

Università degli Studi di Padova



Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza
a.a. 2021/2022

L' "Ergastolo Ostativo" nell'Ordinanza 97/2021 della Corte
Costituzionale: tra interrogativi che riaffiorano e peculiarità del
contrasto alla criminalità organizzata

Relatore: Chiar.mo Professor Ambrosetti Enrico Mario

Studentessa: Vanuzzo Samanta

SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO PRIMO	5
LA LEGITTIMITÀ DELLA PENA DELL'ERGASTOLO	5
1. Un primo inquadramento: il significato di “ergastolo ostativo”	5
2. Il considerato n. 3 dell'Ordinanza: il rapporto tra l'art. 22 c.p. e l'art. 27 comma	
3 Cost.....	10
2.1 La costituzionalità dell'ergastolo passa per la liberazione condizionale.....	13
2.2 Le funzioni della pena nella giurisprudenza della Consulta: dalla sent. n. 12 del	
1966 alla sent. n. 149 del 2018.....	21
2.3 La funzione della pena nella fase esecutiva: la progressività trattamentale	28
3. Il considerato n. 4 dell'Ordinanza: il rapporto tra la pena perpetua e l'art. 3	
CEDU	36
3.1 La giurisprudenza della Corte EDU dal caso Kafkaris c. Cipro alle	
conseguenze del revirement in Vinter c. Regno Unito	40
3.2 Il caso Viola c. Italia.....	47
3.3 Il “diritto alla speranza”	50
CAPITOLO SECONDO	55
IL PROPRIUM DELL'ERGASTOLO OSTATIVO: IL TRATTAMENTO DEL NON COLLABORANTE	55
1. Le ragioni storiche dell'introduzione dell'art. 4 bis o.p.: la legislazione	
d'emergenza	55
1.1 Alcune spie della divaricazione trattamentale tra detenuti comuni ed esponenti	
della criminalità organizzata antecedenti alla legislazione degli anni '90.....	59
1.2 Le ragioni dell'emergenza: tra la sfiducia nel garantismo delle recenti riforme	
e l'acuirsi del fenomeno della criminalità organizzata	61
1.3 L'art. 4 bis o.p. tra il 1991 e il 1992 e la sua definitiva consacrazione da parte	
della Consulta nel 1993	64
1.4 Le successive evoluzioni dell'art. 4 bis o.p.: la «politica emergenziale del terzo	
millennio».....	71
2. I considerato n. 5 e n. 6 dell'Ordinanza: il nuovo approccio della Consulta in	
antitesi alla sent. n. 135 del 3003.....	74
2.1 Le presunzioni assolute nell'ambito dell'esecuzione penale.....	77
2.2 La vera natura dell'istituto: mezzo di tutela della collettività o tecnica di	
politica criminale?	85
2.3 La non collaborazione come espressione del nemo tenetur se detegere	91
2.4 La disparità di trattamento del reticente: art. 4 bis o.p. e art. 384, co. 1 c.p. ..	96

2.5 Il disincentivo alla rieducazione nell'inutilità della liberazione anticipata ...	101
CAPITOLO TERZO	105
VERSO IL TRAMONTO DELL'ERGASTOLO OSTATIVO?	105
1. I considerato n. 9 e n. 10 dell'Ordinanza: l'opportunità di lasciare uno spazio alla discrezionalità del legislatore.....	105
2. Un punto fermo: la pregnanza del fenomeno mafioso in Italia.....	111
2.1 La differenza di presupposti tra l'interruzione del regime ex art. 41 bis o.p. e l'ammissione alla liberazione condizionale	114
2.2 A proposito della probatio diabolica emergente dalla sent. n. 253 del 2019 Corte Cost.	116
2.3 Non collaborante «per scelta» o «suo malgrado» alla luce di Corte Cost., sent. n. 20 del 2022	121
3. Le proposte di riforma precedenti l'ordinanza del 2021	125
3.1 La Commissione Palazzo del 2013	127
3.2 Le conclusioni di cui al tavolo n. 16 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale del 2016	130
3.3 Le conclusioni della Commissione d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali del 2020	135
4. Le attuali prospettive di riforma.....	139
4.1 Le proposte di legge depositate alla Camera	139
4.2 L'approvazione del testo unificato alla Camera	147
4.3 La trattazione in Senato e il rinvio dell'udienza da parte della Consulta	151
CONCLUSIONE	157
BIBLIOGRAFIA	161

INTRODUZIONE

La scelta di affrontare un tema quale quello dell'ergastolo ostativo nasce dalla presa di coscienza che l'analisi dello stesso trascende il mero ambito dell'ordinamento penitenziario, entro in quale si colloca a partire dall'innesto dell'art. 4 *bis* o.p. nell'art. 2 d.l. 152/1991 ma coinvolge, in maniera decisamente più ampia, la riflessione sui fondamenti del diritto penale e sul significato stesso della pena, nella convinzione, sancita dai costituenti già con l'art. 27 della Legge Fondamentale, che la risposta ad un evento delittuoso non possa tradursi nella creazione di uno strumento di guerra ma comporti invece, in larga parte, l'obiettivo di rieducazione del reo. Ancor prima, però, condurre la presente disamina comporta la necessità di soffermarsi sulla posizione che, all'interno di un ordinamento che voglia definirsi democratico, lo Stato è chiamato a rivestire nei confronti dei propri cittadini, la quale non può che derivare dall'individuazione del più corretto equilibrio tra le istanze di protezione e tutela della collettività e l'esigenza di garantire la libertà del singolo individuo, evitando così l'uso strumentale di quest'ultimo a fini tanto di strategia politico-criminale quanto di generalprevenzione. Si tratta, insomma, come messo in luce anche dalla premessa alla relazione predisposta dal tavolo 16 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale del 2016, di orientare la discussione su alcuni dei più alti valori giuridici dell'ordinamento, sia interno sia, evocando in particolare il concetto di dignità umana di cui all'art. 3 CEDU, extranazionale, i quali, proprio in quanto tali, non ammettono deroghe, a prescindere dal vigore assunto dall'allarme sociale e dalla drammaticità degli eventi con cui il legislatore si trova a confrontarsi.

Sono queste considerazioni che non sembrano essere rimaste estranee nemmeno alla più recente giurisprudenza della Consulta la quale, infatti, sollecitata da larga parte della dottrina così come dai giudici europei di Strasburgo, ha colto l'opportunità di soffermarsi sull'istituto, riconoscendone però contemporaneamente la sua insostenibilità sul piano delle garanzie costituzionali e la sua stretta attinenza al campo della discrezionalità politica, al punto quindi da rimettere in capo al Parlamento la decisione, da adottarsi entro l'anno, sull'assetto da dare all'istituto dell'ergastolo ostativo. Il presente elaborato si muove allora proprio sulla base dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte Costituzionale, snodandosi i capitoli che seguono in accordo con l'ordine adottato dalla

stessa, considerata punto fermo specie per la capacità di riassumere con efficacia le diverse problematiche a cui è esposta l'attuale conformazione dell'art. 4 *bis* o.p.

Nel primo capitolo, di conseguenza, la discussione segue la via dell'inquadramento della questione entro la tematica ben più estesa e storicamente connotata dell'ammissibilità di una pena *de iure et de facto* perpetua così come originariamente prevista all'interno del codice penale del 1930 prima del correttivo di cui alla l. 1634/1962, in antitesi alla quale già si erano levate un numero cospicuo di voci dissenzienti che lamentavano infatti l'evidente distonia tra una simile fattispecie ed il precetto rieducativo di cui alla Costituzione. In particolare, ripercorrere tale dibattito diviene l'occasione per riflettere in termini più generali sulla funzione da attribuire alla pena nelle diverse fasi in cui questa si struttura, dalla sua astratta previsione normativa alla sua applicazione concreta in sede giudiziale sino al momento esecutivo, trionfo del fine risocializzante e dell'individualizzazione del trattamento. Ancora, il confronto assume dimensioni ancora maggiori attraverso il riferimento al contesto di cui alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ha invero più recentemente conosciuto un percorso di affermazione del ruolo del percorso penitenziario nel reinserimento del detenuto all'interno della società che ben rievoca, pur entro i più limitati spazi di azione di cui all'organismo in oggetto, quanto già asserito in Italia dal Giudice delle Leggi tra la fine degli anni '80 e l'inizio del decennio successivo, per arrivare così a parlare di un vero e proprio «*diritto alla speranza*» spettante al condannato.

Con il secondo capitolo emerge invece la discrasia tra gli approdi appena evocati e le tendenze securitarie risalenti alla legislazione d'emergenza dei primi anni '90, capaci infatti di mettere in discussione, in un'ottica globale di compressione delle garanzie penalistiche sia sostanziali che processuali, tanto lo scopo della pena, di fatto qui più propriamente identificato nella neutralizzazione, quanto il ruolo da attribuire in sede giurisdizionale a strumenti di natura pratico-investigativa, quale, in questo caso, la collaborazione con la giustizia. Diviene allora questa la sede per porre in evidenza le principali critiche mosse al regime di cui all'art. 4 *bis* o.p. sin dal momento della sua introduzione e non affievolitesi nemmeno di fronte ai tentativi di riforma e sistemazione succedutisi negli anni: dall'intollerabilità di irragionevoli presunzioni assolute, specie di pericolosità sociale degli individui, al divieto di subordinare le garanzie costituzionali a fronte delle strategie politico-criminale, completando poi il quadro con il richiamo

all'impossibilità di negare il diritto a non autoincriminarsi anche in sede esecutiva, di creare disarmonie ordinamentali nel diverso trattamento riservato a ipotesi simili di reticenza del reo e, infine, di prevedere strumenti che, piuttosto che animare il condannato alla rieducazione, lo disincentivino, nella prospettiva di espiazioni senza fine.

Conclusivamente, il terzo capitolo si focalizza sulle più attuali prospettive di riforma dell'istituto dell'ergastolo ostativo, così come apertesì a seguito dell'intervento della Consulta. In questo senso, proposito primo è quello di individuare i punti fermi che si impongono al legislatore nell'adozione del regime più opportuno, specie alla luce delle difficoltà determinate dal doversi confrontare con uno dei fenomeni più tragici della storia e della società italiana, ossia quello mafioso, il quale non può essere certo essere completamente obliterato lì dove si consideri il dovere dello Stato di porre rimedio alle condizioni di frattura interne al consorzio sociale. Successivamente, ad essere analizzate sono alcune riflessioni che, sviluppate nel corso degli anni, già avevano provato a ridefinire gli elementi meno tollerabili della fattispecie in discussione, partendo dal presupposto che, a prescindere dalla loro mancata approvazione, esse possono costituire preziosa fonte di suggerimento per il legislatore presente. Si tratta, invero, di indicazioni che non possono essere trascurate, soprattutto se si considera come attualmente la stessa riforma, pur avendo ormai raggiunto l'approvazione da parte della Camera dei Deputati, si trovi in un momento di stallo, il quale ha quindi costretto il Giudice delle Leggi a rinviare ancora volta la propria decisione sul punto, determinando però così la sopravvivenza *medio tempore* di una norma già da tempo giudicata insostenibile.

CAPITOLO PRIMO

LA LEGITTIMITÀ DELLA PENA DELL'ERGASTOLO

1. Un primo inquadramento: il significato di “ergastolo ostativo”

Parlare di “ergastolo ostativo” significa riferirsi ad un istituto che, almeno dal punto di vista terminologico, si presenta come un *unicum* dell'ordinamento giuridico italiano lì dove rapportato ai diversi sistemi extranazionali.¹ È necessario sin da ora sottolineare, comunque, che non si tratta di un'espressione di fonte normativa, in quanto il suo utilizzo non si annovera inizialmente che negli scritti dottrinali,² per fare la sua comparsa, solo più recentemente, nella giurisprudenza, sia precipuamente penale,³ che costituzionale.⁴ A voler esaminare il lemma, poi, esso si compone di due elementi, riprendendo, da un lato, il concetto di ergastolo e, dall'altro, l'idea dell'ostacolo, propria del termine “ostativo”.⁵ Considerando singolarmente le due locuzioni, è facile notare come già la prima appartenga al solo lessico giuridico italiano.⁶ La scelta di questa

¹ GALLIANI D., *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in DOLCINI E., FASSONE E., GALLIANI D., DE ALBUQUERQUE P.P., PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 183.

² In questo senso si tratta di un'espressione non di per sé originale, in quanto non fa che ricomparire negli scritti dei primi anni '90 dopo che già era stata impiegata, a partire dalla seconda metà degli anni '70, per riferirsi al particolare trattamento che l'art. 90 l. 354/1975, *legge sull'Ordinamento Penitenziario*, (poi abrogato dalla l. 663/1986) prevedeva in capo a quei detenuti che ponessero in essere comportamenti gravi «*in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza*» e per i quali risultasse opportuno al Ministero di Grazia e di Giustizia sospendere il normale corso dell'esecuzione penitenziaria. Proprio in riferimento a questo ritorno, anche lessicale, del tema, si è quindi parlato di «*restaurazione normativa*». GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 3, 130.

³ Si annovera il suo primo utilizzo da parte della Suprema Corte in Cass. Pen., I sez., sent. n. 45978 del 2012.

⁴ Si annovera il suo primo utilizzo da parte della Consulta in Corte Cost., sent. n. 253 del 2019.

⁵ Dal *dizionario della lingua italiana Treccani*: «*Ostativo: agg. [der. di ostare]. – Che costituisce ostacolo, che è d'impedimento; è termine usato esclusivam. nel linguaggio giur.*»

⁶ DOLCINI E., *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo*, in *Sistema Penale*, 2021 (Parte dello scritto riproduce i contenuti di *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 3 ss.) Tramite un paragone con alcuni degli ordinamenti geograficamente e culturalmente a noi più vicini, egli

espressione, ripresa poi nel Codice Rocco, risale, invero, al legislatore del 1889, ove egli la inserisce all'interno dell'art. 10 del primo codice post-unitario, indicandola come la più grave delle pene applicabili una volta abolita la pena di morte. In questi termini, la previsione del Codice Zanardelli risulta in distonia rispetto alle codificazioni preunitarie: si pensi in questo senso sia a quella sardo-piemontese del '59 (dopo l'Unità estesa a gran parte del Regno) la quale non nominava affatto tale pena, sia al Codice Leopoldino (vigente nel Regno di Toscana dal 1786 sino al 1889) il quale invece connotava l'ergastolo in termini totalmente differenti, descrivendolo cioè come l'obbligo di lavoro previsto per le donne detenute, senza però che questo comportasse un'accezione di perpetuità dell'espiazione. A ben vedere, il Codice di Pietro Leopoldo, da ultimo citato, si presenta come un punto rilevante nella ricostruzione dell'istituto dell'ergastolo, in quanto si tratta del primo caso in cui il vocabolo viene utilizzato in epoca moderna per indicare la pena stessa. In altre fonti del periodo, invece, esso veniva impiegato per riferirsi al il luogo specifico nel quale era posta in esecuzione la condanna al lavoro forzato,⁷ così, ad esempio, nella *Constitutio criminalis Theresiana* del 1768, all'art. 7. Ripercorrendo, inoltre, i momenti storici che hanno conosciuto l'utilizzo dell'istituto dell'ergastolo, si possono di fatto evidenziare due tendenze. La prima è propria del diritto romano classico, ove l'*ergastulum*⁸ si collega al concetto di lavoro, tant'è che esso indica quel luogo nel quale il *dominus* incatena gli schiavi incorreggibili, obbligandoli ad opere di fatica. Nonostante il riferimento all'impossibilità di emenda, in realtà, non è la perpetuità a definire l'istituto in età romana, cosa che invece accade in epoca medievale e moderna, anche se nel solo ambito del diritto della Chiesa, con lo scopo di rispondere all'impossibilità per gli ecclesiastici di infliggere pene cruente.⁹ Salvo quest'ultima eccezione, comunque, l'idea del carcere a vita risulta a lungo

nota infatti come in Germania si preferisca parlare di «*lebenslange Freiheitsstrafe*», in Francia di «*réclusion criminelle à perpétuité*» e nei paesi anglosassoni di «*Life Imprisonment*».

⁷ FIORELLA P., *Ergastolo (premessa storica)*, in *Enciclopedia del Diritto.*, XV, Milano, 1966, 223 ss.

⁸ Termine derivante dal greco ἐργαστήριον, con il significato di “casa di lavoro, officina”. Nel dettaglio, la voce è formata da ἐργα (che corrisponde al latino *opera*) e στήριον (corrispondente al latino *statio*, nel senso di immobilità). PEROTTI R., *L'ergastolo è ancora una pena perpetua? Appunti giuridici e sociologici sulla pena dell'ergastolo* in *L'altro diritto*, 2006.

⁹ Così si legge, ad esempio, in uno dei canoni del Concilio di Trebur dell'895, *Decr., II, causa 27, q. r, c. II.*, in cui si prevedeva la pena all' «*ozio forzato*» per i religiosi e le religiose che violassero il proprio voto di castità. FIORELLA P., *Ergastolo*, cit., 224.

distante dal diritto europeo¹⁰ e ricompare solo nelle riflessioni del Settecento e dell'Ottocento, proprio come alternativa alla pena di morte, in contemporanea con la discussione sull'abolizione della stessa. A questo punto, però, resta un interrogativo a proposito della scelta terminologica: rimane infatti dubbio se, nel riprendere tale lemma, il legislatore del 1889 volesse porre l'accento sul concetto laburistico o su quello dei termini di espiazione, non giustificando lo Zanardelli la propria scelta all'interno della relazione al codice definitivo.¹¹ Certo è che, così come descritto all'art. 11 del testo normativo, l'ergastolo assume entrambi i suddetti connotati ma non va dimenticato che, inizialmente, è difficile attribuire al concetto di lavoro una funzione autonoma e diversa dal semplice rendere la pena, già di per sé perpetua, maggiormente afflittiva. In questi termini si esprime, infatti, parte della dottrina ancora negli anni '50 e '60 del secolo scorso,¹² volendo mettere in evidenza le differenze strutturali tra il lavoro "libero" e quello del detenuto, nel quale, nascendo esso da una legge e non da un rapporto contrattuale, le condizioni sarebbero imposte e in cui l'intento dovrebbe essere quello di «penare [...] soffrire. Compensare con l'offerta del proprio travaglio, del proprio dolore, l'offesa che si è arrecato al prossimo».¹³ Emerge quindi che, nonostante a partire dalla legge 354 del 1975 (*legge sull'Ordinamento Penitenziario*), si sia cercato di dare al lavoro un ruolo sempre più centrale come fattore di risocializzazione per i detenuti, oltre che volto a fare in modo che si sentano «meno estraniati dal contesto sociale»,¹⁴ l'originario trattamento degli ergastolani non nasconde come la scelta del termine ergastolo poco abbia a che fare con la sua derivazione latina. Ecco quindi che, nel valutare il caso *Viola c. Italia*,¹⁵ la Corte di Strasburgo non esita ad inserire la

¹⁰ Tanto in Italia quanto nel resto d'Europa si tendeva, in realtà, ad applicare la pena del carcere a vita ma ciò avveniva in via tendenzialmente informale in quanto a livello legislativo si preferiva considerare il carcere principalmente come un luogo custodiale, fedeli, almeno in apparenza, al brocardo ulpiano D. 48, 19, 8, 9 «*carcer [...] ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*». FIORELLA P., *Ergastolo*, cit., 224-225.

¹¹ ZANARDELLI G., *Relazione a S.M. il re del Ministro Guardasigilli per l'approvazione del testo definitivo del c.p.*, 1989.

¹² PAVARINI M., *La nuova disciplina del lavoro carcerario del lavoro carcerario nella riforma dell'Ordinamento Penitenziario*, in BRICOLA F., *Il carcere "riformato"*, Bologna, 1977, 109 ss.

¹³ EULA E., *Il lavoro penitenziario nell'economia dell'espiazione, della purificazione e della redenzione*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1958, 82 ss.

¹⁴ Corte Cost., sent. n. 264 del 22 novembre 1974.

¹⁵ Corte EDU, sent. del 13 giugno 2019, *Viola*.

questione dell'ergastolo ostativo all'interno del più ampio filone delle pronunce sulla *réclusion à perpétuité*, annullando così ogni differenza tra l'istituto italiano e gli altri casi di pena detentiva perpetua presenti nella maggior parte dei Paesi membri del Consiglio d'Europa.¹⁶

Concentrando l'attenzione, invece, sul secondo termine, è fondamentale prendere in considerazione le due norme che, in combinato disposto, portano la dottrina a parlare di «*ergastolo ostativo*», in modo da comprendere quali siano gli ostacoli che tale specifico regime pone in capo ad una serie di ergastolani, distinguendoli così da altri soggetti pur condannati anch'essi alla pena perpetua ex art. 22 c.p. Le disposizioni da considerare sono, nello specifico, l'art. 4 *bis*, comma 1 o.p. e l'art. 2 della l. 203/1991.¹⁷ Partendo dalla prima, essa si riferisce ad un elevato numero di autori di reato¹⁸ nei confronti dei quali si prevede il divieto di accesso ai benefici penitenziari ivi elencati, ossia al lavoro all'esterno e alle misure alternative alla detenzione previste al capo VI o.p. (tra cui l'affidamento in prova al servizio sociale ex art. 47¹⁹ e la

¹⁶ Pur con diversità, anche marcate, tra di loro; tant'è che si passa da sistemi, quale quello danese, in cui la pena perpetua di fatto consta in un periodo minimo di detenzione di dodici anni, a quello francese in cui, per determinati reati, tale periodo minimo diviene di quarant'anni, sino poi a casi in cui rimane vigente la pena detentiva perpetua senza possibilità di liberazione condizionale (così, per citarne alcuni, nei Paesi Bassi e in Lituania). DOLCINI E., *Fine pena*, cit., 15.

¹⁷ Di conversione del d.l. 152/1991.

¹⁸ Cosiddetti reati “di prima fascia” in quanto considerati più gravi rispetto a quelli “di seconda fascia”, descritti al comma 1 *ter* dello stesso articolo e per i quali valgono regole probatorie più elastiche rispetto ai primi. L'elenco delle fattispecie da ricomprendere nel primo comma è particolarmente ampio, frutto anche di un progressivo inserimento di figure nuove da parte del legislatore che, se inizialmente collegava l'istituto, più o meno indirettamente, all'ambito della criminalità organizzata e del terrorismo, lo ha poi elevato a cardine del sistema, riconoscendolo come panacea per tutti quei casi in cui risultasse necessario scongiurare l'“emergenza” del momento. CARACENI L., in DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019, sub. art. 4 *bis*, 44 ss. Ecco, quindi, che la geografia dell'articolo ha a mano a mano ricompreso entro i suoi confini tanto i delitti contro la libertà sessuale (d.l. 11/2009), quanto quelli legati alle violenze di vario genere contro i minori (l. 172/2012) e, da ultimo, anche quelli contro la pubblica amministrazione (l. 3/2019); reati, come è evidente, ormai nemmeno più «*emblematici della partecipazione dell'autore a forme di reato associative o alle strutture del crimine organizzato*». FIORIO C., in MAZZA O., VIGANÒ F., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008, 396.

¹⁹ Si tratta della «*più significativa tra le misure alternative alla pena detentiva: essa sola fa venir meno ogni rapporto del condannato con l'istituzione carceraria, prospettandosi quale trattamento in libertà che si sostituisce alla detenzione.*» SIRACUSANO F., PRESUTTI A., in DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario*, cit., 601. Essa prevede l'affidamento al servizio sociale del condannato per un periodo uguale alla pena da scontare (anche, eventualmente, residuale) se questa non supera i tre anni o, eventualmente, quattro, ma,

detenzione domiciliare *ex art. 47 ter*)²⁰ in caso di mancata collaborazione con la giustizia a norma degli articoli 58 *ter o.p.*²¹ o 323 *bis* comma 1 c.p.²² Non è, tuttavia, a questo tipo di “ostacoli” che ci si riferisce quando si cita l’istituto in esame,²³ in quanto esso evoca, invece, la ben più invasiva restrizione rappresentata dalla seconda disposizione citata: l’impossibilità di accedere alla liberazione condizionale *ex art. 176 c.p. estesa*, a seguito della l. 1634/1962 (*Modificazioni alle norme del Codice penale relative all’ergastolo e alla liberazione condizionale*) anche ai condannati alla pena dell’ergastolo, una volta espiati 26 anni di pena.²⁴ La vicenda storica che riguarda, infatti, l’art. 2 del d.l. 152/1991 segue le spinte sempre più securitarie che interessano la legislazione di emergenza dei primi anni ‘90. Se esso, infatti, nasceva, nel 1991 con una finalità eminentemente premiale, volta a permettere l’accesso alla liberazione condizionale per il soggetto nei confronti del quale venissero acquisiti «*elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva*», il suo

in quest’ultimo caso, solo laddove il soggetto abbia mantenuto, nell’anno precedente alla richiesta, un comportamento tale da far ritenere che, attraverso tale beneficio, egli possa essere favorito nella rieducazione e non commetta altri reati.

²⁰ Intesa come la facoltà di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza. Viene prevista, dapprima principalmente per ragioni di tipo assistenziale ed umanitario e destinata, quindi, a categorie di soggetti ritenuti meritevoli di tutela (tra cui coloro i quali abbiano compiuto più di settant’anni, donne incinte o madri di prole con età inferiore a tre anni o, ancora, persone in condizioni di salute particolarmente gravi) ma, a partire dalla l. 165/1998, muta profondamente nella struttura, estendendosi ad una platea di condannati molto più ampia, per far fronte alle istanze legate al problema del sovraffollamento carcerario. CESARIS L., in DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario*, cit., 658.

²¹ Il quale prevede che siano definiti «*soggetti collaboranti*» coloro i quali si adoperino per evitare le conseguenze ulteriori del reato o aiutino concretamente le autorità nella raccolta degli elementi di prova.

²² Il quale si riferisce, nello specifico ambito dei delitti contro la p.a., a chi tiene gli stessi comportamenti descritti nella nota precedente, oltre che a chi cooperi per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite.

È invece espressamente escluso il riferimento alla liberazione anticipata, da ritenersi infatti ormai usufruibile sia dai condannati a pena temporanea che da chi sia chiamato a scontare la pena dell’ergastolo, come stabilito da Corte Cost., sent. n. 274 del 1983, mentre per quanto riguarda l’accesso ai permessi-premio, esso è aperto anche ai non collaboranti a partire da Corte Cost., sent. n. 253 del 2019.

²³ Sul punto CARACENI L., in DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario*, cit., 54 e Corte Cost., sent. n. 253 del 2019.

²⁴ È in realtà la legge 663/1986 a prevedere tale tempistica, la legge del 1962 parlava, invece, di 28 anni.

richiamo all'art. 4 *bis* o.p. viene presto letto come un rinvio formale²⁵ e, di conseguenza, porta a negare *in toto* l'accesso alla misura per i detenuti non collaboranti. È questo, infatti, ciò che emerge dalla riformulazione, ad opera del d.l. 306/1992, dell'art. 4 *bis* o.p., il quale non fonda più sulla valutazione individuale della concreta rescissione dei legami rispetto ai contesti di appartenenza la distinzione tra coloro i quali sono chiamati a scontare l'ergastolo cd. ostativo e quanti, invece, ne sono esclusi. Di fatto esautorando il magistrato di sorveglianza di ogni valutazione sul singolo, il legislatore del 1992 fonda invece il discrimine proprio sulla collaborazione del condannato, avvenga essa in fase giudiziale o esecutiva, e crea così un insormontabile ostacolo alla liberazione nei confronti del non collaborante, salvo, come si verrà poi a specificare con gli anni, la sua cooperazione appaia impossibile,²⁶ inesigibile²⁷ o manifestamente irrilevante²⁸ e risultino insussistenti i legami con la criminalità organizzata.

2. Il considerato n. 3 dell'Ordinanza: il rapporto tra l'art. 22 c.p. e l'art. 27 comma 3 Cost.

Come cospicua parte della dottrina si augurava ormai da tempo²⁹ e, anzi, come

²⁵ In particolare, ciò avviene con la decisione Corte Cost., n. 39 del 1994, la quale ribalta una precedente pronuncia della Cassazione (Cass. Pen., I sez., sent. n. 4676 del 1992) secondo cui l'art. 4 *bis* o.p., così come riformulato nel 1992 (d.l. 306/1992), avrebbe voluto riferirsi alle sole specifiche misure in esso indicate. La Corte Costituzionale non sembra interessata alle motivazioni della Corte Suprema che definisce, infatti, «*isolata*» e preferisce quindi accogliere la posizione del Tribunale di Sorveglianza presso la Corte d'Appello di Potenza, che sosteneva la natura mobile del rinvio affermando che, nell'ipotesi contraria si sarebbe creata una «*irragionevole differenziazione tra detto beneficio ed altri più limitati*».

²⁶ Equiparata ad una collaborazione piena ex art. 58 *ter* o.p. «*nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia*» Corte Cost., sent. n. 68 del 1995.

²⁷ Equiparata ad una collaborazione piena ex art. 58 *ter* o.p. ove «*ciò trovi giustificazione o nella marginalità della partecipazione criminosa (art. 114 e 116, secondo comma, cod. pen.)*» Corte Cost., sent. n. 357 del 1994.

²⁸ Equiparata ad una collaborazione piena ex art. 58 *ter* o.p. lì dove al soggetto siano stati applicate le attenuanti legate alla riparazione del danno provocato ex art. 62 n. 6 c.p. già con la l. 356/1992.

²⁹ In questo senso, per citarne alcuni, EUSEBI L., *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4-Bis, Co. I, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettività di una fine?*, in *Cassazione penale*, 2012, 4, 1221 ss.; MUSUMECI C., PUGIOTTO A., *Gli ergastolani senza scampo: fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 71 ss.; Relazione alla proposta di legge elaborata nell'ottobre 2013 dalla Commissione presieduta dal Prof. Palazzo F., la quale

in molti già si erano prefigurati sin dal momento stesso dell'introduzione dell'art. 4 bis all'interno della legge sull'Ordinamento Penitenziario, soprattutto dopo la sua riformulazione del 1992,³⁰ la Corte Costituzionale è stata recentemente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del cd. ergastolo ostativo. È con l'ordinanza di rimessione n. 18518 del 2020, infatti, che la Suprema Corte ha sollevato una questione incidentale di legittimità sulla base dell'asserita violazione degli articoli 27, comma 3 Cost. (il quale sancisce la funzione rieducativa di ogni sanzione penale), 3 Cost. (a proposito della ingiustificata disparità di trattamento tra il soggetto che si presta alla collaborazione e colui il quale compia la scelta opposta) e 117, comma 1 Cost., da parte dell'art. 4 bis, comma 1 o.p., letto in combinato disposto con l'art. 58 ter o.p. e l'art. 2 d.l. 151/1992.³¹ Se la Consulta, a ben vedere, già era stata chiamata a pronunciarsi sul punto nel 2003,³² a distanza di meno di vent'anni il quadro di riferimento sembra essere notevolmente mutato e si apre quindi lo spazio per un deciso *revirement* della Corte rispetto a quanto affermato precedentemente. Nella precedente occasione, infatti, il

era stata istituita nel giugno dello stesso anno allo scopo di «*elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale*». Come risulta nella relazione allegata dalla stessa Commissione, infatti, proprio nel riflettere sull'opportunità di riformare il sistema sanzionatorio penale, essa sente l'urgenza di concentrare la propria attenzione sul sistema fortemente restrittivo che interessa i condannati ex art. 4 bis o.p. non collaboranti e propone così, in un momento di poco successivo, un'ulteriore elaborato nel quale, dopo aver posto in luce i numerosi profili di criticità dell'istituto, si propone di mutarne gli aspetti maggiormente intollerabili.

³⁰ In questo senso, in termini meramente esemplificativi, MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, 112, il quale metteva in rapporto l'art. 4 bis o.p. con l'art. 13 ter della l. 82/1991 (oggi abrogato con l. 45/2001 e che prevedeva una disciplina di estremo favore per il detenuto collaborante, al punto da permettere al magistrato di sorveglianza di derogare, nei confronti di questi, alle disposizioni sull'accesso alle misure alternative alla detenzione) vedendo l'emergere in essi di una «*logica contrattuale tra Stato ed individuo in materia penale*» inaccettabile, soprattutto in fase esecutiva, lì dove, cioè, le regole della società democratica prevedrebbero il *focus* non fosse che sull'individuo e sul suo percorso trattamentale. Ancora, tra coloro i quali scorgono sin da subito gli elementi di illegittimità dell'ergastolo ostativo si annoverano DELLA CASA F. *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"* in GREVI V., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 124 ss., e BERNASCONI A., *La collaborazione processuale*, Milano, 1995, 114 ss.

³¹ Quest'ultimo in relazione all'obbligo, per il legislatore italiano, di conformarsi agli obblighi internazionali e, nello specifico caso, all'art. 3 CEDU il quale vieta trattamenti «*inumani e degradanti*» quali, secondo giurisprudenza consolidata a partire dal caso *Kafkaris c. Cipro* del 2008, quelli che, constando in «*pene perpetue non riducibili*», ledono la dignità umana.

³² Corte Cost., sent. n. 135 del 2003.

Giudice delle Leggi non aveva trovato nelle disposizioni in esame alcun profilo di illegittimità che ne ostacolasse la vigenza, mettendo in chiaro come la mancata collaborazione del detenuto non potesse che imputarsi ad una sua libera scelta e che, su tale base, si dovesse di fatto constatare l'evidenza di una mancata risocializzazione. In questo scenario, è però la giurisprudenza sovranazionale a richiedere nuove riflessioni ad opera della Corte: in particolare, la tematica diviene pregnante con la pronuncia sul caso Viola³³ che, evidenziando la violazione dell'art. 3 CEDU ad opera della disciplina italiana sull'ergastolo ostativo, riporta i giudici sui propri passi. Con l'ordinanza n. 97 del 2021, quindi, la Corte Costituzionale mette in discussione le previsioni di cui all'art. 4 *bis* o.p. e, dopo aver chiarito quali siano i punti che necessitano un intervento, decide di lasciare alla discrezionalità del legislatore ogni successiva valutazione.³⁴ Leggendo il testo dell'ordinanza succitata appare chiaro, sin da subito, che la scelta della Corte è quella di muovere le proprie critiche su due piani, distinti ma intrecciati. Da un lato, infatti, essa riprende la propria giurisprudenza, relativamente più vicina a livello temporale, con la quale ha già considerato alcuni aspetti, più o meno pregnanti, dell'istituto dell'ergastolo ostativo³⁵ mentre dall'altro lato si ricollega ad una serie di sentenze, ben più radicate a livello storico, tramite cui aveva discusso del più ampio tema dell'ergastolo in generale.³⁶ Emerge quindi, sin da una prima analisi della pronuncia, che la posta in gioco davanti a cui è posta la Corte non si riduce ad un singolo istituto, bensì ad uno dei cardini di una società che voglia dirsi democratica: il rispetto e la tutela della libertà umana, così come stabilito dall'art. 13 Cost., il quale appare oggi posto in discussione per più di un migliaio di detenuti nelle carceri italiane.³⁷ Ecco allora che, a partire dal considerato in diritto n. 3 dell'ordinanza, la Consulta dà vita ad un *excursus* storico tramite cui inserisce la questione in esame in un

³³ Corte EDU, sent. del 13 giugno 2019, Viola.

³⁴ CORBETTA S., "Ergastolo ostativo" e liberazione condizionale: la Corte Costituzionale mette in mora il Legislatore, in *Quotidiano Giuridico*, 2021.

³⁵ Si allude, *ex multis*, a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019; Corte Cost., sent. n. 135 del 2003 e Corte Cost., sent. n. 39 del 1994.

³⁶ Si allude, *ex multis*, a Corte Cost., sent. n. 161 del 1997; Corte Cost., sent. n. 274 del 1983 e Corte Cost., sent. n. 204 del 1997.

³⁷ Si contano infatti, ad ottobre 2019, 1258 soggetti condannati all'ergastolo cd. ostativo (circa il 70% del totale dei condannati all'ergastolo). Ne riferisce Mauro Palma, presidente del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, nella propria Relazione al Parlamento italiano del 2020.

filone giurisprudenziale maturato negli anni '70 del secolo scorso sulla scia di uno dottrinale ben precedente, sorto negli anni '50 e '60, entrambi focalizzati sul rapporto tra l'art. 22 c.p. e l'art. 27, comma 3 Cost. Il tema è, cioè, quello della tollerabilità di una pena perpetua senza prospettiva di liberazione e, di conseguenza, della funzione da attribuire sia alla pena in generale sia, nello specifico, al tempo trascorso dalla persona in detenzione.³⁸

2.1 La costituzionalità dell'ergastolo passa per la liberazione condizionale

«L'ergastolo esiste», si è detto, «in quanto tende a non esistere».³⁹ È con l'entrata in vigore della Costituzione e, in particolare, a partire dall'esaltazione della funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 comma 3 Cost., che si comincia, infatti, a porre in discussione la tollerabilità di una pena a vita o, a dirla con termini forse più evocativi, *ad mortem*.⁴⁰ Attraverso un'analisi della relazione con la quale il Senato accompagna l'approvazione della legge 1634/1962,⁴¹ emerge chiaramente che, se con l'abolizione della pena di morte da parte del codice Zanardelli era sembrato opportuno prevedere, come sua alternativa per i delitti più efferati, una sanzione consistente nella segregazione perpetua, un tale strumento non sembrava più accettabile dopo il 1948. Su queste basi viene dunque approvata il suddetto testo normativo, il quale, con soli tre articoli, si presenta come la soluzione⁴² di una questione che, ormai da decenni, stava

³⁸ Inteso come il momento esecutivo, terzo profilo sotto il quale viene tradizionalmente presa in considerazione la pena, unito a quello della sua astratta previsione legislativa e, successivamente alla sua comminatoria in sede giudiziale, ognuno con le proprie specificità e giustificazioni. In questo senso COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Punibilità e pene*, Milano, 2018, 59 ss.

³⁹ PUGIOTTO A., *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in DOLCINI E., FASSONE E., GALLIANI D., DE ALBUQUERQUE P.P., PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza*, cit., 80. Similmente si esprime FERRAJOLI L., *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Del. e pene*, 1992, 2, 83 li dove parla del «paradosso» che deriva dal paradosso del dichiarare la pena perpetua «legittima nella misura in cui è in realtà non-perpetua».

⁴⁰ PUGIOTTO A., *Una quaestio*, cit.

⁴¹ ROMANO A., *Relazione della II Commissione Permanente*, n. 2158-A, comunicata alla Presidenza il 26 settembre 1962, sul d.d.l. *Modificazioni alle norme del Codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale*.

⁴² A dire il vero, è nella stessa relazione alla legge che si pone in luce come un tale approdo vada di per sé visto semplicemente come un primo «spiraglio umano» e non possa quindi dirsi pienamente esaustivo del «grosso problema del sistema sanzionatorio». Tuttavia, si tratta di un suggerimento che, almeno in termini di disciplina del fine-pena, non verrà di fatto colto in tutta la sua portata negli anni successivi e darà quindi spazio a una serie di proposte abolizioniste dello stesso ergastolo, seppur mai accolte. Tra queste si annoverano la proposta Riz del 1994,

facendo discutere la miglior dottrina italiana. Nello specifico, essa modifica il regime della libertà condizionale,⁴³ unica misura alternativa alla detenzione prevista per la fase esecutiva prima dell'introduzione della legge sull'Ordinamento Penitenziario del 1975⁴⁴ e ne stabilisce la possibilità di accesso anche al detenuto all'ergastolo sulla base di tre requisiti, necessariamente compresenti: il passaggio di almeno vent'otto anni dalla condanna,⁴⁵ il provato «sicuro ravvedimento»⁴⁶ e l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato.⁴⁷ Sebbene, sin dal momento della sua approvazione, venga da molti messo in evidenza come una tale disciplina non rappresenti «l'optimum desiderabile»,⁴⁸ essa sembra nondimeno raccogliere le istanze, che, da ormai una decina d'anni, fermentavano il dibattito tanto dottrinale quanto extragiuridico.⁴⁹ A fare da

che vedeva nella reclusione l'unica pena detentiva e stabiliva questa non potesse avere durata superiore a trent'anni e tre mesi, o i progetti Grosso del 2001 e Pisapia del 2007 i quali, invece, distinguevano tra una pena carceraria ordinaria e una speciale, delineando una cornice edittale più contenuta nel primo caso e una più elevata nel secondo, al quale associavano quindi i reati più gravi. Quest'ultima ipotesi, per di più, non ha che lo scopo di arginare le critiche avanzate dagli strenui sostenitori della pena perpetua, i quali ritengono imperante la necessità di mantenere un regime che garantisca un accesso lontano nel tempo ai benefici penitenziari. DOLCINI E., *Fine pena*, cit., 13. Similmente, voci abolizioniste si alzeranno nel corso degli anni sia da parte dell'opinione pubblica portando, ad esempio, all'indizione del, pur fallito, referendum del 1981 e dalla dottrina, si pensi in questo senso a PUGIOTTO A., *Una quaestio*, cit., 79 ss. o a FASSONE E., *Fine pena: ora. Appendice*, in DOLCINI E., FASSONE E., GALLIANI D., DE ALBUQUERQUE P.P., PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza*, cit., 209 ss.

⁴³ Art. 2 l. 1634/1962.

⁴⁴ Assieme alla sospensione condizionale, operante invece in sede di cognizione. PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2021, 586.

⁴⁵ Periodo di per sé non breve, anche se comunque inferiore ai trent'anni di cui al progetto di legge 203/1953 (presentato dai deputati Buzzelli e Capalozza), il quale, prevedendo l'abolizione dell'ergastolo, sostituiva ad esso la reclusione al massimo del tempo previsto a quel momento dal codice penale, risultando però così in una «condanna a vita», come la definisce la relazione alla l. 1634/1962, cit. Esso verrà poi ridotto a 26 anni con la legge Gozzini e reso ulteriormente riducibile di quarantacinque giorni ogni sei mesi in caso di «partecipazione all'opera rieducativa», ossia lì dove venga applicata la liberazione anticipata *ex art.* 54 o.p.

⁴⁶ Espressione in cui «la relativa vaghezza del sostantivo è però integrata dalla rigidità dell'aggettivo» FASSONE E., *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione di una "pena costituzionale"* in DOLCINI E., FASSONE E., GALLIANI D., DE ALBUQUERQUE P.P., PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza*, cit., 66.

⁴⁷ Requisito che viene letto come alternativo alla dimostrazione di impossibilità di provvedere a tale obbligo a causa delle «precarie condizioni economiche dell'ergastolano» da Corte Cost., sent. n. 264 del 1974.

⁴⁸ VASSALLI G., *Funzione rieducativa della pena e liberazione condizionale*, in *La scuola positiva*, 1964, 416.

⁴⁹ A darne atto è PERUCATTI L., *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata*, Napoli, 1956, 359. L'Autore cita, infatti, a sostegno di quello che egli definisce un «fervore [che] si è

sfondo a tali riflessioni si poneva infatti, in controtendenza, la giurisprudenza della Suprema Corte che, a Sezioni Unite, si esprimeva nel 1956⁵⁰ negando ogni possibile contrasto tra la disciplina di cui all'art. 22 c.p. e il monito espresso dall' art. 27 Cost. Al di là del semplice *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*,⁵¹ in quell'occasione gli Ermellini dichiaravano manifestamente infondata e, quindi, inammissibile la domanda di incidente di legittimità costituzionale sollevata dalle parti, tramite una disamina di entrambi i requisiti, ossia di non contrarietà al senso di umanità e di sua tensione verso la rieducazione, richiesti dalla Legge Fondamentale alla pena. Per quanto concerne il primo, infatti, la Corte legge il concetto di «umanizzazione della esecuzione» semplicemente come un «contemperamento», legato per di più alla connessa idea di emenda, a quelle che si ritengono in tale contesto le effettive funzioni della pena, ossia quella retributiva e quella intimidatrice, volto al solo scopo di evitare che, di fronte al trionfo di queste, si ritorni a logiche autoritarie, quali quelle di età fascista, in cui l'afflittività si era tradotta nell' «avvilire» o «degradare» il detenuto.⁵² Soffermandosi, invece, sul riferimento alla rieducazione, la Cassazione ne dà una lettura decisamente restrittiva in quanto, dopo aver affermato che non si tratterebbe tanto dello scopo della pena, bensì del suo «modo di essere», essa sostiene che il reinserimento del reo in società, pur «supremo interesse» dello Stato, non possa che orientare l'esecuzione solo fin dove ciò risulti possibile.⁵³ A questo punto, però, la Corte prosegue con una tesi che

risvegliato dovunque» due importanti convegni, svoltisi nel 1956 ma in città completamente opposte: da un lato Palermo con un incontro presso il Circolo della Stampa presieduto dall'avv. Ambrosini e, dall'altro, Milano, dove il II Congresso nazionale dell'Associazione Forense si apre con l'invito del sindaco Ferrari a lavorare per l'abolizione dell'ergastolo «*che preclude al condannato ogni speranza di redenzione ed ogni possibilità di ritorno alla vita*» e con il suo accoglimento da parte del sen. Persico.

⁵⁰ Corte Cass., Sez. Un., 16 giugno 1956, Tondi.

⁵¹ Scrive infatti la corte: «[...] nessun riferimento – esplicito o implicito – alla pena dell'ergastolo è contenuto nel terzo comma dell'art. 27 della Cost.» e ancora: «[...] essendo stato sancito il divieto solamente della pena capitale, la pena dell'ergastolo deve ritenersi tuttora ammessa»

⁵² Si tratterebbe, insomma, secondo la Corte, di un mero richiamo alle «ragioni di umanità e di civiltà» intese in senso lato, non influenti sulla durata dell'espiazione né aventi, come mette in luce, ancora una volta, nel commentare la sentenza in oggetto, la relazione alla l. 1634/1962, cit., valore direttamente precettivo.

