

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 4/2022

Data: 2 agosto 2022

*L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale**

di **Dario Martire** – Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza” e **Angelo Raffaele Salerno** – Dottorando di ricerca in “Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione” presso l'Università degli Studi della Tuscia**

TITLE: The life sentence without alternative measures and the present state of the constitutional justice in Italy

ABSTRACT: Lo studio prende le mosse dall'ordinanza n. 122 del 2022 della Corte costituzionale, attraverso la quale l'udienza per la trattazione della questione di legittimità costituzionale del cosiddetto ergastolo ostativo alla liberazione condizionale, fissata dalla precedente ordinanza n. 97 del 2022 per il 10 maggio 2022, è stata posticipata all'8 novembre. Sono state analizzate le implicazioni dell'uso sempre più frequente – a partire dal noto *caso Cappato-Antoniani* – delle ordinanze processuali nel più ampio quadro delle nuove linee di tendenza del giudizio di legittimità costituzionale e della consequenziale ridefinizione del rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento.

The paper focuses on the Constitutional Court's ruling no. 122 of 2022, through which the Court has postponed the hearing that had been scheduled for the 10th of May 2022 by the ordinance no. 97 of 2021 about life imprisonment without parole. The work examines the implications of the most

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

** Il contributo è frutto della riflessione comune dei due Autori. Ad ogni modo, i paragrafi 1, 4 e 5 sono stati redatti dal Dott. Dario Martire, mentre i paragrafi 2 e 3 dal Dott. Angelo Raffaele Salerno.

frequently use – starting from *Cappato-Antoniani Case* – of processual ordinances. Further, the ordinance gives the opportunity to analyses, through the lens of the concrete case on a very problematic legislative field, some profiles concerning the relationship between Constitutional Court and Parliament.

KEYWORDS: ergastolo ostativo; tecniche decisorie; automatismi legislativi; ragionevolezza; finalità rieducativa delle pene; life sentence; decisional techniques; legislative automatism; reasonableness; rehabilitation purpose of the punishment

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il retroterra giuridico delle due ordinanze. – 3. L’ordinanza n. 97 del 2021. – 4. Il disegno di legge n. 2574. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

A mezzo dell’ordinanza n. 122 del 2022, la Corte costituzionale ha ulteriormente rinviato la trattazione della questione di legittimità sollevata dalla Corte di cassazione, Prima Sezione penale¹, in relazione agli artt. 4-*bis*, primo comma, e 58-*ter* della legge n. 354 del 1975 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché all’art. 2 del decreto-legge n. 152 del 1991 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 203 del 1991), nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all’ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* del codice penale, ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, per il supposto contrasto con gli artt. 3, 27, terzo comma e 117, primo comma, Cost.

La decisione si colloca, infatti, nel solco di un’altra ordinanza, la n. 97 del 2021, con cui la Corte, nella direzione di valorizzare «esigenze di collaborazione istituzionale»² – ferma restando la constatazione di alcuni profili di illegittimità costituzionale della disciplina censurata – aveva deciso di rinviare la trattazione della questione di circa un anno per consentire al legislatore di

¹ Ordinanza del 3 giugno 2020, n. 18518, depositata il 18 giugno 2020 (r.o. n. 100 del 2020).

² Punto 11 del *Considerato in diritto*.

sanare il *vulnus* costituzionale senza ricorrere a una sentenza di accoglimento, fissando così l'udienza al 10 maggio 2022.

Il caso, la cui trattazione è ora fissata all'8 novembre 2022, attraversa indubbiamente vari piani della riflessione scientifica, afferenti tanto alla dicotomia diritto sostanziale-diritto processuale, quanto al rapporto tra diritto costituzionale e altre branche dell'esperienza giuridica. Il cosiddetto ergastolo "ostativo" – formula che indica una pena detentiva senza limiti temporali da scontare integralmente in carcere e senza la possibilità di fruire di benefici penitenziari, tra cui la liberazione condizionale³, salvo che il condannato non collabori con la giustizia⁴ – rappresenta, infatti, una delle questioni più dibattute degli ultimi anni, nella letteratura costituzionalistica e non solo⁵.

I principali punti di interesse risiedono anzitutto nella tipologia decisoria (l'ergastolo ostativo in relazione alla liberazione condizionale rappresenta il terzo caso in cui la Corte ha fatto ricorso al rinvio di udienza), nella censura degli automatismi legislativi (in continuità con la giurisprudenza costituzionale in materia) e nel tentativo del Parlamento di riformare la disciplina dell'ergastolo ostativo entro la data dell'udienza fissata dalla Corte.

Il caso in esame si presta tuttavia a un piano di analisi ancor più ampio. Si tratta infatti di una pronuncia che conferma l'accantonamento, da parte della Corte, di alcune delle tradizionali coordinate del giudizio di legittimità costituzionale nel quadro di una nuova fase giurisprudenziale; una fase caratterizzata da un autentico cambio di paradigma proprio a partire dalla materia penale, il

³ La liberazione condizionale presenta, nell'ordinamento giuridico penitenziario, profili di indubbia rilevanza. Individuata dal Codice penale quale causa di estinzione della pena (artt. 176 e 177), subisce una sorta di eterogenesi dei fini, in quanto «nasce come strumento utile per la gestione degli istituti penitenziari e gradualmente si trasforma in strumento del trattamento rieducativo, diretto alla risocializzazione del condannato» (M.G. CHIAPPETTA, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020, 223-224). Non a caso, la stessa Corte costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità dell'ergastolo (art. 22 cod. pen.) in relazione al finalismo rieducativo e al principio di umanizzazione della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., ha individuato proprio nella liberazione condizionale – la cui facoltà di concessione era stata sottratta alla decisione discrezionale del Ministro di grazia e giustizia con la sentenza n. 207 del 1974, che riconosceva al condannato *il diritto di accedervi* ricorrendone i presupposti, che avrebbe dovuto «trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale» (la legge n. 6 del 1975 avrebbe poi attribuito alla Corte d'appello) – oltre che nel carattere polifunzionale della pena, elementi sulla base dei quali escluderne l'incostituzionalità (sent. n. 264 del 1974).

⁴ Art. 4-*bis*, primo comma, ord. pen.

⁵ I contributi in tema sono innumerevoli, anche solo in relazione all'ordinanza n. 97 del 2021, senza tener conto di ricerche più ampie. Su tale pronuncia si veda, *ex multis*: M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 28 febbraio 2022, 1 ss.; A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giur. cost.*, 3/2021, 1169 ss.; M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2/2021, 1 ss.; E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021.

campo dell'esperienza giuridica dove, ancora fino a qualche anno, poteva osservarsi che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, la discrezionalità legislativa appariva «*quodammodo* "privilegiata"»⁶. Un *self-restraint* che negli ultimi anni è venuto meno in forza di una presa di posizione della Corte, le cui ragioni sono ben evidenziate dalla Relazione dell'allora Presidente Lattanzi sull'attività svolta nel 2018, ove si legge che «è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, *una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione*, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire *la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale*»⁷.

I fattori di un tale mutamento sono sia endogeni che esogeni, e non è certo questa la sede per ripercorrerli. Basti però osservare che in nome del declamato obiettivo della tutela dei diritti fondamentali, bussola assiologica del nuovo corso giurisprudenziale, la Corte ha rivisitato le principali coordinate della cornice teorica in cui soleva dipanarsi il giudizio di legittimità costituzionale, trovando una giustificazione a un sindacato dalla latitudine più ampia anche in assenza di "rime obbligate"⁸. Tale rimodulazione – o, se si preferisce, *superamento* – rappresenta uno dei principali indici del cambiamento. Si pensi anche solo al fatto che esso ha determinato l'abbandono di una serie di strumenti decisori cui la Corte ricorreva, in passato, nell'ottica di rispettare la discrezionalità legislativa, quali le sentenze additive di principio. Tuttavia, se il superamento della dottrina delle "rime obbligate" rappresenta, da un lato, il presupposto indispensabile per un sindacato di legittimità più penetrante anche in materia penale, dall'altro presta il fianco alla critica per cui la Corte si porrebbe in tal modo in contraddizione con l'originario inquadramento del proprio ruolo, così come delineato dalla Costituzione del 1948 e dalle altre leggi

⁶ A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, in E. D'ORLANDO - L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, XIII. Tanto che un ex Presidente della Consulta ebbe modo di affermare che in relazione al diritto penale sostanziale «la Corte fu animata sin dall'inizio, salvo che per disposizioni palesemente incostituzionali, da un senso di rispetto, ed in ogni caso di prudente accettazione»; cfr. G. VASSALLI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, IX.

⁷ Relazione consultabile in www.cortecostituzionale.it, 14-15 (corsivi nostri).

