso", esteso all'identica disciplina dettata dallo stesso art. 4-bis, comma 1, per tutti gli altri delitti in esso indicati: «la mancata estensione a tutti i reati previsti dal primo comma dell'art. 4-bis, ordin. penit. dell'intervento compiuto dalla presente sentenza sui reati di associazione mafiosa e di "contesto mafioso" finirebbe per compromettere la stessa coerenza intrinseca dell'intera disciplina di risulta». Peraltro, secondo quanto propone Glauco Giostra nella sua relazione al presente Seminario (ID., *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, in questo *Volume*, §4), l'illegittimità costituzionale consequenziale non dovrebbe essere solo di tipo "orizzontale", interessando i vari reati compresi nel citato art. 4-bis, comma 1, ma anche di tipo "verticale", facendo cadere l'imprescindibilità della collaborazione ai fini della liberazione condizionale non solo con rispetto alla pena dell'ergastolo, ma anche con riguardo alla pena temporanea. Occorre ribadire che l'art. 4-bis comprende, ormai, per effetto di successivi interventi legislativi fattispecie penali assai eterogenee, essendo divenuto, come ancora sottolinea Giostra, una sorta di «contenitore di raccolta indifferenziata in cui il legislatore "getta" i reati demagogicamente più *à la page* senza tenere nella dovuta considerazione la loro gravità, la loro struttura e il loro profilo criminologico» (§5). In argomento si veda V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ai delitti contro la A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), fasc. 2/2019, 108 ss., nonché, ora, la puntuale analisi offerta da V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del "doppio binario" e prassi applicative*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2020. Sulle evoluzioni della giurisprudenza costituzionale riguardanti le presunzioni di pericolosità di cui all'art. 4-bis (dalla sent. n. 306/1993 alla sent. n. 253/2019) si veda la lucida disamina di L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, 195 ss.

<sup>36</sup> H. VAHINGER, *La filosofia del «Come se»* (1911), tr. it., Astrolabio Ubaldini, Roma 1967.

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. 253/2019, 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 nella sent. n. 253/2019 per la concessione dei permessi premio, non potrà che essere ribadito ove si ritenga di dover superare l'ostatività alla liberazione condizionale, sembrando realisticamente lontana l'ipotesi di una loro differente considerazione fondata sulla diversità ontologica degli istituti, dopo aver valorizzato la presenza di comuni elementi funzionali, nella prospettiva del reinserimento sociale, per estendere alla liberazione condizionale l'apertura effettuata per i permessi premio.

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. 253/2019, 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<sup>37</sup>: è il detenuto a dover dimostrare di essere una persona diversa da

---

<sup>37</sup> La Corte richiama sul punto la giurisprudenza di legittimità in tema di collaborazione impossibile o inesigibile: Cass. pen., Sez. I, sent. 12 ottobre 2017, n. 47044; sent. 8 luglio 2019, n. 29869; sent. 13 agosto 2019, n. 36057. Occorre specificare che nelle predette decisioni si fa riferimento esclusivo all'onere probatorio gravante sul condannato rispetto alla collaborazione impossibile o inesigibile, non già al fatto che lo stesso coinvolga la dimostrazione dell'assenza del «pericolo del ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata». Basti richiamare il passo di interesse contenuto nella citata sent. n. 36057 del 2019: «in rapporto all'eventuale ricorrenza di situazioni di impossibilità o inesigibilità della collaborazione, grava in linea di massima sul condannato l'onere di farne specifica invocazione, unita alla prospettazione degli opportuni elementi a sostegno dell'assunto». Com'è stato affermato da un esperto e acuto magistrato di sorveglianza, «non sembra che tale orientamento "costante" ponga a carico del richiedente (la collaborazione impossibile) l'onere di allegare elementi sull'assenza di pericolosità (condizione che peraltro non spetta accertare al Tribunale in sede di procedimento *ex art. 58-ter* ma solo al magistrato in sede di successiva concessione del permesso), quanto invece l'onere di allegare elementi fondanti la richiesta di accertamento della collaborazione impossibile, cioè quei fatti utili per dimostrare l'oggettiva impossibilità della collaborazione (integrale accertamento dei fatti, ruolo marginale nella compagine associativa, etc.). Altra cosa è l'allegazione di elementi che attengono all'esclusione dell'attualità dei collegamenti e, soprattutto, al pericolo di un loro ripristino e che costituisce il vero "*novum*" di questa sentenza: un requisito prima non esistente, da considerare, inoltre, condizione di ammissibilità dell'istanza stessa di permesso premio e che la Corte introduce per superare la presunzione (relativa) dell'ostatività discendente dalla mancata collaborazione» (M. BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non*

quella che era al momento del commesso reato. L'apertura della Corte subisce così – come ho osservato altrove<sup>38</sup> – 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, ancora, nella sent. n. 253/2019 – «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*»<sup>39</sup>.

La Corte costituzionale ha così introdotto un requisito, quello del «pericolo del ripristino» dei collegamenti con la criminalità organizzata, che non era presente nel sistema normativo, né ricavabile dalla giurisprudenza di legittimità<sup>40</sup>.

---

*collabora, ma la strada è ancora lunga, in Diritto penale e processo, 2020, 636 s.).*

<sup>38</sup> M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12 dicembre 2019, §3, testo dell'audizione svolta presso la Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere (Roma, Senato della Repubblica, 10 dicembre 2019).

<sup>39</sup> È evidente che tutto ciò non riguarda quei reati che, pur compresi nell'art 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, hanno matrice estranea alla criminalità organizzata, così come a quella terroristica o eversiva, ovvero i delitti strutturalmente mono-soggettivi, pure ivi contemplati. Come si legge nella motivazione della sent. n. 253/2019, non potrebbe in tali casi dimostrarsi l'«assenza di legami con un, inesistente, sodalizio criminale di originaria appartenenza». Anche qui, dunque, il dispositivo deve essere letto alla luce della motivazione, non potendosi ritenere che l'acquisizione di «elementi tali da escludere non soltanto l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche il pericolo del ripristino di tali collegamenti» possa riferirsi, appunto, a collegamenti che la Corte stessa afferma essere “inesistenti”. D'altra parte la redazione del dispositivo è strettamente connessa ad una formulazione dell'art. 4-bis, comma 1, che aveva un senso quando i reati ivi previsti si riferivano esclusivamente alla criminalità organizzata (i “nuovi”, che non hanno a che fare con essa, sono stati inseriti in quel tessuto normativo senza alcuna revisione della sua struttura). Insomma, come la dottrina ha già rilevato, per i reati che non prevedano collegamenti con la criminalità organizzata deve senz'altro darsi per implicita la prova della loro assenza (così M. PELLISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *La legislazione penale*, [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 30 marzo 2020, 16, e già M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio AIC*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 1/2020, 222).