⁵³ A sostegno della propria posizione la Corte ritiene esaustivo porre la distinzione tra pene e misure di sicurezza: temendo, infatti, che l'esaltazione della finalità rieducativa possa divenire esclusiva nelle prime ed esautorarne, di conseguenza, gli elementi retribuzionistici e generalpreventivi, essa non esita a sottolineare come sia esclusivamente nelle seconde che il

sarà punto cruciale per una tra le più aspre critiche che le verranno mosse, di lì a poco, ossia quella del Carnelutti:⁵⁴ ciò che entra in gioco, in questo caso, è il significato da assegnare allo stesso concetto di rieducazione che, a leggere la sentenza del 1956, sarebbe legato, in maniera preponderante, ad una prospettiva morale di redenzione, intesa come «*quel processo attuoso dello spirito, diretto a facilitare il pentimento*». Insomma, a parere della Suprema Corte non vi sarebbe nulla, nello stato di reclusione, che potrebbe dirsi contrastante con l'idea rieducativa, in quanto, concernendo essa un ambito strettamente interno alla personalità del condannato, a nulla servirebbe un eventuale ritorno di questi nel mondo esterno. È qui, allora, che si inserisce il Carnelutti, il quale sceglie di svolgere una disamina di tipo etimologico per dimostrare come non sia possibile parlare di rieducazione se non con un approccio di tipo socializzante. Stando alle parole dell'Autore, infatti, l'idea di educazione non richiamerebbe altro che il verbo latino *ducere* con il significato di «*condurre, trarre, tirarsi dietro, portare con*

reinserimento sociale si pone come obiettivo specifico. Si tratta, invero, di una posizione che, ad oggi, difficilmente può dirsi sostenibile, tant'è che si è spesso messo in luce come, in termini di funzioni, sia facile trovare l'afflittività, sebbene forse non tanto in quanto ricercata bensì come inevitabile conseguenza, anche in alcune misure di sicurezza, quali l'assegnazione a colonia agricola o a casa di lavoro *ex art. 216 c.p.* e vicendevolmente, non si possa ritenere assente nelle pene la funzione rieducativa. COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Punibilità*, cit., 478. Anzi, si è anche sostenuto che sarebbe proprio con la l. 1634/1962 che si potrebbe vedere una prima sovrapposizione di scopi tra i due poli del cd. "sistema binario" delle sanzioni: prevedendosi infatti con tale norma la soppressione dell'art. 176 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la liberazione condizionale potesse concedersi lì dove il soggetto avesse dovuto, una volta scontata la pena, accedere ad una misura di sicurezza, risulta evidente che il legislatore starebbe implicitamente individuando anche nelle pene un mezzo di difesa sociale e di specialprevenzione. VASSALLI G., *Funzione rieducativa*, cit., 411. Ecco allora che, nonostante si siano negli anni elevate voci più restie a parlare di una effettiva differenza tra i due sistemi di reazione al reato, parlando in proposito di «*confusione tra i piani di tutela*» (DE MARSICO, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, in *Rivista italiana di diritto penitenziario*, 1933, 1259), a voler trovare una *ratio distinguendi* essa starebbe piuttosto nei presupposti sulla base dei quali il giudice è chiamato ad optare per l'una o l'altra via, prevedendosi la pena per il «*delinquente "responsabile"*» e la misura di sicurezza per il «*delinquente (o soggetto) pericoloso*». PADOVANI T., *Diritto Penale*, Milano, 2019, 407 o, con un'ottica maggiormente classificatoria, attribuendosi la prima ai soggetti imputabili o semi-imputabili (eventualmente in addizione alla seconda se pericolosi) e la seconda, al contrario, ai non imputabili pericolosi GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2020, 758.

⁵⁴ Si allude a CARNELUTTI F., *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Rivista italiana di diritto processuale*, 1956, 1 ss., la quale diviene cardine per le successive riflessioni sul tema tanto da essere richiamata nella stessa relazione alla l. 1634/1962, cit.

sé»,⁵⁵ in una pena che è dunque un percorso tendente ad una meta la quale, non avendo il diritto penale, in un contesto liberal-democratico, alcuna pretesa di entrare nella sfera più intima e personale della persona, non può che essere quella del reinserimento del reo in società, ossia il «*restituire al condannato l'idoneità a vivere nell'ambiente sociale*».⁵⁶ Di conseguenza, ciò che appare chiaro è l'impossibilità di affermare contemporaneamente il precetto rieducativo e quello di una pena perpetua, tanto che non è difficile notare come nei discorsi degli anni '50 e '60, avvolte in uno sfondo costituzionale, non riappaiano alla luce che le parole del Settembrini, il quale, nella sua prigionia di patriota risorgimentale rivolgeva ai suoi contemporanei quello che verrà definito un «*accorato appello*»:⁵⁷ «*Non dite che alcuni uomini non possono correggersi: ma voi li avete prima educati? [...] e dopo i delitti avete tentato alcun mezzo per correggerli?*».⁵⁸ Se, da un lato, la funzione rieducativa della pena si presenta come primo ostacolo al mantenimento dell'ergastolo, almeno nella sua accezione più pura in termini di perpetuità, ad essa viene poi affiancata una seconda critica, determinata dal fatto che tale sanzione sarebbe «*trattamento contrario al senso di umanità*».⁵⁹ Ancora dalle parole del Carnelutti, infatti, emerge l'idea per cui il *proprium* della condizione umana si identificherebbe con la libertà e, di conseguenza, non prevedere, nemmeno astrattamente, la possibilità di un ripristino della stessa in capo al detenuto comporterebbe un degradare della persona allo stato di animale. Se ci si confronta, inoltre, con quelle che erano le condizioni del condannato all'ergastolo negli

⁵⁵ Dal *Dizionario latino online Olivetti*. La scelta del predicato è per Carnelutti fondamentale in quanto permette invece di scartare la tesi secondo cui il lemma deriverebbe da *docere*, il quale invece comporterebbe una pretesa educativa di tipo paternalistico da parte di uno Stato che volesse esso stesso insegnare al cittadino il modo corretto per vivere in società.

⁵⁶ Come nota l'Autore, infatti, la scelta di punire un determinato soggetto non deriva tanto dal suo essere «*immorale*» bensì dal suo essere «*antisociale*», assunto sicuramente innegabile anche attualmente, almeno, parlando con le figure a noi oggi più vicine, a voler tener ferme le categorie del bene giuridico e dell'effettività della sanzione penale, senza voler incorrere in quei casi di legislazione «*discorsivo-strumentale*» di natura populistica e interessata più alla stigmatizzazione di categorie di individui che alla protezione concreta della società per cui sarebbe reato il comportamento deviante dai valori della maggioranza a prescindere dalla sua concreta portata lesiva. DE MAGLIE C., *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale*, in *Criminalia*, 2017, 38.

⁵⁷ PERUCATTI E., *Perché la pena dell'erg.*, cit., 11.

⁵⁸ SETTEMBRINI L., da *Le Ricordanze*, in PERUCATTI E., *Perché la pena dell'erg.*, cit., 12

⁵⁹ CARNELUTTI F., *La pena dell'erg.*, cit. 3; similmente si era espresso anche l'on. Togliatti nella seduta del 10 dicembre 1946 della I Sottocommissione dell'Assemblea Costituente, nonostante però il suo interrogativo non trovasse poi occasione di approfondimento.

anni '50, questa affermazione assume ancora maggiore verità e si comprende così come si tendesse ad associare a tale pena l'idea di una "morte civile":⁶⁰ da un lato, infatti, il detenuto era relegato in appositi istituti nei quali scontava un lungo isolamento notturno e una volta avuto accesso, dopo tre anni, al lavoro all'aperto, era obbligato al silenzio, dall'altro, le pene accessorie lo classificavano come interdetto legale, prevedevano perdesse la potestà sui figli minori e rendevano nullo ogni suo testamento, tanto passato quanto futuro.⁶¹ Di fronte ad una tale clima dottrinale, la pronuncia delle Sezioni Unite del 1956 sembrava però non dare a queste voci il modo di determinare la cessazione di un regime tanto restrittivo: sostituendosi, infatti, alla Corte Costituzionale con una decisione più vicina al sindacato diffuso che alla manifesta inammissibilità, essa non le lasciava lo spazio per prendere posizione e vedeva così i tribunali restii a presentarle, a loro volta, la stessa questione.⁶² Unica strada aperta risultava, conseguentemente, quella legislativa, tant'è che già prima del 1962 si era cominciato a discutere proprio dell'opportunità di ricorrervi per ottenere una prima conciliazione tra l'art. 22 c.p. e l'art. 27, comma 3 Cost.; in questo senso si esprimeva, infatti, un convegno internazionale svoltosi a Perugia nel settembre del 1956, il quale, riunendo alcune tra le maggiori personalità dell'epoca in ambito penalistico,⁶³ riscontrava nell'apertura della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo la soluzione da tempo auspicata; tale previsione, quindi, troverà spazio nella l. 1634/1962.⁶⁴ A ben vedere, una scelta di

⁶⁰ Effettivamente, per quanto ne traesse poi conseguenze opposte e volte, infatti, a legittimare la stessa pena di morte, non si poneva in termini molto dissimili nemmeno la relazione di accompagnamento al Codice Rocco del 1930 nella quale si legge, infatti: «[...] *del resto anche individualmente non è vero che la pena di morte sia più crudele di altre pene che pure sono accolte senza difficoltà, come l'ergastolo e la segregazione cellulare continua*».

⁶¹ GALLO E., *Significato della pena dell'ergastolo*, in *Del. e pene*, 1992, 2, 66.

⁶² PUGIOTTO A., *Una quaestio*, cit., 81.

⁶³ A parlarne è, ad esempio, NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, 1, Padova, 1969, 681.

⁶⁴ La stessa relazione che accompagna la l. 1634/1962 spiega di porre a proprio fondamento la necessità di adeguare la pena perpetua alla disciplina costituzionale e, nello specifico, al contenuto di cui all'art. 27, co. 3 Cost., il quale si presenterebbe come duplice, da una parte positivo, in quanto chiamerebbe la pena ad adempiere ad una funzione rieducatrice e, dall'altra, negativo, vietando trattamenti disumani. Ecco allora che, per la Commissione Giustizia del Senato, l'ergastolo si porrebbe in netta violazione di entrambi, da un lato portando in sé il «germe che può uccidere il senso di responsabilità sociale», così come denunciato da alcuni direttori di case penitenziarie, i quali evidenziano un certo «*abbruttimento*» dei condannati una volta trascorsi una decina d'anni di detenzione e, dall'altro, spogliando l'uomo della sua libertà

questo genere comporta un'implicazione importante, qual è quella secondo cui l'ordinamento rinuncerebbe così ad una presunzione assoluta di "incorreggibilità" e, cioè, a riconoscere al proprio interno degli individui verso cui l'unica via sarebbe quella della «definitiva eliminazione dal consorzio sociale».⁶⁵ Nonostante opinioni critiche verso l'uso dell'espedito della liberazione condizionale, tra cui quella del Perucatti, per cui sarebbe contro la morale pensare ad un individuo che, dopo l'espiazione della pena e la provata ottenuta rieducazione, dovesse dirsi «liberato» e non, invece, «libero»,⁶⁶ si può invece affermare che esso rappresentò un punto importante di apertura per il condannato, il quale da questo momento poteva, una volta comminata nei suoi confronti la pena dell'ergastolo, conoscere gli eventuali modi e termini per porre fine a tale suo stato. Ciò che va considerato, infatti, è che, nello stesso momento in cui si prevede l'accesso alla liberazione condizionale da parte del condannato all'ergastolo, si comincia anche a dare della stessa una lettura diversa, lontana da quella connotazione indulgenziale e discrezionale che faceva parlare, nella relazione al Codice Rocco, di «perdono giudiziale». Soffermandosi sulla terminologia utilizzata, infatti, risulta evidente sin da subito come, nel modificare la l. 1634/1962, il dispositivo dell'art. 176 c.p., essa ritorni a parlare di «sicuro ravvedimento», espressione già utilizzata dallo Zanardelli e sostituita con la richiesta di «prove costanti di buona condotta» nel Codice penale del 1930. L'opzione prediletta nel 1962 non può, nei fatti, leggersi come una mera scelta stilistica, in quanto, al contrario, il legislatore intende con essa adottare una visione di tipo premiale, basata su quel criterio razionale che è dato dall'esame del detenuto e del suo «effettivo recupero per la società»,⁶⁷ il quale è, a sua volta, figlio delle concezioni che vedono nel momento esecutivo l'attuarsi di un trattamento risocializzante, in linea con l'art. 27, comma 3 della Costituzione. Si gettano così le basi per rispondere all'ultima critica che la Cassazione del 1956 muoveva agli abolizionisti dell'ergastolo, ossia di non considerare l'esistenza dell'istituto della grazia presidenziale,⁶⁸ che essa definiva «istituto di diritto penale», anche sulla base del

e divenendo così «disumana» una volta che questa oltrepassa i limiti «imposti da una necessità difensiva».

⁶⁵ VASSALLI G., *Funzione rieducativa*, cit., 409 ss.

⁶⁶ PERUCATTI E., *Perché la pena dell'erg.*, cit., 387.

⁶⁷ VASSALLI G., *Funzione rieducativa*, cit., 406.

⁶⁸ Di cui all'art. 87 Cost. e 681 c.p.p.

regolamento 787/1931 (*Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*), il quale disponeva che, nel caso in cui la condotta di un detenuto fosse stata da considerarsi «*meritevole di speciale considerazione*», questi avrebbe dovuto essere presentato al Presidente della Repubblica proprio con una richiesta di grazia. Per controbattere ad una tale posizione è quindi semplicemente necessario riferirsi alla natura, pur sempre discrezionale ed umanitaria, della grazia, la quale non può che qualificarsi, anche oggi, come un atto di clemenza, avulso da un quadro scientifico dal quale trarre elementi meditati sulla base dei quali sostenere la tesi dell'opportunità di una sua applicazione,⁶⁹ nonostante si richieda pur sempre al Capo dello Stato una motivazione della propria decisione.⁷⁰ In ogni caso, a confermare il nuovo aspetto assunto dalla liberazione condizionale è Corte Cost., sent. n. 204 del 1974, la quale le riconosce, a partire dalla legge del 1962, una «*fisionomia*» e una «*dimensione*» diverse rispetto a quanto pensato nel 1930, tanto da assumere essa un ruolo «*molto più incisivo*» nell'ottenimento delle finalità rieducative richieste dalla Costituzione. Ecco quindi che, con tale sentenza, la Consulta ritiene necessario adeguare al nuovo volto dell'istituto di cui all'art. 176 c.p. anche il sistema legato alla sua applicazione nel caso concreto. Viene infatti dichiarata incostituzionale quella disposizione che poneva in capo al potere esecutivo e, nello specifico, al Ministero di Grazia e di Giustizia, la decisione sulla concessione o meno della misura,⁷¹ in quanto si ritiene che, altrimenti, essendo questi dotato di una discrezionalità molto ampia, non si otterrebbe altro che un sistema simile a quello della grazia presidenziale, privando invece il singolo delle garanzie che il solo procedimento giurisdizionale può dare e che sono fondamentali lì dove sia in gioco la libertà della persona. Se ne ricava, in definitiva, che la libertà condizionale viene a configurarsi come un vero e proprio diritto per il condannato che ritenga di aver maturato i requisiti richiesti dall'art. 176 c.p. e che intenda essere in questo senso esaminato dal magistrato di sorveglianza⁷² in quella che viene definita «*discrezionalità vincolata*».⁷³

⁶⁹ FASSONE E., *Riduzioni di pena*, cit., 65.

⁷⁰ Corte Cost., sent. n. 200 del 2006.

⁷¹ Si allude all'art. 43 r.d. 602/1931.

⁷² Figura a cui attribuisce la competenza la l. 663/1986, sostituendola a quella della Corte d'Appello, prevista invece dall'o.p., il quale poneva così fine al vuoto normativo creato proprio dalla sentenza del 1974 che, nel dichiarare illegittima la discrezionalità ministeriale in materia, non permetteva però in maniera automatica l'identificazione di un giudice competente. Confrontando le due figure, comunque, risulta effettivamente oculata la direzione seguita dalla

2.2 *Le funzioni della pena nella giurisprudenza della Consulta: dalla sent. n. 12 del 1966 alla sent. n. 149 del 2018*

Se la l. 1634/1962 aveva suscitato una notevole approvazione nella dottrina dell'epoca, per la quale essa non poteva che implicare l'adesione dell'ordinamento alle correnti più moderne, interessate a valorizzare a pieno la funzione rieducativa della pena,⁷⁴ non dello stesso parere sembrava essere la giurisprudenza e, al suo interno, la stessa Corte Costituzionale. Questa, infatti, viene chiamata, poco tempo dopo, a confrontarsi con il tema della funzione da attribuire alla pena con la sent. n. 12 del 1966,⁷⁵ decisione nella quale sembrano riemergere tutti quei concetti che la Suprema Corte aveva ritenuto fondanti nella sua decisione di dieci anni prima⁷⁶ e che erano stati oggetto delle violente critiche summenzionate. Ciò che appare dalla sentenza, a ben vedere, è il completo svilimento del concetto di rieducazione, quasi ritenuto una sorta di

legge Gozzini in quanto, ponendo di fatto la decisione sulla totalità delle misure alternative alla detenzione in capo allo stesso organo, evita quelle discrasie che potevano derivare da letture diverse della stessa condotta da parte di più soggetti: si pensi, ad esempio, al caso in cui il magistrato di sorveglianza ritenesse sussistenti le ragioni per revocare la riduzione di pena ottenuta tramite liberazione anticipata e su tale base dovesse poi giustificarsi la revoca della liberazione condizionale: difficile era in tal caso stabilire in quale grado il primo provvedimento incidesse sul secondo. GRASSO G., *Riduzioni di pena*, in GREVI V., *L'ordinamento penit.*, cit., 452.

⁷³ Si esprime così Corte Cost., sent. n. 282 del 1989 la quale, ritornando sul punto della configurazione della libertà condizionale e richiamando per questo il proprio succitato precedente del 1974, a definisce «*diritto e non graziosa concessione od effetto d'ingiustificata rinuncia (condizionata) dello Stato all'ulteriore esecuzione della pena detentiva inflitta con la sentenza di condanna*».

⁷⁴ VASSALLI G., *Funzione rieducativa*, cit., 407. L'Autore mette in evidenza il fatto che il «*ravvedimento*», così come richiesto dal nuovo art. 176 c.p., sia da leggersi come «*altra faccia*» della rieducazione: ciò che distinguerebbe i due concetti sarebbe infatti esclusivamente il punto di vista, ossia, per il primo, il reo stesso, dal quale ci si aspetta un mutamento attitudinale volto alla non ripetizione delle condotte precedentemente adottate mentre, per la seconda, gli organi di tutela, ai quali infatti si rivolgerebbe la Costituzione assegnando loro il compito di adoperarsi in direzione di tale obiettivo. Volendo poi aggiungere un terzo termine di riferimento, l'Autore chiama poi in causa anche la società, nei confronti della quale si parlerebbe, invece, di specialprevenzione, nel senso che questa risulterebbe, a seguito della raggiunta emenda del condannato, non più minacciata.

⁷⁵ Oggetto della discussione era, in questo caso, la costituzionalità della pena pecuniaria che, secondo il Pretore di Torino, avrebbe, per sua stessa natura, completamente oscurato ogni funzione rieducativa in favore di quella retributiva, violando così il disposto dell'art. 27, co. 3 Cost.

⁷⁶ Si allude a Corte Cass., Sez. Un., 16 giugno 1956, Tondi.

formula di stile⁷⁷ e letto esclusivamente come rafforzativo del divieto di trattamenti inumani. Ne consegue che, secondo la Consulta del 1966, ben altre e più che svariate sarebbero le funzioni da valutare per stabilire la legittimità della pena, le quali, pur non specificamente elencate in questo contesto, consentirebbero la «*tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza*». Per ottenere, poi, un inventario più completo di quali dovessero essere le mire cui, nel pensiero della Corte, doveva tendere la sanzione penale, bisognerà attendere ancora poco meno di un'altra decina d'anni: è nel 1974 che, se con la sent. n. 204 sembrava si volesse dare risalto alla funzione rieducativa, in quanto richiedente l'inserimento della liberazione condizionale nel circuito giudiziale, essa viene di nuovo messa in discussione con la sent. n. 264 dello stesso anno, la quale, oltre a tradurla in termini di «*sperata emenda*»,⁷⁸ la pone sullo stesso piano della «*dissuasione*» e della «*prevenzione*» (intese in termini di generalprevenzione, ossia di «*intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi*»), così come della «*difesa sociale*» (nel senso della specialprevenzione negativa, volta cioè ad «*isolare criminali che abbiano dimostrato particolare pericolosità ed efferatezza*»). Si apre, quindi, con queste pronunce, la stagione della cosiddetta «*concezione polifunzionale della pena*»,⁷⁹ nella quale, eccezion fatta per qualche più illuminata pronuncia,⁸⁰ il principio rieducativo della pena viene confinato alla sola fase esecutiva della pena.⁸¹ Insomma, a ben vedere, se le prolungate discussioni

⁷⁷ Si legge, infatti, nella parte conclusiva della sentenza, che la presenza del precetto rieducativo non sarebbe presente nel dettato della Legge Fondamentale, che per il suo «*alto significato sociale e morale*».

⁷⁸ Non sempre, infatti, si dice, il «*riadattamento alla vita sociale*» sarebbe conseguibile e, di conseguenza, quello che la Costituzione voleva come un dovere per l'ordinamento diviene una mera speranza e la stessa rieducazione, assumendo invece il volto dell'«*emenda*», torna ad assumere quel significato interiore e moralistico che poco ha a che vedere con lo stesso diritto penale. DOLCINI E., *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, 7, 148.

⁷⁹ Così definita da Corte Cost., sent. n. 313 del 1990.

⁸⁰ Tra queste la più volte citata sent. n. 204 del 1974 o, ad anticipare il *revirement* che conoscerà la Corte di lì a poco, la sent. n. 364 del 1988 a proposito di ignoranza della legge penale.

⁸¹ Scelta operata, per di più, senza alcun tentativo di giustificazione, ma, anzi, semplicemente tramite l'uso di «*affermazioni apodittiche e indimostrate*», sorrette da espressioni che vorrebbero legare l'assunto a postulati quasi indimostrabili più che a percorsi motivazionali compiuti, eccezion fatta per l'interpretazione letterale dell'articolo attraverso la strumentalizzazione della scelta dei Costituenti di parlare di «*condannato*» e non semplicemente di pena. PASELLA R., *Osservazioni sugli orientamenti della Corte Costituzionale in tema di funzioni della pena*, in *L'Indice Penale*, 1977, 313.

dei Padri Costituenti a proposito del volto da dare all'art. 27, comma 3 Cost. si erano concluse con la volontà di evitare di privilegiare le esigenze di specifiche correnti di pensiero,⁸² per dare invece spazio alla rieducazione come esigenza concreta di stampo sociale,⁸³ negli anni successivi erano invece venute a consolidarsi le istanze di quanti, come Giovanni Leone e Michelangelo Trimarchi, ritenevano che l'emenda non potesse che avere, nel determinare *an, quid e quantum* della pena, un ruolo «*complementare*» rispetto alle preponderanti funzioni di «*conservazione dell'ordine etico vigente nella società*», e di «*restituzione dell'ordine violato*».

⁸² Se facile era stata, infatti, la discussione in termini di umanità del trattamento, la rieducazione si presentava invece come uno dei piani su cui si confrontavano da decenni le due scuole del diritto penale dell'epoca: quella classica (che, ponendo al centro della propria teorizzazione la piena libertà di agire dell'individuo responsabile, focalizzava la propria attenzione sulla retribuzione e sulla espiazione, in chiave anche religiosa, del male commesso) e quella positiva (per cui, invece, essendo l'agire del criminale determinato da fattori, tanto sociali quanto fisiologici, scientificamente conoscibili, il trattamento necessitato dal reo sarebbe stato volto ad una sua manipolazione per permetterne il ritorno in società). Lo stesso confronto aveva infatti portato il legislatore del Codice Rocco a trovare un punto di accordo tra le due correnti introducendo il sistema del cd. "doppio binario" pena-misura di sicurezza; tuttavia, non era questa la strada che si voleva seguire con la Costituzione. Proprio per tale motivo, si confrontarono in Assemblea voci molto distanti tra loro, da quella di Giovanni Persico, per cui la pena avrebbe dovuto essere indeterminata ed avere scopo «*curativo ed educativo*» a quella diametralmente opposta di Amerigo Crispo, il quale chiedeva invece di eliminare *in toto* il riferimento alla rieducazione. In seno a questa discussione spiccano, in particolare, le parole di Giuseppe Bettiol il quale, proprio cogliendo il rischio di una formulazione tanto imprecisa ed aperta, temeva che essa potesse dare spazio a «*pericolosi equivoci*» interpretativi da parte di chi volesse strumentalizzare il disposto ledendo la libertà personale e morale dell'individuo e, proprio in ragione di ciò, proponeva di formulare l'intero terzo comma dell'art. 27 Cost. in termini negativi, prevedendo cioè solamente che la pena non fosse contraria al senso di umanità e che non ostacolasse il processo rieducativo che ogni detenuto avrebbe raggiunto in via autonoma ed individuale. Per una ricostruzione delle varie posizioni emerse in sede costituente. AVERARDI A., *La Costituzione "dimenticata". La funzione rieducativa della pena*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, 1, 147 ss. Rileggendo le critiche avanzate dal Bettiol, comunque, si può notare che esse, per quanto inascoltate al tempo, non risultano del tutto estranee a osservazioni ben più recenti rivolte alla valorizzazione astratta del fine rieducativo della pena. Non è mancato, infatti, chi, in particolare dopo l'introduzione della l. 354/1975, ha posto in luce come l'uso, in un ambito tanto fondante per l'identità della persona quale quello dell'educazione (e della rieducazione), di formule eccessivamente ampie, da quella dell'art. 27, co. 3 Cost. a quella dello stesso art. 1 della legge sull'Ordinamento Penitenziario che chiede nel trattamento il «*rispetto della dignità della persona*», metta in discussione la libertà morale dell'individuo, pur riconosciuta come valore costituzionalmente garantito. Così STORIONI L., «*Libertà e "diritti" del detenuto nel nuovo Ordinamento Carcerario*», in BRICOLA F., *Il carcere*, cit., 47 ss.

⁸³ Così Umberto Tupini e Meuccio Ruini nella seduta di martedì 15 aprile 1947, viene così trovata proprio nella rieducazione l'espressione del «*solidarismo sociale*» che accorda l'anima dei Costituenti di pensiero socialista e marxista con quella dei cattolici. VIGANO F., PALAZZO F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 33.

Di fronte ad un tale scenario, per poter parlare di una effettiva valorizzazione del principio rieducativo bisognerà attendere il 1990 e, in particolare, la sent. n. 313, definita, a ragione, di portata «storica»,⁸⁴ con la quale la Corte Costituzionale determinerà un cambio di rotta decisivo.⁸⁵ Infatti, pur considerando la Consulta, nella specifica questione in esame, la circoscritta tematica del patteggiamento nell'ambito del processo penale, le implicazioni della pronuncia avranno una portata radicale anche per le decisioni giurisprudenziali future e daranno quindi ragione a quel cammino di progressivo allontanamento dalle concezioni più puramente retribuzionistiche che si erano affermate in precedenza.⁸⁶ Con essa si afferma invero che è un errore non riconoscere la rieducazione come una delle qualità «essenziali» e «generalì» della pena, in grado si contraddistinguerla già sullo stesso piano «ontologico», «*da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*», ossia dal momento dell'astratta minaccia, a quello dell'irrogazione, fino alla sua esecuzione, coinvolgendo quindi tutti i soggetti in gioco, essenzialmente il legislatore e i giudici, e in relazione a questi ultimi, tanto quelli della cognizione quanto quelli dell'esecuzione e della sorveglianza. Questo sarebbe innanzitutto dovuto, nella mente della Consulta, al fatto che, anche a voler concentrare la finalità rieducativa nell'ambito del mero

⁸⁴ DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, 3, 811 Qui, l'Autore, soffermandosi sulla tendenza della dottrina ad abusare del termine, mette in evidenza come, al contrario, di fronte a questa sentenza, sia impossibile darne una diversa definizione in quanto essa determinerebbe uno dei «*radicali mutamenti di rotta*» con cui si determina l'evolversi del sistema penale stesso, segnando, per di più, «*il ripudio di tutta un'elaborazione risalente in tema di funzioni della pena*».

⁸⁵ Non che la pronuncia vada letta come assolutamente isolata dalle precedenti in quanto già dalla fine degli anni '80 il Giudice delle Leggi aveva comunque iniziato un processo di progressivo riconoscimento del carattere imperativo del precetto rieducativo, in questo senso va infatti letta la sent. n. 282 del 1989 con cui, negando che alla revoca della liberazione condizionale possa conseguire il divieto di una sua astratta futura nuova concessione, fonda il suo *dictum* proprio sul diritto del condannato a che sia continuamente favorito e tenuto in debita considerazione il suo riavvicinamento alla società. Tuttavia, la sentenza del 1990 non si ferma a questa affermazione, di fatto pur sempre ancorata alla mera fase esecutiva, ma riconosce invece la necessità che si legga l'art. 27, co. 3 Cost. come generalmente riferito a tutte le fasi della pena. NICOLÒ G., *L'ergastolo "ostativo" al vaglio della Corte costituzionale*, in *Archivio Penale*, 2021, 1, 5.

⁸⁶ La stessa Corte ha contezza di sottolineare che la propria decisione va letta in termini di abbandono delle impostazioni pregresse, le quali vengono infatti da essa citate espressamente (dalla sent. n. 12 del 1966 alla sent. n. 1023 del 1988) spiegando come fossero determinate dalla considerazione disgiunta del carattere umanitario della pena, da cui si voleva trarre la giustificazione del carattere «*afflittivo e retributivo della pena*», e di quello rieducativo, interpretato come meramente «*tendenziale*».

trattamento penitenziario, ciò risulterebbe ostacolato in partenza lì dove non lo si fosse già previsto nelle sedi precedenti: fasi in cui, in particolare, esso si traduce nell'apprezzamento del principio di colpevolezza e, quindi, dell'equilibrio tra il disvalore del fatto posto in essere dal reo e la specie e la durata della sanzione.⁸⁷ Non è questa, in ogni caso, l'unica ragione sottostante il nuovo approccio della Corte, in quanto ve n'è una seconda, parimenti centrale rispetto all'esigenza di riconoscere la libertà individuale del singolo, la quale è data dal non volerlo sacrificare di fronte alla «*esemplarità della sanzione*». Si afferma, infatti, che nel momento in cui si sceglie di marginalizzare la funzione rieducativa, non si fa che «*strumentalizzare l'individuo*» o per scopi di politica criminale o per una pretesa necessità di difesa sociale.⁸⁸ Chiaramente, questo non significa che la Consulta non riconosca altre e diverse funzioni da attribuire alla pena, almeno in fase normativa e giudiziale, ma l'abbandono della teoria polifunzionale starebbe proprio nella creazione di una gerarchia tra queste,⁸⁹ al vertice della quale non potrebbe che porsi il fine rieducativo, in quanto esplicitamente valorizzato in Costituzione e quindi espressione dei valori statali; solo subordinatamente, verrebbero in rilievo le esigenze di prevenzione generale e difesa sociale, le quali risponderebbero comunque ai «*bisogni collettivi di stabilità e sicurezza*». Diverso, invece, il ruolo assunto dall'afflittività e dalla retribuzione, le quali, in una sorta di vero e proprio capovolgimento dei ruoli, verrebbero ad assumere una veste molto simile a quella che prima si dava alla rieducazione, ossia di fini non autonomi della pena. D'altra parte, però, la Corte riconosce loro la funzione di «*condizioni minime senza le quali la pena cesserebbe di essere tale*», oltre a trovare poi

⁸⁷ Conclusione a cui la Corte giunge mettendo in relazione la presente situazione con quella che, due anni prima, attraverso la sent. n. 364 del 1988, l'aveva vista risaltare il concetto di inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come ragione della parziale decisione di incostituzionalità dell'art. 5 c.p., ponendo a base della propria pronuncia, tra gli altri, anche l'art. 27, co. 3 della Costituzione. Insomma, ciò che ne emerge è che non ha senso parlare di rieducazione del condannato lì dove questo non si possa, *ex ante*, riconoscere come colpevole e che la pena, anche in termini di *quantum* e di necessità del soggetto di sottostare ad un certo trattamento penitenziario, va calibrata proprio alla concreta esigenza che deriva dal dover riammettere in società un soggetto che non ne ha voluto riconoscerne i dettami e l'ha così lesa in uno dei suoi beni giuridici.

⁸⁸ Ribadisce la posizione assunta dalla Corte, qualche anno dopo, lo stesso relatore della sentenza, GALLO E., *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, 3204.

⁸⁹ AVERARDI A., *La Cost. "Dim."*, cit., 152.

una diversa rilevanza, da leggersi in termini di proporzionalità alla gravità del reato commesso, in qualità di argine a fuorvianti interpretazioni del principio rieducativo che si esplicassero nella comminazione di pene eccessive legate ad un'idea troppo paternalistica del trattamento sanzionatorio e che portassero a rivivere le istanze manipolative della scuola positiva.⁹⁰

Individuato così l'assetto ideale che la Consulta intende attribuire ai fini della pena, è necessario, a questo punto, rivolgere l'attenzione alla pena dell'ergastolo: è qui evidente come la retribuzione giochi comunque un ruolo di per sé non marginale, in quanto, a voler dare un significato al tempo previsto per l'espiazione prima che il condannato possa aver accesso al trattamento rieducativo, difficile è non scorgervi un ruolo afflittivo,⁹¹ oltre che generalpreventivo, pur ritenuto costituzionalmente legittimo già dal 1974⁹² e ribadito, più recentemente, dalla Cassazione nel 2016,⁹³ in quanto comunque sia consentito, almeno astrattamente, ipotizzare una successiva fase di reinserimento nella società.

In ogni caso, tornando a quanto asserito nel 1990, davanti a delle affermazioni tanto nette da parte della Consulta, si potrebbe erroneamente ritenere pressoché concluso il cammino di riconoscimento del ruolo centrale che la Costituzione assegna al principio rieducativo; tuttavia, una piena attuazione delle stesse tarda a realizzarsi ed è proprio la stessa Corte a svilirne in gran parte la portata con una pronuncia di poco successiva. Il riferimento è, infatti, alla sent. n. 306 del 1993 con cui, pur riferendosi esplicitamente al proprio precedente del 1990, il Giudice delle Leggi afferma che sarebbe impossibile parlare di una statica conformazione gerarchica da «*stabilirsi a priori*» tra le più funzioni della pena, e, nello specifico, tra la prevenzione generale e quella speciale e che, di conseguenza, tenendo fermo come unico limite alla discrezionalità del legislatore il principio di ragionevolezza, nulla ostacolerebbe il privilegio dell'una sull'altra, di fronte ad imperanti esigenze di politica criminale.

⁹⁰ DOLCINI E., *Raz. Comm. Pena*, cit., 812.

⁹¹ Così già VASSALLI G., *Funzione rieducativa*, cit., 416. Nello specifico, l'Autore, commentando la l. 1634/1962 con delle considerazioni di fatto ancora attuali, nota come l'istituto dell'ergastolo resti «*frutto di un compromesso*» tra, da un lato, quanti richiedano, di fronte a reati gravi, castighi maggiori e quanti mirino, invece, alla specialprevenzione.

⁹² Il riferimento è qui, ancora una volta, alla sent. n. 264 del 1974.

⁹³ Corte Cass. Pen., I sez., sent. n. 34199 del 2016.

Insomma, bastano tre anni ed un clima di crescente emergenzialismo⁹⁴ perché la Corte ritorni sui suoi passi e, nei fatti, rimetta in discussione gli approdi più moderni e democratici ai quali era giunta. A questo punto, bisognerà attendere ancora diverso tempo per un qualche segnale di superamento delle posizioni restrittive assunte nel 1993, in modo che la Consulta torni ad attribuire alla sent. n. 313 del 1990 il significato che le era proprio: in particolare, è con la sent. n. 179 del 2017 che essa ne riprende testualmente una delle enunciazioni più incisive, qual è quella che vuole la pena connotata dal fine rieducativo sin dalla fase normativa. A distanza di un anno, poi, con la sent. n. 149 del 2018, il Giudice delle Leggi sembra definitivamente abbandonare ogni retaggio proprio della concezione polifunzionale della pena per affermare, invece, un principio che, sebbene molto vicino a quanto già si leggeva nella decisione del 1990, ora non lascia più spazio a interpretazioni strumentali, in quanto si esprime in maniera chiara ed essenziale parlando di «*non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*». In quest'ultimo contesto, sebbene la questione che la Corte era chiamata a risolvere, nel caso di specie, fosse precipuamente legata al momento trattamentale,⁹⁵ la dottrina ha messo presto in luce come la massima abbia un valore ben più ampio e non possa che leggersi come indirizzata anche al legislatore e al giudice della cognizione.⁹⁶

A leggere, in ogni caso, le posizioni non sempre congruenti della Corte, sembra evidente come, di fronte ad un precetto costituzionale volutamente aperto, è facile che, in contesti di crisi dei valori democratici, esso sia posto alla mercè di quanti vogliono

⁹⁴ L'allusione è alla stagione fortemente securitaria dei primi anni '90, la quale utilizza la strategia repressiva a livello di diritto penale, tanto sostanziale quanto processuale, per rispondere alle istanze di difesa sociale e di reazione alle criminalità organizzata che si elevano a gran voce da più parti dell'opinione pubblica e di cui si discuterà ampiamente nella prima parte del secondo capitolo e a cui, come risulta evidente da tale pronuncia, non si sottrae nemmeno la Consulta.

⁹⁵ Ivi si discuteva della legittimità, poi giudicata non sussistente, della preclusione per una serie di detenuti, dell'accesso ai benefici penitenziari prima dell'effettivo scorrere di ventisei anni. Il riferimento è all'art. 58 *quater*, comma 4 o.p. il quale, prima della dichiarazione di incostituzionalità, configurava il divieto assoluto, a prescindere da qualunque comportamento di tipo soggettivo, di accesso alle misure alternative di cui all'art. 4 *bis* o.p. per coloro i quali fossero stati condannati per i reati di cui agli artt. 289 *bis* e 630 c.p., lì dove dalla loro condotta fosse derivata la morte del sequestrato, prima del passaggio effettivo di 26 anni.

⁹⁶ Tra questi DOLCINI E., *Dalla Corte Cost.*, cit., 148, il quale mette in luce l'evidente distacco della Corte rispetto alla sent. n. 264 del 1974 la quale, si dice, aveva ridotto il principio rieducativo ad un mero «*orpello*» e PUGIOTTO A., *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. Cost.*, 2018, 4, 1639.

intendere il trattamento sanzionatorio in termini più repressivi e neutralizzatori, piuttosto che di rispetto della libertà individuale. Ecco che, in questo senso, vanno lette alcune tendenze recentemente emergenti da contesti politici e dottrinali, che per ora sembrano comunque non interessare la Consulta. Da un lato, infatti, è del 2021 la proposta, avanzata da alcuni parlamentari,⁹⁷ di modificare lo stesso art. 27 della Costituzione affiancando allo scopo rieducativo della pena quello di difesa sociale il quale, traendo spunto proprio dalla teoria polifunzionale, non potrebbe che stare sullo stesso piano del primo, non volendosi cioè ammettere sacrifici dell'un valore nei confronti dell'altro. D'altro canto, una simile impostazione trova avvallo anche nella stessa dottrina, in particolare di fronte ad Autori che, riscontrando nell'eccessiva discrezionalità del magistrato di sorveglianza una lesione del principio di legalità vigente in materia penale, chiedono una diversa considerazione del fine rieducativo, anche allo scopo di adattarlo alle esigenze di sicurezza sociale, definite diritto fondamentale a partire dall'art. 2 Cost. e, nello specifico, dalla garanzia offerta da questo alla conduzione di una vita sociale all'individuo.⁹⁸ In definitiva, se parlare di rieducazione della pena è indispensabile perché l'individuo non sia piegato al ruolo di *symbolum* per i consociati, è evidente come sia sempre necessario tornare sulle acquisizioni della Corte per evitare una loro strumentalizzazione o svalutazione, impegno che assume, oggi, peculiare pregnanza con riferimento proprio al tema dell'ergastolo ostativo, nel quale le esigenze rieducative scompaiono per lasciare spazio alla necessità di ottenere una collaborazione con la giustizia e, quindi, risultati apprezzabili a livello di strategia politico-criminale.

2.3 La funzione della pena nella fase esecutiva: la progressività trattamentale

Da quanto si è sopra sostenuto, se l'affermazione del fine rieducativo della pena in tutte le fasi nelle quali essa si esplica è conseguenza di un percorso lungo e non sempre lineare, essa si potrebbe dire più facilmente ammessa in maniera pacifica con

⁹⁷ Si allude alla proposta di legge costituzionale 3154 dell'8 giugno 2021, *Modifica all'articolo 27 della Costituzione, in materia di funzioni della pena*.

⁹⁸ Tra le posizioni emblematiche in questo senso vedasi TRAPANI M., *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*, 2018, 3, 1706 ss.

riguardo al momento dell'esecuzione penale, al quale, anzi, si è a lungo cercato di relegarla e in cui essa verrebbe comunque a giocare un ruolo esclusivo.⁹⁹ Già nel 1971 infatti, la Consulta¹⁰⁰ evidenziava la necessità di ancorare l'intento risocializzante proprio al «*regime di esecuzione*», dando quindi spazio a quelle voci che si erano elevate all'interno dell'Assemblea Costituente e che volevano che le carceri non divenissero «*università del delitto*» ma che offrissero al detenuto, al contrario, «*quelle possibilità [...] che non gli facciano [...] odiare la società che sembra far di tutto per respingerlo da sé*».¹⁰¹ A dire il vero, comunque, a fare da contraltare a simili petizioni di principio vi era contemporaneamente la realtà stessa dei luoghi di detenzione, i quali, infatti, continuavano, nei primi anni della storia repubblicana, a mostrare lo stesso carattere violento ed isolatore che li aveva denotati anche nella precedente epoca fascista, a prescindere, quindi, da qualunque mutamento la società, la cultura e le istituzioni avessero nel frattempo conosciuto.¹⁰² Ecco quindi che, per poter parlare di un primo passo verso l'effettiva valorizzazione delle esigenze del singolo condannato emergenti durante l'esecuzione della pena, bisognerà attendere la l. 354/1975, la quale, almeno nella carta, si presenta come un momento di «*grande cesura*» rispetto al clima preesistente,¹⁰³ il che è simboleggiato anche dal fatto di ricorrere allo strumento della legge invece che a quello del regolamento, dando così spazio al Parlamento in un settore che, di conseguenza, si comincia a ritenere coinvolga in maniera decisiva i diritti fondamentali della persona.¹⁰⁴ Principio che, come si legge già al secondo comma del

⁹⁹ VIGANO F., *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, 197 L'Autore mette in luce come, nel vagliare le «*concrete condizioni di esecuzione della pena*» non si possa nemmeno tenere in considerazione il principio di proporzionalità tra sanzione e reato, in quanto l'unico criterio di valutazione è qui dato dalla compatibilità del trattamento con il fine rieducativo e con l'umanità della pena.

¹⁰⁰ Corte Cost., sent. n. 22 del 1971.

¹⁰¹ Ad esprimersi in tal senso è Costantino Preziosi all'interno della Seduta della Commissione del 26 marzo 1947.

¹⁰² NEPPI MODONA C., *Carcere e società civile. Una prospettiva storica*, in *Diritto Penale e Costituzione*, 2014, 2. Nelle pagine successive dell'articolo, poi, l'Autore si concentra su alcuni provvedimenti emanati nei primi anni '50, tra i quali spicca una circolare del 1954 dell'allora Ministro della Giustizia, Michele Di Pietro, il quale, preoccupato da alcune concessioni ottenute dai detenuti negli anni precedenti, si affrettava a ripristinare i caratteri pienamente afflittivi ed e marginalizzanti dell'ambiente carcerario vietando, ad esempio, giornali «*notoriamente emanazione di un determinato partito*» o che «*indugiano su fatti di cronaca*».

¹⁰³ NEPPI MODONA C., *Carcere e società civile.*, cit., 12.