⁸ Tanto che nella successiva Relazione della Presidente Cartabia la rimodulazione della portata di tale dottrina appare già pacificamente acquisita; la Relazione è consultabile al sito www.cortecostituzionale.it.

che ne disciplinano il funzionamento. Su tutte, con la disposizione di cui all'art. 28 legge n. 83 del 1957, per la quale «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Infatti, riservarsi un intervento manipolativo – o ricostruttivo⁹ – a fronte di una *preclara* molteplicità di soluzioni normative dinanzi al *vulnus* costituzionale implica, per forza di cose, una valutazione discrezionale in parte affine a quella del Parlamento, il che contribuisce al superamento delle categorie giuridiche che fornivano le coordinate del suo giudizio sin dai primi interventi¹⁰. Si potrebbe replicare che, diversamente operando, la Corte rinunciarebbe ad apprestare una tutela più intensa «proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica»¹¹, ma ciò non confuterebbe il rilievo per cui l'asse istituzionale del rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento si sia così spostato a favore della prima, alla quale spetta, in tal modo, “l'ultima parola”¹².

È in questo contesto che l'ordinanza n. 122 del 2022 va letta e inquadrata. Essa, infatti, oltre a dover essere annoverata tra le tecniche processuali cui la Corte ha fatto ricorso negli ultimi anni al fine di favorire una collaborazione istituzionale col Parlamento, rientra a pieno titolo tra le pronunce che caratterizzano il suo recente attivismo in materia penale, esteso anche al sottosistema penitenziario¹³. Non solo. Nel caso in cui il legislatore non riuscisse ad intervenire sulla disciplina

⁹ L'aggettivazione «manipolative» è vivacemente criticata da G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 229-230, in quanto risalente al periodo in cui l'ammissibilità di tali pronunce era ancora discussa.

¹⁰ Basti pensare al fatto che, in precedenza, l'assenza di un automatismo interpretativo a “rime obbligate” avrebbe condotto all'inammissibilità della questione, mentre ormai, una volta che l'analisi della soluzione additiva o sostitutiva prospettata dal giudice *a quo* si sia rivelata non arbitraria, la Corte provvede all'esame di merito della questione. Sul punto, per più precisi riferimenti, si veda D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”*, in *Giur. cost.*, 2/2019, 609 ss.

¹¹ Riprendendo la Relazione Lattanzi, 13.

¹² Cfr. D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2020, 257.

¹³ È senz'altro emblematica di un tale mutamento la sentenza n. 32 del 2020, con la quale la Corte ha esteso il divieto di retroattività di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. all'esecuzione penale «allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato» (punto 4.3.3. del *Considerato in diritto*). Su tali aspetti si veda D. MARTIRE - T. PISTONE, *Tempo della punizione e garanzie costituzionali. La sospensione della prescrizione al vaglio della Consulta*, in *Archivio penale*, 3/2020, 21 ss., A. PUGIOTTO, *Divieto di retroattività penale, ma non solo: i tanti profili d'interesse della sentenza n. 32/2020*, in *Quad. Cost.*, 2/2020, 395 ss., V. MANES - F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2020, 1 ss. e F. SIRACUSANO, *L'irretroattività irrompe nella fase dell'esecuzione penale: luci e ombre di una svolta epocale*, in *Giur. cost.*, 2/2020, 936 ss.

dell'ergastolo ostativo sanando i *vulnera* segnalati dalla Corte, è verosimile che la stessa possa ritrovarsi di fronte alla necessità di un intervento fortemente manipolativo, in assenza di “rime obbligate”.

In definitiva, alla luce del quadro d'insieme, la vicenda giurisprudenziale e legislativa dell'ergastolo ostativo si presta ad assurgere a punto privilegiato di osservazione dello stato attuale della giustizia costituzionale. L'analisi del peculiare retroterra giuridico dell'ordinanza n. 122 del 2022 e della precedente n. 97 del 2021, incluso il tentativo del legislatore di riformare l'ergastolo ostativo, è infatti in grado di fornire dati assai indicativi in ordine alla percezione che la Corte ha di sé stessa all'interno del sistema, della corrispondente percezione che il Parlamento ha della stessa, delle reciproche attribuzioni e dei rispettivi compiti, oltre che, naturalmente, dei profili di novità della nuova stagione giurisprudenziale – quali, appunto, il superamento delle “rime obbligate” – e delle implicazioni costituzionali che agli stessi si accompagnano.

2. Il retroterra giuridico delle due ordinanze

La pronuncia in commento, come anticipato, non può che essere analizzata alla luce della precedente ordinanza n. 97 del 2021, a sua volta frutto di un complesso percorso giurisprudenziale che ha visto mettere in discussione sin dalle fondamenta il complesso coacervo giuridico su cui si regge l'ergastolo ostativo¹⁴.

L'origine della disciplina risale, com'è noto, alla cosiddetta legislazione emergenziale degli anni Novanta, adottata in reazione alle stragi di mafia del tempo: l'art. 4-*bis* ord. pen. viene infatti introdotto nel corpo della legge n. 354 del 1975 con il decreto-legge n. 152 del 1991 (convertito con legge n. 203 del 1991). In origine, per i condannati per delitti gravissimi di terrorismo, eversione dell'ordinamento costituzionale e associazione e contesto mafioso, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione erano accessibili solo a seguito dell'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità

¹⁴ Per una ricostruzione, v. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 dicembre 2018, ripubblicato in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 3/2018, ora in AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 17, il quale definisce la legislazione emergenziale «una vera e propria inversione a U» nell'evoluzione della disciplina dell'ergastolo alla luce dell'art. 27, terzo comma, Cost.

organizzata o eversiva». Dopo le modifiche apportate dal decreto-legge n. 306 del 1992 (convertito con legge n. 356 del 1992), il requisito sopraesposto è confluito nel comma 1-*bis* e nel primo comma, integralmente riformato, si è previsto che tali condannati non possano essere ammessi ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, a meno che non abbiano collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. pen.¹⁵. Da ultimo, per ciò che rileva ai fini della nostra analisi, tanto il decreto-legge n. 152 del 1991 quanto il decreto-legge n. 306 del 1992 hanno equiparato l'accesso alla liberazione condizionale a quello previsto per gli altri benefici penitenziari.

Se questo è il quadro legislativo, l'ordinanza del 10 maggio e la precedente n. 97 del 2021 si collocano, come detto, al culmine di un importante percorso giurisprudenziale, italiano ed europeo, non sempre lineare, ma in ogni caso avente ad oggetto il carattere assoluto della presunzione legislativa di pericolosità sociale del condannato che non collabori con la giustizia¹⁶.

Già nel 2003 la Corte era stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, primo comma, primo periodo, ord. pen., «nella parte in cui impedisce, in assenza della collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* del medesimo ordinamento, l'ammissione alla liberazione condizionale dei soggetti condannati all'ergastolo per taluno dei delitti indicati nel medesimo comma 1, primo periodo, dell'art. 4-*bis*»¹⁷. Una questione che, al tempo, i Giudici di Palazzo della Consulta avevano giudicato non fondata. Infatti, all'argomento sollevato dal giudice rimettente per cui la questione sarebbe stato analoga a quella decisa con sentenza n. 161 del 1997, in cui l'accoglimento era stato determinato dalla radicale incompatibilità di una presunzione assoluta con l'art. 27, terzo comma, Cost.¹⁸, la Corte aveva replicato che la propria giurisprudenza

¹⁵ All'«utile collaborazione» con la giustizia sono state poi equiparate, a seguito di due pronunce della Corte costituzionale (sent. n. 68 del 1995 e sent. n. 357 del 1994), la collaborazione «impossibile» e la collaborazione «oggettivamente irrilevante» (art. 4, comma 1-*bis*, ord. pen., modificato dalla legge n. 38 del 2009).

¹⁶ Sull'insostenibilità costituzionale della presunzione assoluta di pericolosità sociale – con approfondimenti sul ruolo assunto dall'art. 4-*bis* ord. pen. nella prospettiva del governo dell'insicurezza sociale – si vedano le riflessioni svolte da L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015. Dello stesso A., più di recente, si veda *Libertà personale e pericolosità sociale*, in M. RUOTOLO e S. TALINI, *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, II, Napoli, 2019, 437 ss.

¹⁷ Sent. n. 135 del 2003.

¹⁸ In particolare, con tale pronuncia la Corte aveva dichiarato incostituzionale l'art. 177, primo comma, ultimo periodo, cod. pen. nella parte in cui non prevedeva che il condannato all'ergastolo, cui fosse stata revocata la liberazione condizionale, potesse essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio ove ne fossero sussistiti i presupposti, perché una tale disciplina, «vietando per i condannati all'ergastolo la riammissione alla liberazione

«in tema di collaborazione impossibile, irrilevante o comunque oggettivamente inesigibile è significativamente volta ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato (...) non vi è dubbio che la disciplina censurata non impedisce in maniera assoluta e definitiva l'ammissione alla liberazione condizionale, ma ancora il divieto alla perdurante scelta del soggetto di non collaborare con la giustizia»¹⁹, concludendo dunque che «la preclusione prevista dall'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, dell'ordinamento penitenziario non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta»²⁰.

In tale prospettiva, non soltanto la mancata collaborazione è valutata «come indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato», ma essa è – per la giurisprudenza costituzionale più risalente – addirittura una presunzione «vincibile, posto che, con riferimento al principio di cui all'art. 27 della Costituzione (...) questa Corte ha ritenuto che l'oggettiva impossibilità o l'inesigibilità della collaborazione non è di ostacolo, in costanza di elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, alla concessione dei benefici penitenziari»²¹.