<sup>40</sup> Al concetto di «pericolo» riferito, però, non al «ripristino», bensì alla «permanenza dei collegamenti» con la criminalità organizzata, si era richiamata la Corte costituzionale in una lontana pronuncia riguardante la diversa situazione concernente l'applicazione del regime differenziato di cui all'art. 41-bis, comma 2, della legge n. 354 del 1975: l'adozione di tale regime, che comporta, come si ricorderà in seguito, significative deroghe al trattamento penitenziario ordinario, non può fondarsi astrattamente sul titolo di reato, ma, appunto, «sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamenti, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo una logica premessa» (sent. n. 376/1997). Non v'è dubbio – come chiarito nella successiva ord. n. 417/2004, riguardante la questione delle condizioni per la proroga del regime differenziato disposta con provvedimento del Ministro della Giustizia – che si alluda qui alla necessità di una «congrua motivazione in ordine alla attuale esistenza del pericolo per l'ordine e la sicurezza derivante dalla persistenza dei vincoli con la criminalità organizzata e della capacità del detenuto



Lo ha fatto con una pronuncia additiva senz'altro priva, su questo punto, delle c.d. "rime obbligate"<sup>41</sup>, sussistenti, semmai, nei termini della rinvenibilità della soluzione in previsioni già presenti nell'ordinamento<sup>42</sup>, per la sola richiesta di acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva». La più ampia "integrazione" operata con il suo dispositivo è dalla Corte giustificata esplicitamente in ragione della "necessità" costituzionale di evitare che l'«interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4-*bis* ordin. penit., finisca per essere vanificato»<sup>43</sup>. Come a dire, l'apertura ai permessi premio è compensata

---

di mantenere contatti con essa». Peraltro – come si legge ancora nella ord. n. 417/2004, che sul punto richiama la giurisprudenza di legittimità – «l'inciso di cui al comma 2-*bis* [del richiamato art. 41-*bis*] ("purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno") non comporta una inversione dell'onere della prova, in quanto rimane intatto l'obbligo di dare congrua motivazione in ordine agli elementi da cui "risulti" che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive non è venuto meno». Spetterà al giudice, in sede di controllo giurisdizionale, «verificare in concreto – anche alla luce delle circostanze eventualmente allegate dal detenuto – se gli elementi posti dall'amministrazione a fondamento del provvedimento di proroga siano sufficienti a dimostrare la permanenza delle eccezionali ragioni di ordine e sicurezza che, sole, legittimano l'adozione del regime speciale».

<sup>41</sup> Si è tanto discusso in dottrina circa il recente atteggiamento giurisprudenziale che ha determinato l'attenuazione del vincolo delle c.d. "rime obbligate", in base al quale la Corte potrebbe direttamente colmare una lacuna, con pronuncia additiva o sostitutiva, solo quando la regola da inserire sia direttamente implicata dal testo costituzionale, non essendovi propriamente una discrezionalità al riguardo. Le principali pronunce oggetto di riflessione – sulle quali, volendo, può leggersi M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, fasc. 2020, 53 ss. – sono state, però, sentenze manipolative "giustificate" ora dalla presenza di un solido e specifico punto di riferimento normativo riguardante fattispecie analoga, ritenuto idoneo a sostenere l'intervento sostitutivo (sent. n. 236/2016), ora dalla presenza di un precedente monito al legislatore affinché colmasse la lacuna o comunque intervenisse per assicurare la conformità a Costituzione della situazione normativa censurata (sentt. nn. 222/2018, 40 e 99/2019, 113/2020; in un certo senso può rilevare qui anche la sent. n. 242/2019, sul c.d. caso Cappato, quale seguito di puntuale invito al legislatore, operato con ordinanza collegiale di rinvio della trattazione, affinché intervenisse per disciplinare la materia dell'aiuto al suicidio). Diversamente, nel caso della parte di addizione contenuta nella sent. n. 253/2019, che si riferisce al «pericolo del ripristino di tali collegamenti», non è possibile rinvenire né un solido e specifico punto di riferimento normativo né un precedente monito al legislatore che sia rimasto inascoltato.

<sup>42</sup> Secondo un indirizzo chiaramente espresso nella sent. n. 40/2019, ove la soluzione «adeguata», «benché non costituzionalmente obbligata», adottata nella specifica pronuncia sostitutiva, è ritenuta non arbitraria poiché «si ricava da previsioni rinvenibili nell'ordinamento», la cui estensione si propone «in modo coerente» rispetto «alla logica perseguita dal legislatore».

<sup>43</sup> Nella logica del richiamato e recente indirizzo giurisprudenziale che ha attenuato il vincolo delle "rime obbligate", ritenendo sufficiente la presenza di "rime adeguate", la "necessità" costituzionale indicata nel testo avrebbe potuto legittimare soltanto la prima parte dell'integrazione operata dalla Corte, che si riferisce all'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva». Ciò in quanto tale "criterio" – secondo quanto peraltro specificato nella sent. n. 253/2019 – è rinvenibile nell'ordinamento (per l'accesso ai benefici nei casi in cui la collaborazione risulti inesigibile, impossibile od oggettivamente irrilevante: art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, della legge n. 354 del 1975) ed era non a caso espressamente previsto, prima dell'introduzione del requisito della collaborazione con la giustizia, per i reati della c.d. prima fascia (comprensivi di associazione di tipo mafioso e dei "delitti-satellite), richiedendosi l'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti

dalla previsione della estensione del “regime probatorio rafforzato” all’acquisizione di elementi riguardanti un’ipotesi prima non prevista nel sistema normativo (il «pericolo del ripristino» dei richiamati collegamenti), la quale deve essere valutata, secondo quanto specificato dalla Corte, «tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali».

Si potrebbe discutere, insomma, sulla sussistenza stessa dei necessari presupposti per operare una tale “integrazione” del tessuto normativo, legata al flebile argomento, presentato peraltro in modo apodittico, della presunta connessione logica tra la richiesta verifica dell’assenza di attualità di rapporti del condannato con il consesso criminale d’appartenenza e la necessità di acquisizione di elementi che escludano il pericolo di un loro ripristino («si tratta, del resto, di aspetto logicamente collegato al precedente», ossia alla necessità di acquisire stringenti informazioni circa l’eventuale attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, al fine di prevenire la commissione di nuovi reati). Ma ciò che desta ancora maggiori perplessità sono le dichiarate e già menzionate implicazioni probatorie, ove riferite, appunto, alla dimostrazione dell’assenza del pericolo del ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata. Paradossalmente, l’effetto più “bizzarro” si determina ove non vi siano specifiche informative negative delle autorità competenti, le quali fanno “scattare” l’onere in capo al condannato di «fornire veri e proprio elementi di prova a sostegno», potendo almeno in tale caso tentare contro-deduzioni rispetto alle indicazioni ivi contenute circa il pericolo del ripristino dei predetti collegamenti. In assenza di tali informative (o in presenza di informative generiche), le “allegazioni” che sono richieste al condannato in cosa si potrebbero tradurre? Un conto è poter “rispondere” a valutazioni specifiche che riguardano l’attuale assetto dell’organizzazione criminale e la concreta probabilità di un rientro in essa del condannato, attestate, ad esempio, da indagini di carattere socio-familiare o patrimoniale riguardanti il detenuto oppure il suo nucleo familiare; altro è richiedere al condannato di fornire, in un certo senso “al buio”, elementi che, in assenza di informative negative, siano tali da “escludere” il pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata, anche perché tale materiale – presumibilmente riguardante proprio l’attuale assetto della consorterìa criminale, la posizione giudiziaria del detenuto, il contesto socio-familiare di riferimento – dovrebbe già essere in possesso delle autorità pubbliche competenti.