¹⁰⁴ SARZOTTI C., *La riforma dell'ordinamento penitenziario come narrazione giuridica del carcere negli anni della "scoperta" della Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 2015, 2, 28.

primo articolo della legge, permea l'intera disciplina è l'«*individualizzazione*» del trattamento, il quale permette, quindi, di dare spazio alle particolari esigenze del singolo, in modo da evitare modelli educativi eteroimposti di stampo paternalistico e da permettergli, al contrario, di trovare autonomamente la strada per la sua reintegrazione nella società. Emblematica in questo senso è la scelta di rivolgersi, nel dettare le varie misure, non tanto al detenuto stesso, ponendo un'articolata serie di obblighi in capo a questi, tecnica invece impiegata dal Regolamento Penitenziario del 1931, bensì all'amministrazione penitenziaria, alla quale si chiede di realizzare ed assicurare le condizioni necessarie al condannato per svolgere il proprio percorso di recupero.¹⁰⁵ Per quanto riguarda, poi, le concrete misure previste dalla legge, esse si possono inserire in due macrocategorie: da un lato il legislatore si interessa, infatti, del tipo di trattamento che deve realizzarsi all'interno della stessa struttura carceraria,¹⁰⁶ mentre dall'altro egli propone una serie di «*misure alternative alla detenzione*» volte a scalfire, anche se in termini ancora molto approssimativi, il primato della pena detentiva.¹⁰⁷

In ogni caso, a leggere i commenti rivolti alla riforma, appare singolare come questi la descrivano spesso con termini totalmente antitetici, tanto che alcuni Autori non esitano a farla rientrare nella «*stagione delle grandi riforme*» degli anni Sessanta e Settanta¹⁰⁸ mentre altri, contemporaneamente, la considerino espressione di un'epoca radicalmente diversa, ossia quella delle «*grandi illusioni del riformismo nel settore penale*».¹⁰⁹ A questo punto, non è difficile concludere che la soluzione si pone in una mediazione tra le due tesi, in quanto, se è vero che la l. 354/1975 si occupava di tracciare delle linee-guida per il trattamento penitenziario tra le più moderne e sofisticate in Europa, è anche evidente che essa non teneva conto dei concreti strumenti di cui abbisognavano all'epoca le amministrazioni penitenziarie, le quali venivano

¹⁰⁵ SARZOTTI C., *La riforma dell'o.p.*, cit., 29.

¹⁰⁶ Si inseriscono in questo spazio le norme volte ad evitare la spersonalizzazione del detenuto, tra cui quella che gli garantisce la possibilità di tenere oggetti personali di valore morale (art. 7 o.p.). Similmente, altre si interessano di offrire al condannato un percorso culturale prevedendo, ad esempio, la predisposizione di attrezzature per l'istruzione scolastica e professionale (art. 12 o.p.) e, infine, risultano di fondamentale importanza quelle che permettono l'accesso al lavoro all'esterno (art. 21 o.p.).

¹⁰⁷ Nello specifico, la legge del 1975 contemplava le misure della semilibertà (art. 48 o.p.), dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.) e della liberazione anticipata (art. 54 o.p.).

¹⁰⁸ SARZOTTI C., *La riforma dell'o.p.*, cit., 25.

¹⁰⁹ GREVI V., *Introduzione a L'ordinamento penit.*, cit., 23.

invece chiamate al non facile compito di interpretare le disposizioni nella realtà carceraria, senza contare il fatto che essa scontava il peso di essere approvata in un periodo di crisi dei valori individuali quale è stato, per il nostro Paese, quello degli anni '70.¹¹⁰ Insomma, ciò che è evidente è che la riforma del 1975 non segnò che il punto di partenza di un cammino destinato a coinvolgere, negli anni successivi, il mondo giuridico nel suo complesso, dalla dottrina alla giurisprudenza, comprendendo anche il legislatore, così da cogliere le modalità tramite cui la pena possa realizzare la sua «positiva azione risocializzante», pur nei limiti che le derivano dalla sua intrinseca natura privativa della libertà.¹¹¹ In questo senso, un fondamentale ramo di intervento riguarda lo stesso inquadramento delle misure alternative alla detenzione, in modo da non intrappolarle all'interno di quel rigido dualismo che caratterizza la tradizionale concezione del diritto penale, dato dalla contrapposizione tra «diritto punitivo», marcatamente afflittivo e «diritto clemenziale», segnato dalla cieca «rinuncia alla punizione».¹¹² La nuova coscienza che comincia a maturare tra i giuristi degli anni '80 viene, infatti, dal prendere atto che, lì dove si voglia dare piena attuazione al principio rieducativo, non si può passare che per il riconoscimento del «comportamento meritorio» del detenuto, evitando forme di inutile indulgenzialismo che non fanno che intaccare la generalprevenzione senza in alcun modo favorire la risocializzazione e dando invece spazio ad un diverso sistema, di tipo «premiare-promozionale», pur certo da affiancare a quello più strettamente punitivo. Eliminando «pseudoscientifici e pseudoumanitari clemenzialismi legislativi»,¹¹³ tale approccio permette quindi di leggere negli strumenti offerti al detenuto dei premi connessi ad una concreta valutazione della sua personalità e dei progressi ottenuti, incentivando così la sua partecipazione al trattamento penitenziario. Si tratta, in altri termini, di quello che Elvio Fassone ha definito il «sinallagma penitenziario», nel quale, ponendo come poli

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 161.

¹¹² MANTOVANI F., *Diritto premiare e ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *Diritto premiare e sistema penale, Atti del Settimo Simposio di Studi di Diritto e Procedura Penali*, Milano, 1983, 200.

¹¹³ MANTOVANI F., *Dir prem. e o.p.*, cit., 202 Inoltre, l'Autore evidenzia come un sistema di tipo indulgenziale non possa dirsi costituzionalmente accettabile nel momento in cui si consideri che esso dà adito alla massima discrezionalità da parte del giudice, la quale si traduce di fatto nel soggettivismo, sia ideologico che caratteriale.

opposti lo Stato ed il reo, il primo rinunciarebbe, di volta in volta, ad «una parte della pena» nella misura in cui il secondo scegliesse di accantonare la propria «propensione delinquenziale».¹¹⁴ Risulta così introdotto un secondo principio che, assieme a quello della individualizzazione, caratterizza la pena rieducativa in fase esecutiva, ossia quello della progressività, in base alla quale l'accesso ai benefici risulta graduale e sorretto da una evoluzione sempre più ampia degli «schemi di interazione con la società» da parte del condannato.¹¹⁵

Ad ogni modo, perché questa corrente dottrinale trovi concretizzazione anche sul piano del diritto positivo bisognerà attendere l'intervento della Corte Costituzionale e, nello specifico, la sent. n. 274 del 1983, punto di svolta nell'ambito dell'esecuzione penale, con la quale, per di più, emergono in egual misura le diverse istanze del secondo campo di azione che aveva visto la dottrina confrontarsi con la legge sull'ordinamento penitenziario, ossia quello dell'esclusione degli ergastolani dalle misure ivi previste. In questo senso, infatti, da tempo si erano alzate voci le quali, partendo proprio dalla generalità con cui l'art. 27, comma 3 Cost. si riferisce ai condannati, ritenevano che non potessero contemplarsi, all'interno dell'ordinamento italiano, «ingiustificate preclusioni» verso determinate categorie di soggetti, a prescindere dall'entità della pena da espiare.¹¹⁶ Quindi, dedicandosi allo specifico ambito della liberazione anticipata,¹¹⁷

¹¹⁴ FASSONE E., *Rid. di pena ed erg.*, cit., 66.

¹¹⁵ PASELLA R., *Diritto premiale e funzione della pena*, in *Dir. prem. e sist. pen.*, cit., 238.

¹¹⁶ GREVI V., *Introduzione*, cit., 58 e, similmente, DELLA CASA F., *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (Ovvero: il continuo divenire della "questione penitenziaria")* in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2015, 3 il quale collega tale presa di posizione all'iscrizione del 1836 presso il carcere di Valencia secondo cui «entra solo l'uomo mentre il suo delitto resta alla porta».

¹¹⁷ Della cui compatibilità con l'istituto dell'ergastolo non si era in realtà esplicitamente occupata la legge sull' o.p.; la sua esclusione derivava, infatti, semplicemente dall'interpretazione, pienamente avvallata dalla Corte di Cassazione, dell'inciso «effettivamente» di cui all'art. 2 l. 1634/1962 il quale, secondo la giurisprudenza, comportava che i vent'otto anni richiesti per l'ammissione alla liberazione condizionale non potessero essere in alcun modo attenuati. A notare la contraddittorietà di una simile posizione, oltre che chi guarda alle posizioni avanzate poi dalla Corte Costituzionale nella propria pronuncia, sembra similmente cogliere nel segno chi afferma semplicemente che tale impostazione non può trovare accoglimento in quanto a poco servirebbe connettere l'effettività a qualcosa che, come una pena perpetua, non si prevede abbia una fine. Allora, forse, l'avverbio sarebbe più probabilmente legato alla volontà della legge del 1962 di far rientrare nel conteggio degli anni trascorsi in carcere anche il periodo trascorso in una forma di detenzione non più riconosciuta dall'ordinamento giuridico dell'Italia Repubblicana, in quanto comminata sotto il precedente regime fascista, eppure sicuramente afflittiva per il detenuto. FASSONE E., *Rid. di pena ed erg.*, cit., 54.

nel 1983 la Consulta ritiene sia illegittima la negazione di tale misura al condannato all'ergastolo, entrando così, con una propria pronuncia, nella materia dell'esecuzione penale, in cui, al contrario, non si era mai addentrata prima, avendola sempre essenzialmente ritenuta di pertinenza legislativa.¹¹⁸ La scelta, in questo caso, di non rimettere la questione alla discrezionalità del Parlamento, non va quindi sottovalutata in quanto implica un'estrema valorizzazione della «*prospettiva premiale*» la quale diventa, nell'impostazione della Corte, «*cardine irrinunciabile dell'esecuzione della pena*»,¹¹⁹ strumento volto, cioè, a ottenere la risocializzazione del condannato, la quale si ritiene debba necessariamente passare per la sua costante motivazione a collaborare alle «*attività di osservazione e trattamento*»¹²⁰ in modo da auspicare, una volta attraversati positivamente i più momenti necessari alla piena rieducazione, di essere riammesso in società, cosa che avviene, nel caso dell'ergastolano, tramite l'ultimo passaggio di questo percorso a gradi, ossia con la liberazione condizionale. L'indirizzo indicato dalla Corte viene poi a breve recepito dal legislatore, il quale, con la l. 663/1986 (*legge Gozzini*) si occupa tanto di ammettere anche i condannati alla pena di cui all'art. 22 c.p. alle misure alternative alla detenzione, quanto di ampliarne l'elenco, accostandovi, in particolare, la figura del permesso-premio, di cui all'art. 30 *ter* o.p., consistente nella possibilità di trascorrere alcuni periodi¹²¹ al di fuori dell'ambiente carcerario, così da «*coltivare interessi affettivi, culturali e di lavoro*» e definito, dallo stesso terzo comma dell'articolo «*parte integrante del programma di trattamento*»; istituto che, già dalla stessa denominazione, è possibile far rientrare pienamente nell'ottica premiale di cui si è detto.¹²² In definitiva, anche tramite l'intervento di successive riforme di settore,¹²³ si

¹¹⁸ Questa la direzione che aveva seguito, ad esempio, Corte Cost., sent. n. 107 del 1980 la quale, nel dichiarare non fondata la questione di costituzionalità relativa all'esclusione di una serie di condannati dalle misure della semilibertà e dell'affidamento in prova, aveva giustificato la propria posizione sostenendo si trattasse di una «*scelta del legislatore, non censurabile dalla Corte*».

¹¹⁹ FASSONE E., *Rid. di pena ed erg.*, cit., 66.

¹²⁰ Di cui parla l'art. 13 ultimo comma o.p., il quale comunque afferma semplicemente che tale collaborazione andrebbe «*favorita*» mentre per la Corte una tale prospettiva non è sufficiente in quanto ritiene invece necessario che essa sia, in ogni caso, messa in pratica.

¹²¹ Di durata più o meno breve ma comunque, non superiore a quindici giorni per singolo permesso e a quarantacinque giorni per anno.

¹²² FIORENTIN F., in DELLA CASA F., GIOSTRA G., *O.P. Comm.*, cit., 422.

¹²³ Si allude, nella ricostruzione di DELLA CASA F., *Quarant'anni dopo*, cit., 1711, alle leggi Simeoni-Saraceni (l. 165/1998), Smuraglia (l. 193/2000) e Finocchiaro (l. 40/2001).

arriva a delineare un percorso rieducativo nel quale si attua quello che è stato denominato «una sorta di climax normativo e trattamentale virtuoso ed “ascendente”»¹²⁴ in cui il detenuto rientra gradualmente a contatto con la società, in un cammino ideale che, come ha avuto modo di ribadire anche la Corte Costituzionale con la sent. n. 149 del 2018, si apre con l’ammissione al lavoro all’esterno e si chiude con la stessa fuoriuscita dal carcere. Avendo comunque specifico riguardo, in quanto principale oggetto di questa disamina, all’istituto dell’ergastolo, qui la logica della gradualità progressiva si compone, almeno in astratto, di tre fasi,¹²⁵ prima delle quali è data dalla concessione, a fronte di una «regolare condotta» e del passaggio di almeno dieci anni, dei permessi-premio (art. 30 *ter* o.p.), alla quale si tende ad avvicinare anche la possibilità di lasciare il carcere per svolgere un’attività lavorativa (art. 21 o.p.); segue, poi, come corrispettivo della «progressione nel trattamento», l’ammissione, non prima di vent’anni, al regime della semilibertà (art. 50 o.p.) per concludersi quindi il trattamento, una volta constatato il «sicuro ravvedimento», oltre che gli altri requisiti di cui all’art. 176 c.p., con l’accesso alla liberazione condizionale e, quindi, una volta trascorsi cinque anni senza l’intervento di alcuna causa di revoca della stessa, con l’estinzione della pena. Infine, va aggiunta la possibilità, per il detenuto che abbia dato prova di «partecipazione all’opera di rieducazione», di essere ammesso alla misura della liberazione anticipata, la quale comporta quindi l’avvicinamento temporale delle suddette misure, in un’ottica di creazione di vantaggi sempre più vicini al momento nel quale si esige dal condannato una condotta partecipativa, in modo da evitare le incertezze che deriverebbero dal prevedere una premialità che il soggetto leggesse come «chimerica e aleatoria» in quanto consapevole che verrebbe a maturare «solo eventualmente» e «dopo un tempo lunghissimo».¹²⁶

Giunti a questo punto, rimane da chiedersi per quale motivo risulti ancora di

¹²⁴ MARCOLINI S., *L’ergastolo nell’esecuzione penale contemporanea*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 4, 70.

¹²⁵ Così come individuate da Corte Cost., sent. n. 149 del 2018.

¹²⁶ FASSONE E., *Rid. di pena ed erg.*, cit., 70. A sostegno di tale posizione l’Autore cita anche la relazione del Ministro Guardasigilli Reale sul disegno di legge sull’ordinamento penitenziario e la prevenzione della delinquenza minorile, presentato al Senato l’11 gennaio 1966, nella quale si mette in luce la tendenziale difficoltà del detenuto di «protrarre nel tempo un comportamento che implichi fatica o sforzo, in vista di un bene non immediato», motivo per cui questi suggeriva di adottare «periodiche acquisizioni nel tempo di un sicuro beneficio», in modo da incentivarne la collaborazione all’opera rieducativa.

interesse occuparsi della materia dell'esecuzione penale, almeno di fronte ad una disciplina tanto ricca e dettagliata. A dire il vero, confrontando le intenzioni dei riformisti degli anni '70 e '80 con il concreto apparato esecutivo che ne è derivato, appare palese come non si possano dire ad oggi superate le tendenze securitarie e custodialistiche proprie della visione del carcere come strumento più neutralizzatore che risocializzante,¹²⁷ considerazione che ha portato, anche nel recente 2016, gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, a soffermarsi ancora una volta sull'opportunità di attuare «*interventi diretti a favorire la responsabilizzazione dei detenuti nella quotidianità detentiva*» in modo da permettere il recupero da parte di questi dei «*valori di solidarietà politica, sociale ed economica propri di un sistema democratico*» da loro precedentemente disconosciuti.¹²⁸ Interrogandosi sulle ragioni di tale fallimento, risulta chiaro come esso dipenda da due principali fattori, l'uno eminentemente pratico e l'altro invece determinato dall'impostazione stessa dei testi di riforma. Stando al primo, esso è principalmente legato alla necessità teorica che ad un'opera di decarcerizzazione ne corrisponda una, parimenti incisiva, di decriminalizzazione, la quale non ha mai avuto successo nel nostro ordinamento, soprattutto se si considera che i vari progetti di riforma del Codice Penale hanno costantemente finito con l'arenarsi. Sullo stesso piano vanno poi poste la poca considerazione del tema del sovraffollamento carcerario e l'assenza di un apparato esecutivo capace di dare efficace attuazione alle misure alternative alla detenzione.¹²⁹ Rivolgendo invece lo sguardo al secondo ostacolo al concretizzarsi delle riforme, esso dipende da quella che già Franco Bricola individuava nel 1977 come «*effettività rinnegante*», la quale sarebbe data dalla constatazione, dipendente da logiche di tutela di un ordine pubblico che si ritiene altrimenti esposto ad eccessivi rischi, che ad ogni concessione o apertura verso misure alternative corrisponde, nella quasi totale immediatezza, una «*tendenza di politica criminale verso "leggi speciali" di carattere autoritario*».¹³⁰ Sicuramente ciò a cui pensava l'Autore nel momento in cui scriveva era l'art. 90 o.p., poi abrogato della legge Gozzini, il quale prevedeva la possibilità del Ministro per la Grazia e la Giustizia di sospendere le

¹²⁷ AVERARDI A., *La Cost. "Dim."*, cit., 156 ss.

¹²⁸ Relazione del tavolo 2 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale in tema di *Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, 27 maggio 2016, 36.

¹²⁹ AVERARDI A., *La Cost. "Dim."*, cit., 157.

¹³⁰ BRICOLA F., *Il carcere*, cit., 11.

suddette generali regole di trattamento penitenziario negli stabilimenti in cui ciò apparisse necessario per «*eccezionali motivi di ordine e sicurezza*» ma è chiaro che la tendenza a cui egli alludeva ha un carattere ben più generale, tant'è che una disposizione molto simile a quella prevista nel 1975 ricompare già nel 1991, poi rafforzata l'anno successivo, all'art. 4 *bis* o.p., in un continuo affastellarsi di proposte di valorizzazione del singolo e di richieste di misure massimamente restrittive. Ciò che traspare, in conclusione, è che, più ci si appoggia alle tecniche normative del cd. "doppio-binario", precludendo per determinati autori di reato l'accesso al trattamento penitenziario, il quale contemporaneamente si vorrebbe erigere a strumento di individualizzazione della pena e di protezione delle esigenze della persona, più si rischia di rendere il principio rieducativo una mera enunciazione formale, priva di ogni rilevanza pratica.

3. Il considerato n. 4 dell'Ordinanza: il rapporto tra la pena perpetua e l'art. 3 CEDU

Perché una disamina relativa alla legittimità dell'ergastolo possa dirsi veramente completa risulta indispensabile prendere in considerazione anche il formante sovranazionale e, nello specifico, i principi di cui alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo,¹³¹ così come intesi dalla giurisprudenza della Corte EDU, loro autentica interprete,¹³² in modo da non sottovalutare la circostanza per cui, nel contesto attuale, ogni discorso sui diritti, lungi dal coinvolgere isolatamente i singoli contesti nazionali, interessa invece una molteplicità di fonti tra loro innegabilmente intersecate in quella che è stata definita la «*tutela multilivello dei diritti fondamentali*».¹³³ È in questi

¹³¹ Convenzione EDU, firmata a Roma da tutti i 47 Stati appartenenti al Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con la l. 848/1955.

¹³² Le cui pronunce, pur se di per sé riconosciute come vincolanti solo nello specifico caso concreto dall'art. 46 CEDU, risultano nei fatti avere «*un'importante funzione interpretativa di carattere generale*» in modo da assicurare tanto la certezza del diritto (su cui si è per di più concentrata l'Opinione preliminare espressa della Corte stessa il 20 febbraio 2012 in vista della Conferenza di Brighton) quanto la realizzazione, in tutta la loro potenzialità applicativa, delle garanzie previste della Convenzione, evitando che l'enunciazione concisa divenga il motivo di una loro marginalizzazione. KOSTORIS R.E., *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2019, 53.

¹³³ KOSTORIS R.E., *Manuale*, cit., 82.

termini che va letto, infatti, il punto n. 4 del considerato in diritto di cui all'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte Costituzionale, nel quale, dopo aver precedentemente ripercorso le tappe che hanno portato la legislazione e la giurisprudenza interne ad assicurare che l'ergastolo possa non essere necessariamente considerato pena perpetua, la Consulta concentra la propria attenzione sul percorso non dissimile, per quanto ben più recente, tracciato dalla Corte di Strasburgo. Base per la disamina della Corte è la lamentata lesione dell'art. 117, comma 1 Cost.,¹³⁴ disposizione chiave lì dove si vogliono far entrare nel controllo di costituzionalità le previsioni di cui ai trattati internazionali, i quali, attraverso tale tramite, una volta entratane a far parte l'Italia, non solo divengono parte integrante del suo ordinamento ma si pongono anche in una posizione gerarchicamente superiore rispetto a quanto prescritto dalle leggi ordinarie, chiamate quindi a non porsi in antitesi con essi. In questo senso, anzi, è proprio il rimando all'articolo 117 Cost. e, con esso, a tutta l'elaborazione europea in tema di pena perpetua e di tutela della dignità umana, ad impedire alla Corte di disinteressarsi del quesito, magari semplicemente dichiarando la «*manifesta infondatezza*» della questione per l'essersi già soffermata sulla medesima in precedenza, con la sent. n. 135 del 2003.¹³⁵ Se l'art. 117 Cost, in ogni caso, non costituisce che norma interposta nel giudizio di costituzionalità, l'effettiva disposizione che risulta violata nel momento in cui si prevede l'impossibilità per il detenuto di porre fine alla propria reclusione è invero l'art. 3 CEDU, il quale vieta, a fianco alla tortura, «*pene o trattamenti inumani o*

¹³⁴ Non si tratta, comunque, del primo caso in cui, discutendo di ergastolo, la Corte Costituzionale chiama in rassegna gli approdi della Corte EDU, in quanto se ne trova esplicita menzione anche nella sent. n. 149 del 2018, pur senza che i ricorrenti avessero qui censurato la violazione dell'art. 117, co. 1 Cost. Ad ogni modo, se nel 2018 la Consulta aveva ritenuto tale approccio utile a suffragare la propria posizione, forse più in un'ottica comparatistica che di un ritenuto effettivo vincolo, la stessa scelta non viene invece effettuata nella sent. n. 253 del 2019 in cui, al contrario, essendo l'art. 117 Cost. preso in considerazione solo dalle parti del giudizio e non nell'ordinanza di remissione, la Corte non ritiene di doversi far carico anche di questo ulteriore profilo, pur quindi per ragioni puramente procedurali.

¹³⁵ NICOLÒ G., *L'ergastolo "ostativo"*, cit., 12. In particolare, l'Autrice nota qui come a determinare il rinnovato interesse della Corte per la questione sia proprio il fatto, nonostante le «*questioni sostanzialmente immutate*», che vengano evocati «*parametri diversi, o ulteriori*», quali l'art. 3 Cost. e, soprattutto, l'art. 117 Cost., il quale, a due anni di distanza dalla pronuncia di Strasburgo nel caso Viola c. Italia, non può che costringere idealmente la Corte a riconsiderare le decisioni precedentemente assunte. Effettivamente, è la stessa Consulta ad evidenziare come, a fondamento della propria decisione di non rigettare il ricorso, stiano di fatto le posizioni della Corte EDU sul tema, lì dove le definisce «*decisivi argomenti a favore della non manifesta infondatezza*».

degradanti», previsione che si è posta da sfondo a più che numerose pronunce da parte della Corte Europea, tanto con riguardo al diritto penale sostanziale quanto a quello processuale,¹³⁶ e che ha per di più aperto la strada al suo intervento anche nell'ambito dell'esecuzione penale, al quale essa si sarebbe altrimenti detta estranea. A ben vedere, infatti, la possibilità stessa della Corte di Strasburgo di porre in discussione le scelte in materia di regime detentivo operate dalle Alte Parti Contraenti non risulterebbe di fatto contemplata né all'interno della Convenzione né nei sedici protocolli aggiuntivi che pur ne costituiscono parte ma rientrerebbe, al contrario, in quel «*margin di apprezzamento*» lasciato ai singoli stati membri così che essi possano adeguare le previsioni elaborate a livello europeo alle peculiarità dei propri ordinamenti.¹³⁷ Questa, almeno, era la direzione che la Grande Camera sembrava aver intrapreso nel 2012 con la terza pronuncia sul caso Scoppola¹³⁸ nella quale, esprimendosi a proposito della perdita del diritto di voto come pena accessoria prevista dall'ordinamento italiano in conseguenza della condanna all'ergastolo, riteneva che essa non costituisse lesione del diritto a libere elezioni di cui all'art. 3, prot. 1 CEDU, in quanto questo non avrebbe avuto carattere assoluto ma si sarebbe anzi ben potuto bilanciare, pur sempre nel rispetto del principio di proporzionalità, con le necessità interne di contrasto a fenomeni

¹³⁶ In questo senso, infatti, proprio ponendo in luce la natura dell'articolo, definita «*duttile*», lo si è classificato come «*uno degli strumenti più efficaci nella lotta contro la violazione dei diritti fondamentali dell'uomo*» GORI A., *Articolo 3 CEDU, Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, in *L'altro dir.*, 2015. In termini esemplificativi si possono citare Corte EDU, sent. del 18 gennaio 1978, Tyrer, con la quale sono state classificate come «*degradanti*», a prescindere da ogni tradizione normativa, le punizioni corporali, anche lì dove costituite, come nel caso di specie, da tre colpi di verga o Corte EDU, sent. del 5 aprile 2011, Sarigiannis, in cui si è evidenziata una violazione dell'art. 3 CEDU di fronte all'uso non indispensabile o sproporzionato della forza da parte degli agenti di polizia in caso di arresto o fermo di soggetti sospettati di reato. Non da tralasciare risulta inoltre il fatto che si sia progressivamente riscontrato nell'art. 3 CEDU anche un obbligo positivo posto in capo agli stati i quali sarebbero quindi chiamati non solo a vietare astrattamente trattamenti contrari al senso di umanità ed alla dignità ma anche a predisporre norme atte allo specifico scopo di perseguire tale obiettivo, tra cui quelle che permettano di condurre inchieste approfondite nel caso di maltrattamenti posti in essere da agenti dello Stato (così Corte EDU, sent. del 24 gennaio 2019, Knox).

¹³⁷ COLELLA A., *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3): la disciplina italiana della decadenza dal diritto di voto dei detenuti non contrasta con l'art. 3 prot. 1*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012. In particolare, stando alle considerazioni dell'Autrice, esso porterebbe con sé «*il pregio di non urtare le diverse sensibilità nazionali, specie su temi eticamente sensibili*».

¹³⁸ Corte EDU, sent. del 22 maggio 2012, Scoppola.

criminogeni e di protezione della democrazia.¹³⁹ Tuttavia, una volta entrato in gioco l'art. 3 CEDU, è chiaro che la Corte stessa è portata a riconsiderare tale posizione alla luce delle peculiarità di tale disposizione, la quale, come è più volte stato messo in luce «enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe» e, di conseguenza, non ammette deroghe di alcuna sorta.¹⁴⁰ A venire in rilievo, in questo caso, non sarebbe una qualunque posizione giuridica soggettiva dell'individuo, bensì la stessa dignità umana, sulla quale la giurisprudenza e la dottrina internazionali hanno avuto modo di soffermarsi ampiamente negli ultimi decenni, prendendo spunto dalla scelta della Repubblica Federale di Germania di collocarla, così da discostarsi dalle opposte logiche dei totalitarismi, già all'art. 1 della propria Costituzione,¹⁴¹ ed arrivando a intenderla addirittura come norma di *ius cogens*,¹⁴² ossia non solo come di tipo consuetudinario ma, stando all'art. 53 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati,¹⁴³ anche come riconosciuta «inderogabile dalla comunità internazionale nel suo insieme». Ne consegue che, pur

¹³⁹ Risultano in questo senso evocative le parole della Corte, la quale afferma: «*the applicant's disenfranchisement pursued the legitimate aims of enhancing civic responsibility and respect for the rule of law and ensuring the proper functioning and preservation of the democratic regime*».

¹⁴⁰ Corte EDU, sent. del 7 luglio 1989, Soering, a proposito dell'irriducibilità delle previsioni di cui all'art. 3 CEDU in caso di guerra o di emergenza nazionale e, similmente, Corte EDU, sent. del 15 novembre 1996, Chahal, in merito al divieto assoluto di tortura o trattamenti inumani o degradanti anche di fronte alla minaccia terroristica, nella quale si aggiunge, poi: «*In these circumstances, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration*», a significare quindi il divieto di qualunque ricerca di equilibrio tra tale imperativo ed altre eventuali esigenze che coinvolgano le dinamiche statali interne.

¹⁴¹ Appare in questo senso emblematico il fatto che sia stata proprio questa disposizione, unita al successivo art. 2, co. 2 Cost. in tema di inviolabilità della libertà personale, a determinare, in una sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 1977 (citata per di più anche all'interno della sentenza Vinter del 2013), la dichiarazione di incostituzionalità del carcere a vita, senza contare il fatto che le posizioni qui assunte dei giudici appaiono profondamente attuali, al punto da ricordare quelle statuizioni che saranno poi proprie, a partire dal 2013, della stessa Corte di Strasburgo. A detta del Bundesverfassungsgericht, infatti, un ordinamento che avesse concretamente voluto fare della dignità umana e dello stato di diritto dei propri pilastri non solo avrebbe dovuto lasciare modo al condannato, una volta espulso il proprio crimine, di essere riammesso in società ma avrebbe anche attivamente dovuto predisporre delle misure idonee a consentire questo suo reingresso, di modo che esso divenisse possibilità realistica e lasciasse quindi spazio alla speranza.

¹⁴² BALSAMO A., *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in KOSTORIS R.E., *Manuale*, cit., 172 ss.

¹⁴³ Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, conclusa il 23 maggio 1969 e ratificata, per l'Italia, con la l. 112/1974.

nella massima libertà concessa agli Stati membri nell'ambito dell'esecuzione penale, la Corte alsaziana non può che sentirsi coinvolta ogni volta che le previsioni in materia giungono fino al punto di mettere in crisi la stabilità dello stesso art. 3 CEDU. Su questa base si giustificano, quindi, sia le recenti pronunce della Corte in tema di sovraffollamento carcerario,¹⁴⁴ nelle quali i giudici di Strasburgo si sono occupati dello spazio da garantire al detenuto nell'usufruire della propria cella proprio partendo dal presupposto che la predisposizione di luoghi eccessivamente angusti rappresenti un trattamento inumano e degradante, sia quelle, oggetto della presente disamina, concernenti il diritto del detenuto di ambire ad una fine del proprio periodo di detenzione. Riconoscendo, già nella sentenza *Kafkaris c. Cipro*¹⁴⁵ e similmente, con un continuo richiamo al proprio precedente, in tutta una serie di casi connessi,¹⁴⁶ la giustificazione al proprio intervento nel disconoscimento dei principi cardine di cui alla Convenzione, la Corte ha quindi ritenuto di potersi occupare eccezionalmente anche di «*State's choice of a specific criminal-justice system, including sentence review and release arrangements*». Si è così aperta, anche per i giudici di Strasburgo, la via per affrontare i temi della funzione della pena e dei diritti del detenuto,¹⁴⁷ le conclusioni sui quali, se per certi aspetti richiamano gli approdi cui è giunta la giurisprudenza italiana, per altri forse appaiono meno garantiste, probabilmente anche a causa della evidente complessità derivante dal dover tener conto delle specifiche caratteristiche dei singoli ordinamenti giuridici che compongono il Consiglio d'Europa.

3.1 La giurisprudenza della Corte EDU dal caso Kafkaris c. Cipro alle conseguenze del revirement in Vinter c. Regno Unito

La ricostruzione delle posizioni assunte dalla Corte Europea dei Diritti

¹⁴⁴ Tra cui, per citarne alcune, Corte EDU, sent. del 10 marzo 2015, *Varga* e Corte EDU, sent. dell'8 gennaio 2013, *Torregiani*.

¹⁴⁵ Corte EDU, sent. del 12 febbraio 2008, *Kafkaris*.

¹⁴⁶ Tra cui Corte EDU, sent. del 9 luglio 2013, *Vinter*, che cita espressamente quanto affermato in *Kafkaris c. Cipro* e Corte EDU, sent. del 13 giugno 2019, *Viola* che evoca invece sul punto proprio la sentenza *Vinter c. Regno Unito*.

¹⁴⁷ I quali non hanno tardato ad essere riconosciuti come tema pregnante, tanto che si è parlato, con riguardo alla pena perpetua, di «*The most important penological issue on the European agenda today*». DE ALBUQUEQUE P.P., *Life imprisonment and the European right to hope*, in *Rivista AIC*, 2015, 2.

dell'Uomo in merito all'ammissibilità della pena perpetua vede generalmente come battuta d'inizio la pronuncia resa da questa nel 2008 sul caso Kafkaris c. Cipro, alla quale si tende infatti ad attribuire il ruolo di *leading case*:¹⁴⁸ nonostante non fossero comunque mancate in precedenza istanze da parte di cittadini condannati all'ergastolo che lamentavano la lesione dell'art. 3 CEDU, la sentenza in questione apre invero delle nuove prospettive di dibattito in quanto, a differenza di quelle analizzate in passato, la legislazione cipriota offriva un numero di garanzie di rilascio del detenuto talmente limitato da consistere di fatto nella sola grazia presidenziale, da esercitarsi in via discrezionale in accordo con il procuratore generale e senza necessità di motivazione.¹⁴⁹ Ciò non vuole significare, in ogni caso, che la Corte si trovasse, al momento della decisione, del tutto sprovvista di punti di riferimento ai quali guardare per stabilire la compatibilità di un tale regime con il rispetto dei valori di libertà e dignità umana in quanto, a prescindere da alcuni riferimenti di tipo comparatistico,¹⁵⁰ essa aveva di fronte, e infatti cita espressamente, alcuni strumenti che, seppur a livello di *soft law*, avevano portato il Consiglio d'Europa a delle elaborazioni non poco approfondite sul tema. Già dal 1976, con la Risoluzione 76(2), il Comitato dei Ministri si era infatti occupato di ergastolo e pene di lunga durata, prevedendo la necessità di connettere ad esse l'eventuale liberazione condizionale e ritenendole ingiustificabili lì dove sorrette

¹⁴⁸ MOTTESE E., *L'ergastolo nella prassi normativa e giurisprudenziale internazionale*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Il fine e la fine della pena*, Ferrara, 2020, 202.

¹⁴⁹ Questa la ricostruzione effettuata dai giudici Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spiemann e Jebens nell'opinione parzialmente dissenziente resa sulla pronuncia Kafkaris, in cui confrontano, a sostegno di questa tesi, il presente caso con una serie di precedenti, tra cui Corte EDU, sent. del 12 dicembre 2002, Stanford e Corte EDU, sent. del 22 maggio 2003, Wynne in cui, si scrive «*the criminal justice systems under consideration had a number of safeguards in place in respect of conditional release*».

¹⁵⁰ Nello specifico, viene allegato alla sentenza l'art. 5 co. 2 della Decisione Quadro adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 13 giugno 2002, n. 584, relativa al mandato di arresto europeo, in relazione al quale si ritiene possibile (anche se non comunque obbligatorio dato l'uso, nella versione originale del testo, del verbo *may*) subordinarne l'esecuzione alla richiesta che lo Stato emittente conceda al condannato forme di revisione della pena o di clemenza. Similmente, a livello più generale, vengono prese in considerazione anche le *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, approvate dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite il 31 luglio 1957, le quali si preoccupano invece di definire la funzione della pena detentiva riscontrandola in quella di «*protect society against crime and to reduce recidivism*» che si ritiene di poter raggiungere solo focalizzando l'attenzione, durante il periodo di privazione della libertà, sulla risocializzazione del detenuto e, quindi, sull'individualizzazione dei singoli programmi (oggi, a seguito dell'intervento delle *Nelson Mandela Rules* del 2015, è questo il contenuto della *Rule 4*).

esclusivamente sulla base della generalprevenzione mentre nel 2003, ritornando sulla questione, aveva posto l'accento sui principi di individualizzazione e progressione come criteri guida nella gestione dei detenuti,¹⁵¹ oltre che sull'aspirazione della pena alla «*transition from life in prison to a law-abiding life in the community*».¹⁵² Infine, di particolare rilievo si mostrano le 108 *European Prison Rules*, riscritte da ultimo nel 2006,¹⁵³ nelle quali si legge: «*All detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty*» (Rule 6), concetto poi approfondito alle regole 102 e 103 in materia di trattamento penitenziario, il quale si dispone debba coinvolgere tutte le strategie necessarie per consentire al detenuto il suo ritorno in società. Proprio in ragione di un quadro così articolato, l'approccio adottato nel caso Kafkaris crea, a dire il vero, una certa sorpresa, tant'è che, di fronte alle parole della Corte che si difende affermando l'assenza di un «*clear and commonly accepted standard amongst the member States of the Council of Europe concerning life sentence*», non mancano di esprimere la loro opinione dissenziente i giudici Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spielmann e Jebens, secondo cui si tratterebbe di una giustificazione incompatibile con i numerosi strumenti messi a disposizione dallo stesso Consiglio d'Europa in proposito. Effettivamente, la posizione adottata dai giudici alsaziani nel 2008 appare fortemente restrittiva,¹⁵⁴ in quanto essa ritiene il sistema cipriota compatibile con i principi di cui alla Convenzione, stabilendo che, per quanto la prospettiva di rilascio del condannato risulti limitata e destinata quindi a creare un senso di «*anxiety and uncertainty*», ciò andrebbe in realtà visto come intrinsecamente legato al carattere afflittivo della pena, tenendo comunque in considerazione il fatto che questa sarebbe stata *de facto* riducibile visti i poteri del Presidente della Repubblica, per altro concretamente utilizzati in più occasioni negli anni precedenti.¹⁵⁵ Pur se ancora molto lontana dalla valorizzazione del percorso rieducativo del condannato, tanto che nemmeno si occupa del tema della funzione da

¹⁵¹ Raccomandazione 2003(23), adottata dal Comitato dei Ministri il 9 ottobre 2003.

¹⁵² Raccomandazione 2003(22), adottata dal Comitato dei Ministri il 24 settembre 2003.

¹⁵³ Con l'approvazione, da parte del Comitato dei Ministri, della raccomandazione 2006 (2), dopo che erano state introdotte già nel 1973 e riviste nel 1987.

¹⁵⁴ Tanto che, nella sua opinione dissenziente il giudice Borrego Borrego non risparmia alla Corte l'accusa di «*lack of sensitivity that is unworthy of a court of human rights*».

¹⁵⁵ È la Corte stessa a citare in questo senso gli undici casi di detenuti rilasciati su grazia presidenziale di cui nove nel 1993, uno nel 1997 e uno nel 2005.

attribuire alla pena, la sentenza in oggetto, almeno guardandola *a posteriori*, sembra comunque aver acquisito una pregio: affermando infatti che «*the imposition of an irreducible life sentence on an adult may raise an issue under Article 3*», nonostante le incertezze connesse all'uso del verbo *may*, essa avrebbe infatti dato il via al dibattito su cosa davvero si possa ritenere «*reducible*», a partire dai giudici della citata opinione allegata secondo cui non sarebbe a ciò sufficiente rimettere la decisione sulla liberazione al potere discrezionale dell'esecutivo in quanto la possibilità di rilascio dovrebbe dirsi «*genuine*».¹⁵⁶

L'occasione perché tale prospettiva emerga si ha qualche anno dopo, nel 2012, con tre sentenze, tutte risolte in maniera molto simile e tutte afferenti al sistema inglese, specificamente quelle sui casi Babar Ahmad,¹⁵⁷ Harkins e Edwards¹⁵⁸ e Vinter.¹⁵⁹ Di poca rilevanza risulta infatti la circostanza che si trattasse, nei primi due casi, di soggetti per cui si prevedeva l'estradizione negli Stati Uniti, dove vi era il rischio di sottoposizione a pena perpetua senza possibilità di successiva liberazione e, nel secondo, della disciplina interna del «*life order without parole*»,¹⁶⁰ in quanto la Corte dipinge il rapporto tra l'art. 3 CEDU e i diversi casi sempre tenendo conto di due momenti distinti: quello della comminazione della pena e quello, successivo ed eventuale, in cui la sanzione non possa più dirsi sorretta da alcuna ragion d'essere.¹⁶¹ Con riferimento al primo, l'esame si limiterebbe alla constatazione che il rapporto tra la sanzione e la gravità del reato non risulti «*grossly disproportionate*», mentre è discutendo del secondo che i giudici di Strasburgo entrano nel merito di cosa possa dirsi

¹⁵⁶ Scrivono infatti i giudici: «*Hence, although the prospect of release for prisoners serving life sentences does exist in theory, it is in practice extremely limited*».

¹⁵⁷ Corte EDU, sent. del 10 aprile 2012, Babar Ahmad e altri.

¹⁵⁸ Corte EDU, sent. del 17 gennaio 2012, Harkins e Edwards.

¹⁵⁹ Corte EDU, sent. del 17 gennaio 2012, Vinter e altri; caso che verrà poi rinviato all'esame della Grande Camera che ne darà invece risoluzione opposta, come si descriverà a breve

¹⁶⁰ Il quale si fonda, dopo l'introduzione del *Criminal Justice Act* del 2003, sulla possibilità per il giudice di seguire la strada del «*whole life order*», derogando cioè al normale regime previsto per l'omicidio in cui, invece, a seconda delle necessità espresse dalla gravità del reato, viene fissato un periodo minimo di detenzione, dopo il quale il soggetto viene riesaminato da un'apposita commissione giudiziaria. Di fronte a casi particolarmente gravi, verrebbe in questo modo esclusa ogni possibilità di futura liberazione per il condannato, salvo di fronte a malattia incurabile o grave invalidità, lì dove il Ministro della Giustizia, nell'esercizio della sua discrezionalità, lo ritenga opportuno, e non esistano rischi di recidiva.

¹⁶¹ Si tratta, come la stessa Corte mette in luce, di una distinzione che trae le sue radici in due precedenti inglesi, ossia *Court of Appeal*, sent. del 2009, Bieber e *House of Lords*, sent. del 2008. Wellington.

rientrante tra i legittimi scopi della pena, stabilendo che si verserebbe in una situazione di intollerabilità nel caso in cui non si prevedesse, una volta che questi risultassero ormai tutti svuotati nel loro contenuto, la possibilità di rilascio per il condannato. A questo punto, però, l'elenco delle funzioni che, stando alla Corte, potrebbero essere associate alla sanzione penale nei vari ordinamenti nazionali, risulta estremamente ampio, ricomprendendo esso la specialprevenzione negativa (neutralizzazione del soggetto pericoloso), la specialprevenzione positiva (risocializzazione), la generalprevenzione negativa (intimidazione), la generalprevenzione positiva (rafforzamento della norma violata) così come la retribuzione,¹⁶² le quali sarebbero per di più poste tutte sullo stesso piano in modo da fissare lo standard di tutela ad un livello estremamente basso,¹⁶³ addirittura più blando di quello delineato dalla teoria polifunzionale di cui alla più tradizionale giurisprudenza italiana precedente agli anni '90, in cui almeno scompariva l'idea che l'afflittività potesse fondare un autonomo fine del punire. Ecco quindi che, se le opinioni dissenzienti allegate alle tre sentenze si concentrano prevalentemente sulla più immediata incongruenza dalla quale deriva la decisione di rigetto della istanze, ossia quella secondo cui non riscontrandosi, al momento del giudizio, alcuna macroscopica discrepanza tra l'angoscia derivante da una pena indeterminata e l'efferatezza del crimine commesso, non avrebbe senso ipotizzare *ex ante* un'eventuale violazione futura,¹⁶⁴ vi è chi, in dottrina, non ha mancato di evidenziare come le criticità non si limiterebbero a questo profilo ma, anzi, si riverserebbero anche sul più ampio tema dello scopo della pena. L'offrire agli Stati la possibilità di optare per una gamma tanto vasta di funzioni, infatti, difficilmente consentirebbe di proteggere le ragioni dell'individuo, ma, anzi, renderebbe legittimo anche l'uso del detenuto più risocializzato per esigenze di deterrenza o sentimenti di stampo vendicativo quali quelli sottostanti al «*just punishment*» su cui si basa,

¹⁶² DE ALBUQUERQUE P.P., *Life imprisonment*, cit.

¹⁶³ VIGANÒ F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. Cont.*, 2012.

¹⁶⁴ Questa, ad esempio, la direzione intrapresa dai giudici Garlicki, David Thór Björgvinsson e Nicolau a seguito della pronuncia della IV Commissione della Corte EDU sul caso Vinter, i quali affermano che, ad una lettura meno superficiale, l'art. 3 della Convenzione non richiederebbe solo di interrompere *ex post* la detenzione una volta che questa risulti ormai insostenibile, ma anche di non privare *ex ante* il condannato di ogni speranza, per quanto tenue questa possa apparire: condizione che potrebbe dirsi rispettata solo una volta predisposto in precedenza un meccanismo di revisione della sanzione.

effettivamente, il *whole life order* inglese, in cui l'ergastolo effettivo viene descritto come eleggibile dal giudice in termini meramente retributivi.¹⁶⁵

Nonostante vi fosse chi ormai riteneva che un tale indirizzo stesse per assumere sempre maggiore consolidamento,¹⁶⁶ la Corte rivede invece le proprie posizioni già l'anno successivo, quando la decisione sul caso Vinter viene trasferita alla Grande Camera¹⁶⁷ e i giudici stabiliscono, per la prima volta da quando il sistema inglese era stato preso in considerazione, che la disciplina del *life imprisonment without parole* presenta dei profili di illegittimità convenzionale al punto di richiedere la condanna del governo inglese per l'ingiusta punizione inflitta. Esaminando la sentenza, appare chiaro che essa cerca comunque di non tradire *in toto* quanto affermato in precedenza, tanto che continua a citare il caso *Kafkaris* come suo diretto precedente;¹⁶⁸ ciononostante essa focalizza la propria attenzione sul concetto di dignità umana e sul fatto che essa implichi una serie di doveri per gli Stati che si esplicano già nel momento della previsione astratta della pena, di modo che al condannato siano comunque concesse sin da subito «*both a prospect of release and a possibility of review*». In questo senso, al detenuto si dovrebbe permettere di conoscere sia quali meccanismi debba in concreto attivare per poter ottenere il riesame della sua condizione, sia su quali basi esso verrà condotto, oltre al momento in cui ciò potrà verificarsi, per arrivare così alla garanzia che, di fronte ad un riscontro positivo, egli possa effettivamente ottenere un rilascio e, contemporaneamente, in caso di diniego, opportunamente motivato, abbia i mezzi per ricorrere giudizialmente. Si tratta, insomma, di una serie di diritti che vengono così attribuiti al detenuto e che si basano in via principale sulla valorizzazione, anche se di fatto solo in relazione alla fase esecutiva, della funzione rieducativa della pena, motivo per cui si afferma: «*it would be capricious to expect the prisoner to work towards his own rehabilitation without knowing whether, at an unspecified, future date, a mechanism might be introduced which would allow him, on the basis of that*

¹⁶⁵ VIGANÒ F., *Ergastolo senza speranza*, cit. Non diversamente si esprime DOLCINI E., *Fine pena*, cit., il quale parla in proposito di «*Una sorta di tallone d'Achille nell'art. 3 CEDU*».