Invero, la fragilità di tale impianto argomentativo, incentrato sulla semplicistica deduzione *tout court* della pericolosità sociale dalla mancata collaborazione, non solo è stata ben messa in luce in letteratura²², ma emergeva già da una più risalente sentenza della stessa Corte costituzionale in cui

condizionale, li esclude in modo permanente ed assoluto dal processo rieducativo e di reinserimento sociale» (punto 6 del *Considerato in diritto*).

¹⁹ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

²⁰ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

²¹ Corte cost. n. 273 del 2001, punto 5 del *Considerato in diritto*.

²² Ad esempio, tra i vari argomenti contrari, si è acutamente fatto notare che l'art. 27, quarto comma, Cost., il quale afferma l'inammissibilità della pena di morte, andrebbe inquadrato nel più ampio sistema giuridico con altri dati normativi tra i quali l'art. 24, quarto comma, Cost. che, sancendo il principio per cui «La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari», presuppone appunto l'errore del giudice come sempre possibile; per cui, se sempre possibile è la condanna di un innocente, «nessuno dovrebbe essere punito in modo irrimediabile», il che però «accade ancora, con la condanna all'ergastolo ostativo, il cui regime è un atto di fede verso un ordinamento infallibile» (A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2/2014, 5). Riflessioni di tenore simile sono svolte da D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *Arch. pen.*, 1/2015, 4, la quale evidenzia l'insostenibilità costituzionale di pene irrimediabili ancora in relazione al divieto di pena di morte: «La pena di morte e la pena fino alla morte collidono nello stesso modo con la funzione rieducativa-risocializzante. Eliminazione fisica, materiale, la prima. Eliminazione civile, virtuale, la seconda».

si riconosceva che 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. Ma *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»²³.

Una considerazione, quest'ultima, che verrà poi ripresa dalla Corte europea dei diritti umani, la quale, in continuità con precedenti pronunce²⁴, nella fondamentale sentenza *Viola c. Italia n. 2*²⁵ ha accertato la violazione da parte dell'Italia dell'art. 3 CEDU («Proibizione della tortura»)²⁶.

In particolare, la Corte europea, pur riconoscendo che «la legislazione interna non vieta, in maniera assoluta e con effetto automatico, l'accesso alla liberazione condizionale e agli altri benefici propri del sistema penitenziario», in quanto subordinata alla collaborazione con la giustizia²⁷, «dubita della libertà di tale scelta, così come dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato»²⁸. Si tratta di un punto evidentemente cruciale: con le successive argomentazioni, la Corte europea mette radicalmente in discussione l'apparato a sostegno dell'ergastolo ostativo, pur ritenuto convincente dalla menzionata sentenza della Corte costituzionale del 2003. Tra gli argomenti, emerge anzitutto quello portato dall'*amicus curiae* di «L'Altro Diritto Onlus»²⁹, alla luce delle cui osservazioni «il motivo principale del rifiuto di collaborare con la giustizia consisterebbe nel timore per i detenuti

²³ Sent. n. 306 del 1993, punto 13 del *Considerato in diritto* (il corsivo è nostro).

²⁴ A partire da Corte EDU, Seconda Sezione, n. 24069/03, n. 197/04, n. 6201/06 e n. 10464/07, *Öcalan c. Turchia n. 2*, 18 marzo 2014. Si vedano anche, in continuità con tale pronuncia, Grande Camera, *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017, *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016 e *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013.

²⁵ Corte EDU, Prima Sezione, n. 77633/16, *Viola c. Italia n. 2*, 13 giugno del 2019. In margine alla pronuncia si è andata accumulando un'ampia mole di commenti. Si veda almeno, *ex plurimis*: D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio AIC*, 4/2019, 191 ss.; E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2019, 925 ss.; F. FIORENTIN, *Il caso Viola n. 2. L'ergastolo ostativo e la tutela della dignità umana*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020, 67 ss.

²⁶ Il divieto («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»), che ricalca il disposto dell'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, è dichiarato espressamente inderogabile dall'art. 15, par. 2, CEDU, sia in caso di stato di guerra, sia in caso di qualsiasi altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione.

²⁷ § 101.

²⁸ § 116.

²⁹ Consultabile in www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo. Brevi note sulle osservazioni scritte presentate nella causa Viola c. Italia (n. 77633/16), pendente davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dall'Associazione "L'Altro diritto" onlus*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3/2018, 5 ss.

condannati per reati di tipo mafioso di mettere in pericolo la loro vita o quella dei loro famigliari»³⁰. La Corte «ne deduce che *la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai "valori criminali" e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza*»³¹: è proprio in questo snodo argomentativo che viene richiamato e valorizzato il passaggio già citato della sentenza n. 306 del 1993³², sulla base del quale non viene neppure esclusa, da parte della Corte, una collaborazione dettata dalla sola prospettiva dei vantaggi attribuiti in tal caso dalla legge, senza un reale ravvedimento o una dissociazione dall'ambiente criminale³³. Allora, «se altre circostanze o altre considerazioni possono spingere il condannato a rifiutarsi di collaborare, o se la collaborazione può eventualmente essere proposta a uno scopo meramente opportunistico, *l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al percorso reale di rieducazione del ricorrente*»³⁴. L'*iter* argomentativo portante si conclude con la decisiva motivazione della violazione dell'art. 3 CEDU, incentrata sul rilievo che la presunzione assoluta «riconduce in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna»³⁵, impedendo così al giudice di «effettuare una valutazione del percorso individuale del detenuto e della sua evoluzione sulla strada della risocializzazione»³⁶.

La sentenza della Corte europea rappresenta uno snodo fondamentale nel percorso lungo il quale si innesta l'ordinanza in esame, in quanto si colloca temporalmente in una stagione di «rinnovata sensibilità»³⁷ della stessa Corte costituzionale in materia penale ed anticipa alcune importanti pronunce della stessa: le sentenze n. 253 e n. 263 del 2019, che hanno definitivamente incrinato i presupposti costituzionali su cui si era retta, fino a quel momento, la disciplina dell'ergastolo ostativo³⁸.

³⁰ § 117.

³¹ § 118 (il corsivo è nostro).

³² Si rinvia alla nota n. 23.

³³ § 119.

³⁴ § 120 (il corsivo è nostro).

³⁵ § 128.

³⁶ § 129.

³⁷ Per dirla con le parole della Relazione del Presidente Lattanzi del 2019.

³⁸ Convergono ad esempio nella prognosi ragionevolmente certa di un prossimo superamento dell'ergastolo ostativo E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia*, cit., e A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte*

Fino alla sentenza n. 253, in tema di accesso ai permessi premio, la Corte aveva limitato i propri interventi a profili più marginali della disciplina. Oltre alle richiamate pronunce relative ai casi di collaborazione impossibile od oggettivamente inesigibile, essa è infatti intervenuta dichiarando illegittima la previsione di un'efficacia retroattiva di tale disciplina, e in particolare del requisito della collaborazione con la giustizia a cui l'accesso ai benefici è subordinato³⁹. Con tale pronuncia⁴⁰, invece, la Corte apre finalmente «una breccia nel regime ostativo penitenziario»⁴¹.

In particolare, l'apparato argomentativo della sentenza – di cui ci limitiamo a ripercorrere i principali snodi – è incentrato proprio sul carattere assoluto della presunzione⁴², da cui la Corte fa discendere tre distinti corollari sulla base dei quali giunge alla declaratoria di illegittimità costituzionale.

Al netto della risalente affermazione del riconoscimento del diritto al silenzio («corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa riconosciuto dall'art. 24 Cost.») anche durante l'esecuzione penale, la mancata collaborazione ingenera conseguenze afflittive ulteriori a carico

costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019, in Rivista AIC, 1/2020, 501 ss. nonché in Giur. cost., 6, 2019, 3345 ss. I contributi citati sono stati ripubblicati nel volume AA.VV., Il diritto alla speranza davanti alle corti, cit.; le previsioni del superamento dell'ergastolo ostativo sono rinvenibili rispettivamente alle pagine 96 e 143-144 del volume.

³⁹ Cfr. sentt. n. 137 del 1999, n. 445 del 1997 e n. 306 del 1993.

⁴⁰ La pronuncia decide due questioni di legittimità costituzionale sollevate, rispettivamente, dalla Corte di cassazione (Sez. I, ordinanza 20 dicembre 2018) e dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia, ordinanza 23-28 maggio 2019, su cui v. G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Atti del Seminario, Ferrara, 27 settembre 2019, consultabile in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10/2019. Sulla sentenza, molto commentata, si veda, *ex plurimis*: M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019; S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, III, 2019, 729 ss.; A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2020, 160 ss. nonché in *Studium Iuris*, 4/2020, 399 ss., ora in AA.VV., *Il diritto alla speranza davanti alle corti*, cit., 117 ss.; M. MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, 354 ss.; J. MAZZUCA, *Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico (Commento a C. Cost. 23 Ottobre 2019, n. 253)*, in *Federalismi.it*, 3/2020, 84 ss.