Su questo punto sarebbe auspicabile un parziale ripensamento della Corte<sup>44</sup> che, però, come già scritto, difficilmente potrebbe fondarsi su una presunta

---

con la criminalità organizzata o eversiva» (art. 1 decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito in legge 12 luglio 1991, n. 203).

<sup>44</sup> Ipotesi in sé assai improbabile – lo si ribadisce – proprio per la vicinanza del “precedente” costituito dalla sent. n. 253/2019. Come ha sottolineato di recente un giudice della Corte costituzionale – pur con riguardo al tema del controllo sulla legge elettorale politica – un precedente vicino nel tempo e importante nella sostanza non può essere facilmente disconosciuto: «è, in effetti, proprio la logica del *precedente* quella che [...] conta maggiormente. La stabilità di un orientamento giurisprudenziale non è questione secondaria, per la stessa legittimazione della Corte. Essa è più importante delle legittime convinzioni personali e individuali» [N. ZANON, “*Stagioni creative*” della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti), in C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale*, Editoriale Scientifica,

diversità ontologica degli istituti del permesso premio e della liberazione condizionale<sup>45</sup>. Salvo che questa diventi la strada più semplice per non smentire un immediato precedente<sup>46</sup>, che, con riguardo al descritto passaggio, sarebbe invece meritevole di una trasparente rimeditazione, apparendo, agli occhi del lettore, un opinabile punto di mediazione per addivenire ad una più ampia convergenza sulla motivazione di una decisione il cui dispositivo, probabilmente, non era stato condiviso da una parte consistente del Collegio<sup>47</sup>.

Un'alternativa plausibile sarebbe quella di precisare (con una sorta di «interpretazione autentica» del discusso passaggio della sent. n. 253/2019) che il «pericolo» debba intendersi riferito propriamente non al «ripristino», bensì alla «permanenza» dei collegamenti con la criminalità organizzata<sup>48</sup>, nella logica di un giudizio prognostico che la magistratura di sorveglianza è senz'altro tenuta a compiere (dovendosi, cioè, escludere non solo l'«attualità», ma anche l'«effettivo pericolo della permanenza» dei collegamenti in parola). Anzi, sarebbe da auspicare, già prima dell'eventuale «chiarimento» della Corte, che questa sia la linea interpretativa seguita riguardo alla concessione dei permessi premio,

---

Napoli 2020, 362].

<sup>45</sup> A prescindere dalla questione dell'onere di allegazione, la disciplina della concessione della liberazione condizionale potrebbe, al contrario, più facilmente giustificare la previsione della necessità di valutare anche il pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata (o, meglio, come si dirà nel testo, dell'effettivo pericolo della permanenza dei collegamenti in parola). Ciò in quanto essa presuppone non il mero «ravvedimento» – che potrebbe alludere ad una valutazione che guardi più «al dentro» che «al fuori» del carcere – ma il «sicuro ravvedimento» (art. 176 cod. pen.), che comprende – secondo la ricordata giurisprudenza di legittimità – un giudizio prognostico sulla elevata probabilità che la futura condotta del condannato si conformi «al quadro di riferimento ordinamentale e sociale, con cui egli entrò in conflitto con la commissione dei reati per i quali ebbe a subire la sanzione penale». Di qui la rilevanza dell'atteggiamento collaborativo del condannato e, per converso, la possibilità di ritenere che la mancata collaborazione debba essere «compensata» dalla acquisizione di elementi consistenti che permettano non solo di rilevare l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche di escludere ragionevolmente il pericolo del loro ripristino (o, meglio, l'effettivo pericolo della loro permanenza).

<sup>46</sup> Ad esempio valorizzando, con un argomento che invero non pare persuasivo, il fatto che l'accesso al permesso premio possa avvenire in tempi più prossimi alla commissione del reato o meglio all'inizio della espiazione della pena (dieci anni, dai quali devono essere detratti i giorni maturati di liberazione anticipata), rispetto a quanto previsto per la liberazione condizionale (ventisei anni, sempre detratti i giorni di liberazione anticipata). Ciò sulla base della presunzione per cui il passare del tempo renda meno probabile non solo il mantenimento, ma anche la possibilità di ripristino dei rapporti con la criminalità organizzata, potendosi ritenere sufficiente, per l'accesso alla liberazione condizionale, l'acquisizione di elementi che escludano l'attualità dei collegamenti, senza spingersi a valutazioni puntuali sul concreto rischio di un loro futuro ripristino o, meglio, senza pretendere che la dimostrazione della non ricorrenza del predetto pericolo debba essere fornita dal condannato (anche in assenza di specifiche informative negative delle competenti autorità).

<sup>47</sup> In un articolo pubblicato sul *Corriere della Sera* si legge la notizia, non smentita, che «quella della Corte costituzionale è stata una scelta faticosa e contrastata, passata per un solo voto: 8 favorevoli, 7 contrari»: G. BIANCONI, *Ergastolo ostativo, ecco i mafiosi che potrebbero chiedere i permessi (e le tre condizioni per averli)*, in [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 23 ottobre 2019.

<sup>48</sup> Traendo spunto da una certa giurisprudenza costituzionale che peraltro riguarda lo specifico regime speciale di cui all'art. 41-bis, comma 2, della legge n. 354 del 1975. Si tratta delle decisioni citate nella precedente nota 40.

rimettendo al magistrato di sorveglianza la valutazione in concreto, fondata su tutti gli elementi acquisiti (messi a disposizione sia dalle autorità competenti sia dal condannato), riguardante l'attualità o l'effettivo pericolo della permanenza dei collegamenti con la criminalità organizzata<sup>49</sup>. Forse era questa l'"intenzione" della