¹⁶⁶ PARODI G., *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012.

¹⁶⁷ Corte EDU, sent. del 9 luglio 2013, Vinter e altri.

¹⁶⁸ CHENAL R., *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (Parte II): la funzione della pena e il valore della dignità umana: l'ergastolo tra retribuzione e rieducazione*, in *SIDIBlog*, 2013.

rehabilitation, to be considered for release». Appare dunque evidente come il merito della seconda pronuncia sul caso Vinter stia essenzialmente nell'aver riconosciuto, anche in ambito europeo, il valore centrale da attribuire alla risocializzazione,¹⁶⁹ pur di fronte ad una Convenzione il cui atteggiamento viene definito di «agnosticismo»¹⁷⁰ a ragione del suo tacere sul tema dello scopo della pena. Ad ogni modo, è pur vero che i giudici di Strasburgo, proprio al fine di non tradire *in toto* la propria giurisprudenza pregressa,¹⁷¹ non negano che alla pena possano essere connesse una molteplicità di funzioni, almeno nell'ambito della previsione legislativa, e fondano il proprio *dictum* semplicemente sull'ipotesi di un eventuale mutamento degli equilibri tra queste, dal quale potrebbe quindi emergere la prevalenza della rieducazione sulle altre, senza però per questo privare di un ruolo anche l'afflittività. Di conseguenza, è forse proprio in ragione di questa discrepanza tra un'apertura tanto netta nei confronti della risocializzazione in fase esecutiva e una sua preferenza molto meno incisiva nelle fasi precedenti, che si potrebbe dar ragione dell'atteggiamento non sempre così lineare che la Corte assume nelle successive controversie che le si presentano sul tema. Da un lato, infatti, se si guarda alle pronunce su casi come Trabelsi c. Belgio,¹⁷² Matiosăitis c. Lituania¹⁷³ o Murray c. Paesi Bassi,¹⁷⁴ appare evidente il continuo richiamo a quanto affermato nel 2013, prevedendosi infatti qui, di volta in volta, il divieto di relegare alla mera discrezionalità presidenziale la decisione sul rilascio del detenuto in favore invece

¹⁶⁹ DOLCINI E., *Fine pena*, cit. 22 e, in maniera molto simile NICOLÒ G., *L'ergastolo "ostativo"*, cit., 7.

¹⁷⁰ VIGANÒ F., *La prop. della pena*, cit. 92.

¹⁷¹ GALLIANI D., *The right to hope. La sentenza Vinter e altri v. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 2014, 4, 410 L'Autore nota qui come risultasse opportuno per la Corte, nel caso di specie, evitare di tradire completamente la posizione assunta in *Kafkaris* (e poi, più specificamente, nei casi successivi), al punto da negare l'ampio margine discrezionale ivi concesso agli Stati in materia di funzione della pena, anche per motivi eminentemente politici, soprattutto di fronte alla tesi del Governo inglese, il quale, tra le sue tesi difensive, alludeva al fatto che la politica penale inglese fosse da tempo ben assestata sulla necessità di prevedere sanzioni anche unicamente a scopo punitivo di fronte a reati di particolare gravità.

¹⁷² Corte EDU, sent. del 16 febbraio 2015, Trabelsi, con la quale si estendono i principi di cui al caso Vinter anche a ipotesi in cui emerga il rischio di una pena perpetua effettiva di fronte all'estradizione del condannato.

¹⁷³ Corte EDU, sent. del 23 maggio 2017, Matiosăitis.

¹⁷⁴ Corte EDU, sent. del 26 aprile 2016, Murray, nella quale si ripercorrono i principi alla base dell'art. 3 della Convenzione, tra cui appare ancora una volta la statuizione secondo cui tra cui, tra i «*penological grounds for continued incarceration*», sarebbero da ricomprendere, alla mera condizione che si tratti di condizioni oggettive e prestabilite, la risocializzazione, la deterrenza e la retibuzione.

di una revisione giudiziale che permetta di attribuire significato ai comportamenti assunti da questo nel corso del trattamento rieducativo appositamente predisposto mentre dall'altro, nel 2017, tornando a pronunciarsi sull'ordinamento inglese con la sentenza *Hutchinson c. Regno Unito*, la Corte europea ritiene ammissibile anche la condanna all'ergastolo effettivo. La giustificazione della Corte si basa qui su una pronuncia della *Court of Appeal* inglese, nello specifico, quella sul caso *McLoughlin*,¹⁷⁵ con la quale ritiene che i giudici britannici si sarebbero adeguati alle prescrizioni di cui all'art. 3 CEDU, ampliando i criteri previsti per la concessione della grazia all'ergastolano in capo al *Secretary of State* e ricomprendendovi, infatti, «*all circumstances relevant on compassionate grounds*», previsione di cui tuttavia non si è tardato a denunciare la mancanza di chiarezza, soprattutto stante la perdurante sussistenza del *Criminal Justice Act*, nel quale si continuano a classificare esclusivamente la malattia terminale o l'incapacità grave come motivi di rilascio.¹⁷⁶ In questo senso, nonostante il giudice De Albuquerque abbia parlato di «*existential crisis*» con riferimento a tale svolta della Corte, resta pur vero che essa, almeno formalmente, non si scontra apertamente con quanto evidenziato nella seconda pronuncia *Vinter*, ma si tratterebbe invero di una rilettura, che, sebbene meno garantista, sarebbe da essa giustificata proprio in ragione dell'ampio margine di apprezzamento che la Corte ritiene opportuno lasciare alle Alte Parti Contraenti nella determinazione delle funzioni da attribuire alla pena.¹⁷⁷

3.2 Il caso *Viola c. Italia*

¹⁷⁵ *Court of Appeal of England and Wales*, sent. del 2014, *McLoughlin*.

¹⁷⁶ In questi termini si esprime il giudice De Albuquerque nella propria opinione dissenziente allegata al caso *Hutchinson* in cui afferma che a poco serve dare ragione di una tale decisione sulla base della natura casistica del sistema giuridico inglese in quanto, comunque, la mancanza di chiarezza non verrebbe dissipata nemmeno dalla stessa pronuncia sul caso *McLoughlin*, lì dove si scrive che l'art. 3 CEDU imporrebbe semplicemente un'interpretazione estensiva della norma scritta, in modo da tenere in considerazione anche quei casi eccezionali in cui venga dimostrata la risocializzazione del detenuto, infatti, prosegue: «*What can be more unclear, uncertain and therefore unpredictable than a discretionary power to release in "exceptional circumstances" which is converted into an obligation to release with a "wide meaning" [...]?*».

¹⁷⁷ FILIPPI S., *Il "Diritto alla Speranza" è l'ultimo a morire? L'art. 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Grande Chambre, da Vinter and others v. United Kingdom a Hutchinson v. United Kingdom*, in *Diritti Comparati*, 2017, 6.

Di fronte alle succitate perplessità suscitate dalle contrastanti pronunce assunte dalla Corte EDU, questa coglie l'occasione per chiarire la propria posizione nel 2019, quando ad adirla è il cittadino italiano Marcello Viola, condannato già dal 1992 alla reclusione e dal 1999 sottoposto al regime dell'ergastolo ostativo sia per il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso *ex art. 416 bis c.p.* sia per quello di omicidio, aggravato dalla circostanza descritta all'*art. 416 bis 1 c.p.*, per cui si era da sempre dichiarato innocente rifiutando ogni forma di collaborazione con la giustizia *ex art. 58 ter o.p.* e il quale ritiene illegittima l'impossibilità di accedere, oltre che ad ogni forma di beneficio penitenziario, anche alla liberazione condizionale. In quest'occasione, quindi, i giudici alsaziani si trovano a confrontarsi con il sistema italiano che, se nel caso Vinter era contrariamente stato evocato come concreto esempio di un ordinamento nel quale aveva storicamente trovato assestamento la teoria della pena come momento rieducativo per il detenuto,¹⁷⁸ risultava ora da riesaminare sotto il profilo più critico emergente dalla lettura degli articoli 4 *bis o.p.* e 2 d.l. 151/1992. A ben vedere, secondo la Corte, il caso in esame presenta degli elementi di originalità rispetto ai quesiti sorti in altri contesti, tanto da collocarsi in una sorta di terra di confine tra l'ordinario regime previsto dall'*art. 22 c.p.* per l'ergastolano, fondato sul concetto di progressività trattamentale e votato al raggiungimento, da parte del detenuto, dei requisiti previsti per la sua liberazione, già ritenuto legittimo dai giudici di Strasburgo con la sentenza Scoppola c. Italia e quei sistemi fortemente restrittivi nei quali, al contrario, la pena diviene irriducibile *de iure e de facto* come diretta ed automatica conseguenza del tipo di reato commesso, ritenuti qui inammissibili citando quanto affermato in Öcalan c. Turchia.¹⁷⁹ A determinare questa ambiguità sarebbe la particolare conformazione acquisita dal sistema italiano nel confrontarsi con il fenomeno mafioso e, nello specifico, il ruolo che si attribuisce in questo contesto alla collaborazione del condannato con la giustizia, dalla quale si ritiene di poter ricavare la presunzione assoluta di pericolosità sociale del detenuto, in grado di giustificarne la perdurante

¹⁷⁸ Al punto da ricostruire, in quell'occasione, il percorso intrapreso dalla Corte Costituzionale con le sentt. n. 204 e 264 del 1974 e culminato, a detta della Corte EDU, con la sent. n. 161 del 1997 a proposito dell'inammissibilità del divieto assoluto di riesame della liberazione condizionale una volta revocata.

¹⁷⁹ Corte EDU, sent. del 18 marzo 2014, Öcalan.

detenzione.¹⁸⁰ Proprio su quest'ultima considerazione, unita alla ritrovata centralità del principio rieducativo,¹⁸¹ la Corte EDU basa le proprie critiche allo Stato italiano, il quale si ritrova così condannato, una volta rigettati gli altri motivi di ricorso,¹⁸² per la violazione tanto dell'art. 3 CEDU, posto a tutela della dignità umana, quanto dell'art. 8 CEDU, volto a presidiare la vita privata e familiare. Confrontandosi con il disposto della Corte, sebbene questa cerchi comunque di non abbandonare completamente la propria tendenza al *self restraint* ed eviti quindi di escludere in via generale concetti quali quello della natura retributiva della sanzione penale, appare evidente come essa si schieri apertamente contro la creazione di presunzioni assolute che, soprattutto in ambito penale, portano con sé il rischio dell'ingiustificata limitazione di alcuni degli attributi fondamentali della persona umana, a partire proprio dalla libertà personale. Ne consegue che per i giudici alsaziani non sarebbe tollerabile un regime in cui, una volta sancita la colpevolezza di un individuo e, di conseguenza, la sua pericolosità sociale si venisse a determinare una serie particolarmente invasiva di restrizioni al godimento di una vita degna e libera non più rivedibile se non per ragioni discrezionali e puramente occasionali, in quanto la piena valorizzazione delle istanze di risocializzazione comporterebbe, al contrario, la rivalutazione del percorso seguito e dei risultati ottenuti

¹⁸⁰ Non sarebbe infatti da sottovalutare, in questo senso, il fatto che, oltre a non trovare tale disciplina eguali in alcun altro ordinamento europeo, parlare di ergastolo ostativo significa entrare in un terreno piuttosto spinoso in ragione degli aspetti politici che esso coinvolge, tanto che le Corti italiane mai lo avevano messo in discussione prima, eppure, si è detto, qui «*la Corte di Strasburgo è pronta a fare la Corte (davvero) europea dei diritti dell'uomo*» e quindi non può non evidenziare le criticità legate all'art. 4 bis o.p. GALLIANI D., PUGIOTTO A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in DOLCINI E., FASSONE E., GALLIANI D., DE ALBUQUERQUE P.P., PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza*, cit., 160.

¹⁸¹ In relazione al quale afferma, innanzitutto: «*Si le châtement demeure l'un des objectifs de la détention, les politiques pénales européennes mettent désormais l'accent sur l'objectif de resocialisation poursuivi par la détention, y compris dans le cas de détenus condamnés à la perpétuité*», per aggiungere poco dopo: «*La fonction de resocialisation vise, en dernier ressort, à empêcher la récidive et à protéger la société*».

¹⁸² Oltre ai motivi esaminati dalla Corte, infatti, il ricorrente lamentava anche la violazione degli artt. 5, co 4 e 6, co 2 CEDU, con riferimento, per il primo, all'impossibilità di ottenere la revisione della propria situazione, intesa come rivalutazione del persistere dei motivi sottesi alla scelta di punire e, per il secondo, al diritto al silenzio come corollario della presunzione di innocenza, il quale si ritiene violato nel momento in cui si ricollegano alla scelta del condannato di non collaborare effetti pregiudizievoli. In questo caso i giudici di Strasburgo non motivano la loro decisione di non approfondire questi temi ma si tratta comunque di questioni, soprattutto per quanto concerne la seconda, che torneranno ad essere esaminate dalla Corte Costituzionale italiana sia con la sent. n. 253 del 2019, che con l'ordinanza n. 97 del 2021.

in modo sia da stimolare il condannato alla partecipazione a tale opera sia da garantirgli l'eventualità di una sua futura liberazione. Calando poi un assunto così generale nell'ambito dell'art. 4 *bis* o.p., è facile notare l'esistenza di un'ulteriore presunzione *iuris et de iure* da scalfire, la quale si affianca quindi all'idea dell'impossibilità del recupero da parte dei detenuti più pericolosi, ossia quella secondo cui alla mancata collaborazione corrisponderebbe una risocializzazione ancora non ottenuta in quanto, seppur certamente necessario il distacco dal contesto mafioso di appartenenza, «*cette rupture peut s'exprimer autrement que par la collaboration avec la justice*», tenendo conto, in particolar modo, che ben altre potrebbero essere le ragioni sottostanti a tale scelta del detenuto tra cui, come evidenzia nel suo intervento l'associazione fiorentina *L'altro diritto onlus*, il timore che le proprie azioni si ripercuotano su di sé o sulle persone a sé vicine. A conclusione della propria statuizione, quindi, la Corte si sofferma sull'opportunità che l'ordinamento italiano e, di preferenza, il legislatore, si occupi delle incongruenze da essa poste in luce, assicurando al detenuto un trattamento individualizzato e la possibilità di riesame della pena. Si tratterebbe, dunque, di un problema strutturale dell'ordinamento interno eppure, si è notato, quella in questione non potrebbe dirsi una cd. “sentenza pilota”¹⁸³ in quanto, eccezion fatta per l'individuazione dell'organo ritenuto più idoneo, la Corte preferisce non indicare quali specifici mezzi debbano essere impiegati per superare il dissidio, forse confidando proprio nell'attivazione spontanea dell'ordinamento italiano,¹⁸⁴ al quale si lascia così maggior spazio di movimento in un settore tanto delicato quale quella del contrasto alla criminalità organizzata.

3.3 Il “diritto alla speranza”

¹⁸³ Intese come quelle sentenze in cui, discostandosi dal generale modo di operare della Corte in cui, una volta emessa la condanna nei confronti di una delle Alte Parti Contraenti, pur sotto il controllo del Comitato dei Ministri, starebbe a questa stabilire le modalità per adeguarvisi, è la Corte stessa che, «*per prevenire il rischio di ulteriori violazioni seriali*», ritiene opportuno individuare gli specifici comportamenti che lo Stato è chiamato a porre in essere per ristabilire la conformità al dettato convenzionale. KOSTORIS R.E., *Manuale*, cit., 68 ss.

¹⁸⁴ NICOLÒ G., *L'ergastolo “ostativo”*, cit., 10. L'Autrice mette in luce come sia possibile approdare a tale conclusione anche considerando il fatto che, seppur opposta alla presente statuizione, la giurisprudenza italiana sul punto non potrebbe, a detta della stessa Corte EDU, dirsi consolidata, constando di fatto della sola Corte Cost., sent. n. 135 del 2003, motivo per cui si sarebbe infatti anche scelto di rigettare la richiesta del Governo di devolvere l'esame della questione alla Grande Camera.

Uno degli aspetti che la dottrina tende a mettere maggiormente in evidenza nel confrontarsi con la giurisprudenza recentemente maturata in seno alla Corte EDU a proposito della perpetuità della pena è dato dalla circostanza di aver offerto al concetto di speranza, per la prima volta, un ruolo inedito, quale quello di diritto.¹⁸⁵ Principale punto di emersione risulta, in questo senso, l'opinione concordante allegata dalla giudice Power-Forde alla sentenza Vinter del 2013 la quale, ponendosi a conclusione di una pronuncia che già aveva fatto ricorso al termine per circa venti volte, sintetizza questa nuova sensibilità parlando di «*what might be described as “the right to hope”*». Si tratta, a ben vedere, di una scelta che porta con sé una grande valorizzazione delle ragioni dell'individuo, soprattutto se si considera, al contrario, che, tenendo fede alle generali categorie del diritto, la speranza si avvicina, nei fatti, più che all'idea di un'autonoma posizione giuridica soggettiva meritevole di specifica tutela, alla nettamente distinta categoria dell'aspettativa, sia essa di fatto e non legata, quindi, ad alcuna garanzia apposta dall'ordinamento o di diritto, alla quale comunque spetta una protezione solo marginale.¹⁸⁶ Di conseguenza, è principalmente al mondo extragiuridico che sembra appartenere un concetto così effimero quale quello di speranza, eppure esso assume, nell'ambito del riconoscimento della dignità umana, il carattere di «*an important and constitutive aspect of the human person*»,¹⁸⁷ potendo così fondare oggetto di autonome pretese da parte del detenuto, nello specifico legate alla possibilità, sia, su base di una verifica giudiziale ed oggettiva, di accedere alla liberazione una volta compiuto il proprio percorso di risocializzazione, sia di avere, sin dal momento della comminazione della pena, gli strumenti idonei per poter mirare a tale obiettivo.

Ciò non significa, comunque, che non vi sia stato, in passato, il tentativo di dare risalto a tale valore, soprattutto nell'ambito dell'esecuzione penale e, anzi, esaminando la letteratura in materia, non appare raro riscontrare l'utilizzo del termine speranza in più di una riflessione, oltre che in strumenti di *soft law*, tanto che sembra possibile leggere

¹⁸⁵ Non pochi risultano infatti gli autori che, in omaggio a questa apertura della Corte, scelgono di inserire il riferimento al diritto alla speranza già nei titoli dei propri contributi, in questo senso è infatti utile nominare DOLCINI E., FASSONE E., GALLIANI D., DE ALBUQUERQUE P.P., PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza*, cit. e, similmente, DOLCINI E., FIORENTIN F., GALLIANI D., MAGI R., PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza davanti alle corti, ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020.

¹⁸⁶ CHECCHINI A., AMADIO G., *Lezioni di diritto privato*, Torino, 2020, 45.

¹⁸⁷ Espressione sempre scaturente dalla riflessione della giudice Power-Forde del 2013.

in questi delle spie dell'evoluzione successiva. Così, per citare uno tra i contributi più risalenti, già nella sua opera del 1956, il Perucatti non solo riprende le parole del Settembrini, tanto illuminanti quanto taglienti nell'affermare, a critica dei sostenitori della pena perpetua «*voi togliete all'uomo [...] la speranza consolatrice: uccidetelo piuttosto, ma non gli lasciate la vita senza speranza [...] perché lo irriterete di più, lo renderete più feroce di belva e più "malvagio"*»,¹⁸⁸ ma sviluppa anche una personale riflessione sul tema. Stando all'Autore, infatti, il senso più profondo della speranza si coglierebbe nel suo assumere il carattere di antidoto alle «*più intime e catastrofiche conseguenze dello stesso male commesso*», che egli individua nella disperazione, nell'alienazione per arrivare infine al suicidio.¹⁸⁹ Se qui le critiche si rivolgevano all'istituto dell'ergastolo quando ancora unico modo di porvi fine era dato da provvedimenti esecutivi discrezionali, non molto diverse sono le parole che, nel 1992, usa il Ferrajoli¹⁹⁰ per definire la stessa pena, pur una volta associata la possibilità di accedere alla liberazione condizionale: a detta dell'Autore, essa consisterebbe comunque in «*una privazione di vita, e non solo di libertà: una privazione di futuro, un'uccisione della speranza*». Volendo guardare, invece, alle fonti più vicine alla sentenza Vinter, alcune delle quali per di più citate dalla stessa, dalle quali emerge la necessità di avvalorare il concetto di speranza, diviene necessario evocare, da un lato, la Raccomandazione 2003(22) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e, dall'altro, l'opinione espressa nel Regno Unito dal *Lord Justice Laws* a proposito del caso Wellington,¹⁹¹ concernente un cittadino inglese per il quale era stata chiesta l'extradizione negli Stati Uniti, dove avrebbe incorso il rischio di una condanna all'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale. Con riferimento alla prima, interessa qui soprattutto il memorandum esplicativo che la accompagna e in cui si legge che «*Life-sentence prisoners should not be deprived of the hope to be granted release*», statuizione che trova giustificazione, nelle parole dei ministri, sia nella constatazione che non vi è motivo di ritenere che un soggetto pericoloso rimanga necessariamente tale per tutta la propria vita, sia nel fatto che l'assenza, oltre che di un fine, anche di una fine della pena, non solo non incentiva il detenuto a collaborare nel percorso rieducativo, ma

¹⁸⁸ PERUCATTI E., *Perché la pena dell'erg.*, cit., 13.

¹⁸⁹ PERUCATTI E., *Perché la pena dell'erg.*, cit., 346.

¹⁹⁰ FERRAJOLI L., *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Del. e pene*, 1992, 2, 80.

¹⁹¹ *House of Lords*, sent. del 2008, Wellington.

anzi lo indirizza piuttosto ad un «*disruptive behaviour*». Prendendo invece in considerazione le parole del giudice Laws, queste si concentrano sul rapporto tra la sanzione dell'ergastolo e la pena di morte, affermando «*a prisoner's incarceration without hope of release is in many respects in like case to a sentence of death*» e riscontrando proprio nelle ragioni che storicamente hanno determinato l'abolizione della seconda la base per la critica della prima, si arriva a dire che la valorizzazione del concetto di speranza si risolverebbe nella statuizione per cui «*the life of every person, however depraved, has an inalienable value*».¹⁹² Ancora, sempre nella posizione di interessati a celebrare il valore della speranza anticipando la posizione di Power-Forde, si pongono anche i giudici Garlicki, David Thór Björgvinsson e Nicolau nella loro opinione dissenziente relativa alla sentenza Vinter così come esaminata dalla IV sezione della Corte in quanto essi concludono la propria disamina statuendo che il portato dell'art. 3 CEDU non si limiterebbe ad imporre la liberazione del cittadino lì dove il suo mantenimento in detenzione non possa più dirsi giustificato, ma consisterebbe, più propriamente, nell'evitare quel sistema che, nel non permettere al detenuto di progettare il proprio ritorno in una società di cui è pronto a rispettare i beni giuridici protetti, «*consists [...] of depriving him of any hope for the future, however tenuous that hope may be*». Si deduce quindi da ciò il motivo per cui non sarebbe tollerabile non prevedere in via generale un percorso giudiziale di revisione della pena inflitta per dare spazio ai meriti acquisiti dal soggetto con la risocializzazione.

A ben vedere, comunque, a cogliere il nesso tra il valore della speranza e il mondo del diritto non sarebbero state, per prime, queste più o meno recenti riflessioni ma esso sarebbe stato posto in luce, tutto al contrario, già nella cultura bassomedievale, di cui sarebbe testimone, stando alla ricostruzione di Mauro Palma,¹⁹³ la rappresentazione della Speranza realizzata da Giotto all'interno della Cappella degli

¹⁹² Per lo meno sarebbe questa, a detta dell'Autore, la premessa comune alle numerose giustificazioni utilizzate dai diversi autori nel corso del tempo mentre, come si riporta nella sentenza Vinter, di diversa opinione si erano mostrati, sempre con riferimento al caso Wellington, i giudici Brown, Hale e Hoffmann secondo cui, in maniera molto più pragmatica, dietro la decisione di abolire la pena di morte vi sarebbe stata la mera constatazione della sua irreversibilità, oltre che della conseguente mancanza di deterrenza. Ecco allora che, a detta di questi ultimi, nessuna conseguenza si sarebbe potuta trarre dal divieto di pene capitali e nessuna specifica tutela si sarebbe potuta associare alla speranza del detenuto.

¹⁹³ PALMA M., *Prefazione* a DOLCINI E., FASSONE E., GALLIANI D., DE ALBUQUERQUE P.P., PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza*, cit., XI ss.

Scrovegni, specificamente nell'ambito della raffigurazione dei Vizi e delle Virtù. In questo contesto, infatti, essa non rimane nell'alveo, più circoscritto, delle virtù teologali, il cui oggetto non è che Dio, al punto da limitarla a espressione dell'attaccamento dell'uomo nei confronti della divina provvidenza¹⁹⁴ per definire il quale, si dice, sarebbe sufficiente già la fede ma richiama invece, in qualità di *trait d'union* tra cielo e terra, la vicina virtù della Giustizia. È infatti ai piedi di questa che si colloca una figura speculare alla descritta virtù cardinale, costituita da quell'angelo che, sotto le direttive della figura soprastante, si occupa di premiare chi lo meriti: si tratta invero, in entrambi i casi, di donne poste in diagonale, con lo sguardo rivolto verso l'alto o, si potrebbe dire, in direzione futura, e i piedi ben assestati al suolo. Insomma, ciò che l'artista vuole comunicare sembra essere proprio l'intima connessione tra la giustizia e la speranza, di modo che ogni uomo possa ancorare la stabilità del proprio vivere non solo ad un futuro sovranaturale ma anche ad una concretezza più immediata e di stampo terreno.

Al termine di un percorso di emersione tanto lungo si pone, quindi, proprio la Corte EDU del 2013, la quale ricollega la speranza alla possibilità dell'uomo di riscattarsi per gli errori commessi, partendo dal presupposto che è pena degradante e, quindi, contraria all'art. 3 CEDU, quella che trascura la dignità umana e non tiene conto del fatto che *«those who commit the most abhorrent and egregious of acts and who inflict untold suffering upon others, nevertheless retain their fundamental humanity and carry within themselves the capacity to change. Long and deserved though their prison sentences may be, they retain the right to hope that, someday, they may have atoned for the wrongs which they have committed»*.¹⁹⁵

¹⁹⁴ LONARDO A., *Fede, speranza, carità: le tre virtù teologali nell'opera di Raffaello Sanzio ai Musei Vaticani*, in *Gli scritti, centro culturale*, 2012.

¹⁹⁵ Si tratta, ancora una volta, delle considerazioni espresse dalla giudice Power-Forde nella sentenza del 2013, le quali vengono poi approfondite dalla posizione assunta dal giudice De Albuquerque nella sua opinione allegata alla sentenza sul caso Öcalan c. Turchia, in cui egli arriva a citare l'Alighieri scrivendo: *«Prisons should not be like the gates of Hell, where the words of Dante come true: Lasciate ogni speranza, voi ch'intrate»*.

CAPITOLO SECONDO

IL *PROPRIUM* DELL'ERGASTOLO OSTATIVO: IL TRATTAMENTO DEL NON COLLABORANTE

1. Le ragioni storiche dell'introduzione dell'art. 4 *bis* o.p.: la legislazione d'emergenza

Giunti a questo punto della disamina del tema dell'ergastolo "ostativo", per poterne pienamente comprendere tanto la struttura quanto gli aspetti più critici risulta imprescindibile svolgere un'analisi storica delle particolari ragioni che hanno portato alla sua introduzione, soprattutto all'interno di un clima che, come si è visto in precedenza, sembrava guardare verso tutt'altra direzione, tanto da privilegiare le istanze di valorizzazione dell'individuo e l'intento di risocializzazione di ogni detenuto.¹⁹⁶ Per quanto in forma piuttosto celere, infatti, la stessa ordinanza n. 97 del 2021 Corte Cost., prima di analizzare l'art. 4 *bis* o.p., non manca di collocarlo temporalmente in quanto sorto «*all'indomani delle stragi di mafia dei primi anni Novanta del secolo scorso*» e, similmente, la stessa Corte EDU aveva colto tale necessità, riferendosi infatti ad una disposizione che rimarcava avere le sue radici in «*un épisode extrêmement marquant pour l'Italie*»¹⁹⁷ e in «*une situation particulièrement critique*». Ancora, se si nota che la Consulta si era interessata dell'origine della disciplina anche con la sent. n. 253 del 2019 in cui, anzi, aveva per di più scelto di soffermarsi più approfonditamente sul confronto tra l'originario volto assunto dall'art. 4 *bis* o.p. in seguito al d.l. 152/1991 e la sua connotazione segnatamente più restrittiva di cui al successivo d.l. 306/1992, risulta innegabile l'inserimento del regime dell'ergastolo ostativo all'interno del filone di norme che, come dimostra lo stesso strumento del decreto-legge con il quale esse

¹⁹⁶ L'allusione è a quel percorso di cui si è trattato al secondo paragrafo dello scorso capitolo e che, tramite il ricorso sia allo strumento legislativo (con la l. 354/1975 e 663/1986) che a quello giurisprudenziale (soprattutto per mezzo di alcune pronunce della Consulta, tra cui la sent. n. 274 del 1983 e la sent. n. 313 del 1990) aveva ridefinito la funzione stessa della pena, nell'intento di dar vita ad un ordinamento sempre più attivo nel proteggere la libertà individuale.

¹⁹⁷ Il riferimento è, nello specifico, alla Strage di Capaci del 23 maggio 1992, così come indicato nel proprio intervento dagli accademici ed esperti riuniti sotto il coordinamento dell'Università di Milano e al quale la Corte rinvia.

vengono introdotte,¹⁹⁸ prende forma proprio in virtù delle necessità contingenti e dello «*stato d'animo*» espresso dall'opinione pubblica nello specifico contesto¹⁹⁹ e che compone, conseguentemente, quella che è stata definita la «*normativa emergenziale*», la quale porta con sé «*approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, simbolicità, caduta in termini di garanzie*».²⁰⁰ Quel che però più contraddistingue la questione che ci si appropria a considerare, ad ogni modo, è il fatto che l'ottica dell'eccezionalità abbia di fatto sempre costituito l'unico strumento approntato dal legislatore per far fronte al fenomeno mafioso, inducendolo quindi a trascurare l'effettiva complessità della tematica e a rifugiarsi, al contrario, nell'individuazione di tipi di autore verso cui scagliare la forza più puramente repressiva del diritto penale di modo da farne emergere «*l'illusione di sicurezza, che può attirare consensi dei cittadini verso lo Stato*».²⁰¹

¹⁹⁸ I quali però poi si intersecano, creando una situazione di estrema confusione per l'interprete, in una «*babele di linguaggi*» nella quale si alternano ad essi leggi (di conversione o meno) e interpretazioni, tanto costituzionali quanto di legittimità PAVARINI M., *Per aprire un dibattito su "criminalità organizzata e legislazione d'emergenza"*, in *Del. e pene*, 1992, 3, 37.

¹⁹⁹ GUAZZALOCA B., *Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992, n. 203, e 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356*, in CORSO B., INSOLERA G., STORIONI L., *Mafia e criminalità organizzata*, II, Torino, 1995, 744.

²⁰⁰ MOCCIA S., *La perenne em.*, cit., 27 Nello specifico, l'Autore sostiene la propria affermazione riferendosi alla emanazione, dal 1982 al 1995, anno in cui scrive, di più di cinquanta disposizioni normative.

²⁰¹ Si tratta, con tutta evidenza, di un'espressione paradigmatica del cd. "diritto penale simbolico in senso puro", il quale, infatti, «*rappresenta quel tipo di legislazione penale prodotta - per varie ragioni ed in vari settori - a scopo meramente placativo, per dare 'messaggi rassicuranti' sull'effettività della tutela, nella consapevolezza della sua ineffettività*» PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, 3, 891. Fortemente critico nei confronti di tale soluzione ordinamentale è MOCCIA S., *La perenne em.*, cit., 28 ss., il quale mette in evidenza come essa si scontri con uno dei cardini della teoria del diritto penale, qual è quello della sua residualità, in quanto l'ottica sanzionatoria viene utilizzata per far fronte ad un problema di ben più ampio respiro, il quale richiederebbe piuttosto un intervento di tipo extra-penale, in particolare di carattere sociale, in modo da poter agire più da vicino sulle concrete cause del fenomeno, invece che «*nella fase più acuta del conflitto*», evitando così di trasformare il diritto penale in uno «*strumento di guerra*», quale di fatto non può essere in uno stato di diritto. Ancora, simili considerazioni vengono svolte da GIARDA A., *Contro la criminalità organizzata una "glasnost" italiana*, in *Il corriere giuridico*, 1991, 10, 1062. L'Autore si sofferma qui, infatti, sull'origine stessa delle deviazioni sistemiche di natura mafiosa che egli riscontra in una «*concezione sbagliata del potere pubblico, inteso ormai come l'oggetto di un interesse personale e non come l'oggetto di un servizio a disposizione degli altri*», motivo per cui intervenire su un simile capovolgimento di prospettive esula di fatto dal semplice appellarsi alla repressione criminale e fonda invece le proprie radici su una prospettiva culturale di ben più ampie dimensioni in modo da arginare quelle situazioni nelle quali «*prevale il potere economico*

L'unico riferimento valevole in un simile quadro appare, insomma, quello per cui, di fronte alla pericolosità dell'evento, qualunque strategia di contrasto può essere accolta, anche a scapito delle garanzie che la Costituzione vorrebbe venissero offerte all'individuo, soprattutto se si considera che queste ultime vengono qui a collocarsi in una posizione antitetica rispetto alla garanzia di efficienza, ritenuta non raggiungibile se non tramite il ricorso alla deterrenza. In questi termini, dunque, sarebbe riscontrabile una sorta di *fil rouge* che, sin dalla legge Pica del 1963, prima disposizione volta ad arginare il brigantaggio e approvata a poca distanza dall'Unità d'Italia,²⁰² conduce alla legislazione dei primi anni '90, passando per l'istituzione della prima commissione antimafia nel 1962 e l'introduzione, con la l. 646/1982, della specifica fattispecie di associazione di stampo mafioso nell' art. 416 *bis* c.p.: ad accomunare i diversi interventi sarebbe infatti il concetto ossimorico di perenne emergenza, nel quale, mentre l'immutabilità si assocerebbe all'esigenza di proteggere la sopravvivenza delle istituzioni democratiche, ad essere occasionale sarebbe quella particolare sfaccettatura con cui tale necessità si affaccia nel contesto sociale nell'uno o nell'altro frangente storico.²⁰³ In ogni caso, a voler concentrare più da vicino l'attenzione sul momento nel quale la dottrina individua il concreto insorgere della cd. "legislazione emergenziale", non sembra necessario spostare il *focus* a periodi tanto distanti da quello preso qui in esame, in quanto si tratterebbe in realtà di quello appena precedente, dove infatti l'urgenza era stata identificata dall'opinione pubblica e, di conseguenza, dalla stessa autorità politica e giudiziaria nell'opposizione ai fenomeni terroristici, i quali segnano innegabilmente gli anni '70 del nostro Paese.²⁰⁴ È proprio in quest'ambito, in particolare, che vengono a delinarsi dei beni giuridici nuovi, quali l'«ordine

rispetto ai valori umani» e che per questo si mostrano capaci di ledere la stessa «sopravvivenza dello stato di diritto».

²⁰² In cui, per di più, il concetto di emergenza assumeva la connotazione dello «*stato d'assedio*», nel quale, senza allontanarsi di molto dallo Stato di Eccezione teorizzato da Schmitt (SCHMITT C., *Teologia Politica*, Monaco e Lipsia, 1922), l'accordo tra lo Stato e il popolo nella scelta di interrompere le garanzie viene raggiunto concependo tale uso di strumenti eccezionali, non solo come circoscritto a determinati soggetti in un dato contesto spazio-temporale, ma soprattutto come volto a ripristinare quelle stesse garanzie di pacifica convivenza messe in crisi dal fenomeno in questione PAVARINI M., *Per aprire un dibattito*, cit., 34.

²⁰³ ORLANDI R., *L'emergenza figlia delle garanzie? Riflessioni intorno alle norme e alle pratiche di contrasto alla mafia e al terrorismo*, in *Meridiana*, 2020, 97, 89.

²⁰⁴ STORIONI L., *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *Del. e pene*, 1992, 3, 42.

costituzionale» e l'«*ordine democratico*», a testimonianza dell'affermarsi di una tendenza alla difesa dell'unità sociale, di fronte alla quale l'intervento penale, anche lì dove autoritario o restrittivo dei diritti individuali, non solo è pacificamente ammesso, ma è per di più incentivato tramite il ricorso alla normativa di emergenza nel caso in cui quest'ultima permetta di neutralizzare l'apparentemente temporaneo pericolo. Quanto emerge, allora, è che, una volta sorte tali necessità di protezione, che ci si confronti con episodi di natura terroristica o frutto della criminalità organizzata, la tendenza del legislatore diventa univoca: l'attenzione si sposta dal singolo reato, colto nella sua specifica capacità lesiva, al fenomeno criminale più ampio e complesso che lo travalica e lo precede.²⁰⁵ Di conseguenza, all'inizio degli anni '80, una volta attenuatesi le preoccupazioni per l'emergenza terroristica con il tramontare della stagione degli "anni di piombo", non appare imprevedibile il fatto che l'ordinamento volga il proprio sguardo all'emergenza mafiosa,²⁰⁶ che solo in quel momento si comincia ad avvertire come pregnante, intersecandosi la scienza penalistica con le vicissitudini della stretta attualità; così accade nel 1982 quando, se nell'agosto l'istituzione del Tribunale delle Libertà²⁰⁷ sembrava indirizzarsi verso un maggiore garantismo, nel settembre gli omicidi La Torre e Dalla Chiesa²⁰⁸ portavano ad introdurre l'art. 416 *bis* c.p.²⁰⁹ e, similmente, nei primi anni '90 con la recrudescenza degli atti della criminalità

²⁰⁵ RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, 75.

²⁰⁶ Emblematica in questo senso appare la creazione di un'apposita collana editoriale dal titolo *La legislazione dell'emergenza*, ad opera di Giovanni Conso, di raccolta e commento delle norme periodicamente emanate in ragione delle esigenze eccezionali del momento, la quale viene pubblicata, senza soluzione di continuità, dal 1978 al 1993, passando così dal soffermarsi sulle peculiarità del fenomeno terroristico a quelle del contesto mafioso ORLANDI R., *L'emergenza figlia delle gar.*, cit., 96.

²⁰⁷ Riferimento normativo è qui la l. 532/1982.

²⁰⁸ Il primo datato 30 aprile 1982 e il secondo 3 settembre dello stesso anno.

²⁰⁹ Con il quale viene introdotta nel c.p. una fattispecie autonoma concernente le associazioni mafiose, in modo tale da ottenere il duplice obiettivo di «*rimarcare, anche simbolicamente [...] il particolare disvalore della delinquenza di stampo mafioso*» e, contemporaneamente, di superare le difficoltà probatorie che si erano riscontrate lì dove si era cercato di applicare a tali fenomeni il più generico art. 416 c.p. Ciò che accade, quindi, in questo caso, è che il legislatore tenta di costruire una descrizione il più vicina possibile alle concrete peculiarità del contesto di mafia in modo da coglierne sia quegli elementi più tecnici, connotati dalla sua interconnessione con la realtà economica, sia quegli aspetti più autoctoni, determinati dal suo ancoraggio, anche se mano a mano sempre meno evidente, al quadro storico e territoriale di origine, in modo da ovviare a tutti quei disagi interpretativi legati al doversi confrontare con una realtà non sempre nettamente identificabile dato il suo intrecciarsi anche con categorie politiche e sociologiche. FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, 19 ss.

organizzata.

1.1 Alcune spie della divaricazione trattamentale tra detenuti comuni ed esponenti della criminalità organizzata antecedenti alla legislazione degli anni '90

Pur se appare innegabile che la legislazione emergenziale antimafia abbia assunto una colorazione marcatamente restrittiva in particolar modo nell'ambito del d.l. 306/1992,²¹⁰ nel quale diventa evidente come l'espiazione della pena predisposta per il detenuto appartenente al circuito della criminalità organizzata segua regole proprie e distinte da quelle ordinarie, constando così, da un lato, nella maggiore probabilità di essere sottoposti ai programmi di sorveglianza speciale di cui all'art. 41 *bis* o.p. e dall'altro, nell'aver accesso alle generali misure trattamentali progressive e individualizzate, oltre che alla liberazione condizionale, solo una volta intrapresa la strada del «*pentitismo*» e della collaborazione con la giustizia,²¹¹ è tuttavia possibile leggere anche in alcune disposizioni antecedenti la tendenza ad un approccio diversificante tra condannati. Di fatto, già la stessa comparsa, all'interno del sistema penale italiano, con la l. 354/1975, delle misure alternative alle detenzione mette in luce, pur se non ancora interessandosi dei reati di criminalità organizzata, la palese difficoltà dell'ordinamento di abbracciare pienamente le previsioni più riformatrici, in quanto costretta dai timori suscitati dall'allarme sociale e, quindi, dalle istanze della generalprevenzione,²¹² a limitarne la portata sia introducendo una serie di reati «ostativi» alla concessione di tali strumenti,²¹³ sia ricorrendo a casi di sospensione delle garanzie individuali, come nel caso dell'art. 90 o.p., in un clima di «*reciproco condizionamento*» tra strumenti sanzionatori e obiettivi politici, tale per cui la prospettiva di un «*reale miglioramento della condizione del detenuto*» viene

²¹⁰ Per questo definito «*salto qualitativo nella politica penale verso la criminalità organizzata*». RINALDI S., *Un dibattito sulla risposta istituzionale alla criminalità organizzata*, in *Del. e pene*, 1992, 3, 93 o capovolgimento delle precedenti leggi di riforma del 1975 e del 1986 DELLA CASA F., *Recenti modificazioni*, cit., 74.

²¹¹ GUAZZALOCA B., *Profili penitenziari*, cit., 772.

²¹² BRICOLA F., *L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, 386.

²¹³ È quanto previsto dall'originaria formulazione dell'art. 47, co. 2 o.p. per i reati di rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata e sequestro di persona a scopo di estorsione.

immediatamente subordinata alla «*tendenza di politica criminale verso “leggi speciali” di carattere autoritario*».²¹⁴ In questo scenario già di per sé improntato alla differenziazione, l'emergere delle istanze di contrasto alla criminalità organizzata non può che collocarsi nel solco già tracciato dalle precedenti disposizioni a carattere restrittivo. Emblematica in questo senso è proprio la l. 646/1982, la quale sfrutta il già esistente art. 47, co. 2 o.p. per affiancare alle fattispecie precludenti la concessione di liberazione anticipata, affidamento in prova al servizio sociale e semilibertà quella di cui all'art. 416 bis c.p.²¹⁵ Ecco allora che, pur prefissandosi di seguire direttrici di stampo nettamente opposto, anche la legge Gozzini, qualche anno dopo, non va esente dall'adottare, sia pure in relazione ad ambiti piuttosto circoscritti, un'ottica trattamentale maggiormente repressiva nei confronti dei quanti siano stati condannati per reati rientranti nel fenomeno mafioso, introducendo anzi una condizione destinata ad acquisire un'estensione sempre più ampia nell'ambito della legislazione successiva, quale quella richiedente l'accertamento della insussistente «*attualità di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata*»,²¹⁶ qui necessaria per godere del regime della detenzione domiciliare.²¹⁷ Tuttavia, non sarebbe questo l'unico indizio, all'interno

²¹⁴ BRICOLA F., *Il carcere*, cit., 19 In questo senso si esprime anche PAVARINI M., *L'esecuzione della pena*, in BONAFEDE M., *Codice penale, parte generale*, III, Torino, 1984, 1107, il quale definisce la legge sull'ordinamento penitenziario «*stretta tra gli opposti intenti di sfruttare l'occasione legislativa per introdurre nel sistema nuovi elementi di politica criminale, più consoni ai tempi attuali, e di affossare definitivamente la parte più significativa della legge, relativa, appunto, alle misure alternative, attraverso l'alibi delle esigenze di ordine pubblico*».

²¹⁵ Art. 7 l. 354/1975.