⁴¹ A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, cit., 117.

⁴² «Non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima. Non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria. Mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. – agli specifici e limitati fini della fattispecie in questione – una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata» (punto 8 del *Considerato in diritto*). Una presa d'atto che implica già di per sé stessa il superamento dell'impostazione alla base della precedente sentenza n. 135 del 2003.

della persona, e così facendo «opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-ter ord. pen., che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto»⁴³.

La previsione dell'inammissibilità della richiesta di permesso premio impedisce al magistrato di sorveglianza qualsiasi valutazione sulla condizione del detenuto e di conseguenza «può arrestare sul nascere il percorso risocializzante, frustrando la stessa volontà del detenuto di progredire su quella strada»⁴⁴.

La disciplina che pone la «presunzione assoluta di pericolosità sociale che, a prescindere da qualsiasi valutazione in concreto, presupponga l'immutabilità, sia della personalità del condannato, sia del contesto esterno di riferimento» risulta fallace, poiché durante l'esecuzione penale «assume invece ruolo centrale il trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere», ed «esige una valutazione in concreto, che consideri l'evoluzione della personalità del detenuto»⁴⁵.

Dal momento che i vizi di incostituzionalità attengono al carattere assoluto della disciplina e che questi non afferiscono solo ai delitti di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., al fine di evitare «la creazione di una paradossale disparità»⁴⁶, la Corte dichiara l'illegittimità consequenziale dell'art. 4-*bis*, primo comma, ord. pen. nella parte in cui prevede la preclusione per i condannati per tutti gli altri reati ostativi ivi indicati.

La successiva sentenza n. 263 del 2019⁴⁷ in tema di estensione dell'ostatività ai benefici penitenziari nei confronti dei condannati minorenni rappresenta un ulteriore, significativo consolidamento di tale giurisprudenza. Uno degli aspetti maggiormente rilevanti di tale pronuncia è il mancato utilizzo, da parte della Corte, della tecnica dell'assorbimento⁴⁸, nonostante ai fini

⁴³ Punto 8.1 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Punto 8.3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ Punto 12 del *Considerato in diritto*.

⁴⁷ Su cui si veda, almeno, A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale*, cit.; S. BERNARDI, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in *Sistema penale*, 29 gennaio 2020.

⁴⁸ Come è stato evidenziato (A.R. SALERNO, *Poteri, diritti e conflitti intorno alla sentenza n. 186 del 2020 sul "decreto sicurezza"*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3/2020, 12, nota 49), la tecnica dell'assorbimento giudiziario propriamente inteso rispecchia sul piano strutturale il concetto di assorbimento proprio della logica formale. Più precisamente, con riferimento al calcolo proposizionale, la legge di assorbimento che in relazione al calcolo proposizionale si traduce nei seguenti termini: $p \vee (p \wedge q) \leftrightarrow p$, $p \wedge (p \vee q) \leftrightarrow p$. Essa autorizza la sostituzione reciproca di $p \vee (p \wedge q)$ e di $p \wedge (p \vee q)$ «in ogni formula del calcolo proposizionale nella quale compaiano... Quando la

dell'accoglimento della questione fosse senz'altro sufficiente la rilevazione dei vizi di legittimità formale – eccesso di delega⁴⁹ – dell'art. 2, terzo comma, d.lgs. n. 121 del 2018, logicamente prioro rispetto a un giudizio di merito in relazione all'asserito contrasto con i parametri individuati negli artt. 27, terzo comma e 31, secondo comma, Cost.

Eppure, nonostante il riscontro dell'invalidità formale, la Corte si spinge a giudicare anche dei profili più marcatamente sostanziali, dichiarandone l'incostituzionalità anche in relazione al contrasto con la finalità rieducativa della pena, finalità che in riferimento ai minori «è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente»⁵⁰. Non solo. A differenza della precedente sentenza n. 253 – almeno rispetto all'espansione assiologica del valore del finalismo rieducativo in relazione ai minori⁵¹ – tale pronuncia non si limita a censurare il carattere assoluto della presunzione, ma la dichiara integralmente incostituzionale.

Se questo è, a grandi linee, l'articolato retroterra giuridico dell'ordinanza n. 97 del 2021 e della successiva decisione n. 122 del 2022 – un percorso che ha coinvolto pronunce non sempre sintoniche di giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani, tagliando per così dire trasversalmente l'attuale e complesso *judge-made system* italo-europeo e finendo per incrinare le stesse fondamenta di una disciplina originariamente elaborata in una stagione difficile per la stessa vita democratica della Repubblica – non può dunque stupire la centralità della questione ancora pendente a Palazzo della Consulta nell'attuale dibattito scientifico.

sostituzione è stata effettuata si è operato l'assorbimento» (M. MUGNAI, *Assorbimento (legge di)*, in N. ABBAGNANO (a cura di), *Dizionario di filosofia*, 3^a ed., Torino, 1998, 90). Trasposto sul piano della decisione giudiziaria, l'assorbimento in senso proprio richiede la sussistenza di un nesso d'implicazione logica tra la questione assorbente e le questioni assorbite che «consente di rinvenire nella decisione della questione assorbente la soluzione del dubbio di costituzionalità inerente ai profili assorbiti» (G. PELEGATTI, *“Motivi assorbiti” e giudizio di costituzionalità*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, 14). In tema, si veda pure A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, 2013.

⁴⁹ «La disposizione censurata appare in aperta distonia non solo rispetto al senso complessivo dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di esecuzione minorile, ma anche con le direttive impartite dal legislatore delegante... un modello decisorio basato su una prognosi individualizzata, ragionevolmente calibrato sulla personalità in fieri del minore, sarebbe stato coerente con la volontà del delegante e con l'obiettivo di ampliare l'accesso alle misure alternative, abbandonando automatismi e preclusioni che ne limitino l'applicazione» (punto 3.4 del *Considerato in diritto*).

⁵⁰ La Corte richiama qui la sent. n. 168 del 1994.

⁵¹ «Nell'esecuzione della pena nei confronti dei condannati per fatti commessi da minorenni, il contrasto di questo modello decisorio [quello fondato sulla presunzione assoluta già censurata con la sentenza n. 253, ndA] con il ruolo riconosciuto alla finalità rieducativa del condannato si pone *in termini ancora più gravi*» (punto 4.1 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra).

3. L'ordinanza n. 97 del 2021

La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione⁵² si presentava dunque dinanzi alla Corte costituzionale accompagnata da uno stratificato insieme di dati giurisprudenziali – di matrice convenzionale, oltre che costituzionale – i quali non a caso avevano spinto molti osservatori a prognosticare un verosimile accoglimento⁵³.

In questo contesto, l'invarianza del quadro legislativo di riferimento, la rilevanza dei propri precedenti del 2019 e lo stesso, limpido indirizzo giurisprudenziale della Corte europea dei diritti umani, rappresentavano dati decisivi nell'indurre la Corte costituzionale a rilevare gravi sofferenze costituzionali derivanti dalla disciplina dell'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale.

La Corte rammenta anzitutto che tanto nell'evoluzione della disciplina legislativa, quanto nella propria giurisprudenza, «a orientare in favore della compatibilità della pena dell'ergastolo di cui all'art. 22 cod. pen. con il principio costituzionale di risocializzazione sono state le previsioni che, in progresso di tempo, hanno consentito al condannato a tale pena di accedere alla liberazione condizionale»⁵⁴. Viene ricordato che la legge n. 1634 del 1962 consentiva l'accesso alla liberazione condizionale per i condannati alla pena dell'ergastolo in presenza dei presupposti richiesti dall'art. 176 cod. pen.; che con la sentenza n. 264 del 1974⁵⁵ veniva giudicata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 cod. pen. in relazione all'art. 27, terzo comma, Cost.; che la successiva sentenza n. 274 del 1984 estendeva ai condannati all'ergastolo anche il beneficio della liberazione anticipata e che a seguito di tale pronuncia il legislatore (novellando l'art. 176, terzo comma, cod. pen.) riduceva a ventisei anni la soglia minima di pena eseguita a carico del condannato nell'ottica del potenziale accesso alla liberazione condizionale con l'eliminazione del riferimento all'effettività dell'esecuzione e specificava (novellando l'art. 54, ultimo comma, ord. pen.) l'applicabilità anche ai condannati all'ergastolo della regola di equivalenza dell'esecuzione

⁵² Si veda la nota 1.

⁵³ In particolare, sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione si vedano M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, Atti del Seminario, Ferrara, 25 settembre 2020, consultabile in www.forumcostituzionale.it, 1 ss. e G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, ivi, 37 ss., oltre agli altri, innumerevoli contributi presenti nel volume.

⁵⁴ Punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁵⁵ Sentenza che, «in accoglimento della concezione polifunzionale della pena», consacrava «definitivamente la "legittimità costituzionale" dell'ergastolo» (F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 179).

effettiva. «Per effetto di queste scelte», afferma la Corte, «l'accesso alla liberazione condizionale ha accentuato il proprio ruolo di fattore di riequilibrio nella tensione tra il corredo genetico dell'ergastolo (il suo essere una pena senza fine), da una parte, e l'obiettivo costituzionale della risocializzazione di ogni condannato, dall'altra». Segue dunque una rassegna giurisprudenziale delle pronunce successive, in cui questo importante ruolo della liberazione condizionale viene confermato⁵⁶. La Corte, riprendendo un noto passo della sentenza n. 161 del 1997, conclude: «Se 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, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui *detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale*»⁵⁷.