---

<sup>49</sup> Sembra questa la linea seguita, ad esempio, nel decreto del Magistrato di sorveglianza di Siena n. 1170/2020 del 7 agosto 2020. Credo sia utile riportare, sinteticamente, i contenuti di questa decisione. L'istanza riguardava una persona che sta spiando la pena dell'ergastolo presso la Casa di reclusione di San Gimignano, all'esito di cumulo che assorbe condanne tra le quali quelle per associazione di tipo mafioso, concorso in omicidio plurimo e tentati omicidi, con l'aggravante di cui all'art. 7 della legge n. 203 del 1991 (metodo mafioso o agevolazione di associazioni di tipo mafioso). Arrestato in Germania il 18 aprile 1994, per reati là commessi, dal 4 agosto 1998 sta spiando la pena in Italia per reati qui posti in essere quando era ancora «alquanto giovane (è nato nel 1971 e dunque ha commesso i reati quando aveva 22-23 anni)». Nell'istanza per il permesso premio il condannato mette a disposizione una serie di elementi, dalla «specificità del fenomeno della "Stidda" di Palma di Montechiaro cui aderì», «esponendo che si è trattato di un fenomeno criminogeno soggettivizzato», alle relazioni della DIA di questi anni, che «non hanno mai interessato il detenuto o la sua famiglia», specificando che nemmeno altre indagini hanno «direttamente o indirettamente» coinvolto il soggetto, sino alla illustrazione della condizioni della famiglia di origine, che è «di modesta estrazione sociale» ma «vive onestamente». Il Magistrato di sorveglianza, oltre a richiamare il parere favorevole del Direttore dell'Istituto penitenziario, riporta i dati degli operatori del trattamento di due Case di reclusione che riconoscono una costante evoluzione nel percorso del detenuto con «acquisizione di capacità di analisi ed autocritica, rilettura della propria storia personale, autentica manifestazione di risipiscenza, con ammissione degli errori fatti e comprensione almeno in parte delle cause delle scelte». Con riguardo alle informazioni della DDA di Palermo, si riporta che le stesse ricordano i reati commessi dal detenuto e le numerose sentenze di condanna, affermando che egli «è sempre stato ritenuto soggetto di estrema pericolosità sociale, essendo uno degli esponenti di maggiore rilievo dell'organizzazione criminosa di stampo mafioso nella componente "stiddara", operante nella provincia di Agrigento e in particolare sul territorio di Palma di Montechiaro». Si aggiunge che il condannato non ha mai collaborato né mostrato risipiscenza e che non risulterebbero valutazioni degli operatori delle strutture carcerarie che attestino «significative e positive evoluzioni della personalità del detenuto». Quest'ultima affermazione è considerata dal Magistrato «senz'altro errata», proprio in base alle richiamate relazioni degli operatori penitenziari che si esprimono in senso favorevole al condannato. Quanto alla persistenza dei collegamenti, il Magistrato sottolinea come i procedimenti elencati nella nota della DDA, concernenti il fenomeno "stiddaro", non riguardano il condannato o i suoi familiari e che nessun procedimento penale risulta pendente nei suoi confronti presso le Procure di Palermo, Agrigento, Caltanissetta, Cuneo e Siena. Quanto al suo ruolo nell'associazione, come esponente tra quelli di "maggior rilievo", il dato sarebbe smentito dagli accertamenti contenuti nelle sentenze di condanna, «in cui il detenuto è descritto come un "affiliato" e mai come un promotore, organizzatore, dirigente. D'altra parte era assai giovane all'epoca dei reati e difficilmente avrebbe potuto avere un ruolo già di preminenza». Si aggiunge che il gruppo criminale al quale apparteneva il condannato, dopo oltre 25 anni, è inevitabilmente cambiato e che non si hanno notizie di «sperequazioni finanziarie, che possano far ritenere presenti forme occulte di sostentamento». La «congiunta lettura degli esiti stratificati negli anni dell'osservazione penitenziaria e delle informazioni pervenute dalla DDA di Palermo e dalle Questure, [...], unitamente al lungo tempo trascorso», nonché la considerazione del «ruolo in concreto rivestito dal soggetto nell'associazione» consentono di «ritenere integrati i presupposti individuati dalla Corte costituzionale nella sentenza 253/2019» ai fini della concessione di «un primo breve permesso premio [di quattro ore] in Toscana per incontrare i familiari con accompagnamento di un volontario» (lontano dai luoghi di origine e di commissione dei reati). Non può, infatti, configurarsi «un concreto pericolo di ripristino di collegamenti», «quanto meno in questa fase e alla luce delle informazioni assunte e trasmesse». Ciò in base ad una «valutazione sulla pericolosità [che] deve operarsi in concreto e caso per caso, pur nell'ambito delle cornici

Corte costituzionale espressa nella sent. n. 253/2019, di là dalle formule specificamente impiegate («pericolo del ripristino» dei collegamenti), e, conseguentemente, questa potrebbe essere l'interpretazione preferibile dell'«aggiunta» operata con la predetta decisione.

Allo stesso risultato ermeneutico si potrebbe pervenire, più radicalmente, sulla base della qualificazione della sentenza additiva quale decisione interpretativa, ritenendo che «la norma “aggiunta” dalla Corte – pur essendo frutto di interpretazione adeguatrice – non entrerebbe propriamente a far parte del c.d. diritto oggettivo vigente, se non appunto come una semplice possibilità interpretativa». Ciò perché «anche nelle sentenze aggiuntive [...] la Corte, integrando con significati, con norme, gli enunciati legislativi non li altera nella loro struttura formale, non aggiunge enunciati ad enunciati allo stesso livello di linguaggio, ma desume da questi ultimi (dagli enunciati deliberati dal legislatore) significati che essa ritiene necessari per renderli costituzionalmente conformi. La parte “aggiunta” [...] è sempre immancabilmente una norma (proprio perché la Corte non è un legislatore) e mai una disposizione». Di qui, addirittura, la possibilità per i giudici, e più in generale per tutti gli operatori giuridici, di optare per interpretazioni dell'enunciato legislativo – che persiste indenne, pur se con l'«aggiunta» operata dalla Corte – «costituzionalmente conformi ma *persino diverse* da quelle che hanno sostenuto la decisione costituzionale, *sempre che* tali interpretazioni siano possibili e non si restringano ad un'alternativa secca tra l'interpretazione sostenuta dalla Corte e quella ritenuta incostituzionale». Insomma, le decisioni di accoglimento sarebbero propriamente vincolanti «nella sola parte demolitoria – in quanto incidono, cancellandoli, sui testi – e non già anche in quella ricostruttiva». Il che vuol dire che «se è possibile [...] interpretare l'enunciato in modo costituzionalmente conforme, l'indicazione operata dalla Corte con l'aggiunta [...] di una nuova norma potrebbe persino, al limite, essere disattesa»<sup>50</sup>.

7. Una specifica digressione merita la particolare posizione dei condannati in regime di 41-*bis*<sup>51</sup>. Nei loro confronti la dichiarata attualità dei collegamenti con

---

generali di riferimento»; «nel caso in esame tutta l'analisi della posizione, considerando ogni singolo elemento, conduce verso una soluzione positiva».

<sup>50</sup> Tutti i passi citati tra virgolette sono di F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale* (2007), in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, 132. Il contributo può essere anche letto in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 16/2007, 8 agosto 2007 (in tal caso il riferimento è a p. 19).

<sup>51</sup> Si fa qui specifico riferimento al regime speciale di cui all'art. 41-*bis*, comma 2, della legge n. 354 del 1975, introdotto con il decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 1992, n. 356 (e poi più volte rimodellato, tra l'altro, con le leggi 23 dicembre 2002, n. 279, e 15 luglio 2009, n. 94). Il decreto-legge n. 306 del 1992 fu adottato a seguito della strage di Capaci e convertito dopo l'uccisione del giudice Paolo Borsellino. Il regime introdotto consente l'adozione da parte del Ministro della Giustizia di una serie di misure limitative del trattamento penitenziario nei confronti di detenuti per reati di mafia (successivamente anche di terrorismo), al dichiarato fine di recidere i collegamenti di questi con la criminalità organizzata. Secondo quanto precisato negli anni dalla giurisprudenza costituzionale, il decreto ministeriale che impone il regime speciale deve avere una motivazione individualizzata

la criminalità organizzata è in *re ipsa*, essendo proprio il presupposto applicativo del regime cui sono sottoposti, 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»<sup>52</sup>, per poi precisare, richiamando la sent. n. 253/2019 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*<sup>53</sup>.