²¹⁶ Formula, quella di «*criminalità organizzata*», essa stessa in sé non esente da criticità in quanto, se con l'art. 416 bis c.p., come si è detto, si era tentato di circoscrivere il concetto di associazione di stampo mafioso, una simile operazione non viene invece mai svolta con riferimento al più generale riferimento alla «*criminalità organizzata*», il quale tuttavia sconta il fatto di appartenere più che al linguaggio penalistico, a quello socio-criminologico, in cui, per di più, come si è autorevolmente notato «*mantiene un ampio alone di genericità che contrasta con quel principio di determinatezza che dovrebbe sempre informare la legislazione penale*» FIANDACA G., *Criminalità org.*, cit., 10.

²¹⁷ Disposizione per di più oggetto di riscontri critici da parte della dottrina in ragione della natura stessa della detenzione domiciliare, la quale si ritiene infatti difficilmente rispondente ai caratteri risocializzanti delle misure alternative, in relazione alle quali, anzi, la l. 663/1986 aveva preferito non distinguere tra le diverse ipotesi di reato in modo da evitare di precludere *ex ante* la riammissione in società, tanto che invece si riavvicinerebbe più propriamente a logiche di tipo «*umanitario ed assistenziale*». Proprio per questo, si è detto, appare poco comprensibile, a non volerla leggere in termini esclusivamente autoritari, la previsione di cui all'art. 47 ter, co. 2 o.p., la quale vorrebbe di fatto subordinare a necessità di ordine pubblico la concessione stessa di strumenti solidaristici. GUAZZALOCA B., *Profili penitenziari*, cit., 735.

della l. 663/1986, di una valutazione deteriore del contesto mafioso avente riflessi nell'ambito dell'esecuzione penale e destinata quindi a ripresentarsi e ad intensificarsi negli anni successivi, in quanto un simile approccio verrebbe a rilevarsi anche di fronte alla creazione di un apposito regime di sorveglianza particolare *ex art. 14 bis*, lett. c) o.p., per coloro i quali «*nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti*», nel quale è stata essenzialmente letta la tacita traduzione in termini pratici delle forme gerarchiche di matrice mafiosa in ambito carcerario, non potendosi cioè svincolare la situazione descritta normativamente dal peculiare fenomeno in questione.²¹⁸ Insomma, che ciò avvenga in maniera esplicita o meno, l'evidenza è che non appena il fenomeno della criminalità organizzata viene percepito dall'opinione come pericolo attuale e, quindi, sin dai primi anni '80, anche le stesse previsioni relative all'esecuzione penale vengono coinvolte in quella spirale di attenuazione delle garanzie costituzionali che poi si esprimerà in tutte le sue potenzialità nel decennio successivo.

1.2 Le ragioni dell'emergenza: tra la sfiducia nel garantismo delle recenti riforme e l'acuirsi del fenomeno della criminalità organizzata

Per comprendere le ragioni dell'indirizzo massimamente repressivo intrapreso dal legislatore dei primi anni '90 è necessario prendere in considerazione due fattori determinanti, i quali si affacciano contemporaneamente sullo scenario del dibattito pubblico italiano: l'inefficienza delle nuove introduzioni del settore penale ed il nuovo e più temibile volto assunto dalle mafie in quegli anni. In questo senso, rientrano nel primo profilo quell'ampia serie di critiche che, una volta rivisto l'impianto delle misure alternative alla detenzione, la legge Gozzini aveva inesorabilmente scatenato, tanto nell'ambito dell'opinione pubblica che in quello dottrinale, le quali si erano per di più intensificate con la successiva introduzione del nuovo Codice di Procedura Penale del 1989,²¹⁹ il quale, aprendo la strada ai riti alternativi e alla conseguente premialità, determinava un'importante divaricazione tra la pena astrattamente prevista e quella stabilita dal giudice, sulla quale erano poi chiamati ad influire ulteriormente gli

²¹⁸ GUAZZALOCA B., *Profili penitenziari*, cit., 738 ss.

²¹⁹ D.lgs. 271/1989

strumenti esecutivi.²²⁰ Ad ogni modo, pur se un tale atteggiamento si presta ad essere interpretato come sintomo di quell'opinione pubblica che, tenendo ad «"appassionarsi" alle sorti del condannato e alla sua punizione [...] finisce per identificarsi con l'opinione dei media e il loro allarmismo pagante»,²²¹ in questo caso non sembra sufficiente liquidare la tematica in virtù di questa sola constatazione, soprattutto se si nota, al contrario, come negli anni successivi al 1986 si fossero affermate una serie di interpretazioni del disposto normativo di fatto poco in linea con i concetti di premialità e rieducazione e più vicine, all'opposto, alla concessione arbitraria delle misure alternative.²²² Tra queste spicca sicuramente quella legata ai casi di applicabilità dell'affidamento in prova per cui, infatti, di fronte alla subordinazione della misura, da parte dell'art. 47, co. 1 o.p., a pene non superiori a tre anni, tale termine veniva letto dalla giurisprudenza di legittimità in relazione non tanto al periodo già previsto dalla sentenza di condanna bensì guardando a quello residuante una volta avanzata la richiesta di concessione del beneficio,²²³ di modo che anche uno strumento spiccatamente permissivo quale quello in questione si apriva a situazioni potenzialmente pericolose, senza che venisse a frapporsi alcun limite alla discrezionalità del magistrato di sorveglianza.²²⁴ Criticità analoghe erano poi sorte in riferimento alla vaghezza del mero requisito di una «regolare condotta» da parte dell'art. 30 *ter* o.p. per il godimento del permesso premio, soprattutto di fronte a quei fatti di cronaca, denunciati dalla stessa Relazione Inaugurale sull'Amministrazione della Giustizia nel

²²⁰ DELLA CASA F., *Recenti modificazioni*, cit., 81 Secondo l'Autore, infatti, una volta introdotti, sia pur per esigenze deflative legate all'efficienza processuale, riti distinti da quelli ordinari alla cui scelta si connette una riduzione in termini sanzionatori, si comincia ad avvertire una «non indolore rinuncia alla proporzionalità che, nella commisurazione della pena, deve sussistere tra il reato commesso e la sanzione inflitta», motivo per cui le ulteriori forme di premialità offerte al condannato vengono lette come «un qualcosa "di troppo"».

²²¹ PALAZZO F., *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014.

²²² Si noti, comunque, che non tutta la dottrina si mostra concorde nel rilevare la fragilità della riforma del 1986 come causa dei successivi risvolti repressivi delle norme sull'esecuzione penale, affermando anzi che «i meccanismi premiali [...] avevano dato ottima prova di sé», al punto quindi da riscontrare nella simbolicità come risposta all'allarme sociale l'unico vero motivo del cambio di prospettiva da parte del legislatore BERNASCONI A., *La collaborazione*, cit., 116.

²²³ Interpretazione su cui interverrà, in forma autentica, la l. 356/1992 privilegiando la prima delle due alternative.

²²⁴ GUAZZALOCA B., *Profili penitenziari*, cit., 742.

1990,²²⁵ di condannati per gravi delitti che avevano usufruito della misura per dedicarsi alla commissione di altri delitti o alla fuga, indicando in questo senso una evidente distanza tra la loro posizione e l'obiettivo della risocializzazione così come, più semplicemente, la non pericolosità.²²⁶ In ogni caso, è chiaro che, sempre proseguendo nell'analisi della relazione, non era certo verso la preclusione piena dei benefici nei confronti di determinati autori di reato che sembrava orientarsi il mondo del diritto, il quale ipotizzava, al contrario, un'intensificazione degli strumenti rieducativi da offrire al detenuto; tuttavia è anche vero che le recrudescenze mafiose spingeranno il legislatore in una direzione completamente antitetica. È in questi stessi anni, infatti, che il settore della criminalità organizzata risulta ormai giunto all'apice di quel percorso che, iniziato con l'abbandono delle campagne già tra gli anni '50 e '60 lo portava a perdere definitivamente i caratteri di «ordinario fenomeno endemico» che erano stati letti in termini quasi «rassicuranti» dalla maggior parte della società italiana.²²⁷ Se, infatti, già negli anni '60 le mafie del Sud Italia sembravano pronte ad intensificare le proprie aree di influenza, dal contrabbando dei tabacchi sino ad un primo contatto con il mondo finanziario internazionale, un salto di qualità si era registrato nel decennio successivo in cui, con l'acquisizione del controllo di una parte non indifferente del traffico globale di armi e droga e con la diffusione anche in altre regioni del paese, si attestavano quali «vere e proprie potenze economiche», capaci così di influenzare gli andamenti tanto della società quanto della politica.²²⁸ A questo punto, l'attività della criminalità organizzata, così come delineatasi negli anni '70, non aveva accennato a ridurre il proprio impatto negli anni successivi, tanto che Rosario Mangiameli iniziava un suo saggio del 1992 proprio scrivendo: «È ormai più di un ventennio che l'«emergenza» mafiosa funesta il nostro Paese e non accenna a finire»,²²⁹ a dimostrazione della sempre maggiore attenzione, anche da parte di storici e sociologi, per il fenomeno. A questo va poi aggiunto, negli stessi anni '90, il diffondersi di una

²²⁵ SGROI V., *Relazione sull'Amministrazione della Giustizia nell'anno 1990*, Roma, 1991, 23.

²²⁶ Descritte nell'ambito della relazione scrivendo: «Inquietanti vicende, che hanno avuto per protagonisti condannati per gravi delitti in permesso, hanno allarmato gran parte dell'opinione pubblica, cui in regime democratico va presta to un doveroso ascolto».

²²⁷ DELLA CASA F., *Recenti modificazioni*, cit., 83.

²²⁸ MOCCIA S., *La perenne em.*, cit., 30 ss.

²²⁹ MANGIAMELI R., *Mafia, politica, stato. A proposito di due libri recenti*, in *Meridiana*, 1992, 15, 249.

maggior conoscenza della stessa realtà della criminalità mafiosa, sia tramite le vicende giudiziarie del cd. “maxiprocesso”,²³⁰ con cui viene infatti accertata la «*struttura unitaria e verticistica*» di “Cosa nostra”, sulla quale la dottrina non si era precedentemente mostrata di segno univoco,²³¹ sia attraverso gli episodi di pentitismo, tramite i quali vengono alla luce gli aspetti strutturali e gerarchici sottesi ad una realtà che solo così esce «*dalle nebbie del mito per acquistare contorni più realistici*».²³² Effettivamente, è proprio a quest’ultimo fenomeno che risulta necessario guardare lì dove si vogliono davvero comprendere le ragioni sottostanti le scelte operate con il d.l. 306/1992, il quale infatti fonda proprio sull’istituto della collaborazione con la giustizia il proprio tratto distintivo, divenendo essa l’unico elemento cui guardare per stabilire l’opportunità o meno dell’accesso del detenuto al programma trattamentale rieducativo, di modo che risulta evidente come a giocare un ruolo importante in tale previsione sia proprio l’intento di trasformare il sistema penitenziario, per esigenze strettamente connesse alla politica criminale, in uno «*strumento di orientamento [...] verso scelte di collaborazione con la giustizia*».²³³

1.3 L’art. 4 bis o.p. tra il 1991 e il 1992 e la sua definitiva consacrazione da parte della Consulta nel 1993

Prendere in considerazione la legislazione dei primi anni ‘90 in tema di criminalità organizzata significa adottare un’ottica completamente antitetica rispetto a quella che si è impiegata confrontandosi con la legge Gozzini: se in quel caso, infatti, l’approccio riformatore aveva seguito una riflessione articolata proveniente innanzitutto dall’ambito dottrinale, oltre che dal dibattito parlamentare e sociale in materia, in questo caso l’introduzione di nuove leggi e, soprattutto, di decreti-legge, segue la scia dell’emotività momentanea, giungendo quindi «*ex abrupto, sotto la spinta degli*

²³⁰ Così definendosi quella vicenda giudiziale che interessa 475 imputati appartenenti a Cosa Nostra tra il 1986, data dell’avvio del processo di primo grado, e il 1992, anno in cui si arriva a Cass. Pen., I sez., sent. del 1992, Abbate e altri, la quale conferma quanto già stabilito nei gradi precedenti.

²³¹ FIANDACA G., DI CHIARA G., nota a Cass. Pen., I sez., sent. del 1992, Abbate e altri, in *Il foro italiano*, 1993, I, 16.

²³² MANGIAMELI R., *Mafia, politica, stato*, cit., 249.

²³³ GREVI V., *L’ordinamento penit.*, cit., 14.

avvenimenti»,²³⁴ in risposta alla crescente «*rabbia sociale*».²³⁵ In questo senso, ad essere coinvolto in questa tendenza non è il solo ambito dell'esecuzione penale in quanto è, anzi, l'intero settore processuale a conoscere, a pochi anni dall'entrata in vigore del codice, un percorso involutivo nel quale comunque affiorano tematiche molto simili a quelle che si conoscono in materia di trattamento penitenziario, dalla presunzione di pericolosità del tipo di autore alla strumentalizzazione degli istituti per carpire informazioni dal soggetto, in questo caso indagato o imputato, oltre che al coinvolgimento improprio dell'opinione pubblica. Sui primi due versanti si situa, in particolare, la deviazione dalle ordinarie previsioni in materia di custodia cautelare che coinvolge, da un lato, la scelta normativa di derogare al suo ruolo di *extrema ratio* di fronte ad un certo numero di reati, tra cui non manca quello di associazione di stampo mafioso, prevedendone, salva la dimostrazione dell'insussistenza delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p., l'automatica applicazione lì dove emergano gravi indizi di colpevolezza²³⁶ e, dall'altro, la tendenza, ad opera dei giudici, a riconoscere nel rifiuto dell'indagato di confessare o di effettuare chiamate in correità un sintomo della necessità di applicazione della misura, in modo da ottenere in via indiretta un mezzo di coercizione delle dichiarazioni del detenuto.²³⁷ A sommarsi a simili fenomeni vi sarebbe poi la nuova dimensione assunta dal processo, la quale viene a caratterizzarsi in termini massmediali, tali per cui, una volta raggiunta la massima pubblicizzazione dell'avviso di garanzia, questo è letto dall'opinione pubblica come atto definitivo, specie in ragione delle esigenze di rapidità che si associano alla diffusione delle notizie.²³⁸

È partendo da queste basi, allora, che appare necessario confrontarsi con quella legislazione caotica che, partendo dal d.l. 55/1990, il quale restringe ad una serie di detenuti l'accesso ai permessi premio di cui all'art. 30 *ter* o.p. nel caso in cui non vengano acquisiti nei loro confronti «*elementi tali da escludere la attualità di collegamenti con la criminalità organizzata*»,²³⁹ sfocia nel d.l. 306/1992, concentrandosi, nello specifico, nell'art. 4 *bis* o.p. la portata più incisiva della riforma. È

²³⁴ DELLA CASA F., *Recenti modificazioni*, cit., 74 ss.

²³⁵ GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Del. e pene*, 1992, 3, 132.

²³⁶ Art. 5 l. 203/1991.

²³⁷ MOCCIA S., *La perenne em.*, cit., 91.

²³⁸ MOCCIA S., *La perenne em.*, cit., 97.

²³⁹ Art. 13 d.l. 55/1990.

proprio in relazione a questa norma, infatti, che è possibile constatare «*il più evidente stravolgimento della disciplina penitenziaria “ordinaria”, così come connotatasi successivamente alla riforma operata dalla cosiddetta “legge Gozzini”*»,²⁴⁰ la quale si manifesta, già nella prima versione di cui al d.l. 152/1991, sotto due diverse, per quanto indissolubilmente intrecciate, prospettive: la previsione, per un dettagliato elenco di reati, di requisiti ulteriori per l'accesso al normale trattamento penitenziario rispetto a quanto accade nella generalità dei casi, per di più tardandone il momento di possibile fruizione e, d'altra parte, la richiesta della dimostrazione positiva della concreta assenza di legami da parte del detenuto con gli ambienti della criminalità organizzata. Sotto il primo profilo, le misure alle quali si fa riferimento nel 1991, eccezion fatta per la liberazione anticipata *ex art. 54 o.p.*, espressamente esclusa dall'elenco solo con la l. 356/1992, non sono destinate a mutare nemmeno con le innovazioni di cui all'anno successivo, trattandosi, nello specifico, dell'assegnazione al lavoro all'esterno *ex art. 21 o.p.*, dei permessi premio (confermando cioè quanto previsto con la l. 55/1990), di tutte le misure alternative alla detenzione di cui al IV comma *o.p.* e, integrando la lettura con il rimando all'art. 2 dello stesso decreto, della liberazione condizionale *ex art. 176 c.p.*, la quale, in questa occasione, fa quindi la sua prima comparsa all'interno delle disposizioni sulle quali può incidere la presunzione di pericolosità dell'individuo. Diverso è invece il secondo ambito di indagine in quanto esso si presenta in maniera distinta a seconda che ci si riferisca a reati più o meno gravi, definiti quindi rispettivamente di “prima” o di “seconda” fascia, rientrando, almeno stando alla prima indicazione di cui al d.l. 152/1991, tra i primi quelli commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale o, ancora, avvalendosi delle condizioni di cui all'art 416 *bis* c.p. o al fine di agevolare le associazioni di tipo mafioso, oltre a quelli di cui agli artt. 416 *bis* c.p., 630 c.p. e 74 T.U. legge stupefacenti²⁴¹ mentre, nei secondi, l'omicidio volontario (art. 575 c.p.), la rapina aggravata (art. 628, co. 3 c.p.), l'estorsione aggravata (art. 629, co. 2 c.p.), così come la produzione e il traffico illecito di quantità ingenti di sostanze stupefacenti (artt. 73 e 80 T.U. legge stupefacenti). Al di là di una prima evidente constatazione critica relativa all'aver ricompreso all'interno di una norma che si proclama di contrasto al fenomeno della criminalità organizzata

²⁴⁰ GUAZZALOCA B., *Profili penit.*, cit., 746.

²⁴¹ L. 309/1990.

ipotesi di reato di per sé completamente estranee al contesto in esame, motivo per cui si è letta in questa scelta la volontà del legislatore di mostrare ad un'opinione pubblica sempre più coinvolta ed allarmata, il protendersi dell'ordinamento verso una tutela ad ampio raggio, pronta quindi a ricomprendere situazioni anche solo marginalmente a rischio, la distinzione tra le due aree viene a coinvolgere il contenuto stesso della prova richiesta nei due casi.²⁴² Se di fronte alle situazioni di minor pericolo, infatti, il punto di partenza è comunque dato dalla presunzione di assenza di collegamenti con le organizzazioni mafiose, motivo per cui le misure in oggetto verrebbero a non essere concesse nel solo caso in cui si venissero a riscontrare elementi implicanti la sussistenza dell'adesione del soggetto ad esse, la prova assume tutt'altra portata di fronte ai delitti di "prima fascia", tanto da pretendersi qui, in termini completamente antitetici, la dimostrazione positiva dell'allontanamento del detenuto dagli ambienti di appartenenza, definita, in ragione della sua complessità, *«probatio diabolica»*, dovendosi poi aggiungere a ciò la previsione per cui, di fronte al suo mancato raggiungimento, come conferma la stessa Corte di Cassazione, diviene del tutto infruttuoso qualunque progresso compiuto dal detenuto durante la propria permanenza in carcere.²⁴³ A ben vedere, infatti, era stata proprio l'asserita impraticabilità di una simile attestazione che aveva visto la Commissione Affari Esteri della Camera dei Deputati, in sede di conversione parlamentare di una delle precedenti versioni del d.l. 152/1991,²⁴⁴ esprimersi in questi termini nel rifiutare la proposta, ritenendo invece conforme alle garanzie che devono reggere il sistema penale nel suo complesso prevedere in alternativa la prova *«effettiva di mancanza di elementi idonei a far presumere che esistano collegamenti attuali con le criminalità organizzata o eversiva»*, ossia quella stessa dimostrazione che viene invece circoscritta al solo caso dei reati di "seconda fascia". Come si è visto, comunque, non è stata poi questa la direzione seguita dal legislatore, tanto che si giunge infine proprio ad introdurre come necessario l'accertamento del fatto negativo dato dall'assenza di legami giudicati pericolosi, alla

²⁴² GUAZZALOCA B., *Profili penit.*, cit., 749.

²⁴³ Cass. Pen., I sez., sent. n. 4822 del 1991.

²⁴⁴ Si allude qui al d.l. 5/1991, seconda delle quattro versioni di decreto-legge relative al contrasto alla criminalità organizzata che verranno proposte nel giro di poco tempo al Parlamento, recando per di più tra loro modifiche pressoché esigue le une alle altre (completano l'elenco, infatti, oltre al d.l. 152/1991, poi effettivamente convertito, il d.l. 324/1990 e il d.l. 76/1991).

quale si oppone innanzitutto la dottrina, per di più ponendo in luce come a rendere ulteriormente complessa la previsione sia la scelta stessa, di cui al comma 2 dell'art. 4 *bis* o.p., del soggetto dal quale devono pervenire le «*dettagliate informazioni*» capaci di dare atto della ammissibilità del condannato al programma trattamentale, ossia il Comitato Provinciale per l'Ordine e la Sicurezza,²⁴⁵ giudicato «*organo che, per essere deputato alla difesa sociale, naturalmente è portato a considerare pericoloso qualunque condannato per grave delitto*».²⁴⁶ L'evoluzione normativa in materia seguirà un percorso ben distinto rispetto a tali pretese, trasformando infatti quella che poteva essere una, seppur difficilmente, superabile presunzione di pericolosità, in una preclusione assoluta, sfruttando nello specifico un meccanismo che già era entrato all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario con il d.l. 152/1991 e del quale però solo nel 1992 vengono colte tutte le potenzialità in termini di strumentalizzazione, ossia quello che viene definito il «*doppio binario*»²⁴⁷ tra collaboratore e detenuto reticente. In questo senso, infatti, l'art. 58 *ter* o.p., introdotto inizialmente nella veste

²⁴⁵ Costituito in quel momento, ex art. 20, co. 2 l. 125/1981, dal prefetto, in qualità di presidente, accanto al questore, ai comandanti provinciali dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di finanza e, in via eventuale, così come disposto dall'art 4 *bis*, co. 2 o.p., al direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto. Si tenga comunque presente che viene stabilito, al comma 2 dell'art. 4 *bis* o.p. un termine di trenta giorni perché tale organo possa esprimersi (salvo ulteriore proroga ex art. 4 *bis* o.p. per «*particolari esigenze di sicurezza*» o lì dove «*i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali*»), ricadendo altrimenti la decisione sulla pericolosità in capo allo stesso tribunale di sorveglianza, al quale viene quindi attribuito un ampio margine di discrezionalità in materia.

²⁴⁶ IOVINO F.P.C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 2, 440. In un'ottica molto simile si colloca anche la posizione del Tribunale di Sorveglianza di Campobasso, espressa nell'ordinanza di rimessione alla Corte Cost. n. 309 del 1992, in occasione della quale aveva espresso i propri dubbi sulla legittimità dell'art. 4 *bis* o.p. giudicando irragionevole una richiesta di prova diversa da quella di sussistenza di elementi positivi a proposito dei legami del condannato con la criminalità organizzata e definendo così le pretese del d.l. 152/1991 un «*mero inceppo nel meccanismo processuale*», dal quale scaturirebbe infatti una vera e propria prova legale, limitante la capacità discrezionale del magistrato di sorveglianza, per di più dipendendo da una presunzione di pericolosità sociale «*assolutamente arbitraria, non costruita sulla base dell'id quod plerumque accidit, fondata su di una qualificazione sistematica di dubbia razionalità*», capace però di ledere i principi costituzionali di difesa e di rieducazione del condannato. Ancora più critico si rivela poi MOSCONI G., *La controriforma carceraria*, in *Del. e pene*, 1991, 3, 146, il quale si riferisce alla previsione di una dimostrazione negativa in termini di «*consapevole scelta di utilizzare strumentalmente l'oggetto della prova al fine di escludere definitivamente determinate categorie di condannati dalla fruizione dei benefici, abbandonando così nei loro confronti [...] l'idea del trattamento e della risocializzazione*».

²⁴⁷ GREVI V., *L'ordinamento penit.*, cit., 15.

puramente premiale di «*clausola di salvezza*» in modo da evitare che, a coloro che decidessero di collaborare con la giustizia dovessero applicarsi i termini restrittivi altrimenti previsti per i condannati di cui all'art. 4 *bis* o.p., i quali avrebbero infatti potuto godere dei benefici penitenziari solo una volta trascorso un periodo non trascurabile, assume con il d.l. 306/1992 una «*carica innovativa*» data dal suo identificarsi nel metro di giudizio per stabilire se un soggetto possa o meno beneficiare delle misure alternative alla detenzione.²⁴⁸ Ciò che accade con tutta evidenza nel 1992, dunque, è che il legislatore risponde con favore a quella parte di dottrina che rilevava nelle disposizioni dell'anno precedente una sottovalutazione del problema e che chiedeva dunque un intervento più marcato sul fronte della criminalità organizzata,²⁴⁹ il quale non poteva ormai non prendere in considerazione anche il settore dell'esecuzione penale, destinato ad assumere una rilevanza sempre maggiore in un ordinamento nel quale l'individuazione concreta della pena passa in gran parte per il momento della sua applicazione concreta.²⁵⁰ Volendo, ad ogni modo, trovare un nesso di continuità tra la disciplina dell'art. 4 *bis* o.p. nel d.l. 152/1991 e quella che, nel d.l. 306/1992, la sostituisce si potrebbe dire, almeno riferendosi alle prime righe di cui alla Relazione con cui il Senato accompagna la conversione del secondo decreto,²⁵¹ in cui viene posto come obiettivo l'«*impedire che gli esponenti delle bande mafiose, approfittando delle maglie troppo larghe dell'una o dell'altra norma ovvero della farraginosità e macchinosità dell'uno o dell'altro sistema giuridico, godere immotivatamente di benefici penitenziari incompatibili di fatto con la pericolosità dei singoli condannati*», che la scelta legislativa sia stata orientata nel senso di leggere nella mancata

²⁴⁸ BERNASCONI A., *La collaborazione*, cit., 121 ss.

²⁴⁹ In particolare, a darne conto è CICALA M., *Un maxi decreto contro la criminalità organizzata*, in *Corr. Giur.*, 1992, 7, 715, il quale descrive infatti l'introduzione del d.l. 306/1992 come il «*trionfo dei quel "Movimento per la revisione del codice di procedura penale"*» il quale da tempo lamentava lo stridere delle tutele introdotte sia con in materia di processo di cognizione che in ambito esecutivo con le concrete esigenze di repressione criminali di cui era testimone l'Italia di quegli anni, al punto che questi avrebbero anche lamentato lo stesso bisogno di ricorrere allo strumento del decreto-legge, al quale, secondo tale tesi, si sarebbe giunti solo in ragione di una tutela non prontamente apprestata al fenomeno emergenziale, la quale avrebbe invece potuto intervenire con «*maggior sistematicità e organicità*» evitando «*clamorose stragi per disporre frettolose e perciò frammentarie misure contro il crimine*».

²⁵⁰ GUAZZALOCA B., *Profili penit.*, cit., 732.

²⁵¹ Relazione n. 133 dell'8 giugno 1992 al d.d.l. n. S/328.

collaborazione un sintomo inequivoco di una risocializzazione ancora tanto lontana dal detenuto, al punto che questi continuerebbe a rappresentare un'attuale minaccia, essendosi insomma così codificato come automatico quel presupposto che, nel 1991, ancora si richiedeva venisse accertato nel caso concreto. Tuttavia, si tratta di una deduzione che in realtà porta con sé delle perplessità per nulla marginali, già solo a confrontare le rubriche che accompagnano le due versioni dell'articolo le quali, pur non in sé vincolanti, rivelano in maniera piuttosto chiara il mutamento di prospettiva che coinvolge il passaggio dall'una all'altra disposizione in quanto, se prima si discuteva di «*Accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*», a distanza di un anno il riferimento al possibile rischio derivante dal comportamento del detenuto diviene elemento di secondaria importanza, concentrandosi innanzitutto la descrizione sull'esclusione del detenuto dal trattamento tanto che si parla di «*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*». In definitiva, ciò che la dottrina non ha tardato di osservare è, nei fatti, l'attenzione rivolta in maniera preponderante dalla norma del 1992 al fenomeno del «*pentitismo mafioso*», ritenuto ormai dall'ordinamento talmente essenziale nella strategia criminale da potersi subordinare ad esso anche quei principi di risocializzazione, progressività ed individualizzazione della pena che tanto erano invece parsi centrali alla giurisprudenza di poco antecedente,²⁵² al punto che emergerebbe, infine, «*una situazione più arretrata di quella precedente alla l. 354/75*».²⁵³

Le stesse considerazioni emergono per di più, negli stessi anni, anche in capo ad una pluralità di tribunali di sorveglianza sparsi in tutto il Paese,²⁵⁴ motivo per cui la

²⁵² GUAZZALOCA B., *Profili penit.*, cit., 772 L'Autore non manca poi qui di riscontrare un secondo momento di emersione delle tendenze autoritarie del d.l. 306/1992, dato dall'aggiunta di un apposito comma all'interno dell'art. 41 *bis* o.p., con cui riemergerebbero, anche se solo limitatamente ai casi di condannati per delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p., tutte le criticità che sembravano essere state abbandonate una volta abrogato, con la l. 663/1986, «*il famigerato art. 90 ord. penit.*».

²⁵³ MOSCONI G., *La controriforma*, cit., 148. Qui l'Autore si riferisce, a dire il vero, ancora al d.l. 152/1991 ma è evidente che tali affermazioni non acquistano che valore aggiunto di fronte ai successivi mutamenti normativi.

²⁵⁴ A leggere infatti Corte Cost., sent. n. 306 del 1993 vengono mossi rilievi di incostituzionalità della disposizione da parte di dieci diversi tribunali di sorveglianza, oltre che dal pretore di Venezia. Questi censurano l'art. 4 *bis* o.p., in particolare, riscontrando la violazione degli artt. 24 Cost. dato che si imporrebbe al condannato quella della collaborazione come unica linea difensiva, 3 Cost., introducendosi già qui il tema della collaborazione impossibile, che verrà

Corte Costituzionale non può esimersi dal prendere posizione sulla questione con la sent. n. 306 del 1993, la quale però, salvo per la dichiarazione di illegittimità dell'art. 15, co. 2 l. 306/1992, dal quale derivava addirittura un'ipotesi di retroattività *in peius* della legge penale contraria all'art. 25 Cost.,²⁵⁵ consacra, seppur con un approccio in parte contraddittorio, la divaricazione del regime penitenziario tra soggetti collaboranti e no. Se, da un lato, infatti, la Consulta si mostra pronta a riconoscere la natura di «*strumento di politica criminale*» della richiesta di collaborazione come elemento di discriminazione tra detenuti, dall'altro torna ad un'ottica ben più restrittiva non appena ritiene pur sempre legittima la scelta del legislatore, di fronte «*alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa*», di adottare tale strategia, tanto da associarla, in netta controtendenza rispetto a quanto poco prima asserito, alla funzione della pena di difesa sociale, considerata poi qui su un piano di completa equivalenza rispetto ai suoi altri scopi, tra cui la generalprevenzione e la rieducazione, motivo per cui unico criterio guida nella scelta di subordinare l'uno all'altro starebbe nella ragionevolezza, in questo caso giudicata sussistente. In ogni caso, ad un'analisi più attenta, non va comunque negato il tentativo della Corte, seppur forse con toni poco incisivi, di richiamare il Parlamento a tenere in maggiore considerazione le garanzie costituzionali, denunciando nello specifico la «*preoccupante tendenza*» a creare “tipi di autore”, ai quali si verrebbe a negare l'accesso alla stessa possibilità di rieducazione, invito però di fatto totalmente denegato da parte di un legislatore per questo definito «*sordo*».²⁵⁶

1.4 Le successive evoluzioni dell'art. 4 bis o.p.: la «politica emergenziale del terzo

però sottovalutato in questa circostanza vedendo la Corte confrontarsi con esso solo qualche anno dopo e 27, co. 3 Cost., in relazione al quale il Tribunale di sorveglianza di Firenze cita anche la sent. n. 204 del 1974, riscontrando nella disciplina qui considerata il mancato rispetto del diritto del detenuto ad ottenere la rivalutazione della propria condizione in termini di raggiunta risocializzazione, rendendo anzi «*irrilevante il percorso rieducativo*».

²⁵⁵ Si prevedeva, infatti, con tale disposizione, che il divieto di accesso ai benefici penitenziari previsto per i soggetti non collaboranti dovesse estendersi anche a coloro i quali, condannati per i delitti di cui all'art. 4 bis o.p., non avessero prestato il proprio contributo conoscitivo pur in vigenza dell'originaria versione della disposizione in esame.

²⁵⁶ GIOSTRA G., *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Il fine e la fine*, cit., 41.

millennio»²⁵⁷

Se l'ultimo volume della collana editoriale del Conso, *La legislazione dell'emergenza*, data del 1993, risulta difficile, a dire il vero, associare a quel momento storico il concludersi di un'epoca di allarme sociale e di conseguente attenuazione delle garanzie individuali, constatazione che viene infatti confermata non appena ci si confronti con l'evoluzione subita dallo stesso art. 4 *bis* o.p. il quale, infatti, in un'ottica ben distante dalla perdita di centralità, diviene anzi vero e proprio «*istituto cardine del sistema*». ²⁵⁸ Esso attrae invero negli anni un numero di fattispecie sempre più ampio, al punto da necessitare nel 2009 una sua intera riscrittura²⁵⁹ che coordini le operazioni normative mano a mano succedutesi con una struttura che non si limita più alla semplice distinzione tra reati di “prima” e “seconda” fascia, ma che viene invece a basarsi oggi²⁶⁰ su una più complessa scala di gravità sviluppata lungo cinque diversi gradini di diversa intensità. Al di là del dato strutturale, comunque, ciò che connota l'evoluzione storica dell'art. 4 *bis* o.p. è la circostanza per cui esso diviene uno degli strumenti principali cui ricorrere ogni qual volta la società senta di doversi confrontare

²⁵⁷ GIUNCHEDI F., *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in ROMANO B., *Le associazioni di tipo mafioso*, Vicenza, 2015, 597.

²⁵⁸ CARACENI L., in DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario*, cit., 45.

²⁵⁹ Operazione che viene infatti svolta dal d.l. 11/2009, poi convertito con la l. 38/2009, il quale aggiunge al primo comma dell'art. 4 *bis* o.p., che viene così ad occuparsi dei soli reati di maggiore gravità e per cui unica possibilità di accesso al trattamento penitenziario rimane la collaborazione *ex art. 58 ter* o.p., due commi relativi a situazioni ritenute a pericolosità decrescente in cui gli ostacoli alla riabilitazione appaiono mano a mano meno incisivi, ossia l'1 *bis* che, pur con tutte le perplessità che già il d.l. 152/1991 aveva portato con sé, richiede la dimostrazione della insussistenza di legami con la criminalità organizzata di fronte ai casi di collaborazione impossibile, inesigibile o manifestamente irrilevante e l'1 *ter*, dove vengono invece collocati quei delitti che, in ragione della loro minore lesività, erano stati precedentemente inseriti all'interno della “seconda fascia” e in relazione ai quali rimane come unico eventuale limite la presenza dei legami con l'ambiente criminale, nel senso quindi di un loro riscontro positivo, in questo caso sulla base delle dettagliate informazioni derivanti, entro trenta giorni, dal solo questore. Infine, al comma 1 *quater* viene inclusa nel regime ostativo, con lo stesso decreto, una nuova tipologia di reati, ossia quelli a sfondo sessuale, di fronte ai quali l'ordinamento richiede, oltre alla collaborazione di cui al primo comma, l'osservazione, per un anno, della personalità dell'individuo, di modo che questi possa eventualmente solo in seguito fruire dei benefici penitenziari.

²⁶⁰ Si tenga infatti conto del fatto che con la l. 172/2012 viene aggiunto ai precedenti un quinto possibile scenario relativo ai reati sessuali commessi nei confronti di vittime minorenni per i quali si prevede come ulteriore passaggio obbligato prima dell'accesso all'ordinario percorso rieducativo, la fruttuosa partecipazione al diverso programma di cui all'art. 13 *ter* o.p.

con una situazione di potenziale rischio per la sicurezza pubblica, si tratti, quindi, in un primo momento, della minaccia rappresentata dai *sex offenders*,²⁶¹ per cui comunque, per lo meno, anche in attuazione della Convenzione di Lanzarote del 2007,²⁶² si prevede un apposito percorso rieducativo in modo da tenere conto di alcune delle peculiarità del contesto ovvero, qualche anno dopo, del fenomeno della corruzione o, più generalmente, dei reati contro la pubblica amministrazione.²⁶³ In questo senso, si mostrano molto espliciti gli stessi commenti che il legislatore allega al momento dell’emanazione delle diverse norme ampliative, si vedano infatti in questo senso sia il preambolo della l. 38/2009, nel quale si associano le innovazioni ivi introdotte all’urgenza di «assicurare una maggiore tutela della sicurezza della collettività, a fronte dell’allarmante crescita degli episodi collegati alla violenza sessuale», sia la premessa con la quale viene presentato alla Camera dei Deputati il d.d.l. 1189 del 2018, in cui si giustificano le restrizioni di cui alla cosiddetta “legge spazzacorrotti” non solo affermando che «il livello di corruzione percepita nel settore pubblico è molto alto e mantiene l’Italia in posizione lontana dai vertici della classifica europea» e che «recenti studi [...] mostrano come la corruzione e gli altri reati contro la pubblica amministrazione siano delitti seriali e pervasivi, che si traducono in un fenomeno endemico», ma ricollegandosi anche a quanto previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003,²⁶⁴ nella quale si era infatti posta come fattore da contrastare la «gravità dei problemi posti dalla corruzione e dalla minaccia che essa costituisce per la stabilità e la sicurezza delle società, minando le istituzioni ed i valori democratici, i valori etici e la giustizia». Diviene allora evidente come la previsione di un apposito regime trattamentale non possa più dirsi intrinsecamente legata a quelle necessità per le quali era stata originariamente concepita, dipendenti specificamente dall’esigenza di contrasto alla criminalità organizzata ma, tutto al contrario, l’art. 4 *bis*

²⁶¹ Termine con cui ci si riferisce ai delitti di cui agli artt. 600, 600 *bis* comma 1, 600 *ter* commi 1 e 2, 601, 602 e 609 *octies* c.p.

²⁶² Convenzione elaborata in seno al Consiglio d’Europa e volta alla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, ratificata dall’Italia con la l. 172/2012.

²⁶³ Il riferimento è alla l. 3/2019 con la quale vengono ricompresi nell’alveo dei reati sottostanti al regime dell’ergastolo ostativo gli artt. 314, co. 1, 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter*, 319 *quater*, co. 1, 320, 321, 322 e 322 *bis* c.p., ossia tutto quell’insieme di reati propri relativi ai comportamenti posti in essere dai pubblici ufficiali contro la p.a.

²⁶⁴ Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall’Assemblea generale dell’ONU il 31 ottobre 2003 (Convenzione di Mérida) e ratificata dall’Italia con la l. 116/2009.

o.p. venga ad assumere, nel contesto attuale, l'aspetto di un contenitore vuoto nel quale far rientrare fattispecie tra loro molto distanti la cui unica caratteristica comune sarebbe quella della pretesa pericolosità del soggetto²⁶⁵ o, forse, come la dottrina non ha mancato di sottolineare, dell'esigenza «*di fornire rassicurazioni all'opinione pubblica circa le potenzialità di repressione dello Stato*».²⁶⁶

2. I considerato n. 5 e n. 6 dell'Ordinanza: il nuovo approccio della Consulta in antitesi alla sent. n. 135 del 3003

Qualora si vogliano inserire in un quadro più ampio le ragioni della persistenza e, anzi, della sempre maggiore incidenza assunta nel corso del tempo dall'art. 4 *bis* o.p., diventa indispensabile non confrontarsi esclusivamente con il dato legislativo di cui si è sopra detto, ma valutare invece anche quell'ampio avvallo che la disciplina dell'ergastolo ostativo ha progressivamente ricevuto da parte della giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità. Con riferimento alla prima, infatti, è la stessa ordinanza n. 97 del 2021 a porsi in dialogo con il proprio precedente del 2003, nel quale, pur

²⁶⁵ DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 93. In particolare, l'Autrice descrive qui l'art. 4 *bis* o.p., così come emergente dalle riforme del 2009 e del 2016 in materia di reati sessuali, come uno «*strumento politico funzionale a placare l'allarme sociale attraverso la creazione di percorsi penitenziari intramurari, e perciò percepiti come "sicuri"*».

²⁶⁶ PICARO G., *L'introduzione dei delitti contro la p.a. nel catalogo dei reati ostativi: tra scelte di politica criminale e giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019. L'Autrice mette poi in evidenza come tale percorso legislativo risulti in netta controtendenza rispetto al contemporaneo percorso intrapreso dalla giurisprudenza e, in particolare, dalla stessa Corte Costituzionale, nel pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 4 *bis* o.p., in quanto questa aveva invece, dal 2014, con la sent. n. 239, cominciato a porre in discussione alcune delle rigidità preclusive connesse a tale disposizione eliminando, ad esempio, la preclusione all'accesso alla detenzione domiciliare per alcuni dei casi di cui all'art. 47 *ter* o.p. Con un linguaggio certo più evocativo si esprime poi, occupandosi specificamente delle previsioni di cui alla "legge spazzacorrotti" ma formulando delle osservazioni non difficilmente estensibili anche agli interventi precedenti, MANES V., *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019, 2, 106, il quale introduce, per riferirsi alla norma del 2019, il concetto di «*diritto penale no-limits*», il quale comporterebbe, a suo dire, una concezione della legge penale in termini di «*intervento punitivo brandito come "strumento di lotta", asservito, anzitutto, a schiette finalità mediatico-elettorali*», in una prospettiva di netto abbandono dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità, oltre che della tensione al finalismo rieducativo.

risolvendolo in termini antitetici, essa si era già confrontata con l'identico quesito.²⁶⁷ In quel contesto, in particolare, la Consulta aveva di fatto scelto di focalizzare la propria attenzione su uno solo dei risvolti critici della disciplina in analisi, nello specifico guardando alla collaborazione con la giustizia, da essa però ritenuta unica spia della raggiunta rieducazione da parte del detenuto, necessaria quindi per poter riammettere il condannato all'interno del consorzio sociale. In particolare, il ragionamento allora operato dalla Corte aveva investito due tra i propri precedenti più vicini al fenomeno in questione: esso si era infatti dapprima articolato nella negazione della sussistenza di una qualche analogia tra quanto affermato con la sent. n. 161 del 1997 a proposito della illegittimità del divieto assoluto di reiterazione della domanda di liberazione condizionale²⁶⁸ e il caso in esame e, in un momento successivo, nell'ancoraggio della presente decisione alla sent. n. 273 del 2001, nella quale si era infatti già delineata l'equivalenza tra la scelta collaborativa *ex art. 58 ter o.p.* e il «sicuro ravvedimento» richiesto dall'art. 176 c.p. A salvare la norma di cui all'art. 4 *bis o.p.* sarebbe, infatti, stando al *dictum* del Giudice delle Leggi del 2003, la «libera scelta» davanti alla quale sarebbe posto l'appartenente alla criminalità organizzata cui viene offerta dall'ordinamento la possibilità di dimostrare la sua convinta recisione dai legami con le associazioni delinquenziali evitando ulteriori conseguenze dell'attività delittuosa o contribuendo alla raccolta di elementi necessari a ricostruire i fatti o a catturare i correi, al punto che, una volta escluse dall'area di applicazione del divieto di benefici le situazioni maggiormente insostenibili di collaborazione impossibile o inesigibile, non sarebbe possibile evidenziare nella disciplina alcuna negazione del precetto di cui all'art. 27, co. 3 Cost. ma, al contrario, una sua declinazione nell'ambito dello specifico

²⁶⁷ Il riferimento è a Corte Cost., sent. n. 135 del 2003. La necessità del raccordo tra le due pronunce è stata per di più posta in luce da larga parte della dottrina tra cui, per citarne alcuni, DOLCINI E., *Fine pena*, cit., 18, RISICATO L., *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost.*, n. 97/2021, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2019, 2, 653 e GIOSTRA G., *Verso un'incostituzionalità*, cit., 38.