⁵⁶ Sentenze n. 161 del 1997 e n. 168 del 1994.

⁵⁷ Punto 6 del *Considerato in diritto*. Il dibattito sulla legittimità costituzionale dell'ergastolo è, in ogni caso, risalente. Negli anni di poco successivi all'entrata in vigore della Costituzione del 1947, si è ad esempio autorevolmente rilevato che «mentre non contrasta con la norma costituzionale una pena *in concreto* perpetua, contrasta, invece, indiscutibilmente con essa una pena *edittalmente* perpetua» e che la detenzione «può durare tutta la vita, se la rieducazione non è stata raggiunta, ma deve poter essere sempre temporanea, per cessare quando la rieducazione del condannato è stata attuata» (P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, 1257). Sul punto, merita di esser riportata l'opinione di Franco Bricola, il quale riteneva «singolare che il problema di costituzionalità di detta sanzione si sia posto solamente quanto al rapporto fra la perpetuità della sua durata e l'impossibilità di un teleologismo rieducativo della stessa in sede esecutiva; senza fare riferimento alla sua fissità astratta. Probabilmente ciò è dovuto alla scarsa consapevolezza critica del rilievo costituzionale che può assumere il tema delle pene fisse. Non ci sembra tuttavia, che l'ergastolo possa dirsi incostituzionale sotto tale profilo: non potendosi escludere che esistano casi talmente gravi sotto il profilo oggettivo ed univoci sotto quello criminologico da esigere la massima sanzione. A saldare l'eventuale scarto tra schema astratto e disvalore concreto del fatto o rimproverabilità dell'agente, può sempre valere l'istituto delle attenuanti generiche: una riduzione della gravità del fatto essendo, in tali casi, anche il sintomo di una minore univocità di esso sul piano criminologico. Rimane, esclusivamente, per il legislatore il limite logico, il rispetto del quale può essere difficilmente verificabile sul terreno della legittimità costituzionale, di adottare l'ergastolo solo per casi che, oltre che ad essere gravi oggettivamente, corrispondano ad un tipo e ad una costante criminologica sufficientemente univoca... L'esigenza del perseguimento della finalità rieducativa può essere realizzata, quanto all'ergastolo, anziché sul piano giudiziale su quello esecutivo: a ciò rivelandosi rispondente una regolamentazione che consenta all'ergastolano di conseguire, dopo un certo limite e qualora dimostri di essere "rieducato", la libertà, sia pure condizionata... Ci preme soltanto sottolineare come in questi casi la fissità della pena sul piano astratto e giudiziale sia compensata da una certa elasticità in fase esecutiva» (F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, in ID., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, a cura di S. CANESTRARI e A. MELCHIONDA, Milano, 364-365). «La cosa straordinaria», è stato osservato, «è che questi argomenti hanno fatto in parte breccia nella giurisprudenza della Corte costituzionale senza tuttavia indurla alla pronuncia d'incostituzionalità: dapprima la sentenza n. 264 del 21.11.1974 dichiarò l'ergastolo non incompatibile con le finalità rieducative della pena essendo possibile concedere dopo 28 anni la liberazione condizionale; poi la sentenza n. 274 de 27.9.1983 ha ammesso con lo stesso argomento la possibilità di concedere all'ergastolano le riduzioni di pena previste dalla legge del '75 (e poi estese da quella del '86). Abbiamo così il paradosso che la *pena perpetua* è stata dichiarata legittima tanto quanto è in realtà *non-perpetua*» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VII ed., Roma-Bari, 2002, 792, nota 24). Sul punto, più di recente, un ex giudice della Corte europea ha osservato: «Il fatto è che la stessa Corte costituzionale ha abbandonato la teoria polifunzionale in favore di una chiarissima impostazione a favore della

La disciplina ostativa, afferma quindi la Corte, «mette in tensione i principi sin qui descritti»⁵⁸. A tale affermazione segue un'ulteriore ricostruzione della propria giurisprudenza, questa volta intorno alla normativa incentrata sull'art. 4-*bis* ord. pen., tra cui la diametralmente opposta – sul piano ermeneutico e dunque, va da sé, della stessa precomprensione – pronuncia n. 135 del 2003; ma in questo caso, ad essere valorizzato, è proprio l'apparato argomentativo della sentenza n. 306 del 1993, in base al quale la Corte afferma che «la stessa giurisprudenza costituzionale maturata sulla disciplina “ostativa” contiene (...) le premesse per una risposta diversa». Vengono qui valorizzate sia le argomentazioni addotte nella sentenza n. 253 del 2019, sia quelle contenute nella sentenza della Corte europea *Viola c. Italia n. 2*⁵⁹.

Non solo. Proprio sulla base della sentenza n. 253, la Corte, sancendo definitivamente il proprio *overruling* anche in relazione alla liberazione condizionale, evidenzia che «la giurisprudenza costituzionale mostra come possa essere dubbia la “libertà” della scelta, sui cui insisteva la sentenza n. 135 del 2003»⁶⁰.

Alla luce delle argomentazioni svolte nella sentenza n. 253 – nonché nella sentenza *Viola* – intorno all'insostenibilità della presunzione assoluta, la conclusione non può che essere quella per cui «valgono», in relazione alla questione in esame, «alcune rationes decidendi già poste a fondamento della sentenza n. 253 del 2019»⁶¹.

rieducazione... In questa ottica è ancora appropriato sostenere che l'ergastolo è compatibile con la rieducazione? Soprattutto, è appropriato mantenere una pena perpetua che non è costituzionalmente illegittima solo perché le norme ammettono la possibilità di negarne il carattere della perpetuità?» (P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, cit., 228).

⁵⁸ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁵⁹ Tra l'altro, sul punto non è senza significato il dato che a differenza della questione in esame, nel caso deciso con la sentenza n. 253 del 2019 non era stato possibile argomentare l'incostituzionalità con riferimento all'art. 3 CEDU in qualità di norma interposta dell'art. 117, primo comma, Cost., poiché le ordinanze di rimessione (si veda la nota 40) erano precedenti alla sentenza *Viola c. Italia n. 2*. E in ogni caso, la Corte costituzionale, al netto di un cenno assai fugace alle argomentazioni operate dalla Corte europea, riprende, valorizza e sviluppa quelle contenute invece nella propria sentenza n. 306 del 1993, ove era stato affermato che «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi d'autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita» in caso di mancata collaborazione (punto 7.3 del *Considerato in diritto*). Al contrario, nella questione relativa all'ostatività alla liberazione condizionale, la Corte di cassazione, oltre agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., ha indicato come parametro anche l'art. 117, primo comma. Non è un caso che l'ordinanza n. 97 del 2021 contenga, a differenza del precedente sui permessi premio del 2019, non solo un maggior numero di riferimenti alla sentenza *Viola c. Italia n. 2*, ma anche, più in generale, un – pur succinto – passaggio ricostruttivo della stessa giurisprudenza della Corte europea.

⁶⁰ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁶¹ «La presunzione di pericolosità gravante sul condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso che non collabora con la giustizia non è, di per sé, in tensione con i parametri costituzionali evocati dal rimettente. Non è affatto

Tuttavia, nel prosieguo della parte motiva, la Corte pone un importante *caveat*⁶². Essa pone infatti in evidenza la diversità funzionale tra la liberazione condizionale e i permessi premio, e la simmetrica differenza intercorrente tra il caso in esame e quello deciso con la sentenza n. 253 del 2019. «Da un lato», sottolinea, «la posta in gioco è ancora più radicale, giacché, in termini ordinamentali, sono in questione le condizioni alle quali la pena perpetua può dirsi compatibile con la Costituzione; mentre, dal punto di vista del condannato, è in discussione la sua stessa possibilità di sperare nella fine della pena», d'altro canto, tuttavia, «proprio per il profilo da ultimo sottolineato, è qui in esame l'accesso al ben diverso istituto che determina, all'esito positivo del periodo di libertà vigilata, l'estinzione della pena e il definitivo riacquisto della libertà, e non semplicemente, come nel caso del permesso-premio, la concessione di una breve sospensione della carcerazione, senza interruzione dell'esecuzione della pena, in costanza dei connessi controlli». Seguono osservazioni sulle ragioni poste alla base della presunzione di pericolosità sociale del condannato per il delitto di associazione mafiosa o di delitti di "contesto mafioso" non collaborante, che si rinvergono nelle stesse caratteristiche di tali associazioni criminali⁶³; ragioni, ribadisce la Corte, «di notevolissima importanza» che «non si sono affatto affievolite in progresso di tempo»⁶⁴.