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. 253/2019 (fornire veri e propri elementi di prova a sostegno dell'assenza di quei collegamenti). Ma, ove il detenuto fosse in grado di fornire

---

per ciascun destinatario, incidere esclusivamente sulle modalità di esecuzione della pena ed essere sindacabile dalla magistratura di sorveglianza, anche per consentire una verifica della sua congruità rispetto ai fini perseguiti (sentt. nn. 349 e 410/1993, 351/1996). La motivazione del provvedimento – come già ricordato – non può fondarsi astrattamente sul titolo di reato oggetto della condanna o dell'imputazione, ma deve comprendere la verifica dell'«effettivo pericolo della permanenza di collegamenti, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo una logica premessa» (sent. n. 376/1997). Attualmente, il regime speciale può essere applicato nei confronti dei detenuti e degli internati per taluno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, della legge n. 354 del 1975, sempre che vi siano elementi tali da far ritenere sussistenti collegamenti con la criminalità organizzata, anche terroristica o eversiva. Il che vuole dire che il provvedimento potrebbe riguardare, in astratto, anche autori di reati, ormai compresi nel predetto art. 4-*bis*, che hanno matrice estranea alla criminalità organizzata, così come a quella terroristica o eversiva. Ma, come dimostra la prassi applicativa, in realtà tale strumento è impiegato soltanto nei confronti di detenuti per delitti di mafia, terrorismo ed eversione dell'ordine democratico.

<sup>52</sup> Cass. pen., Sez. I, sent. 10 ottobre 2016, n. 9660.

<sup>53</sup> 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.

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<sup>54</sup>. 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 fornitimi 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.

---

<sup>54</sup> I contenuti delle possibili limitazioni sono ora elencati nel comma *2-quater* dell'art. *41-bis* della legge n. 354 del 1975. Tra queste: la collocazione in sezioni dell'istituto penitenziario isolate dal resto della struttura; la previsione di un solo colloquio al mese con familiari e conviventi, sottoposto a controllo auditivo e a registrazione, da svolgere in locali attrezzati per evitare il passaggio di oggetti; il controllo sulla corrispondenza e sulla stampa; la quantificazione e definizione di somme, beni e oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno; la permanenza all'aria aperta per non più di due ore, in gruppi non superiori a quattro persone individuate dall'amministrazione (c.d. gruppi di socialità). A ciò si aggiunga la generale (e generica) previsione riguardante «l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo *principalmente* alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate», la cui concreta determinazione lascia ampio spazio di intervento all'amministrazione penitenziaria (si veda, in particolare, la circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126). Più volte – come meglio si preciserà nella successiva nota 90 – la Corte costituzionale è intervenuta per rilevare l'illegittimità costituzionale di restrizioni previste dalla legislazione e applicabili a prescindere dalle esigenze del caso concreto, qualora le stesse avessero «significato meramente afflittivo», non essendo funzionali né congrue «rispetto alla finalità tipica ed essenziale del provvedimento di sottoposizione del singolo detenuto al regime differenziato, consistente nell'impedire le sue comunicazioni con l'esterno» (di recente sent. n. 97/2020, ma anche, tra le altre, sentt. nn. 186/2018 e 143/2013).

8. 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. Salvo ad aderire all'interpretazione "riduttiva" prima proposta, che almeno ne depotenzierebbe le implicazioni, non potrebbe ritenersi che la predetta inversione, per il solo fatto di essere richiesta nella motivazione senza essere 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<sup>55</sup>.

Proprio alla luce di tutti gli elementi qui descritti, all'esito di una prima lettura della sent. n. 253/2019, ho definito la trasformazione della presunzione da assoluta a semi-assoluta (piuttosto che relativa)<sup>56</sup> e sinora i fatti sembrano dare ragione alla mia analisi. A quanto risulta all'esito di una mia ricerca che riguarda i provvedimenti adottati sino alla fine del mese di agosto 2020, sulla base della pronuncia costituzionale sono stati concessi pochissimi permessi premio a condannati per reati ostativi che possano dirsi "non collaboranti per scelta", rispetto ai quali peraltro le autorità competenti avevano quasi sempre affermato di non essere in possesso di elementi in grado di confermare o di escludere la persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata<sup>57</sup>.

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<sup>58</sup> – è in un certo senso fisiologico, in quanto la

---

<sup>55</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), II ed. riv. e ampl. a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano 1971, 361 ss.

<sup>56</sup> M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio*, cit., § 3.

<sup>57</sup> Si vedano, in particolare: Magistrato di sorveglianza di Sassari, provvedimento del 28 maggio 2020, che ha concesso un permesso premio di due giorni; Tribunale di sorveglianza di Firenze, ordinanza del 18 giugno 2020, che ha concesso un permesso della durata di un giorno; Tribunale di sorveglianza di Perugia, ordinanza del 16 luglio 2020, che ha concesso un permesso della durata di 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; Magistrato di sorveglianza di Siena, decreto n. 1170/2020 del 7 agosto 2020, che ha concesso un permesso premio di quattro ore, già citato in nota 45; tale non è il caso, invece, del decreto, che ha 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.

<sup>58</sup> M. RUOTOLO, *loc. ult. cit.*



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. 273/2001 della Corte costituzionale).

Peraltro, l'eventuale accoglimento dell'odierna questione restituirebbe coerenza ad un passaggio della sent. n. 253/2019, nel quale si sottolinea la rilevanza della concessione dei permessi premio a fini rieducativi, quali «primi spazi di libertà»<sup>59</sup>. 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<sup>60</sup>, la quale richiederebbe di essere agganciata ad una non impossibile, ancorché difficile (improbabile) prospettiva di liberazione<sup>61</sup>.

**9.** Tale eventuale assetto, determinato da una decisione di accoglimento nei termini sopra descritti, potrebbe soddisfare quanto richiesto dalla Corte EDU? La domanda merita una risposta anche in ragione del fatto che, diversamente da quanto accaduto per le questioni decise con la sent. n. 253/2019, 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

---

<sup>59</sup> Secondo quanto, d'altra parte, già affermato nella sent. n. 227/1995, preceduta dalla considerazione di essi quali strumenti per un «iniziale reinserimento del condannato nella società», espressa nella sent. n. 188/1990.

<sup>60</sup> Al contrario, per definizione normativa, l'istituto del permesso premio si inserisce perfettamente in quella dimensione di reinserimento sociale richiamata nel testo, quale «parte integrante del programma del trattamento» (art. 30-ter, comma 3, della legge n. 354 del 1975). Né va dimenticato, entro tale logica, che lo stesso può essere “concesso” non soltanto per coltivare interessi affettivi, ma anche «culturali o di lavoro» (art. 30-ter, comma 1, della legge n. 354 del 1975).

<sup>61</sup> Non credo invece, diversamente da quanto sostenuto da G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata?*, cit., §4, che la Corte possa (o addirittura debba) cogliere l'occasione della decisione sulla questione sottoposta al suo esame per «“sanificare” il sistema nel suo complesso». Sono d'accordo sul fatto che possa ritenersi irragionevole rimuovere l'ostatività penitenziaria per «la tappa iniziale (il permesso premio) e per quella finale (la liberazione condizionale) del percorso trattamentale del detenuto», mantenendola, invece, per «le tappe intermedie», ossia per «tutte le altre misure che tale liberazione preparano o propiziano». Ma credo che sia il legislatore a dover procedere nell'opera di “sanificazione” complessiva del sistema, potendo la Corte intervenire solo chirurgicamente, di volta in volta, per rimuovere le ostatività che ancora precluderebbero le predette “tappe intermedie”. Non sembra, infatti, per quanto si vogliano rinvenire comuni elementi funzionali, che il permesso premio (così come la liberazione condizionale) possa dirsi integralmente assimilabile alle misure alternative (in particolare alla semilibertà), il che dovrebbe precludere il ricorso alla illegittimità consequenziale, non sussistendo quel rapporto di stretta condizionalità tra le norme che disciplinano i rispettivi istituti che potrebbe giustificare l'impiego, in deroga al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

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 sanzione, 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<sup>62</sup>, 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»<sup>63</sup>.