²⁶⁸ In quella circostanza, infatti, la Corte aveva voluto dare pieno risalto alla funzione rieducativa della pena in fase esecutiva negando che si potesse in qualche modo rendere la detenzione *de iure* e *de facto* irriducibile prevedendo, come invece accadeva in precedenza *ex art. 177, co. 1 c.p.*, l'impossibilità di ripetere la richiesta di accesso alla liberazione condizionale una volta che il primo esperimento di questa fosse fallito a causa della commissione, durante la sottoposizione alla libertà vigilata, di un delitto o di una contravvenzione, oltre che in caso di mancato rispetto della violazione degli obblighi ad essa connessi.

fenomeno. Dello stesso parere si era poi mostrata in più occasioni anche la stessa Suprema Corte la quale, per citare uno dei più interventi sul tema dichiarava, nel 2012, la piena legittimità del regime, in quanto lontano dagli stretti automatismi preclusivi ma, al contrario, fondato su una logica di valorizzazione della personalità del condannato nel particolare contesto mafioso, in equilibrio con le esigenze di generalprevenzione e di protezione sociale.²⁶⁹

Nonostante fosse questo lo scenario che si presentava alla Consulta nel 2021, è pur vero che essa, dopo averlo brevemente ricapitolato, afferma, al considerando n. 6 dell'ordinanza n. 97, che sussistono le «*premesse per una risposta diversa*», le quali vengono qui riscontrate sia tramite una rivalutazione di quelle note critiche che la stessa Corte aveva già evidenziato nella sent. n. 306 del 1993, sia attraverso un più vicino potenziamento delle recenti «*evoluzioni della giurisprudenza costituzionale*»,²⁷⁰ da riscontrarsi soprattutto nella sent. n. 253 del 2019, nella quale è infatti stato letto il «*primo momento di erosione normativa del meccanismo preclusivo di cui all' articolo 4-bis ord. penit.*»,²⁷¹ costituendo essa l'indice di quel cambio di prospettiva che, inaugurato dai giudici di Strasburgo con il caso Viola c. Italia, ha permesso in quello specifico caso di concedere anche al condannato ai reati giudicati più gravi l'introduzione al percorso rieducativo attraverso l'esperimento dei permessi premio ex art. 30 *ter* o.p. Solo di fronte a questa mutata sensibilità del Giudice delle Leggi, di conseguenza, viene giudizialmente accertata la sussistenza di quegli snodi critici della disciplina dell'ergastolo ostativo, in netta contraddizione dei valori costituzionali e democratici dello Stato, che da tempo la dottrina lamentava. Ripercorrendo l'*iter* argomentativo della Consulta, a venire in rilievo è innanzitutto il tema dell'insostenibilità in ambito penale di presunzioni assolute di pericolosità sociale, incapaci di tenere conto delle singole esigenze della persona nel momento in cui si dimostrino basate su generalizzazioni irragionevoli e pronte ad essere sconfessate dai dati dell'esperienza quale quella per cui alla mancata collaborazione corrisponderebbe

²⁶⁹ Il riferimento è a Cass. Pen., I sez., sent. n. 45978 del 2012, nella quale si legge anche un esplicito richiamo a quanto affermato dalla Consulta con la sent. n. 135 del 2003.

²⁷⁰ BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Traccia per la discussione*, in *Il fine e la fine della pena*, cit., XXI.

²⁷¹ BRUCALE M., *Il senso della pena: l'uomo oltre il reato*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Il fine e la fine della pena*, cit., 62.

necessariamente la mancata dissociazione dall'ambiente criminale di appartenenza. Ancora, viene poi posto l'accento sulla natura più propriamente di politica criminale che di perseguimento degli scopi effettivi del diritto penale determinata dalla centralità assunta dal fenomeno collaborazionistico, inteso di fatto in termini di «*scambio tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario*», oltre che sul rapporto tra la presente disciplina e l'art. 24, co. 2 Cost.²⁷² Per completare poi l'ampio panorama degli istituti posti in condizione di crisi da parte del regime di cui all'art. 4 *bis* o.p. risulta infine utile rivolgere lo sguardo sia alle argomentazioni della sent. n. 253 del 2019 della Corte, referente principale dell'ordinanza n. 97 del 2021, sia alle «*importanti motivazioni giuridiche*» che la Commissione Palazzo del 2013 allega alla propria proposta di ridefinizione della norma in questione nelle quali, oltre a ribadire quanto sinora detto, si pone l'accento tanto sulla disparità di trattamento così creata con il disposto di cui all'art. 384, co. 1 c.p., quanto sul conseguente disincentivo alla partecipazione al programma trattamentale, in ragione del quale diviene di fatto inutile anche la concessione al detenuto della liberazione anticipata, sull'inserimento della quale si era invece insistito nel 1992 in sede di conversione del d.l. 306/1992.

2.1 Le presunzioni assolute nell'ambito dell'esecuzione penale

Punto nodale nelle argomentazioni svolte dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 97 del 2021 è la demolizione di quell'assunto che era invece apparso tanto solido nella sent. n. 135 del 2003 e sul quale già aveva espresso i propri dubbi il giudice di Strasburgo riferendosi appunto ad una difficilmente sostenibile «*équivalence entre le défaut de collaboration et la dangerosité sociale du condamné*».²⁷³ In un certo

²⁷² In questo senso, le riflessioni della Corte si sostanziano in realtà in un mero accenno al tema del diritto a non autoincriminarsi, non trattandosi infatti di norma specificamente censurata dal ricorrente; ad ogni modo, lì dove si legge che tra le giustificazioni alla mancata collaborazione vi potrebbe essere anche l'intento di non «*rischiare altresì di determinare autoincriminazioni*» il riferimento al principio del *nemo tenetur se detegere* appare inconfutabile, intendendosi esso come espressione del diritto costituzionale di difesa e dal quale deriverebbe, stando alle osservazioni della Commissione Palazzo del 2013, il «*diritto di non collaborare*».

²⁷³ Così si legge infatti in Corte EDU, sent. del 13 giugno 2019, Viola, nella quale il tema della presunzione assoluta viene di fatto introdotto semplicemente come un dubbio sull'opportunità di

senso, si tratta qui di recuperare, pur con una più moderna coscienza, maturata anche sul piano europeo, alcune delle affermazioni che, con la sent. n. 306 del 1993, il Giudice delle Leggi aveva già sostenuto a poca distanza dall'introduzione della l. 356/1992, ponendosi sin da subito in aperto contrasto con le motivazioni avanzate dal legislatore in sede di conversione del relativo decreto-legge,²⁷⁴ nelle quali si era invece voluto leggere nella collaborazione l'unico atteggiamento atto a dimostrare «*per facta concludentia*» l'avvenuta risocializzazione del condannato, in contrasto con «*atteggiamenti di ambigua resipiscenza individuale*». Di fronte a una simile presa di posizione, la Consulta aveva allora provveduto a scardinare la portata dell'assunto tanto in via diretta, sostenendo che «*la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere frutto di incolpevole impossibilità di prestarla,*²⁷⁵ ovvero essere conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio, l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare», quanto, a contrario, evidenziando che la stessa condotta «*ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione*». Se dunque già nel 1993 le basi per la critica al regime dell'ergastolo ostativo sembravano poste, è pur vero che i tempi non potevano certo dirsi ancora maturi perché si potesse davvero sovvertire un sistema che in quegli anni si presentava come la chiave principale nella strategia di contrasto al fenomeno mafioso²⁷⁶ e, di conseguenza, esse torneranno ad animare il dibattito

dare spazio a questa equivalenza, essendo esso però destinato poi ad assumere un'importanza sempre più centrale nelle pronunce interne sul tema.

²⁷⁴ D.l. 306/1992, le affermazioni cui ci si riferisce qui sono quelle contenute nella relazione n. 133 presentata al Senato l'8 giugno 2022.

²⁷⁵ Si noti in questo senso che il riferimento alla collaborazione impossibile è determinato dal fatto che la Consulta si stesse ancora confrontando, in questo momento, con la versione originale dell'art. 4 *bis* o.p., sulla quale però la stessa interverrà, poco tempo dopo, con la sent. n. 68 del 1995, assimilandone il regime con quanto già previsto per i casi di oggettiva irrilevanza del contributo.

²⁷⁶ In questo senso risultano evocative, anche in termini riassuntivi, le parole dell'ex procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo Federico Cafiero de Raho, il quale, nel descrivere i primi anni '90, si esprime come segue: «*Il contesto storico imponeva allo Stato di muoversi con strumenti efficaci e di dare messaggi non equivoci nei confronti della lotta alla mafia; mafia che intratteneva rapporti con la politica e che, da quei rapporti, ricavava la sua potenza. Era necessario che una legge dura, rigorosa, chiara, desse il segnale della totale assenza di rapporti di quella politica con la mafia*». CAFIERO DE RAHO F., *Un intervento legislativo*

giurisprudenziale solo in anni ben più recenti, nello specifico con la sent. n. 253 del 2019 e l'ordinanza n. 97 del 2021 della Consulta. Confrontando allora queste due ultime pronunce, esse si presentano come inscindibilmente legate, tanto che la seconda afferma espressamente di vedere nella prima la sua fonte diretta, in particolare nel momento in cui riprende l'elenco che era stato proposto nel 2019 in tema di ipotesi nelle quali la non collaborazione può evidentemente dirsi motivata da fattori altri rispetto alla persistente appartenenza ai circuiti della criminalità organizzata, il viene così a ricomprendere: il timore che la propria scelta si ripercuota sulle persone a sé care, la volontà di non aderire ad un sistema che comporterebbe l'implicazione di soggetti terzi o la convinzione che l'esito del proprio intervento non sconfinerebbe che in un'autoincriminazione per fatti nuovi.

A fronte delle odierne aperture della Consulta, vi era comunque in dottrina chi aveva già colto tali esiti come plausibili guardando alle posizioni assunte dalla stessa in occasione di un'altra pronuncia concernente il rapporto tra il principio della rieducazione di cui all'art. 27, co. 3 Cost. e la presenza di automatismi preclusivi all'accesso alle misure alternative alla detenzione, ossia la sent. n. 149 del 2018.²⁷⁷ In quel caso, ad essere sottoposto al vaglio della Corte era stato l'art. 58 *quater*, co. 4 o.p., figlio anch'esso della legislazione emergenziale dei primi anni '90²⁷⁸ e relativo ai casi in cui, lì dove a seguito della commissione di uno dei reati di cui agli artt. 630 o 289 *bis* c.p. derivasse la morte del soggetto sequestrato, si prevedeva che l'accesso ai benefici penitenziari non potesse realizzarsi prima dell'effettivo trascorrere dei due terzi della pena o, nell'ipotesi di condanna all'ergastolo, di ventisei anni. Ne conseguiva, come evidenzia il Giudice delle Leggi, una preclusione assoluta all'accesso a quel percorso

urgente nell'esigenza del contrasto ampio alle mafie, in GRIECO S., SCALERA S., *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?*, Cassino, 2020, 104.

²⁷⁷ In questo senso PELISSERO M., *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2018, 3, 1371 e SIRACUSANO F., *Dalla corte costituzionale un colpo "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo della pena* in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2018, 3, 1793, il quale definisce infatti la pronuncia in oggetto un «*pungolo*» ad intraprendere quel percorso di rinnovazione del sistema che, tuttavia, il legislatore non sembrava voler cogliere, soprattutto ove confrontato con l'atteggiamento di chiusura con il quale questi aveva accolto le indicazioni di cui alle lettere b) ed e) art. 85 legge-delega 103/2017, relative proprio alla revisione dei più stretti meccanismi di accesso alle misure alternative e agli automatismi impeditivi di un percorso trattamentale individualizzato e rieducativo.

²⁷⁸ Introdotto, nello specifico, dall'art. 1, co. 6 d.l. 152/1991.

trattamentale che, stando invece all'art. 27 Cost., dovrebbe costituire fulcro e fine esclusivo della pena durante la fase esecutiva, sul quale venivano invece manifestamente fatte prevalere l'ottica retributiva e quella generalpreventiva, potendosi infatti riscontrare come uniche ragioni di una simile disciplina l'ancoraggio alla «particolare gravità del reato commesso» e all'«esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati». Ecco allora che, una volta affermata l'incostituzionalità di un regime capace di impedire al giudice, sulla base del solo titolo di reato, la possibilità di valutare i progressi posti in essere dal detenuto, appare evidente l'analogia dello stesso con il vicino istituto dell'ergastolo ostativo nel quale semplicemente la condizione preclusiva non assume più connotati di tipo temporale bensì di tipo collaborativo. Ancora, però, ad orientare verso un collegamento tra la sent. n. 149 del 2018 e l'orizzonte di rivalutazione dell'art. 4 bis o.p., era stato anche il fatto che la Consulta avesse concentrato, in quell'occasione, il proprio *dictum* a proposito dell'art. 3 Cost. esclusivamente sul piano dell'irragionevolezza intrinseca, elidendo invece il profilo, pur posto in evidenza dal promuovente Tribunale di Venezia, della disparità di trattamento tra il collaborante condannato per reati compresi nell'art. 58 *quater* o.p. e colui il quale rientrasse invece nella casistica di cui all'art. 4 bis o.p.: segno, si è detto, della volontà di evitare una futura «costruzione “al ribasso” dello statuto dell'ergastolo»,²⁷⁹ in qualche modo quindi già riscontrando nel secondo termine di paragone alcuni elementi di contrasto con le garanzie costituzionali.

Inserita così l'ord. n. 97 del 2021 Corte Cost. nell'alveo delle pronunce con cui la Consulta si è occupata della possibilità di dare spazio anche nel settore penale alle presunzioni assolute, diviene più agevole comprendere il significato delle argomentazioni da essa svolte, anche in prospettiva di una loro valorizzazione in sede di successiva revisione legislativa dell'art. 4 bis o.p. L'indagine si apre in questo senso ad una serie di decisioni nelle quali il tema delle presunzioni *iuris et de iure* è stato inserito all'interno di quegli automatismi in grado di comprimere irragionevolmente, lì dove non sostenuti dalle comuni regole di esperienza, un diritto, al punto quindi da provocarne

²⁷⁹ PELISSERO M., *Ergastolo e preclusioni*, cit., 1369.

dichiarazioni di incostituzionalità *ex art. 3 Cost.* per «*vizi di arbitrarietà della legge*»²⁸⁰ e che ha avuto la sua prima espressione con la sent. n. 1 del 1971, in materia di misure di sicurezza. È in questa circostanza, infatti, che la Corte inaugura un percorso argomentativo che farà poi proprio in numerose altre sentenze, il quale, partendo dal «*controllo di evidenza*» e sottoponendo dunque la presunzione di cui alla legge ad un «*processo di falsificazione*» in modo da verificarne la resistenza di fronte all'ipotesi contraria a quella descritta, conduce alla classificazione della norma in termini di incostituzionalità ove contraria all'*id quod plerumque accidit*. Tuttavia, nonostante la posizione assunta dalla Consulta nel 1971 apparisse profondamente netta,²⁸¹ rimane certo vero che, forse anche per il timore di incidere eccessivamente in ambiti nei quali il rapporto tra la competenza giurisprudenziale e quella legislativa si fa labile,²⁸² essa verrà ripresa solo diversi anni dopo, restando in un primo momento ancora relegata all'ambito delle misure di sicurezza, con la sent. n. 139 del 1982 Corte Cost., in materia di necessario ricovero in ospedali psichiatrici dell'imputato prosciolto per infermità psichica²⁸³ e successivamente soprattutto entrando nel dibattito sulle misure cautelari, nel quale anzi viene a rivestire un ruolo più che determinante per lo smantellamento del

²⁸⁰ PACE L., *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, 2014, 3, 1 ss. L'Autore, in particolare, ricollega la formula a quella teoria per cui costituisce natura propria della legge il dare la maggiore attuazione possibile al dettato costituzionale nel senso che questa sarebbe allora chiamata non solo a non contraddirne le disposizioni, ma anche a scegliere, tra le più alternative possibili, quella che consente di meglio realizzarne i fini. A questo punto, concentrando l'attenzione sulla seconda prospettiva, due possono essere le ragioni alla base di una declaratoria di incostituzionalità per arbitrarietà della legge ossia, da un lato, l'irrazionalità della disposizione, intesa quale suo allontanamento dalla protezione del diritto in questione già a livello astratto, sul piano normativo mentre, dall'altro, l'irragionevolezza o inadeguatezza, la quale si esplica solo al momento dell'applicazione della fattispecie al caso concreto. Tornando quindi al tema delle presunzioni assolute, queste rientrerebbero nella prima delle due ipotesi, potendosi infatti riscontrare l'incongruenza tra protasi e apodosi già dalla lettura del dispositivo stesso.

²⁸¹ Si legge infatti in tale sentenza, nella quale si discuteva dell'opportunità di prevedere come generalizzato il ricorso al ricovero presso il riformatorio giudiziario del minore di quattordici anni, stante quindi una presunzione assoluta di pericolosità sociale del non imputabile, che «*può ben dirsi che qui, data la giovanissima età del soggetto, la pericolosità rappresenti l'eccezione, per cui l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna*».

²⁸² PACE L., *Gli automatismi legislativi*, cit., 20.

²⁸³ Nello specifico, l'attenzione del Giudice delle Leggi è qui volta a mettere in crisi quell'automatismo che, impedendo di accertare nel caso di specie l'effettiva persistenza, anche al momento dell'applicazione della pena, della pericolosità sociale del condannato, era di fatto potenzialmente capace di determinare il ricorso ad una misura che, se magari congrua al momento del proscioglimento, poteva non essere più tale in seguito.

rigido sistema preclusivo che si era creato con il cosiddetto “pacchetto sicurezza” del 2009.²⁸⁴ Proprio in questa circostanza, infatti, nel confrontarsi con un sistema che, di fronte all’allarme sociale, si rifugiava nella presunzione *iuris et de iure* che unica misura cautelare idonea a fronteggiare i più gravi reati consistesse nell'applicazione dell’art. 285 c.p.p., abbandonando quindi i principi di proporzionalità ed adeguatezza ex art. 275, commi 1 e 2 c.p.p., la Corte riassume la propria posizione con riferimento agli automatismi nel diritto penale con una formula che si fa poi ricorrente nelle pronunce che, a partire dal 2010, si occupano di ristabilire il regime previgente. Appare quindi utile citare espressamente il ragionamento della Consulta, il quale si articola come segue: *«le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’id quod plerumque accidit. In particolare, l’irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»*.²⁸⁵ Insomma, guardando a tale parere, ne emerge un divieto non di per sé rivolto alle presunzioni assolute nella loro interezza, in quanto non si intende negare *in toto* una loro possibile esperibilità di fronte a fenomeni di pericolosità sociale,²⁸⁶ ma legato invece all’uso irragionevole delle

²⁸⁴ D.l. 11/2009, il quale, sfruttando quel meccanismo di custodia cautelare obbligatoria già introdotto all’art. 275, co.3 c.p.p. per i reati di mafia nei confronti di indagati per i quali sussistano *«gravi indizi di colpevolezza»* e nei cui confronti non siano stati prodotti elementi atti a sostenere la mancanza di esigenze cautelari, si poneva come obiettivo quello di arginare ricorrendo allo stesso anche il fenomeno della violenza sessuale, sulla base quindi di una presunta maggiore pericolosità sociale del condannato per simili delitti.

²⁸⁵ In questo senso si esprimono, per citarne alcune, le sentenze della Corte Cost. n. 139 del 2010, n. 265 del 2010, n. 164 del 2011 e 213 del 2013, tutte afferenti ai criteri di scelta offerti al legislatore nella scelta della più opportuna e meno restrittiva misura cautelare da applicare all’imputato.

²⁸⁶ Non va infatti tralasciato il fatto che la Consulta, anche riprendendo gli orientamenti della Corte EDU di cui alla sent. del 2003, Pantano, ritiene comunque legittima la previsione della custodia cautelare obbligatoria per i reati di cui all’art. 416 *bis* c.p. fondandosi qui la presunzione su quella che viene definita una *«congrua “base statistica”»*, determinata dalla connotazione sociologica stessa del fenomeno mafioso, nel quale infatti la forza associativa del vincolo comporta una stabilità dell’assoggettamento gerarchico tale per cui, anche astrattamente, solo lo strumento carcerario, pur dovendolo anticipare al momento cautelare, viene ritenuto idoneo *«a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine»*, minimizzando *«il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti»*; così Corte Cost., sent. n. 231 del 2011.

stesse, contrario cioè all'art. 3 Cost. in quanto determinante l'assoggettamento di situazioni strutturalmente differenti ad un modello penitenziario unico, motivo per cui diviene invece imprescindibile porre a fondamento degli automatismi normativi una regola di giudizio che si possa sostenere dal punto di vista empirico o scientifico.²⁸⁷

Dato quindi brevemente conto degli orientamenti giurisprudenziali riferiti alla materia penalistica nella sua più ampia estensione, risulta ora necessario collocare la discussione sull'ammissibilità delle presunzioni assolute al campo dell'esecuzione penale nel quale, infatti, essa viene a rivestire alcune peculiarità, specie derivanti dalla necessità di condurre la verifica di costituzionalità non solo dal punto di vista dell'art. 3 Cost. ma anche tenendo conto dell'art. 27, co. 3 Cost.,²⁸⁸ di modo che all'argomento della irragionevolezza viene ad accostarsi quello della necessità di valorizzare il percorso rieducativo del singolo, verso un trattamento che, come richiesto sin dalla sent. n. 274 del 1983 Corte Cost., appaia il più individualizzato e proporzionato possibile. Perché ciò accada, quindi, non è consentito prescindere dal dato temporale, costituendo anzi questo, nella sent. n. 253 del 2019 Corte Cost., l'indice utile a differenziare le esigenze di difesa sociale ritenute inconfutabili nelle pronunce legittimanti la custodia cautelare obbligatoria per gli autori dei reati di cui all'art. 416 *bis* c.p. e l'attenuarsi della certezza statistica dell'equiparazione tra mancata collaborazione e fallita risocializzazione posta invece alla base dell'art. 4 *bis* o.p. A detta della Consulta, infatti, il «*trascorrere del tempo*» può operare in ambito esecutivo sotto un duplice profilo ossia, *in primis*, determinando un mutamento della personalità del detenuto, comportante così la sua «*scelta di radicale distacco*» dall'ambiente criminale, non obbligatoriamente manifestantesi nella collaborazione con la giustizia, e, *in secundis*, nella trasformazione sociale del contesto di appartenenza, specificamente nell'ipotesi in cui l'associazione criminale di origine «*non esista più, perché interamente sgominata o per naturale estinzione*».²⁸⁹ Dare concreto apprezzamento a tali circostanze significa,

²⁸⁷ PELISSERO M., *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 2015, 4, 1416.

²⁸⁸ PACE L., *Gli automatismi legislativi*, cit., 25.

²⁸⁹ Si tratta di argomenti che la stessa dottrina ha apprezzato, si veda infatti in questo senso DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2017, 4, 1502, in cui, dopo un lapidario «*Questa presunzione assoluta non ha fondamento razionale.*», l'Autore si sofferma sul fatto che la violazione degli artt. 3 e 27, co. 3

allora, riconsiderare uno di quei principi di fondo che il legislatore tende talvolta a dimenticare e che costituisce invece la più precipua declinazione del principio di uguaglianza in ambito esecutivo, ossia il ruolo centrale della discrezionalità del giudice,²⁹⁰ intesa in opposizione all'astrattezza ed alla generalità richieste nella formulazione del precetto in quanto destinata invece, prima nella commisurazione della pena e poi nella conformazione del trattamento a tenere conto di una realtà complessa che «*si caratterizza in modo irripetibile per ogni singolo episodio criminoso e per ogni singolo reo*».²⁹¹ Conseguentemente, non ha torto chi, nel ricercare la «*madre di tutti i problemi*» connessi all'ergastolo ostativo, la ha riscontrata proprio in un uso fuorviante della separazione dei poteri, tale per cui il legislatore diviene «*onnisciente, [...] moderna incarnazione di verità rivelate*», destituendo così il giudice, in particolare quello della sorveglianza, dal suo «*primario compito*» di verifica dei progressi trattamentali e della permanente pericolosità sociale del detenuto²⁹² e questo non tanto per un sentimento di sfiducia nei confronti della magistratura ma, più propriamente, allo scopo di subordinare qualunque vantaggio possa derivare al soggetto recluso, per quanto costituzionalmente garantito, all'«*esigenza di prevedere un incentivo per il condannato che intenda collaborare*».²⁹³ Il prodotto di un sistema così strutturato giunge fino a sovvertire i caratteri propri del momento esecutivo della pena, riportandolo al contrario nell'alveo delle attività di accertamento fattuale, specificamente volte qui a verificare l'avvenuta collaborazione *ex art. 58 ter o.p.*, le quali dovrebbero invece appartenere, così come generalmente avviene, alla precedente fase di cognizione, che si identifica infatti nella definizione di un processo di parti e in cui la contrapposizione tra l'imputato e il pubblico ministero assolve alla funzione di accertamento della verità, non rivestendo ormai quest'ultima più alcun interesse in sede trattamentale, dove dovrebbero invece privilegiarsi le istanze rieducative del singolo in

Cost. si sostanzia nel precludere l'accesso tanto ai benefici penitenziari quanto alla liberazione condizionale «*(anche) a soggetti che abbiano in tutto o in parte conseguito il fine verso il quale la pena deve essere rivolta*».

²⁹⁰ PELISSERO M., *L'incostituzionalità della recidiva*, cit., 1420.

²⁹¹ CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, 395.

²⁹² GALLIANI D., *Una cinquina di problemi in materia di ergastolo ostativo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2017, 4, 1523.

²⁹³ BERNASCONI A., *La collaborazione*, cit., 126.

quanto proiettato verso la dimensione futura.²⁹⁴ Proprio per questo, allora, intervenire nell'ambito degli automatismi preclusivi nel settore dell'esecuzione penale significa tenere presenti quei casi in cui la ragionevolezza e l'individualizzazione impongono di concedere al caso di irrompere nel diritto delegando il giudice della fattispecie concreta a trovare la maniera più adatta alla definizione equilibrata degli interessi in gioco.²⁹⁵

2.2 *La vera natura dell'istituto: mezzo di tutela della collettività o tecnica di politica criminale?*

Il secondo profilo critico nella disciplina dell'ergastolo ostativo, secondo quanto risulta dall'analisi svolta dalla Consulta nell'ordinanza n. 97 del 2021, riguarda la scelta stessa del criterio dal quale il legislatore del 1992 aveva ritenuto di poter legittimamente ricavare l'unica fonte credibile di un effettivo ravvedimento da parte del condannato, costituito cioè dalla collaborazione con la giustizia. In questo senso, l'antitesi tra le posizioni assunte nella relazione alla legge di conversione 356/1992 e la pronuncia del 2021 è completa: se da un lato si sosteneva, con atteggiamento di non poco rigore, che «è solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare», respingendo invece *in toto* le accuse, pur espressamente riportate, che la *ratio* della norma si sostanziasse in un «*do ut des*» tra il detenuto che offriva il proprio contributo e lo Stato pronto a concedergli benefici premiali, dall'altro emerge ormai in maniera chiara che la logica sottesa all'art.

²⁹⁴ BERNASCONI A., *La collaborazione*, cit., 129. In particolare, l'Autore legge come indice del diverso atteggiamento assunto dalle due fasi la previsione di poteri ben più intrusivi in capo al giudice della sorveglianza, determinati proprio dalla necessità di questi di prendere in considerazione lo sviluppo personologico del detenuto entro un quadro il più completo possibile, non assumendo in questo momento le garanzie di terzietà ed imparzialità giudiziali quella più forte colorazione che invece le caratterizza in sede di cognizione. Tra le norme esemplificative di quanto affermato vengono quindi citati l'art. 666, co 5. c.p.p., in merito alla possibilità del magistrato di sorveglianza di richiedere «alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno» e l'art. 185 disp. att. c.p.p., relativo invece alla citazione ed all'esame dei testimoni, così come all'espletamento della perizia, per cui si non si prevedono in fase esecutiva particolari formalità nel porle in essere.

²⁹⁵ PACE L., *Gli automatismi*, cit., 2, l'Autore parla in questo senso di una «*delega al bilanciamento*», la quale si realizza infatti in tutte quelle occasioni in cui la Consulta, nel rilevare l'irragionevolezza delle preclusioni legislative, sceglie di porre in capo al giudice la decisione sulla più congrua interpretazione da dare al dettato normativo, arrivando così al punto di individuare una nuova tipologia di pronunce costituzionali, cosiddette «*additive per deficit di flessibilità*» e specificamente riferite al campo degli insostenibili automatismi legali.

4 bis o.p. è, al netto opposto, quella di uno «scambio tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario».

Poste tali premesse, diventa allora indispensabile guardare al ruolo assunto dalla collaborazione all'interno del contesto securitario, la quale aveva infatti già sancito il proprio ingresso nell'ambito della normativa di contrasto alla criminalità organizzata in parte con il D.P.R. 309/1990, in materia di associazioni criminose dedite al traffico di stupefacenti²⁹⁶ e poi, con un maggior raggio di ampiezza, con il d.l. 152/1991, tramite cui si introduce la circostanza attenuante della riduzione della condanna all'ergastolo alla reclusione a dodici anni e della riduzione da un terzo alla metà per le altre pene nei confronti di chi, imputato per reati di cui all'art. 416 bis c.p., così come per essersi avvalso della condizioni di cui a tale articolo o per averne agevolato il funzionamento, «dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta degli elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati».²⁹⁷ Sin dalla lettura della norma, si mostrano con evidenza le ragioni alla base della direzione intrapresa dal legislatore, il quale infatti riprende, anche terminologicamente, due disposizioni che negli anni di poco precedenti erano state elogiate proprio per la capacità di contrastare il diverso fenomeno terroristico, ossia l'art. 4 d.l. 625/1979, primo ad introdurre all'interno del Codice Rocco una fattispecie modellata sull'incentivo alla collaborazione tramite meccanismi sostanziali di riduzione della pena e l'art. 630, co. 5 c.p., rivolto ai sequestri di persona a scopo estorsivo e modellato sul primo, ormai assunto a punto di riferimento della nuova strategia penale.²⁹⁸ Stanti quindi gli esiti positivi riscontranti da quest'ultima negli anni Settanta, uniti ai risultati giudiziari e sociali raggiunti attraverso

²⁹⁶ Qui a venire in rilievo è l'art. 74 del decreto, il quale prevede infatti la riduzione della pena della metà ai due terzi per colui il quale si adoperi efficacemente per fornire le prove del reato o, alternativamente, per sottrarre risorse decisive all'associazione di appartenenza.

²⁹⁷ Disciplina oggi contenuta, in virtù del d.lgs. 21/2018, all'interno dell'art. 416 bis 1, co. 3 c.p.

²⁹⁸ CASELLI G.C., INGROIA A., *Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori della giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni d'emergenza*, in GREVI V., *Processo penale e criminalità organizzata*, Bari, 1993, 197 ss. Si noti che la stessa relazione alla l. 356/1992 coglieva il possibile nesso tra le tecniche adottate nella legislazione antiterroristica e quelle sorte in relazione al contesto di mafia anche se essa, pur senza motivare la propria affermazione, intendeva respingere l'esistenza del legame.

le rivelazioni portate avanti dai primi pentiti di mafia, non vi è dubbio che il fenomeno collaborativo apparisse agli occhi del legislatore come uno strumento a cui dedicare i propri sforzi anche nel settore penalistico. Ad ogni modo, la previsione introdotta nel 1991, nonostante alcune perplessità relative all'aderenza di questa al principio di proporzionalità²⁹⁹ o all'ammissibilità, dal punto di vista etico, di una visione di tipo contrattualistico dei rapporti tra Stato ed imputato, non sembra rivestire una posizione totalmente distonica rispetto al principio costituzionale di risocializzazione della pena, potendosi infatti agevolmente superare le critiche dirette in questo senso guardando alla stessa conformazione del contributo collaborativo così come delineato dalla fattispecie, il quale, infatti, non solo chiede all'imputato un apporto conoscitivo non marginale,³⁰⁰ ma aggiunge anche come essenziale l'elemento dissociativo che, pur con tutte le difficoltà dottrinali derivanti dallo stabilire quale debba esserne il contenuto,³⁰¹ non può

²⁹⁹ Non era mancato in questo senso chi aveva notato, già con riferimento alla disciplina antiterroristica, come, ponendosi il *quantum* della riduzione della pena in rapporto di proporzionalità diretta rispetto all'entità della collaborazione apportata, sarebbe certo stato più facile ottenere maggiori vantaggi per chi avesse avuto un ruolo gerarchicamente superiore all'interno dell'associazione piuttosto che per chi ne occupasse i gradini più bassi, in netta controtendenza rispetto al disvalore del fatto posto in essere. PADOVANI T., «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, in AA.VV., *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvoletti*, Milano, 1987, 58.

³⁰⁰ Si noti infatti come l'art. 8 d.l. 152/1991 non riprenda fedelmente le condizioni di cui all'art. 4 d.l. 625/1979 in quanto, dove per il primo l'ammissione alla premialità poteva fondarsi su una duplicità di presupposti alternativi, quali l'evitare le ulteriori conseguenze del reato e l'aiuto nella cattura o individuazione dei concorrenti, nel secondo anche l'identificazione dei correi viene a doversi necessariamente ancorare nell'unico comportamento rilevante, ossia quello di interruzione degli effetti del delitto, del quale di fatto costituisce solo una delle possibili espressioni sul piano concreto, qui esemplificata probabilmente per la sua rilevanza tanto in termini di occorrenza statistica che di utilità ai fini investigativi.

³⁰¹ In questo senso il tema si riassume ad un dibattito che già era sorto con riferimento agli artt. 4 d.l. 625/1979 e 630, co. 5 c.p., dal quale era emerso come punto fermo la comprensione all'interno dell'elemento dissociativo tanto di un comportamento soggettivo, inteso però non nei termini radicali di un allontanamento dall'ideologia terroristica ma semplicemente come un abbandono dello specifico gruppo criminale di appartenenza, quanto di una condotta oggettiva implicante la cessazione dal fornire contributo nei confronti della propria organizzazione mentre si erano registrate posizioni opposte in relazione alla sua natura di requisito autonomo rispetto alla collaborazione. RUGA RIVA C., *Il premio*, cit., 31 ss. Ad ogni modo, forse può sembrare meno complesso vedere nella dissociazione un *quid pluris* rispetto al mero contributo conoscitivo nell'ambito del fenomeno mafioso, in quanto appare agevole identificarlo nel recesso dall'associazione in sé, in modo da evitare di incentivare scelte compiute su mera base utilitaristica, tuttavia non si è mancato di porre luce sul fatto che la questione verrebbe a riproporsi di fronte al soggetto esterno all'organizzazione, il quale infatti si occupi esclusivamente di favorire le attività di quella senza divenirne membro attivo. CASELLI G.C., INGROIA A., *Normativa premiale*, cit., 210 ss.

che vedere la diminuita pericolosità come sua implicita conseguenza.³⁰²

Di fronte a queste premesse, ad ogni modo, la prospettiva di stimolo alla collaborazione si radicalizza profondamente con il d.l. 306/1992, nel quale, nello specifico, oltre a vedersi «*introdotti nell'ordinamento penitenziario inasprimenti per i mafiosi "irriducibili" e agevolazioni per i mafiosi "dissociati"*», si viene anche a configurare una tecnica normativa di matrice esclusivamente italiana che, al duplice scopo di assecondare le richieste, provenienti dalla magistratura inquirente impegnata nel contrasto della criminalità organizzata, di introdurre apposite cause di non punibilità per i collaboratori di giustizia e di evitare però di sollevare quelle critiche che si prevedeva si sarebbero levate di fronte alla scelta di perseguire ancora una volta una soluzione di tipo sostanziale, l'attenzione viene al contrario a riporsi sulla fase esecutiva della pena.³⁰³ In questo senso, infatti, a fianco alle più tipiche soluzioni sostanziale e processuale, l'una nelle mani al giudice per la determinazione dell' *an* del premio o del *quantum* della pena e l'altra, più attinente ai sistemi di *common law*, in quelle della pubblica accusa attraverso il ricorso ad espedienti procedurali, a venire qui in risalto è quella penitenziaria che, riservata alle valutazioni del magistrato di sorveglianza³⁰⁴ e già percorsa in termini rieducativi con la l. 354/1975, assume una connotazione ancora nuova, emblematicamente racchiusa nella definizione di "doppio binario".³⁰⁵ Precisamente, essa si caratterizza, da una parte, per la previsione di un regime di particolare favore riservato a coloro i quali rientrano nella speciale categoria dei collaboratori di giustizia,³⁰⁶ ai quali si assicura infatti, tramite l'art. 13 *ter*, co. 2 l. 82/1991,³⁰⁷ la possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione a prescindere

³⁰² CASELLI G.C., INGROIA A., *Normativa premiale*, cit., 201.

³⁰³ CASELLI G.C., INGROIA A., *Normativa premiale*, cit., 216.

³⁰⁴ La ricostruzione qui seguita è quella proposta da RUGA RIVA C., *Il premio*, cit., 26 ss.

³⁰⁵ MUSUMECI C., PUGIOTTO A., *Gli ergastolani*, cit., 149.

³⁰⁶ Intesi, stando all'art. 9 d.l. 8/1991, come quelle «*persone esposte a grave e attuale pericolo per effetto della loro collaborazione o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio*» lì dove accusate di uno dei reati per cui l'art. 380 c.p.p. prevede l'arresto in flagranza, oltre che i loro prossimi congiunti, i conviventi o coloro i quali possano trovarsi in tale condizione stanti le loro relazioni con tali soggetti.

³⁰⁷ Introdotto dall'art. 13, co. 2 d.l. 306/1992. Sulla base di questo articolo si poteva quindi giungere sino all'estremo di concedere sin da subito e, comunque, a prescindere da un previo vaglio di raggiunta risocializzazione, anche l'affidamento in prova al servizio sociale ai collaboratori di giustizia condannati per reati particolarmente gravi, a prescindere da ogni limitazione si cui all'art. 47 o.p.

da qualunque preclusione temporale altrove contemplata e, dall'altro, si incentiva la cooperazione del detenuto tramite l'introduzione di ostacoli al trattamento penitenziario nei confronti del reticente, inserendo in questo senso l'art. 58 *ter* o.p. che, se comunque modellato anch'esso sull'art. 4 d.l. 625/1979, elimina completamente il riferimento alla dissociazione, aderendo quindi a quella dottrina che la considerava elemento non autonomo e, anzi, fuorviante a causa della sua indeterminatezza, oltre a considerare l'adoperarsi per scongiurare gli effetti ulteriori del reato semplicemente come atteggiamento alternativo all'apporto contributivo rivolto all'autorità giudiziaria o di polizia, al punto da potersi desumere con tutta evidenza l'abbandono della prospettiva risocializzante.³⁰⁸ Ad ogni modo, se con l'abrogazione dell'art. 13 *ter* l. 82/1991 da parte della l. 45/2001, si è assistito, almeno parzialmente, all'attenuazione dell'estrema polarità appena descritta, fondandosi infatti ora il regime di favore per i collaboratori di giustizia su quanto disposto all'art. 16 *nonies*, co. 4 l. 82/1991, il quale ammette che si possa derogare alle generali regole vigenti in materia di benefici penitenziari nei confronti di questi pur sempre dopo che essi abbiano scontato almeno una parte della propria pena in stato di reclusione e, comunque, solo di fronte ad un provato «ravvedimento»,³⁰⁹ è anche vero che la stessa Corte Costituzionale si era sempre mostrata propensa a salvarne l'essenza, intervenendo infatti, con le pronunce n. 357 del 1994 e n. 68 del 1995, in materia collaborazione inesigibile ed impossibile rispetto allo standard di cui all'art. 58 *ter* o.p., solo su quegli estremi capaci di rendere la disciplina manifestamente insostenibile, senza quindi esprimersi sulla portata più generale della disposizione.³¹⁰

Delineato così lo schema entro cui il legislatore si era mosso nei primi anni '90 e che lo stesso continuava comunque a tenere fermo anche prima dell'ordinanza n. 97 del

³⁰⁸ RUGA RIVA C., *Il premio*, cit., 340 ss. L'Autore mette infatti in evidenza come la disciplina che viene a delinarsi di fatto preferisca seguire, nell'attribuire le misure alternative alla detenzione, l'ottica della «oggettiva collaborazione» in luogo quella di «prognosi favorevoli circa i progressi risocializzativi del collaboratore», sino a giungere al punto per cui, con l'art. 13 *ter* l. 82/1991, si stabilisce che la concessione di uno strumento giurisdizionale dipenda in gran parte da una misura prettamente amministrativa.

³⁰⁹ In particolare, vengono richiesti dalla norma l'espiazione di almeno un quarto della pena o, nel caso dell'ergastolo, il passaggio di almeno dieci anni, oltre all'importanza della collaborazione, al ravvedimento e alla predisposizione del verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione di cui all'art. 16 *quater* della stessa legge.

³¹⁰ RUGA RIVA C., *Il premio*, cit., 349.

2021, risultano sicuramente più comprensibili le critiche rivoltegli nel corso del tempo, da quelle più feroci, originate soprattutto dal descritto automatismo tra cooperazione e benefici, anche di non poco favore se si pensa all'affidamento in prova ai servizi sociali, così come risultante dall'articolo 13 *ter* l. 82/1991, tali per cui si era parlato di un sistema di «*vendita dell'indulgenza*»,³¹¹ a quelle invece che, preoccupate che un simile approccio possa, se proseguito fino ai suoi confini più estremi, modellare figure di collaboratori simili al *jail house informant* americano, hanno discorso di un «*incentivo alla delazione*» proveniente dall'art. 58 *ter* o.p.³¹² Si è infatti posto in evidenza, in quest'ultimo senso, che la formula adoperata dalla norma, non meglio specificando cosa si debba intendere per «*elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti o la cattura degli autori dei reati*», e, in particolar modo, non riferendo essa le informazioni da prestare agli eventi strettamente connessi allo specifico reato per il quale è stata emessa la sentenza di condanna, sembrerebbe celare una «*realtà inconfessabile*», tale per cui sarebbero sufficienti a corroborare il modello anche voci riferite o confidenze ricevute, a discapito dunque della protezione del diritto di difesa per i soggetti così esposti alla «*ubiquità della delazione*». Insomma, pur entro la diversa cornice processuale segnata dai poteri meno ampi del pubblico ministero italiano rispetto al *public prosecutor* statunitense, la logica perseguita nel nostro Paese nell'ambito della criminalità organizzata sembra riecheggiare quel sistema predisposto negli U.S.A. per coloro i quali intraprendano con lo Stato un vero e proprio rapporto contrattuale costituito dalla ricezione di benefici a fronte della raccolta passiva di notizie provenienti dall'ambiente

³¹¹ MOCCIA S., *La perenne em.*, cit., 110 ss. Secondo l'Autore, infatti, tale strategia non risponde che ad un'ottica di «*mero scambio tra Stato e reo, fondata sulla sola utilità reciproca*», senza contare che il pericolo insito nell'eccessiva dilatazione del sistema premiale, lì dove questo viene separata dal rispetto dell'art. 27, co. 3 Cost., è quello di una «*caduta in termini di comprensibilità dell'intero messaggio sui valori che deriva dal sistema nel suo complesso*» in quanto suo punto di approdo diviene il totale svincolamento della pena all'entità dell'offesa arrecata.

³¹² BERNASCONI A., *La collaborazione*, cit., 123. Si tratta comunque di una dinamica che era stata precedente colta, concentrandosi sull'identica espressione usata dall'art. 630, co. 5 c.p. in relazione alla richiesta al collaborante di evitare «*conseguenze ulteriori*» del reato, senza poi identificarle come «*dannose*» o «*pericolose*» come accade invece, ad esempio, all'art. 62 n. 6 c.p.: si era infatti letto qui un indice dell'interesse del legislatore a che l'attività in oggetto potesse interessare anche eventuali accadimenti successivi concernenti l'attività dell'organizzazione criminale in sé, a prescindere dalla loro immediata derivazione dalla condotta oggetto della condanna. PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 202.

carcerario.

Ciò che emerge, in definitiva, è che la scelta di privilegiare proprio l'elemento collaborativo non nasce, con tutta evidenza, da una volontà di dare attuazione al precetto rieducativo, in quanto quest'ultimo ha, anzi, una natura fortemente disomogenea rispetto al primo, caratterizzandosi la cooperazione per una connotazione puramente fenomenica ed esteriore e appartenendo, al contrario, la risocializzazione ad una «*dimensione squisitamente interiore*», motivo per cui la pretesa di una reciproca implicazione non può che nascere da premesse insostenibili sul piano logico.³¹³ A ben vedere, dunque, la finalità perseguita dal legislatore andrebbe anzi ricercata nell'ambito delle pure esigenze di politica criminale, al punto che il momento esecutivo della pena arriva a perdere la propria finalità specialpreventiva, sia positiva che, di fronte a casi di pericolosità sociale, negativa, per divenire al contrario «*strumento di orientamento [...] verso scelte di collaborazione con la giustizia*»³¹⁴ o, detto altrimenti, «*ingranaggio "attivo" dell'azione investigativa*».³¹⁵ A questo punto, di conseguenza, adottare una prospettiva conforme al dettato costituzionale significa rendersi conto del fatto che lì dove si scelga di subordinare uno degli strumenti cardine della libertà personale qual è, specialmente, la liberazione condizionale, a determinate condizioni, non solo queste devono poter essere soddisfatte in maniera libera dall'individuo, evitando quindi di porlo di fronte alla «*scelta tragica*» tra la prospettiva del ritorno in società e quella della sicurezza per i propri cari, così come descritta dall'ordinanza n. 97 del 2021, ma esse devono comunque anche essere coerenti con il fine stesso della misura e volte, cioè, a realizzare il percorso rieducativo del condannato.³¹⁶

2.3 La non collaborazione come espressione del *nemo tenetur se detegere*

³¹³ DELLA CASA F., *Recenti modificazioni*, cit., 124.

³¹⁴ GREVI V., *Premessa a L'ordinamento penit.*, cit., 14.

³¹⁵ DELLA CASA F., *Recenti modificazioni*, cit., 117. Similmente si esprime anche CREMONESI L., *La Consulta "stoppa" la rieducazione*, in *Diritto e Giustizia*, 2003, 19, 15; in particolare, stando alle parole dell'Autore, tenere in considerazione l'elemento collaborativo di cui all'art. 58 *ter* o.p., identificandosi esso in un'espressione di politica criminale e non in un «*indice che individua la tipologia di trattamento da osservare per rieducare un soggetto*», non può certo considerarsi operazione sufficiente per il corretto inquadramento del soggetto entro i margini della pericolosità sociale, motivo per cui questo sarebbe capace di assumere valore determinante solo laddove accompagnato anche da elementi ulteriori, cosicché sia possibile rispecchiare, tramite l'analisi cumulativa dei fattori, «*la realtà dei fatti*».

³¹⁶ GIOSTRA G., *Verso un'incostituzionalità*, cit., 38.