Sottolineando come anche in questo caso l'accesso alla liberazione condizionale del condannato non collaborante debba essere legata alla «acquisizione di altri, congrui e specifici elementi, tali da escludere, sia l'attualità di suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino», la Corte fa anche presente che nel giudizio in questione «sono sospettati di illegittimità costituzionale *aspetti centrali e, per così dire, "apicali" della normativa apprestata per il contrasto alle organizzazioni criminali*: sia quanto alle fattispecie di reato (delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività

irragionevole, come meglio si dirà tra breve, presumere che costui mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza. Ma, appunto, *tale tensione si evidenzia laddove sia stabilito che la collaborazione sia l'unica strada a disposizione del condannato a pena perpetua per l'accesso alla valutazione da cui dipende, decisamente, la sua restituzione alla libertà*. Anche in tal caso, è insomma necessario che la presunzione in esame diventi relativa e possa essere vinta da prova contraria, valutabile dal tribunale di sorveglianza» (punto 7 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro).

⁶² O, come è stato detto, la Corte interviene con «un colpo di freno» nel «cammino verso l'accoglimento» (E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021*, cit., par. 4).

⁶³ «L'appartenenza a una associazione di stampo mafioso implica, di regola, un'adesione stabile a un sodalizio criminoso, fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo» (punto 8 del *Considerato in diritto*).

⁶⁴ «È ben possibile che il vincolo associativo permanga inalterato anche in esito a lunghe carcerazioni, proprio per le caratteristiche del sodalizio criminale in questione, finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, come quella che generalmente viene espressa dalla collaborazione con la giustizia» (*ibidem*).

delle associazioni in esso previste), sia con riferimento all'entità della pena inflitta (l'ergastolo), sia in relazione al beneficio avuto di mira, la liberazione condizionale, che dischiude l'accesso alla definitiva estinzione della pena». Di conseguenza, ed è questo uno dei punti chiave della pronuncia, «un intervento meramente “demolitorio” di questa Corte potrebbe mettere a rischio il complessivo equilibrio della disciplina in esame, e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa»⁶⁵.

Tra gli argomenti posti a sostegno della criticità di un intervento demolitorio, la Corte adduce quello per cui potrebbe risultare «incongrua, se compiuta con i limitati strumenti a disposizione del giudice costituzionale», l'equiparazione delle condizioni di accesso alla libertà condizionale tra il condannato all'ergastolo per delitti connessi alla criminalità organizzata non collaborante e condannato collaborante, oltre a quello per cui potrebbe risultare opportuna una modulazione, rientrando nella discrezionalità legislativa, degli indici del «sicuro» ravvedimento richiesto dall'art. 176 cod. pen. in relazione alla peculiare posizione del condannato all'ergastolo per uno di tali delitti rispetto ai condannati all'ergastolo per reati non ostativi. La Corte riconosce che si tratta di «tipiche scelte di politica criminale, destinate a fronteggiare la perdurante presunzione di pericolosità ma non costituzionalmente vincolate nei contenuti», che eccedono dunque i suoi poteri e attengono invece all'esercizio della discrezionalità legislativa.

La Corte motiva poi adducendo ulteriori argomenti. In primo luogo, rammenta che nella sentenza *Viola c. Italia n. 2*, una volta affermato che l'attuale disciplina dell'ergastolo ostativo pone un «problema strutturale», viene auspicato che esso sia risolto da un intervento dello Stato italiano, «di preferenza per iniziativa legislativa». In secondo luogo, non manca di far notare che rispetto all'esecuzione di tale sentenza, il Governo, intervenendo in sede di Consiglio d'Europa, ha lasciato intendere che la situazione è in evoluzione. Infine, la Corte evidenzia che, in effetti, il legislatore ha già avviato una serie di attività al riguardo, tradottesi nella «Relazione sull'istituto di cui all'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale» prodotta dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche

⁶⁵ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

straniere, oltre che nella presentazione di proposte di legge in tema (A.C. n. 1951, XVIII Legislatura).

La conclusione è che «questi dati mostrano con eloquenza la necessità che l'intervento di modifica di aspetti essenziali dell'ordinamento penale e penitenziario – che l'ordinanza di rimessione sollecita questa Corte a compiere – sia, in prima battuta, oggetto di una più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa»⁶⁶. Ma i Giudici di Palazzo della Consulta fanno valere due ulteriori argomenti, finalizzati a evidenziare le eventuali problematiche connesse a una sentenza di accoglimento.

In primo luogo, premesso che il giudice *a quo* aveva sollevato la questione in riferimento ai soli delitti di associazione mafiosa e di “contesto mafioso”, la Corte, riferendosi all'eterogeneità del “catalogo” dei reati di cui alla prima fascia dell'art. 4-*bis* ord. pen., che contiene «delitti addirittura privi di riferimento al crimine organizzato, come i reati contro la pubblica amministrazione o quelli di natura sessuale», per i quali in certi casi è addirittura impossibile una condanna all'ergastolo, paventa il rischio che un accoglimento possa dare origine a una disciplina legislativa incoerente, nella misura in cui sarebbe mancata una contestuale modifica delle disposizioni relative ai reati non connessi alla criminalità organizzata.

Inoltre, un'analoga problematica di incoerenza legislativa rischierebbe di colpire lo stesso sistema penitenziario, in quanto all'esito di un accoglimento i condannati non collaboranti potrebbero sì accedere al procedimento di ammissione alla liberazione condizionale, ma non potrebbero comunque accedere alle altre misure alternative, quali il lavoro all'esterno e la semilibertà, e «cioè proprio alle misure che invece normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso il recupero della libertà»⁶⁷.

Tutto l'articolato – e in larga parte robusto – apparato argomentativo della pronuncia è ovviamente funzionale alla scelta di rinviare la trattazione. L'alternativa sarebbe stata un accoglimento reso evidentemente inevitabile dalle restanti considerazioni dipanate con precisione dalla Corte nella prima parte della motivazione. Sul punto, interrogarsi circa l'opportunità di una scelta in luogo dell'altra è inevitabile. In ogni caso, con l'ordinanza n. 97 del 2021, optando per una

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ Punto 10 del *Considerato in diritto*.

peculiare tecnica processuale sul modello di quella utilizzata nel *Caso Cappato-Antoniani*⁶⁸ e nella questione relativa al reato di diffamazione aggravata commessa a mezzo stampa⁶⁹, la Corte dà luogo a vecchi e nuovi argomenti di riflessione. Agli importanti passaggi di diritto sostanziale, incentrati sulla compatibilità dell'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale con la legalità costituzionale, si accompagna la scelta di posporre la decisione attraverso un rinvio di circa un anno funzionale ad evitare un accoglimento immediato che «comporterebbe effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame»⁷⁰ e a favorire le richiamate «esigenze di collaborazione istituzionale»⁷¹ con il Parlamento.

4. Il disegno di legge n. 2574

Allo stato attuale delle cose, il “seguito” parlamentare dell'ordinanza n. 97 del 2021 è rappresentato dal testo unificato delle proposte di legge n. 1951, 3106, 3184 e 3315 (Bruno Bossio e altri), approvato dalla Camera dei deputati il 31 marzo 2022 e attualmente in corso di esame al Senato in seno alla Commissione giustizia (A.S. 2574)⁷².

Sul primo versante, l'art. 1, lett. a, n. 2, sostituisce il comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. pen., prevedendo che «I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, anche in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'articolo 58-ter della presente legge» purché i condannati

⁶⁸ Ordinanza n. 207 del 2018. In margine al caso citato si accompagna, com'è noto, un profluvio di commenti. Ci si limita pertanto a rinviare, quanto alla relativa ordinanza di rinvio dell'udienza, a M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 644 ss.

⁶⁹ Ordinanza n. 132 del 2020.

⁷⁰ Punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁷¹ Punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁷² Va segnalato che la proposta di legge n. 1951 a firma Bruno Bossio e Magi, era stata redatta a seguito della sentenza *Viola c. Italia n. 2*, prima della pronuncia n. 253 del 2019 della Corte costituzionale. La proposta, mancando per ovvie ragioni del riferimento alla verifica del pericolo di ripristino dei collegamenti (requisito enucleato dalla Corte con la sentenza n. 253 del 2019), non poneva problematiche in ordine alla legittimità costituzionale della normativa risultante dalla novella come quelle del testo unificato, in quanto interveniva in un'ottica garantistica e minimale, incentrando la riforma essenzialmente intorno al superamento dell'assolutezza della preclusione, e prevedendo che le informazioni indicate dall'art. 4-*bis* non contenessero «pareri sulla concessione dei benefici», ma fornissero «elementi conoscitivi concreti e specifici fondati su circostanze di fatto espressamente indicate che dimostrino in maniera certa l'attualità di collegamenti dei condannati o internati con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Gli eventuali pareri espressi dagli organi preposti non possono essere utilizzati nella motivazione della decisione» (art. 1, primo comma, lett. b), con ciò non manifestando la “sfiducia” rispetto all'agire della magistratura di sorveglianza emergente, appunto, dal testo unificato.

per i reati ivi previsti «dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile. Al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa».