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. 253/2019 rispetta le condizioni minime richieste dalla Corte EDU e altrettanto potrebbe dirsi per

---

<sup>62</sup> Corte EDU, Grande Camera, sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris* contro *Cipro*.

<sup>63</sup> 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. Si vedano anche le seguenti decisioni della Corte EDU: sent. 18 marzo 2014, *Ócalan* contro *Turchia*; sent. 4 aprile 2016, *T. e A.T.* contro *Ungheria*; Grande Camera, sent. 26 aprile 2016, *Murray* contro *Paesi Bassi*. Di particolare interesse è la vicenda riguardante la Lituania, in quanto, dopo la decisione della Corte EDU 23 maggio 2017, *Matiošaitis e altri* contro *Lituania*, la disciplina dell'ergastolo è stata modificata consentendo la commutazione in pena detentiva di durata determinata, all'esito di esame dei progressi compiuti dal condannato dopo venti anni di espiazione; la nuova disciplina è stata ritenuta conforme a Convenzione nella sent. 18 giugno 2019, *Dardanskis e altri* contro *Lituania*. Sul caso lituano vedi, in questo stesso volume, G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Diritto alla speranza e preclusioni assolute. Una comparazione con l'ordinamento lituano in chiave “preventiva”*.

un'analoga 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<sup>64</sup>.

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<sup>65</sup>, 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<sup>66</sup>. 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», costituendo, viceversa, uno «strumento efficace di ampliamento della tutela stessa»<sup>67</sup>. 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»,

---

<sup>64</sup> Corte EDU, Grande Camera, sent. 17 gennaio 2017, *Hutchinson contro Regno Unito*. Su tale decisione si veda, in prospettiva critica, D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in E. DOLCINI – E. FASSONE – D. GALLIANI – PINTO DE ALBUQUERQUE – A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 125 ss.

<sup>65</sup> Rinvio a M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.* in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), fasc. 2/2013, 19 aprile 2013, 1 ss.

<sup>66</sup> Si tratta di una linea poi seguita dalla Corte costituzionale nella sent. n. 278/2013.

<sup>67</sup> Corte cost., sentt. nn. 317/2009 e 264/2012.

effettuato «mirando alla massima espansione delle garanzie»<sup>68</sup>, «anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetti i medesimi diritti»<sup>69</sup>. 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.

**10.** 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 di inchiesta sul fenomeno delle mafie e delle altre associazioni criminali similari, anche straniere<sup>70</sup>, 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. 253/2019, 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»<sup>71</sup>.

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<sup>72</sup>. 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

---

<sup>68</sup> Corte cost., sent. n. 264/2012.

<sup>69</sup> Corte cost., sent. n. 317/2009.

<sup>70</sup> Istituita con legge 7 agosto 2018, n. 99.

<sup>71</sup> Anche il testo di questa relazione è disponibile nella sezione “Documenti” del sito [www.amicuscuriae.it](http://www.amicuscuriae.it)

<sup>72</sup> V. ordd. nn. 207/2018 e 132/2020; si veda anche, a seguito dell'inerzia legislativa successiva alla ord. n. 207, la sent. n. 249/2019.

costituzionale nella sent. n. 253<sup>73</sup>. 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<sup>74</sup>; così come per la proposta di valorizzare, in caso di mancata collaborazione, la tenuta di condotte riparative in favore delle vittime del reato<sup>75</sup>. 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<sup>76</sup>: eliminazione del requisito della collaborazione come condizione per l'accesso privilegiato ai benefici penitenziari (che sarebbe basato esclusivamente sulla verifica dell'assenza di attuali legami con la criminalità organizzata)<sup>77</sup>; radicale superamento del sistema a doppio binario, con l'abolizione dell'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975<sup>78</sup>; abolizione dell'ergastolo e sua sostituzione con una pena a data certa<sup>79</sup>.

Peraltro, un accoglimento della questione potrebbe indurre, come già da alcuni auspicato a seguito della sent. n. 253/2019<sup>80</sup>, 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 tale ambito possano mettere in discussione il

---

<sup>73</sup> Le possibili proposte in campo sono sintetizzate da A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 169 ss.

<sup>74</sup> 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...» (il documento è disponibile sul sito del Ministro della Giustizia, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)).

<sup>75</sup> Sempre contenuta nella relazione del predetto Tavolo 16. Indicazioni in tal senso anche nella proposta della c.d. Commissione Palazzo (istituita con d.m. 10 giugno 2013).

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> La c.d. Commissione Palazzo aveva proposto, a conclusione dei suoi lavori (relazione reperibile in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)), di consentire l'accesso ai benefici penitenziari in tutte le ipotesi in cui risulti che «la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati».

<sup>78</sup> O sua riconduzione alla «*ratio* originaria di prevenzione, relativa ai (soli) condannati per delitti di matrice mafiosa o di terrorismo», come si legge nella Relazione della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza, istituita il 26 luglio 2012 dal CSM (la relazione è stata pubblicata nel giugno 2013 nei *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*).

<sup>79</sup> Non sono mancate proposte in tal senso nei Progetti Riz (1995), Grosso (2001) e Pisapia (2007). Nel già richiamato contributo di A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali*, cit., 175, l'Autore propone di cristallizzare la durata massima della pena, conservando i livelli sanzionatori attualmente vigenti per accedere alle misure alternative, di modo che, riprendendo un suggerimento di Elvio FASSONE, *Fine pena ora*, Sellerio, Palermo 2015, 188, nota 2, «l'innovazione renderebbe temporanea la pena perpetua, ma il percorso penitenziario al suo interno continuerebbe ad avere le stesse cadenze di oggi».

<sup>80</sup> Si veda la citata relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere.

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 (anche attraverso un puntuale dialogo con gli operatori penitenziari). In particolare, accentrare in un'unica sede (presumibilmente il Tribunale di Sorveglianza di Roma) i giudizi che riguardano le richieste dei cc.dd. 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. Ciò tanto più ove si intendesse distinguere le richieste dei condannati per reati di cui all'art. 4-*bis*, da trattare "territorialmente" solo ove non si traducano in istanze concernenti i cc.dd. benefici (con una sorta di bizzarro "doppio binario" processuale)<sup>81</sup>. 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. Peraltro, giova ricordare che, diversamente da quanto accade per i permessi premio, con riguardo alla concessione della liberazione condizionale la decisione è da subito affidata ad una ponderazione collegiale, essendo rimessa al Tribunale di sorveglianza competente territorialmente sull'istituto penitenziario in cui è ristretto l'interessato al momento della richiesta (art. 682 cod. proc. pen.)<sup>82</sup>.

**11.** 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

---

<sup>81</sup> Nella richiamata relazione della Commissione parlamentare di inchiesta la prima ipotesi prospettata è proprio di affidare la competenza in materia di permessi premio al Tribunale di sorveglianza di Roma, individuando come organo di seconda istanza o una sezione della Corte d'appello di Roma integrata dalla presenza di esperti o lo stesso Tribunale di sorveglianza di Roma in composizione diversa rispetto al collegio che ha emesso il provvedimento impugnato. Salvo a prevedere, esclusivamente, il ricorso in Cassazione *per saltum*.