Nel passare in rassegna le principali criticità determinate dalla disciplina dell'ergastolo ostativo, l'attenzione non può che ricadere, come parte della dottrina ha cercato in più occasioni di mettere in luce,³¹⁷ nel difficile rapporto intercorrente tra l'art. 4 *bis* o.p. e la tutela del diritto al silenzio, inteso come espressione della garanzia di difesa di cui all'art. 24, co. 2 Cost. Si tratta, ad ogni modo, di una questione che l'ordinanza n. 97 del 2021 Corte Cost., forse anche in quanto non espressamente sollecitata in tal senso dal ricorrente,³¹⁸ mette a fuoco solo con un accenno molto sbrigativo alla possibilità che, lì dove posto davanti all'alternativa tra la collaborazione e la pena perpetua, il condannato preferisca sottoporsi alla seconda in modo da evitare il pericolo di incriminare sé o altri per fattispecie criminose non ancora emerse all'attenzione della pubblica autorità. Tuttavia, ancora una volta, diviene necessario ribadire il rapporto di stretta continuità che unisce la pronuncia del 2021 con Corte Cost., sent. n. 253 del 2019 alla quale quindi, proprio per essersi più lungamente soffermata sulla sostenibilità del regime preclusivo derivante dalla disciplina di cui all'art. 4 *bis* o.p., diviene imprescindibile guardare nel momento in cui si intenda iscrivere l'analisi dell'istituto entro uno scenario più globale. È infatti esaminando questa che si può rilevare come il problema del rispetto della libertà di non collaborare

³¹⁷ Si vedano in questo senso EUSEBI L., *Ergastolano "non collaborante"*, cit., 1222, RUOTOLO M., *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Il fine e la fine*, cit., 35 o MUSUMECI C., PUGIOTTO A., *Gli ergastolani*, cit., 97 ss.

³¹⁸ A ben vedere, comunque, la mancanza di stimoli in tal senso va pur sempre circostanziata, in quanto, se è vero che non è riscontrabile alcun riferimento all'art. 24, co 2 Cost. all'interno di Cass. Pen., I sez., ordinanza di rimessione n. 18518 del 2020 e che quindi la Consulta non poteva certo dirsi necessariamente tenuta a valutare anche tale profilo, resta pur sempre il fatto che una simile opportunità era stata delineata da parte dell'associazione Antigone, nella persona del suo presidente Patrizio Gonnella, la quale era infatti intervenuta sulla base del neo introdotto art. 4 *ter* delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, a titolo di *amicus curiae*. In tale contesto, nello specifico, l'interveniente aveva ritenuto opportuno tentare di «portare elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso», occupandosi così di alcune problematiche emergenti dall'art. 4 *bis* o.p., tra cui proprio quella del *nemo tenetur prodere se ipsum*, definita appunto come principio di civiltà ed espressione della presunzione di innocenza. L'operazione andrebbe quindi letta in relazione agli obiettivi di trasparenza e dialogo di una riforma che, volendo dare legittimazione giuridica alle opinioni avanzate dalle formazioni sociali e che, pur traduzione di una prassi già conosciuta all'interno dei giudizi di fronte al Giudice delle Leggi, era stata accolta dalla stampa come segno di un «processo costituzionale più aperto», anche se rimane sullo sfondo la mancata attenzione rivolta dalla Corte alla presente memoria. LECIS A.M., *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Dir. Comp.*, 2020.

sia stato connesso al più ampio diritto di tacere anche da parte della stessa Consulta, la quale ha specificamente rilevato che, di fronte al regime dell'ergastolo ostativo, il principio processuale del *nemo tenetur se detegere* finisce per assumere in fase esecutiva una connotazione totalmente opposta, in termini tanto di *carceratus tenetur alios detegere*, quanto di invito all'autoincriminazione, intendendosi questi come condizioni per l'accesso all'«ordinario regime dei benefici penitenziari». Ad ogni modo, la decisione assunta dalla Corte nel 2019 non può in realtà dirsi il primo episodio in cui questa sia stata posta di fronte alla questione della sostenibilità del regime dell'ergastolo ostativo sotto il profilo dell'art. 24 Cost. in quanto, tutto al contrario, alcune perplessità in merito erano già sorte nell'ambito della sent. n. 306 del 1993; tuttavia la distanza tra le due pronunce è massima, soprattutto lì dove si consideri l'insoddisfacente soluzione di cui al primo intervento,³¹⁹ nel quale, di fatto ribaltando la normale logica derivante dai criteri di gerarchia delle fonti normative, si era invero sostenuto che il diritto di difesa nascesse di per sé come circoscritto entro i limiti stabiliti dalla legge sostanziale nell'ambito delle diverse politiche statuali perseguite nel corso del tempo.³²⁰

Prima di soffermarsi sull'importanza che può rivestire il confrontarsi nella presente dinamica, oltre che con il tema delle presunzioni assolute e con quello della *ratio* sottesa alla scelta dell'elemento collaborativo, con le specificità del diritto a non autoincriminarsi, risulta comunque opportuno dare brevemente conto sia dell'ampio numero di istituti tramite cui esso viene tradizionalmente ricostruito, sia della centralità che assume tanto all'interno dell'ordinamento italiano quanto in quello europeo, in modo da comprendere come possa giocare un ruolo anche nelle scelte legislative di modifica dell'art. 4 *bis* o.p. In questo senso, partendo dal primo profilo, è evidente come la dottrina tenda, al di là che tramite il riferimento, pur sempre essenziale, all'art. 24, co. 2 Cost., a scorgere il principio del *nemo tenetur se detegere* in un notevole numero di casi, tanto da ergerlo a vera e propria linea guida del sistema, intrinsecamente legato per

³¹⁹ In questi termini si esprime VARRASO G., *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 bis ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, in *Giustizia Penale*, 2004, 86.

³²⁰ MUSUMECI C., PUGIOTTO A., *Gli ergastolani*, cit., 99 ss. Come pone in luce l'Autore, infatti, si tratta di una conclusione per nulla convincente, soprattutto lì dove si tenga conto che il principio di legalità costituzionale imporrebbe un «rapporto gerarchico esattamente capovolto», in cui sia «la regola (legislativa) a dover cedere il passo al principio (costituzionale). Non viceversa.».

di più alla scelta, a monte, di un processo penale di stampo accusatorio, nel quale è infatti il pubblico ministero, in quanto esclusivo titolare dell'azione penale e calato nel ruolo di parte, ad essere chiamato a raccogliere gli elementi necessari per la costruzione dell'accusa, lasciando invece all'imputato l'onere che più propriamente gli appartiene, ossia quello di difesa.³²¹ Entrando nel dettaglio, tra le fattispecie in questione si annoverano, per citarne alcune tra le principali, quelle di cui agli artt. 63 e 64, co. 3 c.p.p., la prima in merito alla libertà delle scelte difensive da parte del non indagato o non imputato dalle cui affermazioni emergano «*indizi di reità*» e la seconda invece riferita più specificamente alla fase dell'interrogatorio.³²² Nella stessa direzione si pongono poi l'art. 198, co 2 c.p.p., rivolto al particolare caso del testimone, al quale non può chiedersi di deporre su fatti da cui si potrebbe ricavare una sua responsabilità penale,³²³ e la seconda proposizione dell'art. 274, co. 1 lett. a) c.p.p., così come aggiunta, più in termini di «*norma bandiera*» che di effettiva riforma sistematica, nel 1995, proprio per tentare di arginare i tentativi strumentali della giurisprudenza di aggirare il diritto al silenzio attraverso un uso improprio delle misure cautelari.³²⁴ Tenendo quindi ferma tale ricostruzione, al principio è stata poi riservata, da parte della Corte di Cassazione, una posizione di sempre maggiore pregnanza nell'ambito del rispetto dei valori ordinamentali di libertà e democrazia, tanto che, volendo ricollegare la facoltà di non rispondere all'interrogatorio e di collaborare con l'autorità giudiziaria da parte del soggetto indagato o imputato alla necessità di rispettare la «*dignità dell'uomo*» così come l'«*intangibilità della sua psiche*», si è affermato che di fronte ad essa sarebbe destinato a cadere anche l'«*interesse pubblico alla repressione dei reati ed alla scoperta del colpevole*».³²⁵ Ancora, una simile posizione è stata recentemente assunta anche nel contesto dell'Unione Europea, in cui la direttiva 343/2016, emanata al precipuo scopo del «*rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*», non ha mancato di sostenere il divieto, all'interno dei singoli stati membri, di prevedere trattamenti

³²¹ BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, Vicenza, 2020, 46.

³²² BARGIS M., *Compendio*, cit., 86.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ BARGIS M., *Compendio*, cit., 340.

³²⁵ Cass. pen., II sez., sent. n. 1428 del 1996.

deteriori per indagati o imputati silenti.³²⁶

A questo punto, collocare una giurisprudenza tanto solida all'interno della tematica dell'ergastolo ostativo significa innanzitutto mettere in discussione, una volta stabilito che la cooperazione del condannato non necessariamente può dirsi «libera»,³²⁷ il secondo termine con cui la sent. n. 135 del 2003 Corte Cost. aveva indirizzato l'istituto, ossia quello di «scelta», mettendo cioè in luce come l'atteggiamento di un soggetto posto di fronte all'alternativa tra l'applicazione delle regole penitenziarie ordinarie e costituzionalmente garantite, con la conseguente possibilità di sperare in una futura riammissione al vivere sociale e la condanna al “fine pena mai”, lungi dal rappresentare l'espressione di una preferenza, si tradurrebbe di fatto in una imposizione.³²⁸ Tutto al contrario, però, non è stata questa l'impostazione seguita dalla Suprema Corte lì dove chiamata a prendere posizione sul punto, la quale ha anzi in più occasioni sostenuto l'impossibilità di applicare il principio del *nemo tenetur se detegere* alle controversie nascenti durante la fase esecutiva, relegandolo in tal modo al solo momento cognitorio precedente e portando a sostegno della propria posizione l'asserita assenza di ricadute accusatorie in un momento nel quale, con l'assunzione da parte del giudicato del carattere di intangibilità, non si potrebbero ormai più produrre conseguenze dannose in capo al condannato.³²⁹ Di fronte ad una simile giustificazione, a prescindere dal semplice dato di fatto che la disciplina stessa dell'ergastolo ostativo costituisce in sé proprio un'esemplificazione delle differenze di trattamento determinate dal mancato apprezzamento del diritto al silenzio in sede penitenziaria, l'asserzione della Corte presenta due evidenti profili di debolezza. A venire qui in evidenza, *in primis*, è l'insostenibilità della tesi dal punto di vista della coerenza sistematica, soprattutto se confrontata con quanto disposto all'art. 197 *bis*, co. 4 c.p.p. in materia di

³²⁶ GONNELLA P., *Nessuno può essere obbligato ad auto-accusarsi*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Il fine e la fine*, cit., 159.

³²⁷ Il riferimento è qui alle argomentazioni svolte al paragrafo 2.1 del presente capitolo in merito alla possibilità che le ragioni della non collaborazione vengano a collocarsi in fattori altri rispetto alla persistenza di legami con la criminalità organizzata, venendo anzi ad incidere sulla possibilità di operare la scelta della cooperazione in maniera affettivamente autonoma.

³²⁸ RUOTOLO M., *L'ergastolo*, cit., 35. Stando alle parole dell'Autore si tratterebbe, più radicalmente, di una «coartazione della libertà di autodeterminazione o della libertà morale del condannato». A parlare, quasi in via di ossimoro, di «"scelta" imposta» è WOODCOCK H. J., *Qualche considerazione sulla recente pronuncia delle Corte Costituzionale in materia di "ergastolo ostativo"*, in *Quest. Giust.*, 2021.

³²⁹ Così, per citarne una, Cass. Pen., I sez., sent. n. 45978 del 2012.

procedimenti connessi o per reati collegati, con cui si permette a colui che abbia, nel procedimento nel quale era coinvolto in prima persona, sempre negato la propria colpevolezza o, similmente, preferito tacere, di derogare al normale obbligo di verità testimoniale *ex art. 198, co. 1 c.p.p.* e quindi di non deporre per gli stessi fatti in seno ad un processo altrui, pur se ormai le responsabilità del non collaborante siano state completamente e definitivamente accertate.³³⁰ *In secundis*, anche volendo tenere ferma la collocazione del diritto di tacere nel solo specifico ambito del processo di cognizione, a mostrare una scarsa solidità è lo stesso presupposto dal quale gli Ermellini prendono le mosse, ossia la convinzione per cui il regime derivante dall'art. 4 *bis* o.p. non avrebbe implicazione che in relazione alla fase di espiazione della pena. Esaminando infatti l'imputato gli scenari che gli si presentano davanti una volta che egli si trovi a prendere parte ad un giudizio dal quale risulti come plausibile una sua condanna in termini di ergastolo ostativo, è chiaro che la stessa elaborazione delle strategie difensive risulta contaminata, non potendo che tenere conto delle conseguenze che si verrebbero a produrre *ex post* ed orientandosi sin da subito verso la collaborazione.³³¹ Insomma, quanto emerge in via conclusiva è l'inammissibilità, anche sotto il profilo delle garanzie processuali, della disciplina emergente dall'art. 4 *bis* o.p., il quale viene infatti ad identificarsi in una «*sanzione per la condotta processuale pregressa, ancorché legittima e garantita*».³³²

2.4 La disparità di trattamento del reticente: art. 4 *bis* o.p. e art. 384, co. 1 c.p.

³³⁰ In questo senso si esprimono sia DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo non tende*, cit., 1502 che BONTEMPELLI M., *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborazione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2017. 4, 1529 ss. Per di più il secondo si spinge anche oltre, nel tentativo di ricerca di un fondamento autonomo da attribuire al diritto al silenzio in fase di esecuzione della pena, riscontrandolo così non tanto, come invece generalmente avviene, nella presunzione di innocenza, ormai di fatto già superata di fronte ad una condanna irreversibile, bensì nel diritto alla rieducazione del condannato, il quale si identifica invero come colui il quale si allontana progressivamente dal reato posto in essere in modo da non doversi più identificare con esso. Per quanto riguarda, ad ogni modo, la collocazione anche dell'art. 197 *bis*, co. 4 c.p.p. all'interno della più ampia tutela assicurata dal principio del *nemo tenetur se detegere*, essa è stata confermata anche da Corte Cost., sent. n. 456 del 2007.

³³¹ DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo non tende*, cit., 1502. In particolare, sono emblematiche le parole dell'Autore lì dove scrive: «*il diritto di difesa appare vulnerato in tutte le fasi del procedimento: dunque, già prima della pronuncia della condanna definitiva*».

³³² MUSUMECI C., PUGIOTTO A., *Gli ergastolani*, cit., 98.

Se la breve ricostruzione dei profili di incostituzionalità derivanti dalla disciplina di cui all'art. 4 *bis* o.p. così come emergente dalla lettura effettuata dalla Consulta nell'ordinanza n. 97 del 2021 imporrebbe di concludere qui la disamina, risulta comunque opportuno dar conto, in via conclusiva, di alcuni ulteriori aspetti critici ad essa connessi e posti in luce nel corso del tempo da più voci in ambito dottrinale, soprattutto in vista di un loro apprezzamento in sede di confronto tra le proposte di modifica del sistema vigente e i limiti costituzionali a monte. In questo senso assume un ruolo centrale la relazione allegata dalla Commissione Palazzo alla pur fallita proposta di riforma del 2013, la quale viene di fatto a configurare una sorta di compendio dei principali motivi di discussione suscitati dall'istituto dell'ergastolo ostativo, anche in quel caso decritti allo scopo tanto di supportare l'iniziativa intrapresa quanto di costituire una barriera da superare per poter portare avanti un progetto davvero significativo in termini di garanzie da offrirsi ai cittadini e, nello specifico caso, ai detenuti. Tra i motivi così individuati, cercando comunque di non allontanare la discussione dal solco tracciato dall'ord. n. 97 del 2021 e dalla sent. n. 253 del 2019, si può notare come in tale relazione si sia voluto non solo dare spazio alla ricostruzione della non collaborazione *ex art. 58 ter* o.p. come espressione del diritto a non autoincriminarsi ma anche come facoltà di non coinvolgere soggetti terzi, magari a sé cari, nella dinamica processuale, evitando quindi di cadere nella summenzionata «ubiquità della delazione». In questo senso, infatti, il ragionamento si è rivolto alla disparità di trattamento che si verrebbe a generare tra le situazioni rientranti nell'art. 4 *bis* o.p. e quelle invece protette dall'art. 384, co. 1 c.p., descritta infatti in termini di una «irragionevole disarmonia». Occupandosi invero la seconda disposizione di escludere dalla punibilità comportamenti altrimenti considerati meritevoli di integrare reati contro l'amministrazione della giustizia³³³ in quanto l'autore ne sia stato «costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un proprio congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore», sorge spontanea la discrasia tra lo spiccato interesse del Codice Rocco per la tematica e la totale indifferenza da parte

³³³ In particolare, il riferimento è ad un ampio spettro di delitti concernenti la regolarità del procedimento penale, da quelli suscettibili di compromettere il suo sorgere, con riferimento ad esempio alla omissione di denuncia da parte dei soggetti giuridicamente tenuti a questa *ex artt. 361, 362 e 363 c.p.* a quelli che si collocano nelle fasi processuali più avanzati, guardando in questo senso, per citarne uno, al reato di falsa testimonianza *ex art. 372 c.p.*

dell'Ordinamento Penitenziario per la stessa. Come è stato autorevolmente notato, infatti, l'opzione legislativa posta a fondamento dell'art. 384 c.p., con l'obiettivo di «*tutelare la lealtà e la fedeltà dell'individuo alla famiglia, in quanto primigenia società intermedia tra la persona e lo Stato*», comporta di fatto una compressione non certo marginale all'interno di un settore fondante per l'ordinamento giuridico nel suo complesso,³³⁴ la quale impedisce il regolare svolgimento dei processi secondo le normali regole giudiziarie. In questo senso, quindi, la norma del Codice Penale risulta avere un effetto certo ben più incisivo rispetto a quanto contraddistingue invece la scelta di sanzionare la mancata collaborazione, magari proprio votata alla protezione di sé o dei prossimi congiunti, da parte del detenuto *ex art. 4 bis o.p.*, in quanto essa nasce al contrario con il mero intento di perseguire finalità di politica criminale e non quindi con quello di proteggere un bene giuridico quale l'amministrazione della giustizia; eppure è solo in relazione a quest'ultima che l'ordinamento non presta alcuna garanzia.³³⁵

Ad ogni modo, l'incoerenza risultante dal confronto tra l'art. 4 *bis o.p.* e l'art. 384 c.p., per quanto fondata, nella descrizione fornita dalla Commissione Palazzo del 2013, sulla comunanza, nelle due ipotesi, di «*ragioni di inesigibilità*» e, quindi, sulla collocazione della causa di non punibilità di cui al Codice Penale all'interno delle ipotesi di esclusione della colpevolezza, condivisa in sé da buona parte della dottrina³³⁶ ma pur attraversata ancor oggi da alcuni dubbi interpretativi a proposito del suo inquadramento sistematico all'interno della generale teoria del reato,³³⁷ prescinde in

³³⁴ PISANI M., *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959, 246.

³³⁵ EUSEBI L., *Ergastolano "non collaborante"*, cit., 1223.

³³⁶ PIFFER G., in DOLCINI E., GATTA G. L., *Codice penale commentato*, II, Vicenza, 2021, 1785.

³³⁷ In particolare, due sono state le tesi che tradizionalmente hanno animato la discussione a proposito della collocazione dell'art. 384, co. 1 c.p. all'interno della sistematica del reato, dividendo infatti la dottrina tra chi vedeva in questa una causa di giustificazione, nello specifico relazionata allo stato di necessità *ex art. 54 c.p.*, o in termini di interpretazione estensiva delle ragioni di questa o, addirittura, di una sua stessa tipizzazione nel contesto dei reati contro l'amministrazione della giustizia e chi invece ne coglieva la natura soggettiva di causa di esclusione della colpevolezza. Secondo i primi, tra cui PISANI M., *La tutela penale*, cit., 240 ss. e MIRTO V., *Estensione specifica dello stato di necessità*, in *Giust. Pen.*, 1937, 2, 1009, una simile posizione si giustificerebbe, oltre che partendo dalla lettera dell'articolo, quasi ricalcante le espressioni di cui all'art. 54 c.p., anche in termini di una scelta compiuta dall'ordinamento e volta a bilanciare le esigenze dell'istituzione familiare con quelle di matrice statale. Ad ogni modo, pur dove si volesse ammettere come plausibile una simile *ratio* nella mente del legislatore del 1930, la dottrina attuale si mostra poco incline a ritenere che anche nel contesto attuale, di fronte alla perdita della centralità dei legami familiari, l'elemento familiare e

realtà della necessità di prendere posizione a favore dell'una o dell'altra tesi. Volendo infatti guardare anche alle affermazioni di quanti leggevano nella norma in esame una scriminante, rimane pur sempre il fatto che anch'essi ne cogliessero la *ratio* proprio nel «*dramma di coscienza*» che si sarebbe presentato al soggetto lì dove avesse dovuto scegliere tra la salvaguardia tanto delle proprie esigenze quanto della solidarietà familiare e il rispetto delle regole statuali,³³⁸ senza contare che la logica seguita da questi li portava di fatto a configurare un regime di tutela ancora maggiore per le condotte contrarie alle ragioni ordinamentali, le quali non potevano così nemmeno dirsi anti-giuridiche posto che, anzi, venivano a inquadrarsi sotto il profilo della liceità.

Per converso, un ruolo sicuramente più incisivo anche con riferimento alla materia dell'ergastolo ostativo viene di fatto ricoperto dalle discussioni sorte a proposito dei limiti applicativi connessi all'art. 384, co. 1 c.p. i quali, evidenziando in tal senso un atteggiamento di diffidenza da parte dell'ordinamento nell'accogliere casi di deroga alla necessità di garantire una giustizia efficace, in qualche modo riflettono quella stessa ottica che, amplificata dal contesto emergenziale dei primi anni '90, si cela similmente sotto l'art. 4 *bis* o.p. Due in particolare sono le tendenze, emerse soprattutto in ambito giurisprudenziale, che si collocano all'interno di tale dinamica, da un lato quelle critiche nei confronti della possibilità di estendere anche al convivente di fatto la causa di non punibilità in esame, leggendo cioè il riferimento al «*prossimo congiunto*», operato

quello ordinamentale si pongano su un piano di parità e di necessario reciproco bilanciamento, motivo per cui si preferisce invece optare per quella soluzione che fa dell'art. 384 c.p. una scusante, riconoscendo quindi nella condotta il sussistere del reato ma escludendone la punibilità in quanto la propensione a proteggere sé od altri sarebbe «*idonea ad alterare il processo di libera autodeterminazione del soggetto*». BENATO E., *L'applicabilità dell'art. 384, co. 1 c.p. al convivente more uxorio: analogia in bonam partem di una scusante, ma nessuna parificazione della convivenza di fatto al matrimonio*, in *disCRIMEN*, 2021, 11. D'altra parte, però, se la dottrina sembra oggi abbastanza concorde sul punto, maggiori perplessità si leggono invece sul fronte giurisprudenziale dove, se la recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 10381 del 2020 sembra risolvere la questione inquadrando l'orientamento favorevole a leggere un'esclusione dell'antigiuridicità nell'art. 384 c.p. come superato e preferendo quindi leggere nella disposizione un'esclusione della colpevolezza determinata da un «*procedimento motivazionale [...] "alterato"*», resta pur da considerare il fatto che la stessa VI sezione remittente aveva preferito, nell'identica occasione, non prendere posizione nell'adire la Corte, parlando quindi di una «*causa scriminante o scusante*», senza contare che lo stesso giudice di legittimità continuava nel 2009 a voler applicare alcuni elementi tipici dello stato di necessità proprio alle situazioni rientranti nella norma in questione, tra cui, nello specifico, la non volontaria causazione dell'evento. Così Cass. Pen., VI sez., sent. del 2009, Ranieri.

³³⁸ PISANI M., *La tutela penale*, cit., 244.

dall'art. 384 c.p. come un rimando all'elenco tassativo di cui all'art. 307, co. 4 c.p.³³⁹ e dall'altra, quelle che negano l'applicazione della fattispecie stessa alle ipotesi di familiari che nel caso concreto assumano il ruolo di persone offese, denuncianti o querelanti, riscontrando come base per la propria argomentazione l'impossibilità per gli stessi di astenersi dalle deposizioni *ex art.* 199 c.p. Se con riferimento alle prime, comunque, sembra possibile registrare un'inversione di tendenza da parte delle Sezioni Unite della Cassazione le quali, accogliendo gli orientamenti giurisprudenziali minoritari, sono giunte ad affermare l'opportunità di includere all'interno delle figure contemplate dall'art. 384 c.p. anche quella del convivente *more uxorio*,³⁴⁰ una simile operazione non si registra sul secondo fronte, dove anzi la Suprema Corte continua a dare una lettura restrittiva della scriminante.³⁴¹ Ecco allora che, non a torto, si è letta nell'atteggiamento degli Ermellini l'espressione di una «*malcelata diffidenza*», determinata nella specie da un'ottica puramente autoritaria e giustizialista pronta ad identificare nell'art. 384 c.p. un'«*aporia sistematica*»³⁴² capace di dare «*acquiescenza ai tristissimi fenomeni dell'omertà e del mendacio verso gli organi della Giustizia*».³⁴³ Insomma, ciò a cui si assiste è di fatto lo spostamento dell'attenzione, nelle pronunce del giudice di legittimità, dalla protezione della vittima alla tutela della funzione giurisdizionale in quanto di pertinenza statale, motivo per cui il perseguimento di questa legittimerebbe, salvo in tassative e poco tollerate circostanze, l'accantonamento di ogni altra esigenza di tipo personale o sociale. Mantenendo infine fermo il paradigma statale e sostituendo semplicemente le ragioni della giustizia con quelle di politica criminale, ne deriva in definitiva che mantenere la formulazione dell'art. 4 *bis* c.p. così

³³⁹ In questo senso, anche nella recente sent. n. 121 del 2004, si orienta da sempre la Corte Costituzionale mentre a livello giurisprudenziale si leggono posizioni discordanti tra orientamenti che, fautori della non estensibilità della causa di non punibilità al convivente *more uxorio*, privilegiano, oltre ad una interpretazione letterale del testo della disposizione, nel quale manca invero l'espressa ricomprensione del soggetto, la classificazione dell'operazione ermeneutica in termini di analogia, inapplicabile quindi alle norme di eccezione e filoni che, invece, sul presupposto della famiglia come «*formazione sociale in perenne divenire*», ritengono irragionevole l'esclusione del convivente di fatto dalla fattispecie. BENATO E., *L'applicabilità dell'art. 384*, cit., 3.

³⁴⁰ Corte Cass., Sez. Un., sent. n. 10381 del 2020.

³⁴¹ Così Cass. Pen., V sez., sent. n. 13529 del 2017.

³⁴² ESPOSITO A., *La Suprema Corte e la malcelata diffidenza verso l'art. 384 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 2017, 12, 4460.

³⁴³ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 2008, 568.

come si presenta attualmente significa, nei fatti, riproporre ancora una volta tale logica repressiva e poco coerente con le istanze democratiche di valorizzazione dell'individuo.

2.5 Il disincentivo alla rieducazione nell'inutilità della liberazione anticipata

Un ultimo non marginale aspetto nell'esame critico dell'art. 4 *bis* o.p. emerge con riguardo al profilo rieducativo della pena, il quale verrebbe infatti non solo ad essere precluso di fronte al condannato non collaborante, posto nell'impossibilità di accedere a quel percorso trattamentale che, stando alla sent. n. 274 del 1983 della Consulta, dovrebbe invece costituire il fulcro della disciplina penitenziaria, strutturata cioè in termini di progressività ed individualizzazione, ma risulterebbe addirittura disincentivato, non prevedendosi alcun corrispettivo a fronte degli sforzi risocializzativi posti in essere dal detenuto.³⁴⁴

Proprio in questo senso, allora, risulta poco coerente con il sistema così delineato la scelta del legislatore del 1992 che, in sede di conversione del d.l. 306/1992, aveva invece composto le diatribe sorte in relazione alla possibilità di applicare la misura della liberazione anticipata *ex art.* 54 o.p. alla versione originale dell'art. 4 *bis* o.p. in senso affermativo, esplicitando anzi la propria conclusione tramite la riformulazione della norma in esame. È pur sempre vero, infatti, che il regime derivante dal d.l. 152/1991 presentava alcuni elementi di dubbio proprio in relazione all'ampiezza del riferimento alle «*misure alternative alla detenzione previste dal capo VI*», tutte da ritenersi precluse al non collaborante, al punto che la dottrina, soprattutto confrontando il dato con la contraria tendenza all'elencazione tassativa emersa nei precedenti decreti-legge non approvati, aveva tentato comunque in più occasioni di dare una lettura della liberazione anticipata più o meno indipendente dai caratteri degli altri strumenti penitenziari, in modo da affermarne la concedibilità anche di fronte a casi di condanna all'ergastolo ostativo.³⁴⁵ Come già nel 1983, insomma, anche qui l'intento era chiaramente quello di riconoscere nel mezzo di cui all'art. 54 o.p. uno degli elementi essenziali nell'arginare i «*problemi di ingestibilità della situazione carceraria*»,

³⁴⁴ In questo senso si esprimono sia la relazione alla Commissione Palazzo del 2013 che Cass. Pen., I sez., ord. di rimessione 59 del 2018, su cui poi si è espressa in senso favorevole Corte Cost., sent. n. 253 del 2019.

³⁴⁵ A dare conto di tali sforzi ermeneutici è GUAZZALOCA B., *Profili penitenziari*, cit., 753 ss.

specialmente tenendo in considerazione la sua natura di intervento periodico e ravvicinato nel tempo, idoneo per questo a rammentare con frequenza al condannato l'utilità della sua partecipazione all'opera rieducativa.³⁴⁶ Effettivamente, è proprio questa la direzione che più volte il Tribunale di Sorveglianza di Ancona aveva cercato di intraprendere con le sue istanze di rimessione alla Corte Costituzionale³⁴⁷ che, pur non fatte oggetto di approfondita analisi da parte di quest'ultima, si rivelavano invece di non poco valore nell'insistere sulla «*valenza di incentivo pedagogico proprio della riduzione di pena per liberazione anticipata*». Per questo motivo, dunque, una volta specificamente indicata all'interno dell'art. 4 bis o.p. la possibilità per il condannato di accedere allo strumento premiale, è evidente che la dottrina non poteva che accogliere con favore l'opzione normativa, quasi in termini di apertura della disciplina dell'ergastolo ostativo alla rieducazione,³⁴⁸ senza contare che la stessa Corte Costituzionale, con la sent. n. 306 del 1993, trovava proprio nell'applicabilità dell'art. 54 o.p. una delle ragioni in base delle quali sarebbe stato possibile salvare la disciplina anche dal punto di vista delle garanzie costituzionali.

Tuttavia, se pur ad un primo sguardo si tratti di posizioni in sé condivisibili, lo scenario muta radicalmente lì dove ci si renda conto che la novità introdotta nel 1992 si innesta in realtà in un sistema talmente repressivo al punto che essa verrebbe a perdere qualunque sua efficacia sul piano trattamentale, motivo per cui si è recentemente giunti a parlare della liberazione anticipata come misura «*astrattamente concedibile ma praticamente inutile*» nell'ambito dell'art. 4 bis o.p.³⁴⁹ Seguendo la stessa direttrice, inoltre, la stessa è stata similmente descritta come una «*monade costituzionalmente disorientata*», eccentrica rispetto alla disciplina nella quale è calata³⁵⁰ in quanto

³⁴⁶ FASSONE E., *Riduzioni di pena*, cit., 61.

³⁴⁷ Tra cui Trib. di Sorv. di Ancona, ord. n. 201 del 1992 e Trib. di Sorv. di Ancona, ord. n. 240 del 1992.

³⁴⁸ Così GUAZZALOCA B., *Profili penitenziari*, cit., 757, il quale parla di un «*oltremodo opportuno [...] cambiamento di rotta*». Non si esprime poi diversamente nemmeno CARACENI L., in DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario*, cit., 50, la quale definisce infatti la disciplina in termini di «*valvola di sfogo per garantire la compatibilità dell'intera disciplina con l'art. 27 co. 3° Cost.*».

³⁴⁹ FIORENTIN F., *Diritto alla pena giusta*, in GAITO A., *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, 650.

³⁵⁰ MUSUMECI C., PUGIOTTO A., *Gli ergastolani*, cit. 81 ss. Tre in particolare sono, a detta dell'autore, i caratteri imputabili alla liberazione anticipata di cui all'art. 4 bis o.p.: l'inutilità per quanto concerne la sua influenza nei tempi e nei modi della detenzione, l'assenza di scopo

chiamata ad assolvere al precetto rieducativo senza di fatto poter veramente avvicinarsi a questo non appena si consideri che, essendo essa funzionale ad avvicinare temporalmente al condannato dei benefici che però gli sono interdetti in via assoluta ed automatica, il risultato è quello di un suo totale svilimento. Ecco allora che, in definitiva, anche di fronte a quelle che potrebbero apparire come delle opportunità di temperamento dell'eccessiva rigidità delle preclusioni ad esso connesse, il regime dell'ergastolo ostativo conferma invece la mancanza di qualunque strumento di tutela preposto nei confronti di chi, per l'una o per l'altra motivazione, ritenga di non aderire alla logica statutale di strenua ricerca del "nemico", divenendo anzi esso stesso tale.³⁵¹

nell'ottica del reinserimento in società e l'eccentricità in quanto privata del necessario accordo con le altre tappe del percorso trattamentale.

³⁵¹ ESPOSITO A., *La Suprema Corte*, cit., 4460. In questo senso, infatti, il riferimento alla pur di sovente criticata teoria del Jakobs mostra alcuni spunti di riflessione da non trascurare lì dove si riscontri proprio nel condannato non collaborante quella non-persona nei confronti della quale si assiste alla totale privazione delle garanzie, giustificata in particolare dalla necessità di impedirle la distruzione dell'ordinamento giuridico. PUCA R., *La teoria del diritto penale del nemico di Günter Jakobs tra funzionalismo luhmanniano e populismo penale*, in *Antigone*, 2020, 2, 233. Di conseguenza, la logica sottesa all'art. 4 bis o.p. è stata letta in chiave «neoretribuzionistica» in quanto «mirante all'annientamento di un presunto "nemico"» da WOODCOCK H. J., *Qualche considerazione*, cit.

CAPITOLO TERZO

VERSO IL TRAMONTO DELL'ERGASTOLO OSTATIVO?

1. I considerato n. 9 e n. 10 dell'Ordinanza: l'opportunità di lasciare uno spazio alla discrezionalità del legislatore

Tornando a focalizzare l'attenzione sull'ord. n. 97 del 2021 Corte Cost., questa, dopo aver posto in luce le gravi violazioni del dettato costituzionale derivanti dall'attuale disciplina dell'art. 4 *bis* o.p., subisce però quello che è stato più volte definito un «colpo di freno»,³⁵² stabilendo cioè l'inopportunità di pronunciare una sentenza definitiva sul punto, in modo da lasciare che sia il Parlamento, ritenuto sede a ciò più consona, a definire, entro il termine di un anno, il corretto regolamento degli interessi in gioco, salvo poi prevedere di riportare su di sé la questione nel caso di inerzia legislativa. Le ragioni poste dalla Consulta a sostegno della propria scelta sono molteplici, a partire dalla ripresa delle conclusioni emerse in sede alla Corte EDU nel contesto della sentenza Viola c. Italia, in cui infatti, pur nelle forme non vincolanti di una suggestione, si era indicata la preferenza della sede legislativa per porre fine al «*problème structurel*» dell'ergastolo ostativo. In questo senso, per di più, il Giudice delle Leggi evidenziava, al momento dell'emanazione della propria ordinanza, la sussistenza di una serie di atti capaci di far pensare ad una concreta attenzione, proveniente da più fronti, verso prospettive di riforma del sistema, tra cui annoverava appunto una proposta di legge già presentata,³⁵³ la predisposizione, da parte dell'apposita commissione di inchiesta parlamentare, di un resoconto allo scopo di considerare le conseguenze ricavabili dalla sent. n. 253 del 2019³⁵⁴ e l'individuazione di

³⁵² Così DOLCINI E., *Fine pena*, cit., 27 e MANNA A., *Ergastolo, ergastolo ostativo CEDU e Costituzione: cronaca di un dialogo mai interrotto, ma pieno di asperità*, in *Arch. Pen.*, 2021, 3, 19.

³⁵³ Il riferimento è alla proposta di legge 1951/2019, sulla quale il Parlamento è poi effettivamente intervenuto a seguito dell'invito della Consulta.

³⁵⁴ Si tratta della *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*, redatta dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere. In particolare, questa era stata istituita, con la l. 99/2018, tanto allo scopo di verificare il corretto adeguamento

una «*situazione “dinamica” di sviluppo della disciplina in questione*» all’interno della relazione proveniente dalla Rappresentanza permanente d’Italia presso il Consiglio d’Europa in merito ai risultati raggiunti a seguito della pronuncia sul caso Viola. Ad ogni modo, non è questo il principale criterio selettivo utilizzato dal Giudice delle Leggi il quale, al contrario, dedica una illustrazione molto più approfondita ad una seconda questione, ossia quella dei possibili esiti di un’eventuale dichiarazione di incostituzionalità della norma in esame. Per giustificare la propria scelta la Corte prende infatti avvio dalla constatazione della circostanza per cui gli elementi che verrebbero messi in discussione di fronte ad una sua pronuncia andrebbero a toccare argomenti di estrema rilevanza sotto il profilo delle scelte ordinamentali, sia con riguardo al sistema delle pene e dei benefici ad esse connessi che a quello delle fattispecie di reato considerate; affermazione, questa, che assume maggior significato soprattutto se si considera che ad essere censurati in quel contesto erano i reati di contesto mafioso, per cui di fatto la strategia di contrasto si è a lungo fondata e, anzi, continua tuttora a considerare come presupposto essenziale, se non unico, quello della collaborazione con la giustizia. Proprio per questa ragione, prosegue la Consulta, un suo intervento in materia risulterebbe destabilizzante, in particolare perché, a suo dire, stanti i limitati strumenti invocabili, non potrebbe che avere natura demolitoria, ossia di totale equiparazione del regime del collaborante a quello del reticente, la quale finirebbe per apparire «*incongrua*», inserendosi cioè in un settore, quale quello delle scelte di politica criminale, che appartiene invece, tutto al contrario, alla funzione legislativa, chiamata cioè ad operare quelle valutazioni che, se nell’*an* rientrano nelle competenze della Corte, ne fuoriescono nel *quomodo*.³⁵⁵ Ancora esisterebbe però, rivolgendo l’attenzione al punto n. 10 del considerato in diritto dell’or. n. 97 del 2021 Corte Cost., un’ulteriore ragione per la quale devolvere alla sede Parlamentare il compito di occuparsi della disciplina di cui all’art. 4 *bis* o.p. e determinata dal fatto che questi avrebbe modo, invero, di apprezzare la tematica anche da un «*ulteriore angolo visuale*», evitando

dell’ordinamento alle previsioni della sentenza del 2019 quanto, più ampiamente, di indicare le strategie ritenute più efficaci per rafforzare le strategie di contrasto nei confronti della criminalità organizzata: punto, quest’ultimo, che era stato appunto letto dalla commissione come un invito a tratteggiare alcune ipotetiche proposte di riforma dell’intero art. 4 *bis* o.p., soprattutto partendo dalla considerazione che il mero mantenimento dello stesso avrebbe comportato la necessità di un successivo intervento della Corte Costituzionale.

³⁵⁵ Si tratta del contenuto ricavabile dal punto n. 9 del considerato in diritto dell’ord. in esame.

quindi di concentrarsi in via esclusiva sulle sole fattispecie oggetto dell'ordinanza di rimessione per soffermarsi invece sia sulla pluralità dei reati interessati, più o meno coerentemente, dal regime dell'ergastolo ostativo, sia della generalità dei benefici penitenziari, in quest'ultimo senso sottraendosi anche alle contraddizioni intrinsecamente legate al fatto di ammettere l'applicabilità della liberazione condizionale per situazioni per le quali contemporaneamente si vietano quegli strumenti che sarebbero votati proprio a permettere al condannato di raggiungere il «sicuro ravvedimento» richiesto dall'art. 176 c.p.

Insomma, con queste premesse la Corte Costituzionale giunge, per la terza volta in pochi anni e pur di fronte al poco seguito ricevuto dai precedenti tentativi,³⁵⁶ a percorrere la via della “ordinanza di incostituzionalità differita”,³⁵⁷ segno ormai sempre

³⁵⁶ Si tratta, nello specifico, delle ordinanze della Consulta n. 207 del 2018 e n. 132 del 2020, entrambe le quali non hanno però ricevuto alcuna risposta da parte del Parlamento in termini di assunzione dell'impegno ad attuare le modifiche normative suggerite, al punto quindi da necessitare nei due casi l'intervento risolutorio da parte della Corte rispettivamente con le sentt. n. 242 del 2019 e n. 150 del 2021.

³⁵⁷ Si tratta di un'espressione ormai entrata a far parte del lessico giuridico in quanto comunemente utilizzata negli scritti dottrinari, la quale deve la sua formulazione, tra i primi, a BIGNAMI M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza di incostituzionalità differita*, in *Quest. Giust.*, 2018. Similmente, si attribuisce all'Autore sia l'inquadramento della pronuncia sotto il profilo comparatistico, riscontrando infatti egli come modello di riferimento il rimedio pretorio elaborato dalla Corte Costituzionale tedesca dell'*Unvereinbarkeitserklärung*, sia la descrizione del funzionamento di questa. In quest'ultimo senso, notando per di più la differenza rispetto allo strumento di area germanica, nato appunto innovando *in toto* gli strumenti a disposizione del giudice per adattarli alla necessità di dichiarare le norme inefficaci ma valide sino all'intervento del legislatore, si pone invece qui in luce come la tecnica italiana possa dirsi «ineccepibile sul piano della legalità processuale», in quanto fondata su un potere che di per sé appartiene in maniera naturale a qualunque giudice, ossia quello del rinvio delle udienze, tanto più se si tiene conto del fatto che la Corte è dotata della massima discrezionalità nel definire il proprio calendario. Tuttavia, se in questo senso si può forse giudicare la scelta italiana come più conveniente, è anche vero che essa porta con sé il problema di non poco momento della sorte di eventuali successive questioni incidentali di costituzionalità sorte nel corso del periodo di stallo tra l'una e l'altra decisione del Giudice delle Leggi, il quale non si pone invece in Germania dove si prevede già espressamente che la soluzione debba andare verso la dichiarazione di inefficacia della norma nel caso concreto. Di fronte a tale incertezza, infatti, mentre, da un lato, Autori come lo stesso Bignami hanno affermato l'opportunità di dichiarare sospese tutte le eventuali vicende processuali basate sull'identica disposizione, vi è anche chi, pur criticando gli esiti di simile ragionamento, ha rilevato come, a rigor di logica, ad imporsi sarebbe una dichiarazione di inammissibilità, avendo infatti la Corte in tal modo espunto dall'alveo delle proprie competenze quello di decidere sulla materia, esito però certo «paradossale», essendo comunque già emersa l'intollerabilità del regime. MANNA A., *Ergastolo ostativo*, cit., 22. Ancora, la difficoltà non fa che intensificarsi di fronte all'ordinanza del 2021 in quanto la Corte non inserisce qui quell'affermazione che aveva invece fatto propria

più evidente della recente volontà di strutturare i rapporti tra l'apparato legislativo e il Giudice delle Leggi in termini di dialogo più che di netta autonomia.³⁵⁸ Tuttavia, pur di fronte ad uno spettro piuttosto limitato di precedenti cui guardare, emergono con evidenza alcuni profili di scostamento del caso in esame rispetto a quella che precedentemente si poteva identificare come linea-guida dello strumento, ossia l'esigenza di bilanciare diritti che, pur antitetici, vengono posti su un piano di completa parità nella gerarchia di valori risultante dal disposto costituzionale nel suo complesso, tra cui la vita e l'autodeterminazione nel 2018³⁵⁹ o la manifestazione del pensiero e l'onore come espressione della dignità del singolo *ex art. 2 Cost.* nel 2020.³⁶⁰ Tutto al contrario, infatti, nell'ordinanza del 2021 manca quella duplicità di interessi contrapposti per cui si possa ritenere preferibile chiamare in causa la discrezionalità del legislatore in quanto le prerogative costituzionali qui rilevanti, nella specie gli artt. 3, 27 e 117 Cost., censurati dalla Corte di Cassazione e tutti ritenuti rilevanti dalla Corte Costituzionale, si dirigono invece inequivocabilmente verso la direzione della demolizione dell'istituto dell'ergastolo ostativo, senza perciò lasciare alcuno spazio di temperamento da parte del Parlamento. Per questo motivo, sorgono delle difficoltà nel cercare di stabilire per quale ragione esse non siano state ritenute motivo sufficiente per condurre il Giudice delle Leggi ad una immediata dichiarazione di incostituzionalità,³⁶¹ salvo ammettere che l'altro polo di questo rapporto conflittuale, lungi dal concernere diritti del più alto rango, ricada invece nelle più concrete esigenze di politica criminale e

nelle simili pronunce del 2018 e del 2020 e per cui sarebbe spettato ai giudici, posti di fronte a domande di legittimità costituzionale sulla stessa disposizione, considerarle «*parimenti [...] rilevanti e non manifestamente infondate alla luce dei principi [...] enunciati, così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l'applicazione delle disposizioni censurate*», rendendo così meno probabile che di fronte ad una mancata autorizzazione esplicita, i singoli giudici *a quo* perseguano la strada delineata in precedenza.