Si è detto che l'eliminazione delle ipotesi di collaborazione impossibile dall'art. 4-*bis* ord. pen. esporrebbe la nuova normativa al rischio di una violazione del principio di eguaglianza, assimilando la posizione di chi sceglie volontariamente di non collaborare pur potendo a quella di chi, a causa di circostanze esterne, è impossibilitato a farlo pur volendo, contrariamente ad alcuni precedenti della giurisprudenza costituzionale in cui «appare chiaro che i non collaboratori non possono essere trattati tutti allo stesso modo»⁷³.

Invero, la questione dell'eventuale equiparazione tra le posizioni di chi non collabora per scelta e di chi è impossibilitato a farlo è stata di recente trattata nella sentenza n. 20 del 2022. Nel caso di specie, il giudice *a quo* riteneva non manifestamente infondate rispetto agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* ord. pen. nella parte in cui prevede che i permessi premio di cui all'art. 30-*ter* ord. pen. possano essere concessi ai condannati «che abbiano ottenuto la collaborazione impossibile e inesigibile, ove accertata l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata». In particolare, una delle due questioni era incentrata sull'asserita violazione dell'art. 3 Cost., in quanto sarebbe stata totalmente irragionevole la mancata previsione di «un regime probatorio unitario» per tutte le ipotesi di mancata collaborazione –

⁷³ Lo evidenziava in sede di audizione presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati D. GALLIANI, *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.*, in *Sistema penale*, 29 novembre 2021, par. 5, paventando la non manifesta infondatezza di un'eventuale questione relativa alla disciplina risultante dalla novella.

dunque sia volontaria che impossibile – poiché l’atteggiamento soggettivo del non collaborante avrebbe potuto essere il medesimo, e perché il non collaborante “volontario” avrebbe addirittura potuto risultare meno pericoloso all’esito di una valutazione in concreto, in quanto tale scelta avrebbe potuto esser dettata «dai timori per la propria e l’altrui incolumità».

La Corte, nel rigettare la questione, ha affermato che seppur «tale congettura possa trovare riscontro nella realtà, da essa non può trarsi la conseguenza asserita dal rimettente, cioè che la parificazione delle due situazioni messe a confronto costituisca un imperativo costituzionale»⁷⁴. Richiamando il diritto vivente sul punto⁷⁵ e citando dunque la «differenza ontologica» rilevata dalla Cassazione tra le due categorie di detenuti⁷⁶, la Corte rileva che «la scelta di serbare il silenzio, nonostante una perdurante possibilità di collaborare, produce, come conseguenza di fatto, un effetto di favore per la consorterìa criminale, ciò che giustifica una regola “probatoria” di maggiore rigore rispetto allo standard minimo – l’esclusione dell’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata – imposto, ai fini del superamento del regime ostativo, dai dati di esperienza che accomunano tutte le figure di detenuti non collaboranti»⁷⁷.

Anzitutto, è vero, come si è sostenuto durante i lavori parlamentari, che la scelta di equiparare tali situazioni e di richiedere al detenuto cui la collaborazione risulti impossibile l’integrazione di vari presupposti per accedere ai benefici non significa *in astratto* una totale eliminazione delle ipotesi di collaborazione impossibile, inesigibile e irrilevante nell’ottica dell’accesso ai benefici⁷⁸. Ciò è talmente evidente da non meritare argomentazione. Tuttavia, il disegno di legge finisce per espungere *in concreto* la collaborazione impossibile come peculiare fattispecie legislativa a sé stante, parificando il procedimento e di conseguenza gli oneri posti a carico di detenuti in situazioni di per sé differenti: da qui una tendenziale problematicità dell’equiparazione.

Tra i dati che depongono in senso critico rispetto alla novella, rientra senz’altro il fatto che con la sentenza n. 253 del 2019, la stessa Corte ha delineato un regime probatorio assai gravoso per i casi di mancata collaborazione volontaria. Dunque, se per la Corte le due categorie fossero state davvero equiparabili, non avrebbe sentito l’esigenza di richiedere, per le ipotesi di assenza di collaborazione

⁷⁴ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁷⁵ Sul tema, si veda lo studio di A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994.

⁷⁶ Tra le molte, si veda Cass. Pen., Sez. I, sentenza n. 23862 del 2021.

⁷⁷ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁷⁸ Ciò può trarsi dalla parte di disposizione che prescrive di tener conto «delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione».

volontaria, requisiti ulteriori rispetto alla sola acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata per l'accesso ai permessi premio, com'è invece (attualmente) richiesto per la collaborazione impossibile.

D'altro canto, l'argomento tende a incrinarsi nella misura in cui si tenga conto del fatto che il modo in cui la Corte si è posta dinanzi alle due categorie di detenuti afferisce a due distinte stagioni giurisprudenziali: il gravoso regime probatorio richiesto per i permessi premio con la sentenza del 2019 supera infatti l'interpretazione che aveva caratterizzato il precedente del 2003, mentre le sentenze sulla collaborazione impossibile, inesigibile e irrilevante degli anni Novanta – richiamate per sostenere la possibile irragionevolezza dell'equiparazione – afferivano proprio alla stagione giurisprudenziale culminata in quel precedente, poi superato. Per queste ragioni, la ricerca di un inquadramento unitario della giurisprudenza costituzionale sulla differenziazione delle due situazioni richiede necessariamente un certo tasso di prudenza.

Tra l'altro, la differente disciplina prevista per la collaborazione impossibile è non solo giustificata, ma *imposta* dall'esistenza di una presunzione assoluta⁷⁹. Venendo meno l'assolutezza della presunzione, il quadro cambia radicalmente, e la distinzione tra le due situazioni – non collaborazione per scelta e non collaborazione per impossibilità – non è più un logico temperamento del rigido impianto normativo.

Appare in ogni caso dirimente, in tal senso, il rilievo che, superata la rigidità dell'automatismo legislativo⁸⁰, caratterizzata dall'assolutezza della presunzione di pericolosità, la riespansione della discrezionalità del giudice consenta di modulare la decisione di quest'ultimo sulla base della concreta peculiarità del caso da decidere, sia esso sussumibile nei casi di non collaborazione volontaria o di mancata collaborazione per impossibilità. Il che, ad avviso di chi scrive, appare decisivo per escludere che l'equiparazione delle due categorie sul piano procedimentale sia affetta da irragionevolezza.

Ciò induce a concludere che, seppur eventuali profili di contrasto delle disposizioni del disegno di legge col principio di eguaglianza non vadano esclusi *a priori*, una prognosi di non

⁷⁹ «... la previsione delle ipotesi di collaborazione «impossibile o inesigibile scaturisce da ripetute pronunce di questa Corte (sentenze n. 68 del 1995, n. 357 del 1994 e n. 306 del 1993), tese appunto – *nella vigenza di un regime basato, senza eccezioni, sulla presunzione assoluta di pericolosità del non collaborante* – a distinguere, con disposizioni di minor rigore, la posizione del detenuto cui la mancata collaborazione non fosse oggettivamente imputabile» (sent. n. 20 del 2022, punto 6 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra).

⁸⁰ Il tema degli automatismi legislativi è stato di recente scandagliato da L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, 2020.

incompatibilità costituzionale delle stesse sembrerebbe dare, almeno a un livello per così dire astratto, esito positivo.

Permangono, ad ogni modo, profili della disciplina assai controversi. Oltre alla macchinosa procedimentalizzazione delineata e ai relativi e in parte problematici oneri⁸¹ posti a carico della persona detenuta (soggetti peraltro alla regola del *tempus regit actum*) e di altri aspetti più o meno secondari della disciplina⁸², si può far riferimento, su tutti, all'innalzamento a trent'anni del periodo di pena da scontare per poter accedere al beneficio⁸³ sia per la semilibertà⁸⁴ che per la liberazione condizionale⁸⁵, previsione (questa sì) fortemente sospettata di irragionevolezza anche alla luce del principio della «progressività trattamentale e flessibilità della pena» per come delineato dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁶.

Tentando di trarne un quadro di sintesi, la sensazione è che il legislatore abbia meritoriamente riconosciuto il ruolo “di impulso” nella dinamica interistituzionale che la Corte ha delineato per sé in ambiti normativi dove il ripristino della legalità costituzionale appare improcrastinabile, oltre alle ragioni di fondo, nel caso di specie, della necessità di un superamento dell'assolutezza della presunzione.

5. Considerazioni conclusive

Al di là della specifica questione di legittimità costituzionale, dalla complessiva, articolata vicenda ad essa sottesa possono cogliersi relevantissimi spunti di analisi sui rapporti tra Corte costituzionale e Corte europea con le loro affinità e divergenze giurisprudenziali, nonché – ed è

⁸¹ Si pensi anche solo al fatto che tali adempimenti gravano su persone detenute da decenni.

⁸² Rinviamo sul punto alla puntuale analisi di D. GALLIANI, *A proposito del testo unificato*, cit.

⁸³ Art. 2, primo comma, lett. b, che modifica il secondo comma dell'art. 2 decreto-legge n. 152 del 1991.

⁸⁴ Per la quale attualmente è necessario siano espiati almeno vent'anni di pena.

⁸⁵ Per la quale devono esserne espiati almeno ventisei.