<sup>82</sup> Il problema della assenza della ponderazione collegiale è stato posto proprio con riguardo alla concessione dei permessi premio ai condannati per reati di cui all'art. 4-*bis*, ad oggi affidata alla sede monocratica. Per rispondere a tale esigenza, in alternativa alla attribuzione della competenza al Tribunale di sorveglianza di Roma, la Commissione parlamentare di inchiesta ha ipotizzato lo spostamento della competenza a decidere sulle istanze di permesso premio dal Magistrato di sorveglianza al Tribunale di sorveglianza, con reclamo o alla Corte d'appello del distretto o al Tribunale di sorveglianza di Roma. Anche tale soluzione suscita non poche perplessità, dovendosene peraltro valutare la praticabilità, tenuto conto del presumibile incremento di lavoro conseguente alle "aperture" determinate dalla sent. n. 253/2019 e considerata la consistenza e la distribuzione dell'organico nel territorio.

come la non collaborazione non può essere indice di “sicuro non ravvedimento” (come sembra ammettere la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 306/1993<sup>83</sup>).

Certamente, in principio, la collaborazione può essere intesa come manifestazione di sincero ravvedimento, indizio significativo – come già si è sostenuto – dell'interruzione dei collegamenti del dichiarante con il consesso criminale di appartenenza, del quale fornisce alle autorità di polizia e giudiziaria notizie utili per la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione o la cattura di autori di reati, anche adoperandosi concretamente per evitare che le attività delittuose siano portate a conseguenze ulteriori<sup>84</sup>. Tale atteggiamento non può non rilevare nella valutazione sulla pericolosità sociale, producendo anche “utilità” per la situazione processuale e penitenziaria dell'interessato, considerato pure l'elevato rischio di ritorsioni al quale espone sé e i suoi familiari<sup>85</sup>. Dall'altro lato, la mancata collaborazione può ben essere indizio della perdurante condivisione degli obiettivi propri della criminalità organizzata, espressione del rifiuto della rivisitazione critica del proprio passato, indice, insomma, di perdurante pericolosità sociale.

La collaborazione, però, può essere anche meramente opportunistica, così come la non collaborazione può essere dovuta a ragioni varie, dall'innocenza del condannato, ipotesi che non può realisticamente essere scartata<sup>86</sup>, 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

---

<sup>83</sup> Nella sent. n. 306/1993 la Corte afferma, infatti, che se «è ben vero che la collaborazione consente di presumere che chi la presta si sia dissociato dalla criminalità e che ne sia perciò più agevole il reinserimento sociale», tuttavia «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale: tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa».

<sup>84</sup> In termini simili sono definite le attività delle «persone che collaborano con la giustizia» nell'art. 58-ter della legge n. 354 del 1975.

<sup>85</sup> Si tratta di considerazioni espresse da Giovanni Falcone alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso. Senza la previsione di un possibile “alleviamento” della situazione processuale – sosteneva Falcone – «nessun soggetto può ritenere utile di collaborare, perché gliene deriverebbe soltanto un gravissimo rischio per la sua persona e per quella dei famigliari». E, ancora: «occorre finalmente riconoscere che, senza la previsione di effetti favorevoli in termini di quantità di pena discendenti direttamente dalla collaborazione, non ci sarà più nessuno, in un ordinamento disciplinato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, disposto a confessare i propri crimini e ad indicare i correi». Tali passaggi sono ora contenuti in G. FALCONE, *La posta in gioco. Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, BUR Rizzoli, Milano 2010, 46.

<sup>86</sup> Ancorché non possa essere normativamente contemplata, non potendo certo il legislatore prefigurare una tale ipotesi in contraddizione con quanto accertato in sentenza di condanna, con la c.d. verità processuale.

dell'autonomia non del solo condannato, ma anche di persone incolpevoli appartenenti al suo nucleo familiare.

Tutte queste considerazioni impongono la ricerca di una soluzione equilibrata, che la Corte costituzionale, con il comunicato stampa emesso in occasione del deposito della sent. n. 253/2019, ha inteso sintetizzare nei seguenti termini: «“giusto” premiare il detenuto che collabora, inammissibile “punirlo” ulteriormente per la mancata collaborazione»<sup>87</sup>.

Resta, tuttavia, particolarmente delicata la questione di come superare la permanente (e condivisibile) presunzione di non ravvedimento conseguente alla mancata collaborazione. Probabilmente, come si è già sostenuto, la soluzione offerta nella sent. n. 253/2019, nella parte in cui si riferisce al pericolo di ripristino (e non solo all'attualità) dei collegamenti con la criminalità organizzata, appare eccessiva, 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 lo 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<sup>88</sup>. 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<sup>89</sup>, 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»<sup>90</sup>.

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

---

<sup>87</sup> Questo il titolo completo del comunicato stampa pubblicato il 4 dicembre 2019 sul sito della Corte costituzionale ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)): *Reati ostativi e permessi: “giusto” premiare il detenuto che collabora, inammissibile “punirlo” ulteriormente per la mancata collaborazione*. Il “corrispondente” passo contenuto nella sent. n. 253/2019 è il seguente: «alla stregua dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità della pena e della sua tendenziale funzione rieducativa, un conto è l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presta una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l'inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante, presunto *iuris et de iure* quale persona radicata nel crimine organizzato e perciò socialmente pericolosa»

<sup>88</sup> Si vedano sentt. nn. 57/2013 e 48/2015, nonché ord. n. 136/2017.

<sup>89</sup> 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 contro Moldavia* dell'11 luglio 2006.

<sup>90</sup> Secondo quanto si legge, di nuovo, nella sent. n. 253/2019.



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”, ove s'intenda ribadire tale condizione, “introdotta” dalla sent. n. 253/2019, pure per la liberazione condizionale]. Per il “partecipe”, viceversa, tale accesso resterebbe possibile “*allorché siano stati acquisiti* elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata” [e “il pericolo del ripristino di tali collegamenti”, sempre ove, come già scritto, s'intenda ribadire tale condizione pure per la liberazione condizionale].

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<sup>91</sup>, la giurisprudenza di legittimità che opportunamente afferma la perdurante operatività, pur dopo la sent. n. 253/2019, 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”<sup>92</sup>. Ne discenderebbe, dunque, l'esistenza di tre (e non due) situazioni determinanti un diverso regime per l'accesso al permesso premio, legate alla differente posizione di chi collabora, di chi non collabora per scelta e di chi, invece, non potrebbe utilmente collaborare (collaborazione impossibile o inesigibile).

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

---

<sup>91</sup> In particolare, Cass. pen. Sez. I, 14 gennaio 2020, n. 3309.

<sup>92</sup> 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.

di oggi buon cittadino di domani<sup>93</sup>. 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<sup>94</sup>.

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»<sup>95</sup>, precisando, in particolare, che «l'opzione repressiva» non può mai «relegare nell'ombra il profilo rieducativo»<sup>96</sup>. 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.

**12.** In questo senso e in questi limiti la questione ora all'esame della Corte sembra segnata dalla *ratio decidendi* della sent. n. 253/2019. 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

---

<sup>93</sup> Non a caso, l'art. 27 del d.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».

<sup>94</sup> Sempre a condizione che la limitazione non abbia «valenza meramente e ulteriormente afflittiva», come accade sicuramente allorché al «decremento di tutela di un diritto fondamentale» «non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango». Così, ad esempio, è stato ritenuto incostituzionale il limite quantitativo posto per i colloqui con i difensori di detenuti in regime di 41-*bis*, proprio perché «alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini» (sent. n. 143/2013). Più di recente possono vedersi le decisioni, sempre riguardanti la situazione di detenuti in regime di 41-*bis*, che hanno rilevato l'incostituzionalità delle disposizioni normative che sancivano il divieto di cottura dei cibi in cella (sent. n. 186/2018) e il divieto di scambiare oggetti e beni di modico valore tra persone appartenenti al medesimo gruppo di socialità (sent. n. 97/2020). Misure considerate sproporzionate (in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.), che, come si legge nella sent. n. 97/2020, appaiono il frutto di un bilanciamento compiuto *ex ante* dal legislatore, a prescindere da una verifica in concreto delle specifiche esigenze di sicurezza e senza possibilità di adattamenti calibrati sulla peculiarità dei singoli casi.

<sup>95</sup> Sent. n. 306/1993.

<sup>96</sup> Sent. n. 257/2006. V. anche sentt. nn. 79/2007 e 189/2010.

condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato» (sent. n. 149/2018) 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. 313/1990). Le premesse per questo necessario svolgimento possono persino trarsi dalla nota affermazione, contenuta nella sent. n. 204/1974, 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». Tale considerazione ha poi 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. 264/1974 e poi sent. n. 274/1983<sup>97</sup>). 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. 161/1997<sup>98</sup>).

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<sup>99</sup>. Ma dovrebbe essere

<sup>97</sup> 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*.

<sup>98</sup> Con tale decisione 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 - Macrocrimes" (anch'esso disponibile in [www.amicuscuriae.it](http://www.amicuscuriae.it)).

<sup>99</sup> Lo ha sostenuto, in più occasioni, Luigi Ferrajoli, parlando del paradosso di una pena perpetua dichiarata costituzionalmente legittima nella misura in cui essa sia in realtà non perpetua (v., ad es., L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 79 ss.). Simile è, oggi, la posizione di G. M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista della Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), fasc. 2/2015, 8, secondo il quale «è paradossale che si possa ritenere costituzionale l'ergastolo con la sua perpetuità in astratto, solo a patto di eliminare quella perpetuità in concreto: una pena incostituzionale perché perpetua nella sua comminatoria, diventa tollerabile soltanto perché non è perpetua nella sua esecuzione». Analogamente, Emilio Dolcini sostiene che «la possibilità di accedere alla liberazione condizionale non elimina [...] la tensione di fondo tra una pena concepita per escludere definitivamente il condannato dalla società [...] e il principio di rieducazione del condannato» (*La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in E. DOLCINI – E. FASSONE – D. GALLIANI – P. PINTO DE ALBUQUERQUE – A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza*, cit., 33). Amplia la prospettiva F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis, Relazione introduttiva*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., in part. 5 ss., ponendo il problema della compatibilità costituzionale dell'ergastolo (non solo ostativo) con riguardo non esclusivo alla rieducazione, ma anche ai principi della ragionevolezza e razionalità, nonché, soprattutto, della proporzione e della dignità.

almeno certo, per ciò che interessa in questa sede, che essa implichi l'incostituzionalità di preclusioni che rendano la pena perpetua *de facto* non ridicibile, 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<sup>100</sup>, 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<sup>101</sup>. 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<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Cfr. G. M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 1507, e G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, ivi, 1510.

<sup>101</sup> Anche l'*Amicus Curiae* di Antigone è disponibile nella sezione “Documenti” del sito [www.amicuscuriae.it](http://www.amicuscuriae.it). In tale direzione si vedano già le considerazioni di E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 25. È peraltro esplicitamente affermato nella giurisprudenza costituzionale che il diritto al silenzio nella fase della esecuzione della pena sia corollario dell'invulnerabilità del diritto di difesa (sent. n. 165/2008, ordd. nn. 33/2002 e 282/2008). Come si legge nella sent. n. 253/2019, «garantita nel processo nella forma di vero e proprio diritto, espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, la libertà di non collaborare, in fase d'esecuzione, si trasforma infatti – quale condizione per consentire al detenuto il possibile accesso all'ordinario regime dei benefici penitenziari – in un gravoso onere di collaborazione che non solo richiede la denuncia a carico di terzi (*carceratus tenetur alios detegere*), ma rischia altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti ancora non giudicati».

<sup>102</sup> Al riguardo, G. M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, cit., 3, afferma che la pena è «sottoposta alla “condizione risolutiva” rappresentata dal reinserimento sociale del condannato».

L'ergastolo ostativo preclude proprio che ciò accada, rendendo la pena perpetua «pena di morte diluita giorno per giorno»<sup>103</sup>, come ha scritto Francesco Carnelutti. Al titolo di un suo saggio – *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*<sup>104</sup> – 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<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma 1946, 54 s. Non è un caso che l'ergastolo sia stato inteso, sin dalla sua previsione nel codice Zanardelli, quale «surrogato della pena capitale» (G. CRIVELLARI, *Sub art. 12*, ne *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, vol. II, Unione tipografico editrice, Torino 1890, 279), e che la pena perpetua sia stata di recente definita da Papa Francesco quale «pena di morte nascosta» (nel *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione internazionale di diritto penale* del 23 ottobre 2014, pubblicato, con 23 saggi di commento, in GONNELLA – M. RUOTOLO, *Giustizia e carceri secondo papa Francesco*, Jaca Book, Milano 2016). Tale ultima definizione è stata ripresa nella *Lettera enciclica Fratelli tutti del Santo Padre Francesco sulla fraternità e l'amicizia sociale*, 3 ottobre 2020, §268 (disponibile in [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>104</sup> Pubblicato in *Riv. dir. proc.*, 1956, 1.

<sup>105</sup> Mi piace concludere ricordando le riflessioni di Aldo Moro riguardanti la pena perpetua, registrate nel suo penultimo Corso universitario e ora pubblicate in A. MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale tenute alla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma – A.A. 1975-1976*, raccolte e curate da Francesco Tritto, Cacucci, Bari 2005, 116: «l'ergastolo, che privo com'è di qualsiasi speranza, di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento e al ritrovamento del soggetto, appare crudele e disumano non meno di quanto sia la pena di morte». E ancora: «Ci si può, anzi, domandare se, in termini di crudeltà, non sia più crudele una pena che conserva in vita privando questa vita di tanta parte del suo contenuto, che non una pena che tronca, sia pure crudelmente, disumanamente, la vita del soggetto e lo libera, perlomeno, con sacrificio della vita, di quella sofferenza quotidiana, di quella mancanza di rassegnazione o di quella rassegnazione che è uguale ad abbruttimento, che è la caratteristica della pena perpetua. Quando si dice pena perpetua si dice una cosa estremamente pesante, estremamente grave, *umanamente non accettabile*. Quindi ci deve essere un'adeguatezza, ci deve essere una proporzione della pena nei confronti del reato» (corsivo mio).