⁸⁶ Sentenza n. 149 del 2018, che ha ritenuto illegittima l'«unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari» indicati dall'art. 4-bis, primo comma, ord. pen. (punto 5 del *Considerato in diritto*). Condivisibili, sul punto, i rilievi critici di D. GALLIANI, *A proposito del testo unificato*, cit., par. 11, che tra la riforma e la sentenza citata rinviene «un'altra somiglianza. Con la riforma si potrebbe domandare la liberazione condizionale prima della semilibertà, visto che non estende l'avverbio “effettivamente” ai nuovi 30 anni di pena scontata per domandare la liberazione condizionale. E questo “sovverte irragionevolmente” la logica gradualista della progressività trattamentale». Ciò a fronte, peraltro, di una giurisprudenza convenzionale per cui il termine per riesaminare lo stato detentivo non dovrebbe essere superiore ai venticinque anni (v. Corte EDU, Grande Camera, *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013).

questo uno dei più classici temi della letteratura costituzionalistica italiana – tra Corte costituzionale e Parlamento. Al netto poi delle ulteriori prospettive di analisi sul piano dell'integrazione interordinamentale e dell'incidenza della categoria giuridica del tempo sull'interpretazione costituzionale⁸⁷, il tutto integra ulteriormente, in maniera coerente con le recenti linee di tendenza, il più ampio quadro della nuova stagione giurisprudenziale della Corte costituzionale in materia penale.

Quel che sembra emergere, anche alla luce della recente ordinanza n. 122 del 2022, è l'immagine di una Corte costituzionale con piena consapevolezza del proprio ruolo e del confine tra il proprio sindacato e l'esercizio delle prerogative proprie del legislatore, e ciò appare ampiamente confortato dalla meticolosa ricostruzione, operata nell'ordinanza n. 97 del 2021, delle problematiche legislative – e costituzionali, alla luce delle incoerenze emergenti – cui un accoglimento, pur ampiamente giustificato, avrebbe potuto condurre. Ma a questa immagine se ne accompagna una ulteriore: quella di una Corte che agisce con un pragmatismo istituzionale ben maggiore di quello che ha spesso caratterizzato la sua azione⁸⁸.

In definitiva, l'opzione a favore dell'ulteriore rinvio pare segnare la preferenza verso una Corte apparentemente più incline ad alimentare un dialogo con il Parlamento, anche al prezzo di perdere in rigidità nel suo modo di relazionarsi con esso, oltre che verso il superamento di altri strumenti adottati in passato dalla stessa in situazioni analoghe. Eppure, va anche tenuto conto che quest'evidente attitudine al dialogo si colloca nel nuovo corso giurisprudenziale in precedenza evidenziato, nel quale la Corte rinuncia al marcato *self-restraint* che ha spesso connotato la sua azione in materia penale che, in una prospettiva prognostica, ci spinge a interrogarci intorno alle prospettive di un ancora possibile intervento additivo in caso di fallimento dei progetti di riforma attualmente in corso di esame al Senato. Un intervento che, come evidenziato nella stessa ordinanza n. 97 del 2021, la Corte ha evitato proprio per i limiti strutturali del suo intervento e delle conseguenze negative che lo stesso avrebbe comunque avuto.

⁸⁷ Si pensi al cambio di paradigma della Corte in materia penale degli ultimi anni, con l'esempio, emblematico per quanto attiene allo specifico tema di analisi, del superamento dell'impostazione adottata dalla sentenza n. 135 del 2003, che possiamo con ragionevole sicurezza ricondurre alla «rinnovata sensibilità» manifestata in maniera più esplicita a partire dalla Presidenza Lattanzi. Sulla relazione scientifica tra tempo e interpretazione costituzionale, si rinvia ad A. LONGO, *Tempo, interpretazione, Costituzione. Vol. I. Premesse teoriche*, II ed., Napoli, 2016.

⁸⁸ Sul punto, assai interessanti le ricostruzioni e i rilievi di E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, II ed., Bologna, 1999.

Occorre inoltre rilevare l'approccio collaborativo che la Corte ha tenuto nei confronti del Parlamento su un tema come minimo "spinoso", rispetto al quale era stata peraltro esposta a una notevole pressione mediatica prima della decisione. In realtà, al netto di possibili critiche al rinvio, in questo approccio troviamo un'attitudine al dialogo che in una materia come quella dell'esecuzione penale è fondamentale per cercare di colmare il divario tra *essere* e *dover essere* costituzionale sul piano della tutela dei diritti fondamentali. Perché anche l'azione della Corte, come la stessa riconosce, ha i suoi limiti, e talvolta è imprescindibile un intervento del Parlamento che sfoci in una disciplina compiuta. Del resto, non è affatto detto che una sentenza, pur fortemente manipolativa, sia sufficiente a sanare i *vulnera* costituzionali e a riavvicinare l'*essere* e il *dover essere* in determinati settori dell'ordinamento giuridico.

Ciò introduce una seconda considerazione. Il dover essere costituzionale risiede nell'interpretazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., che assegna una preminenza assiologica al finalismo rieducativo delle pene. Un principio così forte e pregnante da spingere la Corte, forte della sua «rinnovata sensibilità» in materia di tutela dei diritti, a intervenire anche su aspetti del diritto penitenziario che in passato erano stati lasciati in balia di un'esclusiva legislativa non sempre rispettosa della legalità costituzionale⁸⁹. Eppure, lo si è detto, il ripristino della legalità costituzionale non può fondarsi sulle sole sentenze della Corte: queste sono spesso insufficienti e, in taluni casi, persino portatrici di gravi disfunzioni collaterali. E ciò, si badi, non soltanto sotto il profilo strettamente tecnico-giuridico, ma anche – e forse soprattutto – sotto il profilo della legittimazione della Corte, messa costantemente sotto pressione a causa della sovraesposizione dell'organo causata dall'inerzia legislativa. Eppure, anche tenuto conto di ciò, rimane il fatto che, se il progetto di riforma non diventerà legge, la Corte dovrà intervenire, e nel farlo non potrà esimersi dal fare i conti con le criticità segnalate.

In questo senso, la vicenda dell'ergastolo ostativo rappresenta la perfetta lente attraverso la quale analizzare lo stato della giustizia costituzionale. Una realtà in cui l'ultima parola spetta evidentemente alla Corte⁹⁰, che deve però fare i conti con la costante ricerca di un equilibrio volto a

⁸⁹ Che un tale agire debba rimanere caratterizzato da una fondamentale *medietas* è poi presupposto talmente essenziale che il solo fatto di evidenziarlo risulta quasi pleonastico.

⁹⁰ Nell'ottica di una più ampia e profonda riflessione sulla posizione di giudici e legislatore nel sistema costituzionale, a partire dalla constatazione delle differenze strutturali della funzione giurisdizionale rispetto a quella legislativa, tanto sul piano procedimentale quanto su quello dell'atto in cui ognuna di tali funzioni si estrinseca, è stato osservato che «la stessa sottoposizione delle leggi a sindacato giurisdizionale e il giudicato costituzionale che si forma

salvaguardare la propria legittimazione, tanto per vedere l'affermazione delle proprie decisioni in assenza di un apparato funzionalizzato a ciò, quanto per poter continuare ad esercitare il proprio ruolo con il riconoscimento della propria autorevolezza anche in condizioni politico-istituzionali sfavorevoli, specie quando chiamata a pronunciarsi su una disciplina come quella dell'ergastolo ostativo. È giusto chiedersi, in definitiva, se in talune circostanze il fine, cioè la tutela dei diritti, sia sufficiente a giustificare i mezzi, ossia le forzature dell'originario disegno istituzionale⁹¹.

Resta comunque il fatto che, in certi casi, la pronuncia con cui il giudice costituzionale cerca di sanare i *vulnera* riscontrati rappresenta, per così dire, il male minore. Interventi di questo tipo, lungi dal rappresentare uno «sconfinamento»⁹² nel campo riservato alla discrezionalità legislativa o una qualche forma di «suprematismo giudiziario»⁹³, sembrano invece l'ultima, imprescindibile forma di garanzia della legalità costituzionale in ambiti del vivere civile dove troppo a lungo è mancata. A partire da quello che Filippo Turati⁹⁴ definì il «cimitero dei vivi».

sulle sentenze di accoglimento della relativa questione ci dicono che il “potere dell'ultima parola” è attribuito ai giudici», i quali, tuttavia, «dal punto di vista procedurale incontrano vincoli sconosciuti ai legislatori. Il che non è per nulla paradossale né casuale, riflettendo l'esigenza che le situazioni giuridiche soggettive siano garantite da organi resi, oltre che strutturalmente indipendenti, funzionalmente imparziali, grazie ai caratteri tipici del processo. Qui troviamo le condizioni di possibilità dell'equilibrio fra giudici e legislatori in uno Stato costituzionale», un equilibrio «per il resto suscettibile di tensioni e instabilità» (C. PINELLI, *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 8-9).

⁹¹ Si veda D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi?*, cit., 259.

⁹² Cfr. A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, 201 ss.

⁹³ Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss.

⁹⁴ F. TURATI, *I cimiteri dei vivi (per la riforma carceraria). Discorso sul bilancio degli interni pronunciato alla Camera dei Deputati il 18 marzo 1904*, Milano, 1976.