³⁵⁸ In questo senso, infatti, è la stessa Corte Cost., ord. n. 97 del 2021 a parlare di «*esigenze di collaborazione istituzionale*».

³⁵⁹ La decisione concerneva infatti in questo contesto l'applicabilità del reato di istigazione al suicidio *ex art. 580 c.p.* di fronte al soggetto che avesse agevolato il malato che, in maniera completamente libera e consapevole, fosse determinato a rifiutare terapie mediche implicanti sofferenze fisiche e morali.

³⁶⁰ A venire qui in rilievo erano i limiti del reato di diffamazione *ex art. 595 c.p.* di fronte alla divulgazione di informazioni lesive della reputazione di un soggetto ma solo in seguito risultate false.

³⁶¹ MENGOZZI M., *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Dir. Comp.*, 2021.

strategia investigativa, alle quali anche la Consulta ritiene di dover cedere il passo.³⁶²

Volendo comunque proseguire nell'intento di identificare gli elementi problematici derivanti dalla riproposizione di un congegno al quale si era per di più già guardato con diffidenza non appena introdotto per la sua «*intrinseca contraddittorietà*»,³⁶³ diviene utile tornare alle motivazioni addotte dalla Corte a sostegno della propria decisione, per identificarne così gli aspetti maggiormente discutibili. Per quanto concerne, innanzitutto, la presenza di alcuni *input* riferibili all'interesse del legislatore per una modifica della disciplina vigente, si è effettivamente posto in evidenza il fatto che tra la pronuncia sul caso Viola c. Italia, da cui questa attenzione avrebbe dovuto sorgere, all'ordinanza intercorrono circa due anni, tempo che forse avrebbe dovuto portare ad un intervento ben più marcato rispetto ai meri indizi di cui parla la Corte,³⁶⁴ anche se è pur vero che a tale posizione si può ribattere notando come la decisione del 2021 abbia proprio l'obiettivo di sollecitare il legislatore a considerare con maggiore solerzia questioni per cui si stava in qualche modo avvertendo un clima di tendenziale coinvolgimento. In ogni caso, ben più radicale sembra essere il secondo profilo di critica, il quale infatti, mettendo assieme sia l'ipotesi di un possibile intervento della Corte solo in senso demolitorio che quella della limitatezza delle fattispecie così esaminabili, pone in evidenza come si tratti di asserzioni poco condivisibili, specialmente in quanto dimentiche di tutta quella serie di strumenti dei quali invece la Consulta si è progressivamente dotata nel corso del tempo, divenendo perciò capace di determinare un'influenza non marginale nella definizione dell'assetto

³⁶² MANNA A., *Ergastolo ostativo*, cit., 20. A detta dell'Autore, per di più, anche volendo sostenere una possibile ricomprensione della tematica all'interno delle esigenze di ordine pubblico, si tratterebbe comunque anche in questo caso di un concetto «*certamente non protetto dalla Costituzione ed alquanto vago*».

³⁶³ RISICATO L., *L'incostituzionalità riluttante*, cit., 666. In particolare, l'Autrice definisce la pronuncia di incostituzionalità differita un «*paradigma pseudodecisorio*» il quale, pur nato dalla volontà di evitare eccessive implicazioni del Giudice nelle Leggi in ambiti nei quali appare con una certa evidenza la natura politica della questione, rimane comunque intrinsecamente legato ad una contraddizione di fondo, ossia che comunque dopo un anno di tempo la decisione torni ad essere di competenza giudiziaria, come se con il passaggio del tempo venisse meno la natura più sociale che tecnica del problema da affrontare.

³⁶⁴ MENGOZZI M., *Un passo avanti*, cit.

di cui alle norme poste alla sua attenzione.³⁶⁵ Ammettendo difatti la poca congruità di una pronuncia di stampo meramente caducatorio, pur se davanti a questa la stessa Corte non si era però fermata nell'argomentare in merito al regime non tanto dissimile del cd. "ergastolo di terzo tipo"³⁶⁶ di cui alla sent. n. 149 del 2018, rimangono comunque innegabili le perplessità derivanti dal non aver preso in considerazione lo strumento della dichiarazione di illegittimità in via consequenziale, previsto specificamente dall'art. 27 l. 87/1953³⁶⁷ per le «*disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata*» e cui già si era fatto ricorso nella sent. n. 253 del 2019 proprio per estendere il *decisum* sui permessi premio alla generalità delle fattispecie ricomprese nell'art. 4 *bis* o.p.³⁶⁸

Quanto si evidenzia, constatata la poca sostenibilità logica delle motivazioni adottate dalla Consulta, è allora, ancora una volta e anche di fronte alla più alta custode delle garanzie costituzionali, il netto favore rivolto alle necessità politiche e sociali di repressione del crimine, a scapito però della solida tenuta dei valori dell'ordinamento. Per di più, a questa affermazione va aggiunto anche un secondo motivo di allarme, il quale deriva da quello che è stato definito il «*costo drammatico*» e «*del tutto peculiare*» dell'utilizzo dell'ordinanza di incostituzionalità differita per soggetti condannati ad una pena ancora senza la previsione di una fine astrattamente ipotizzabile, ossia quello di ritardare nuovamente il giudizio sulla meritevolezza della loro speranza, specie di fronte alla contemporanea affermazione di incostituzionalità del loro *status* da parte di un'ordinanza che però ancora non sortisce effetto alcuno sul concreto andamento delle

³⁶⁵ MENGOZZI M., *Un passo avanti*, cit. L'Autrice parla in questo senso proprio di un «*armamentario predisposto dalla Corte medesima nei decenni*» che pur risulta eclissato nel suo complesso con l'ordinanza in esame.

³⁶⁶ L'allusione è qui al particolare regime emergente dall'art. 58 *quater* o.p. di cui si è più ampiamente trattato sopra (capitolo 2, paragrafo 2.1).

³⁶⁷ *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*.

³⁶⁸ Anzi, in questo contesto a venire in rilievo era stata la tematica esattamente opposta, in quanto la Corte aveva qui delineato un sistema probatorio per l'accesso al beneficio penitenziario *ex art. 30 ter* o.p. del tutto innovativo rispetto ai «*precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo*», concepiti quali «*soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata*», definiti invece quali elementi cardine nella creazione di un rapporto di equilibrio tra le competenze del legislatore e quelle del Giudice delle Leggi da Corte Cost., sent. n. 222 del 2018 e comunque da sempre ritenuti limite all'intervento della Consulta, alla quale sarebbero quindi di per sé concesse esclusivamente «*pronunce a rime obbligate*».

vicende processuali dei detenuti di cui all'art. 4 bis o.p.³⁶⁹

2. Un punto fermo: la gravidanza del fenomeno mafioso in Italia

Pur scegliendo la Consulta, con l'ord. n. 97 del 2021, di non aderire alla logica, pur reputata proficua da parte della dottrina, dell'*oportet ut scandala evenient*,³⁷⁰ essa non manca di fornire alcune indicazioni a proposito delle vie astrattamente percorribili dal legislatore, mettendo soprattutto in luce come il divieto di presunzioni assolute non corrispondenti all'*id quod plerumque accidit* non comporti in sé necessariamente la preclusione di ogni previsione che, tenendo fermo il dato della forte pericolosità sociale connessa al fenomeno mafioso, stabilisca criteri di maggiormente gravosi per la concessione lo strumento di cui all'art. 176 c.p. agli appartenenti alla criminalità organizzata. Come la Corte stessa evidenzia, infatti, la questione sollevata, riguardando proprio quell'istituto capace di determinare «*l'estinzione della pena e il definitivo acquisto della libertà*»,³⁷¹ non può che esigere la predisposizione da parte dell'ordinamento di un apparato complessivamente capace di assicurare, pur entro il limite segnato dalle garanzie costituzionali, la tutela della collettività e la protezione dell'ordine democratico. Ecco allora che in questo contesto sembrano assumere significato anche quelle considerazioni che, sebbene poco condivisibili lì dove atte a

³⁶⁹ DOLCINI E., *L'ordinanza della Corte Costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. Pen.*, 2021. Evocativo è qui, per di più, il riferimento musicale utilizzato dall'autore per descrivere la sentenza in oggetto la quale, a suo dire, «*appare caratterizzata da un ampio, prolungato "crescendo", al quale segue un inopinato "pianissimo"*», a testimonianza del fatto che, a fronte dell'introduzione illuminata da parte della Corte, capace di dar conto di una serie approfondita di motivi di incostituzionalità del regime in oggetto, ci si sarebbe forse attesi un maggiore interesse della stessa per l'immediata eliminazione degli stessi. Similmente si esprime RISICATO L., *L'incostituzionalità riluttante*, cit., 667, il quale parla di «*costi altissimi sul piano della certezza del diritto*» determinati dal ricorso alla pronuncia di incostituzionalità differita sul piano penalistico, la quale comporta infatti la creazione, per quanti condividano una situazione identica a quella fatta oggetto della decisione, di un «*"limbo" costituzionale*» caratterizzato da una condizione di «*estenuante attesa*».

³⁷⁰ La quale avrebbe avuto come sua più radicale espressione proprio l'utilizzo dello strumento demolitorio da parte della Corte, così RISICATO L., *L'incostituzionalità riluttante*, cit., 667.

³⁷¹ Proprio in questo, a parere della Consulta, si colloca la netta differenza tra la pronuncia in esame e la n. 253 del 2019, nella quale, invece, ad essere posta in discussione era semplicemente una fase di temporanea interruzione del momento detentivo della pena, per questo meno capace di compromettere l'effettività delle strategie di politica criminale.

giustificare l'uso strumentale della condanna come mezzo di coercizione della collaborazione o favorevoli al riconoscimento della funzione retributiva della sanzione penale, portavano il giudice Wojtyczek ad allegare la propria opinione dissenziente alla sentenza delle Corte EDU sul caso Viola c. Italia. A detta di questi, infatti, a fianco all'art. 3 CEDU e, quindi, al divieto di pene inumane e degradanti, a venire in rilievo nell'analisi delle norme di opposizione a quelle dinamiche capaci di porre in discussione le regole più basilari del vivere sociale sarebbe anche il vicino art. 2 CEDU, il quale viene invero interpretato dallo stesso giudice di Strasburgo in termini non solo di un comando passivo, rivolto agli Stati membri, di astenersi dal provocare la morte, ma, anzi, come un «*devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place un cadre juridique et administratif propre à dissuader de commettre des atteintes contre la personne*».³⁷² Certo, va pur sempre ribadito il fatto che nemmeno questa necessità può dirsi capace di determinare una rivalutazione in termini restrittivi del paradigma di cui all'art. 3 CEDU, il quale rimane anzi saldo nella sua assoluta incomprimibilità, ma appare allo stesso tempo innegabile che, entro i confini di questo, sia indispensabile per il legislatore concentrare la propria attenzione nella ricerca degli strumenti più idonei alla salvaguardia della vita in società, nella consapevolezza cioè che, nel momento in cui si ricerchi l'efficacia della pena non è alla fuga dalle garanzie che si deve mirare bensì all'effettività e all'accuratezza del sistema predisposto.

Per di più, è una constatazione, quest'ultima, che assume un peso ancor più marcato di fronte al contesto della criminalità organizzata, specie guardando alle peculiarità di questa, la quale si contraddistingue, come messo in luce dalla stessa ord. n. 97 del 2021 Corte Cost., per la previsione di «*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*». Si tratta, a ben vedere, di una presa di coscienza che la Corte ha acquisito già in una pluralità di occasioni, specie di fronte alle controversie relative all'ammissibilità di un regime di più facile accesso, per gli indagati *ex art. 416 bis c.p.*, alla misura cautelare carceraria, qui giustificata sulla base della rilevazione del «*coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza*

³⁷² Il riferimento, adoperato dallo stesso giudice Wojtyczek, è qui a Corte EDU, sent. del 2012, Kayak.

collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato»,³⁷³ la quale è stata per di più recentemente rimarcata anche da parte dell'*ex* procuratore nazionale antimafia Federico Cafiero de Raho, il quale, sulla base della propria esperienza, ha eloquentemente asserito: «*chi è mafioso resta mafioso*». ³⁷⁴ Eppure, prosegue il magistrato, «*è pur vero che se anche un solo detenuto sia riuscito a venirne fuori, quel detenuto deve avere la possibilità di uscire dal carcere*», evidenziando così la necessità che, qualunque sia la minaccia che l'ordinamento si trova ad affrontare, non si possa riscontrare in questa la ragione per sovvertire le garanzie alla base di uno stato democratico. Ad ogni modo, va comunque tenuta in considerazione anche l'evidente necessità di porre freno alle opprimenti voci di un'opinione pubblica che, a causa della scarsa conoscenza delle implicazioni derivanti dagli strumenti legislativi impiegati in caso di modifica, teme che l'apertura del percorso penitenziario anche ai condannati per i più gravi reati comporti «*il venir meno delle cautele contro il rischio [...] dell'esercizio di un [loro] ruolo (magari preminente) in organizzazioni criminali*». ³⁷⁵ Insomma, il compito che la Corte pone in capo al Parlamento non si può certo dire di agevole soluzione, dato che comporta, tutto al contrario, l'esigenza di operare scelte capaci di generare equilibrio tra le problematiche emergenti dai diversi fronti, cercando per di più di attenersi alle indicazioni di cui al considerato in diritto n. 8 dell'ord. n. 97 del 2021, il quale allude, nello specifico, alla predisposizione di una presunzione relativa di pericolosità sociale per il detenuto reticente, tenendo però conto del fatto che la prova del raggiunto ravvedimento può provenire anche da fattori altri rispetto alla collaborazione, ragione per cui la Consulta individua come possibili vie da percorrere la valorizzazione della

³⁷³ Così, per citarne una, Corte Cost., sent. n. 48 del 2015.

³⁷⁴ CAFIERO DE RAHO F., *Un intervento*, cit., 105. In particolare, l'Autore illustra le ragioni della propria affermazione ponendo in evidenza come, pur nella diversa cogenza del vincolo associativo all'interno delle diverse associazioni mafiose, la tendenza più moderna sia proprio quella di tendere alla creazione di legami di fatto tanto solidi da risultare inscindibili, salvo nel caso in cui si opti per la scelta radicale di fuggire all'estero e mutare identità. Questa, a detta del magistrato, l'attuale realtà di "cosa nostra" e, soprattutto, della "ndrangheta", nella quale i rapporti tra i membri si basano su vincoli di sangue, motivo per cui un'aperta dissociazione, magari anche con annessa collaborazione con la giustizia, non viene nemmeno astrattamente concepita, senza contare l'ampio numero di casi di cronaca riferiti a donne assassinate proprio per aver cercato di abbandonare il proprio nucleo familiare e, con esso, la propria partecipazione al vincolo associativo.

³⁷⁵ CHIAVARIO M., *Un'esigenza di civiltà... senza dimenticare le vittime*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2017, 4, 1514.

«emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione» o l'«introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione».

2.1 La differenza di presupposti tra l'interruzione del regime ex art. 41 bis o.p. e l'ammissione alla liberazione condizionale

Per cercare di comprendere a cosa si riferisca la Corte Costituzionale quando, nell'ord. 97 del 2021, evidenzia la necessità di dar vita ad un sistema nel quale la concessione della liberazione condizionale o, comunque, dell'accesso al trattamento penitenziario, nei confronti del detenuto non collaborante, si ispiri a «*criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si chiede l'abbandono definitivo*», conviene partire da alcune spie che già emergevano dal sistema sotto la vigenza della formulazione dell'art. 4 bis o.p. derivata dal d.l. 306/1992 e che non risultano intaccate dalla recente pronuncia del Giudice delle Leggi. Tra queste emerge sicuramente quella desumibile dal confronto con l'istituto, non in sé lontano dalla disposizione in esame ma certo più radicale, di cui all'art. 41 bis, co. 2 o.p., inserito anch'esso nelle norme di contrasto alla «*perenne emergenza*» rappresentata dalla criminalità organizzata dei primi anni '90 e, anzi, forse espressione più emblematica di queste in quanto capace di ridare vita a quella massima restrizione della libertà personale che, se già era stata regolata con la l. 354/1975 attraverso l'art. 90 o.p., si era anche presto voluta eliminare in quanto di dubbia costituzionalità³⁷⁶ con la successiva legge Gozzini. Stando a quanto previsto dalla norma, in particolare, viene prevista la possibilità, da parte del Ministro della Giustizia, di sospendere *in toto* le

³⁷⁶ A questa constatazione va comunque unita la rilevazione dell'uso improprio che negli anni '70 era stato riservato alla disposizione la quale infatti, nata essenzialmente per la gestione dei fenomeni di emergenza strettamente temporanei e circoscritti, era in realtà presto divenuta strumento comune di contrasto al fenomeno terroristico, specie a seguito del decreto interministeriale Bonifacio-Lattaio-Cossiga del 12 maggio 1977 con il quale, attribuendo all'Ufficiale Superiore dei Carabinieri la funzione di garantire la sicurezza in ambito carcerario, si era di fatto aperta la strada per la creazione della «*differenziazione degli istituti penitenziari*» tra i luoghi di reclusione speciali, tutti individuati in via amministrativa attraverso decreti ministeriali e caratterizzati da un regime fortemente restrittivo delle libertà personali, e quelli ordinari. CALDERONE M. R., *L'articolo 41 bis Ord. pen. e altri regimi di particolare detenzione*, in *L'altro dir.*, 2005.

normali regole di esecuzione penitenziaria a fronte di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, per quei condannati *ex art. 4 bis o.p.* in relazione ai quali si riscontrino elementi «*tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva*». Viene cioè a crearsi in questo contesto un regime che, sebbene mai posto in discussione dalla Consulta nelle pronunce ad esso riferite,³⁷⁷ è in sé capace di determinare una lesione più che evidente ai principi generalmente sottesi non solo all'esecuzione penitenziaria ma anche alle condizioni minime di dignità della vita umana³⁷⁸ al punto che, come si è recentemente affermato, pur dovendosi comunque anche in questo caso tenere presente il fine rieducativo della pena, esso subisce un'importante compressione determinata dal suo necessario bilanciamento con l'esigenza di arginare la pericolosità sociale.³⁷⁹ Ecco allora che, per evitare che l'eccezione lasci spazio alla degenerazione, diviene essenziale stabilire delle limitazioni precise ed insuperabili per l'adozione di quella che è stata definita una fattispecie «*ibrida*», difficilmente inquadrabile sotto il profilo delle misure tanto di prevenzione quanto di sicurezza,³⁸⁰ costringendola entro situazioni di emergenza affettiva e provata.

³⁷⁷ Si considerino, in questo senso, sia alcune pronunce più storicamente connotate, tra cui la Corte Cost., sent. n. 351 del 1996, volte ad affermare la legittimità dell'istituto lì dove alla norma venga data lettura costituzionalmente orientata tramite l'attribuzione al Tribunale di Sorveglianza, adito in fase di reclamo del decreto ministeriale *ex art. 41 bis o.p.*, del potere di valutare non solo la sussistenza dei presupposti applicativi ma anche la tollerabilità, in base a quanto stabilito dall'ordinamento, delle singole misure «*vuoi sotto il profilo della eventuale lesione di situazioni non comprimibili, vuoi sotto quello della congruità delle misure in concreto disposte rispetto ai fini per i quali la legge consente all'amministrazione di disporre un regime derogatorio rispetto a quello ordinario*», sia altre, di più recente emanazione, quale Corte Cost., sent. n. 186 del 2018, la quale si concentra proprio sulle esigenze giustificatrici del regime per sostenere l'incompatibilità di eccezioni ingiustificate al trattamento ordinario, come per il caso del divieto di cucinare cibi. Nello specifico, la decisione da ultimo citata vede come *ratio* dell'istituto di cui all'art. 41 *bis o.p.* la pretesa di «*contenere la pericolosità dei singoli detenuti, impedendo in particolare i collegamenti degli appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà*».

³⁷⁸ Si consideri, sotto questo profilo che, al di là della possibilità, per il Ministro della Giustizia, di modellare la fattispecie a seconda delle esigenze del caso concreto, tra le restrizioni contemplate dall'art. 41 *bis o.p.* figurano l'impossibilità di comunicazione tra detenuti, la limitazione a due ore del tempo spendibile all'aria aperta e la riduzione ad uno al mese dei colloqui, per di più da tenere nel solo ambito dei propri familiari e conviventi.

³⁷⁹ Corte Cost., sent. n. 197 del 2021.

³⁸⁰ Incline a definire la fattispecie come misura di prevenzione era, infatti, in Cass. Pen., I sez., sent. del 2018, Tagliavia, la posizione della difesa, la quale fondava la propria affermazione sull'applicabilità del regime anche a soggetti non già interessati direttamente da una pronuncia di condanna ma sottoposti invece a misura cautelare custodiale; tuttavia, questa si scontra con la tesi assunta infine dalla Suprema Corte, la quale sostiene, all'opposto, che parlare di misure di

Ne consegue quindi, pur dopo l'abrogazione del comma 2 *ter* dell'art. 41 *bis* o.p. da parte della l. 94/2009, il quale consentiva di disporre la caducazione del regime di detenzione speciale anche in un momento diverso rispetto a quello previsto come minimo, che a supportare tanto l'applicazione iniziale quanto il mantenimento della fattispecie debbano essere fondate motivazioni capaci di dimostrare che, lì dove il condannato venisse sottoposto alle ordinarie regole carcerarie, questi manterrebbe, anche all'interno dell'istituto penitenziario, i propri legami con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Insomma, si tratta di uno *standard* probatorio assolutamente minimo che, come sostenuto dal Governo italiano nella posizione assunta all'interno del giudizio sul caso Viola c. Italia del 2019, non può certo assimilarsi a quello richiesto dall'art. 4 *bis* o.p. in termini di dimostrazione dell'insussistenza dei legami con gli ambienti criminali di origine. In quel contesto, infatti, il ricorrente poneva, tra le altre ragioni a fondamento della sua richiesta di accesso alla liberazione condizionale, il fatto di essere stato destinatario di un provvedimento di mancato rinnovo del regime di cui all'art. 41 *bis* o.p.; tuttavia, come si afferma in quell'occasione, ben diversa è la dimostrazione dell'incapacità di mantenere contatti «*depuis la prison*» rispetto a quella della «*rupture de tout lien avec l'organisation criminelle d'appartenance*», motivo per cui la seconda non può che fondarsi su una valutazione ben più capillare della situazione psicologica, familiare, sociale ed economica del detenuto, dalla quale derivi la prova positiva dell'insussistenza di relazioni tra questi e contesti di tipo mafioso o terroristico.

2.2 A proposito della *probatio diabolica* emergente dalla sent. n. 253 del 2019 Corte Cost.

Una volta stabilito che le condizioni per poter superare la presunzione, pur relativa, di pericolosità sociale del detenuto non collaborante *ex art. 58 ter* o.p. non

prevenzione personali significhi riferirsi a strumenti distanti non solo dall'accertamento della commissione del reato, ma anche dalla precedente notizia dello stesso, legandosi invece ad una censura più ampiamente determinata dallo «*stile di vita*» del soggetto. Di conseguenza, l'istituto potrebbe allora avvicinarsi all'ambito delle misure di sicurezza, eppure manterrebbe, anche nei confronti di esse, una certa autonomia, motivo per cui forse sarebbe più idoneo parlare di uno strumento *sui generis*. MANCA V., *La finalità preventiva del 41 bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, 12 ss.

possono certo avere portata marginale, conviene allora valorizzare, almeno per comprendere la direzione suggerita dalla Consulta, uno dei moniti che questa rivolge al legislatore nell'ambito dell'ord. n. 97 del 2021, specificamente quello in cui prevede, ai fini della concessione della liberazione condizionale, l'acquisizione di «*specifici elementi, tali da escludere, sia l'attualità di suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino*». A ben vedere, infatti, non si tratta di una formula completamente nuova nell'ambito delle pronunce della Corte riferite all'art. 4 *bis* o.p. in quanto essa risale, al contrario, alla sent. n. 253 del 2019, lì dove veniva prevista per il detenuto non collaborante che chiedesse l'ammissione al permesso premio *ex art. 30 ter* o.p., unica misura in questione in tale occasione. Qui, in particolare, la Consulta aveva cercato di ovviare alle rigide preclusioni connesse al d.l. 306/1992 tornando all'originaria formulazione dell'art. 4 *bis* o.p., nella quale presupposto per l'accesso all'ordinario percorso rieducativo era dato dal riscontro, proveniente dalle attestazioni delle autorità specificamente individuate, tra cui l'autorità penitenziaria e il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, di elementi capaci di «*escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva*», a prescindere quindi dal fatto che questi consistessero o meno nell'opzione collaborativa. Si tratta, ad ogni modo, di uno strumento che non era in realtà andato esente da critiche, legate soprattutto alla difficoltà di raggiungere una prova di tipo negativo,³⁸¹ il quale tuttavia aveva continuato a giocare un ruolo anche negli anni successivi, costituendo il criterio cui guardare nel caso in cui la collaborazione fosse risultata impossibile, inesigibile o manifestamente irrilevante *ex art. 4 bis*, co. 1 *bis* o.p. Proprio in questo contesto, quindi, si erano nel tempo registrati alcuni tentativi di superare le criticità implicite nel sistema, ad esempio rafforzando, con l'ord. n. 271 del 1992, la posizione del magistrato di sorveglianza, al quale veniva così attribuita una maggiore discrezionalità nella decisione di concedere o meno le misure in oggetto, potendo egli fondare il proprio convincimento anche su motivazioni altre rispetto a quelle emergenti dalla documentazione degli organi a ciò deputati, le quali risultavano inoltre, anche se in modo molto parziale, riempite di contenuto, permettendosi di considerare «*anche la condotta del condannato nel corso dell'espiazione della pena*» ed

³⁸¹ Si torni in questo senso alle considerazioni già svolte al paragrafo 2.3 del precedente capitolo.

evitando per di più per questa via i problemi derivanti dalla lesione delle istanze di certezza del diritto.

Ad ogni modo, la strada intrapresa dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 253 del 2019 non segue questa tendenza ma, tutto al contrario, integra, chiedendo come requisito per l'introduzione al trattamento penitenziario la «*specificata allegazione*» di elementi dai quali trarre come conseguenza l'esclusione non solo dei legami presenti con la criminalità organizzata, bensì anche di quelli futuri e potenziali, le richieste già non facilmente esperibili di cui all'art. 4 *bis*, co. 1 *bis* o.p., dando così vita a quello che è stato definito un «*regime probatorio rafforzato*»,³⁸² in una pronuncia più «*creativa*»³⁸³ che in linea con il sistema normativo esistente. Alla base di questa scelta starebbe, secondo buona parte della dottrina, una tendenziale ritrosia verso una vera e propria apertura a elementi probatori ultronei rispetto alla collaborazione, al punto che l'esigenza di tener conto delle peculiarità del fenomeno mafioso si traduce infine nella trasformazione di quella che prima era una presunzione assoluta di pericolosità sociale del non cooperante in una presunzione più propriamente «*semi-assoluta*» che relativa, rimanendo così il soddisfacimento dei requisiti di cui all'art. 58 *ter* o.p. comunque la «*via maestra*» per l'acquisizione dei benefici penitenziari e costituendo anzi la concessione degli stessi in sua mancanza «*un'eccezione alla regola del diniego*».³⁸⁴ Stando al testo della decisione del 2019, in particolare, due sarebbero i profili in grado

³⁸² DODARO G., *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2020, 1, 273.

³⁸³ CIAFARDINI L., *Reati ostativo: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte Costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 2022, 5.

³⁸⁴ RUOTOLO M., *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 2019. Secondo l'Autore, la predisposizione di condizioni probatorie tanto rigorose finisce inevitabilmente per attenuare la «*potenziale grande apertura*» che si sarebbe altrimenti potuta attribuire alla pronuncia, la quale quindi, se da un lato getta le basi per il superamento della disciplina dell'ergastolo ostativo, dall'altro riduce ad un numero più che sparuto di casi la possibilità di conoscere un effettivo giovamento del sistema così predisposto. In questo senso si noti come, da quanto riferisce GALLIANI D., *Il chiaro e lo scuro, Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giustizia Insieme*, 2021, dal 12 dicembre 2019, data dell'entrata in vigore della sentenza in esame, e il 10 maggio 2020, non si contassero sull'intero territorio italiano che otto casi di permessi premio attribuiti a detenuti non collaboranti, a fronte di una popolazione carceraria composta, stando qui alla relazione presentata dal Palma al Parlamento italiano, da più di 1200 individui sottoposti al regime di cui all'art. 4 *bis* o.p.

di creare un deterioramento della posizione del reticente dante origine ad una *probatio diabolica* ancor più marcata rispetto a quella già prevista per la collaborazione impossibile, inesigibile o manifestamente irrilevante, riscontrandosi il primo nella previsione di un onere di allegazione specifica di elementi comprovanti una fattispecie negativa il quale, nonostante la Consulta ritenga di ritrovarlo nella costante giurisprudenza elaborata da parte della Suprema Corte, era stato in realtà precedentemente riferito alla diversa pretesa di indicazione di puntuali fattori implicanti la sussistenza di ostacoli alla cooperazione³⁸⁵ ed il secondo, ancor più evidente, nel dover provare anche una situazione meramente astratta ed ipotetica quale l'inattuabilità di un ripristino dei legami con la criminalità organizzata. Tuttavia, le difficoltà create dalla pronuncia del 2019 non si limitano di fatto a queste due sfere di influenza in quanto esse vengono invece ad essere più che intensificate nell'ambito dell'applicazione successiva da parte degli organi deputati a darvi attuazione. Quello che accade, infatti, è che la decisione viene ad innestarsi nella già preesistente «*prassi distorta*» di cui alle procure distrettuali antimafia³⁸⁶ e agli altri organi indicati all'art. 4 *bis*, co. 2 o.p., nei quali si registra infatti la tendenza a rassegnare «*del tutto assiomaticamente una perdurante pericolosità radicata esclusivamente sulla storia giudiziaria del soggetto, lontanissima nel tempo, cristallizzata ed immutabile*».³⁸⁷ A fronte di tale valutazione

³⁸⁵ BORTOLATO M., *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 5, 636. L'Autore fa infatti qui riferimento alle tre sentenze evocate dalla Consulta a conferma della propria posizione, specificamente Cass. Pen., I sez., sentt. n. 36057, n. 29869 e n. 47044 del 2019 ponendo in evidenza come in ognuno dei casi la richiesta di allegazione elementi specifici si riferisca non tanto all'assenza di legami con la criminalità organizzata, bensì alla «*ricorrenza di situazioni di impossibilità o inesigibilità della collaborazione*», per di più arrivando nel secondo caso anche a costringere l'onere di prospettazione entro il più limitato ambito delle «*linee generali*». Ad ogni modo, la giurisprudenza è recentemente intervenuta sul punto cercando di evitare la creazione di situazioni di eccesso nelle richieste rivolte al condannato, specificando, in Cass. Pen., I sez., sent. n. 3373 del 2021, che l'allegazione cui ci si riferisce viene di fatto ad identificarsi in una «*prospettazione di massima delle circostanze suffraganti la sua richiesta*».

³⁸⁶ In relazione alle quali è l'art. 4 *bis*, co. 3 *bis* o.p. a prevedere il divieto di accesso al percorso rieducativo per il detenuto nei confronti del quale esse rilevino la sussistenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata, ferma restando comunque, anche in questo caso, l'autonomia valutativa del magistrato di sorveglianza, affermata, per citarne una, da Cass. Pen., I sez., sent. n. 51878 del 2016.

³⁸⁷ BRUCALE M., *Il senso*, cit., 62. Eppure, come l'Autrice mette in luce, questi sarebbero chiamati, al contrario, ad un lavoro «*di équipe*» di tipo «*capillare*», costituito infatti dalla valutazione del detenuto sotto il profilo del suo vissuto, delle esperienze intraprese sia all'interno del carcere che in relazione a soggetti esterni, si tratti addirittura delle vittime con

negativa, però, è la stessa sentenza in esame a stabilire, richiamandosi anche a Cass. Pen., I sez., sent. n. 1639 del 1992, che essa determini la formazione, in capo al detenuto stesso, della necessità di provare, lì dove intenda smentire le posizioni a sé sfavorevoli, l'insussistenza dei legami presenti e futuri con il contesto criminale di origine, determinandosi in definitiva e nella quasi totalità dei casi, una vera e propria inversione dell'onere probatorio. A completare il quadro è, a questo punto, l'atteggiamento della netta maggioranza dei magistrati di sorveglianza, la quale, se dal 2019 «*ha avvocato a sé il ruolo di interprete delle ragioni della mancata collaborazione con la giustizia da parte del detenuto*», riacquisendo così la propria funzione naturale di interprete delle peculiarità connesse alla fase di espiazione della pena e sottraendola agli automatismi legislativi, tende comunque ad esercitare con una certa esitazione la responsabilità di cui si fa portatrice scegliendo di non prendere le distanze dalle rilevazioni effettuate dagli apparati ad essa ausiliari.³⁸⁸ Manca, allora, la piena assunzione, da parte dei giudici operanti in fase esecutiva, del compito per nulla agevole cui vengono chiamati a seguito dell'eliminazione, nel 2019 ancora marginale ma destinata a radicalizzarsi a seguito dell'ord. 97 del 2021 Corte Cost., delle preclusioni assolute connesse all'art. 4 *bis* o.p., tale per cui la valutazione dei fascicoli dei detenuti non può che divenire esame critico dei rilevi provenienti dagli organi amministrativi, fondato soprattutto sulla valenza di questi nel momento attuale in cui gli perviene la richiesta del condannato di accesso alle misure. Con piena svalutazione di tali esigenze, al contrario, ciò che oggi si registra è la richiesta che il detenuto eserciti «*sciamaniche capacità predittive*»,³⁸⁹ dovendo infatti adempiere ad un regime probatorio indubitabilmente eccedente le sue concrete capacità argomentative, specie se si considera che gli strumenti di cui dispone sono fisiologicamente limitati, potendo di fatto egli offrire esclusivamente «*l'osservazione, in un tempo a volte lunghissimo di*

l'apertura a percorsi di giustizia riparativa o anche, più genericamente, di datori di lavoro, di compagni di volontariato o simili.

³⁸⁸ BRUCALE M., *Il senso*, cit., 61 ss.

³⁸⁹ PUGIOTTO A., *Due decisioni radicali della Corte Costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. 253 e 263 del 2019*, in *Giur. Cost.*, 2019, 6, 3335. In particolare, l'Autore mette qui in evidenza il fatto che la richiesta di una dimostrazione negativa su un fatto futuro venga a costituire un «*parametro di problematica aderenza a canoni epistemologici basati sulla materialità dell'oggetto della prova*», stabilendosi in questo modo la base per le «*decisioni pilatesche*» di giudici che, non potendo più giovare dell'automatismo introdotto nel 1992, ricerchino comunque il proprio «*quieto vivere*».

carcerazione, del suo agito», la quale, una volta completamente svalutata da chi sarebbe istituzionalmente chiamato ad analizzarla, lo riporta ad una condizione non tanto lontana da quella in cui si trovava prima del 2019. Ne consegue, in definitiva, che anche la strada tracciata dal Giudice delle Leggi non può pienamente dirsi efficace nel determinare un vero e proprio superamento delle criticità derivanti dalla disciplina dell'ergastolo ostativo, in quanto una sua completa incisività non può chiaramente prescindere dalla creazione di una cultura giuridica di fondo capace di apprezzare l'individualità di un soggetto in evoluzione, almeno astrattamente proteso verso il raggiungimento del risultato rieducativo.

2.3 Non collaborante «per scelta» o «suo malgrado» alla luce di Corte Cost., sent. n. 20 del 2022

Nel delineare la strada segnata dalle pronunce n. 253 del 2019 e 97 del 2021 Corte Cost.³⁹⁰ non può in realtà nemmeno trascurarsi la più recente sentenza n. 20 del 2022 della stessa Consulta, la quale viene a chiarire, ancora una volta e con maggiore dettaglio, le condizioni per le quali si consente al detenuto *ex art. 4 bis* o.p. di accedere alla misura del permesso premio *ex art. 30 ter* o.p. pur in assenza di collaborazione con la giustizia. Effettivamente, diviene comunque utile guardare a tale decisione in quanto, pur non occupandosi specificamente dell'ammissione del reticente alla liberazione condizionale, è comunque capace, in una prospettiva di tipo evolutivo, di produrre una concreta incidenza anche con riferimento alle condizioni per l'applicazione dell'art. 176 c.p., dovendosi infatti tenere conto del fatto che essa viene ricompresa nel tentativo di

³⁹⁰ Al dittico va comunque aggiunta, per dovere di completezza, Corte Cost., sent. n. 263 del 2019, la quale vede la Consulta ribadire con forza, a breve distanza dalla sent. n. 253 dello stesso anno, i principi già enunciati a proposito dell'inammissibilità di presunzioni assolute irragionevoli capaci di impedire *in toto* la realizzazione del precetto rieducativo *ex art. 27*, co. 3 Cost., giudicando in questo caso incostituzionali le preclusioni all'accesso alla totalità dei benefici penitenziari previste per i soggetti minorenni non collaboranti, tanto per impossibilità, inesigibilità o manifesta irrilevanza quanto per ragioni altre, introdotte alcuni anni prima con il d.lgs. 121/2018. In questo caso, per di più, trattandosi di condannati di minore età, la pronuncia si era mostrata come ancora più radicale, a partire infatti dal presupposto che la finalità risocializzante assuma qui un ruolo di ancora maggiore preminenza rispetto alla generalità dei detenuti, vietando così non solo le presunzioni assolute, bensì anche quelle relative, in quanto di ostacolo alla valutazione caso per caso delle diverse situazioni poste all'attenzione del magistrato di sorveglianza. PUGIOTTO A., *Due decisioni*, cit., 3330.

«generale rivisitazione del sistema dell'ostatività penitenziaria» con cui l'ordinamento italiano si sta confrontando negli ultimi anni.³⁹¹

Prima di entrare nel merito della sentenza in oggetto conviene, specie per comprenderne il contesto di riferimento, svolgere un breve *excursus* delle posizioni assunte dalla Suprema Corte a seguito della sent. n. 253 del 2019 Corte Cost., in cui si era infatti ritenuto, almeno in un primo momento, di poter trarre dal *decisum* della Consulta la tacita abrogazione del comma 1 *bis* di cui all'art. 4 *bis* o.p. affermando, in un'ampia serie di pronunce tra loro temporalmente ravvicinate, che, giustificandosi l'introduzione, all'interno dell'ordinamento, di un apposito regime probatorio per i casi di cooperazione impossibile, inesigibile e manifestamente irrilevanti «*quale sorta di contraltare alla collaborazione effettiva con la giustizia*» in un sistema in cui essa sarebbe altrimenti risultata l'unica via di uscita dal carcere per i condannati in ragione dei reati reputati di maggior gravità, l'eliminazione di tale presunzione assoluta non avrebbe potuto determinare altro che la totale perdita di utilità della disposizione.³⁹² Di conseguenza, ecco che l'esito delle domande di accertamento dell'impossibile collaborazione così come avanzate antecedentemente rispetto alla sentenza del 2019, veniva a corrispondere con una pronuncia di inammissibilità delle stesse, determinata proprio dalla carenza di interesse che la decisione avrebbe rivestito nei confronti del detenuti anche se, in quel momento, solo limitatamente all'accesso allo strumento del permesso premio.

Tuttavia, la posizione degli Ermellini è destinata a mutare già poche settimane dopo le summenzionate pronunce, specificamente con Corte Cass., I sez., sent. n. 5553 del 2020, nella quale le tesi sostenute in precedenza vengono di fatto capovolte nel senso di riconoscere tra le vicende del condannato la cui mancata collaborazione sia determinata da impossibilità, inesigibilità o manifesta irrilevanza e quelle in cui la stessa dipenda da fattori ultronei, una differenza innanzitutto ontologica, in grado per di più di spiegare, data l'assenza di alcun profilo di «*disvalore*» nella prima delle due situazioni, la previsione di due apparati probatori distinti. Come logica conseguenza, allora, non ha alcun senso, stando alle argomentazioni della Cassazione, prospettare il superamento

³⁹¹ BERNARDI S., *La disciplina della collaborazione impossibile supera il vaglio della Consulta: legittima la previsione di uno standard probatorio diverso da quello richiesto per chi non collabori "per scelta"*, in *Sist. Pen.*, 2022.

³⁹² Si vedano in questo senso Cass. Pen., I sez., sentt. n. 3307, 3308 e 3314 del 2020.

dell'art. 4 *bis*, co. 1 *bis* o.p., in quanto, al contrario, rimanendo esso estraneo alle conclusioni maturate da Corte Cost., sent. n. 253 del 2019, permetterebbe ancora agli individui ivi rientranti di basare la propria richiesta di accesso al trattamento penitenziario su uno *standard* dimostrativo, per quanto comunque non così immediato da ottenere, certo situato ad un livello molto meno incisivo rispetto alla generalità dei casi.³⁹³ A questo punto, però, a prendere le mosse per il sollevamento di una questione di legittimità davanti alla Corte Costituzionale è il magistrato di sorveglianza di Padova, il quale infatti, lamentando una violazione, derivante da siffatta interpretazione della decisione della Consulta del 2019, tanto dell'art. 27 quanto dell'art. 3 Cost., ritiene che sarebbe stato più incline al disposto costituzionale mantenere il primo orientamento assunto dalla Corte Suprema, dal quale sarebbe di fatto derivato un sistema probatorio identico per tutti i detenuti collaboranti. A suffragare tale convinzione sarebbe, stando alla tesi del ricorrente, la circostanza per cui la differenziazione dell'apparato probatorio nell'uno e nell'altro caso provocherebbe invero una disparità di trattamento tra situazioni non necessariamente tra loro opposte, soprattutto in quanto non vi sarebbe ragione di sostenere che il soggetto la cui collaborazione risultasse impossibile, inesigibile o manifesta, avrebbe sicuramente, lì dove in grado di cooperare, intrapreso spontaneamente tale percorso, al punto quindi che nulla escluderebbe che egli fosse portatore di una posizione anche peggiore rispetto a chi, anche potendo portare il proprio contributo, scegliesse di non farlo, magari temendo ripercussioni nei confronti dei propri familiari. Proprio in ragione di ciò, si sarebbe allora imposta anche nei confronti del reticente suo malgrado la necessità di un esame approfondito in termini sia di insussistenza di legami presenti con la criminalità organizzata che di impraticabilità di un loro ripristino, la quale avrebbe infatti comportato la piena aderenza al precetto rieducativo, specie in termini di individualizzazione, prima della valutazione e poi del trattamento.³⁹⁴ A questo punto, però, la Consulta ritiene di non condividere un simile

³⁹³ Vi sarebbe, insomma, a detta della giurisprudenza di legittimità, una differenza tra «*la posizione di chi "oggettivamente può, ma soggettivamente non vuole"* (silente per sua scelta)» e «*quella di chi "soggettivamente vuole, ma oggettivamente non può"*» (silente suo malgrado)», così Cass. Pen., V sez., sent. n. 36887 del 2020.

³⁹⁴ Proprio in ragione di ciò, il magistrato patavino riteneva che la richiesta effettuata non avrebbe comportato una decisione *in malam partem* per il collaboratore ex art. 4 *bis*, co. 1 *bis* o.p. da parte della Consulta, come invece prospettato dall'Avvocatura Generale dello Stato, intervenuta nel giudizio, ma sosteneva, anzi, che essa avrebbe creato un terreno di maggiore

orientamento ma di dover anzi continuare a distinguere tra le due diverse ipotesi di non collaboranti, ponendo infatti l'attenzione sulle peculiarità derivanti dall'inserirsi della disciplina nel contesto delle logiche della criminalità organizzata. In questo specifico ambito, infatti, la collaborazione di fatto assume un ruolo che, pur ormai pacificamente non riconosciuto in termini di esclusività, si connota comunque come di ragionevole indice del distacco dall'ambiente di appartenenza, specialmente se si considera che il sodalizio mafioso fonda la propria resistenza proprio sulla stabilità, sia in termini di protrazione nel tempo che di radicalità nel territorio, dell'adesione da parte dei suoi membri, oltre che sulla natura omertosa dei rapporti con il mondo esterno. Conseguentemente, non sembra alla Corte inopportuno leggere nell'opzione del silenzio un «*sintomo di allarme*» allorquando si trovi a doversi confrontare con la situazione del singolo condannato il quale se, certo, ben può essere superato da una prova contraria richiede però come condizione «*un regime rafforzato di verifica*», difficoltà che invece, almeno a livello astratto, non si pone nel caso del reticente suo malgrado, il quale è invero portatore di una posizione di per sé neutra ed indipendente dalla sua volontà, motivo per cui un aggravamento probatorio non solo prescinderebbe *in toto* dall'esercizio delle sue capacità di autodeterminazione ma non troverebbe per di più nessun generalizzato fondamento socio-criminologico a sostegno. Ecco allora che la Corte non esita a ritenere infondata la questione sottopostale tanto con riferimento all'art. 3 Cost., sostenendo in particolare, in questo senso, che la disposizione di cui all'art. 4 *bis* o.p. non può che collocarsi, in quanto rivolta alla generalità dei sottoposti al regime di espiazione della pena, su un piano puramente oggettivo, nel quale la diversità delle due casistiche è innegabile, spettando invece poi al giudice del singolo caso valutare, in termini soggettivi, la specificità dei singoli casi, quanto con riguardo all'art. 27, co. 3 Cost., sul presupposto che nessun tipo di esame, più o meno capillare, della personalità del condannato è precluso al magistrato di sorveglianza e agli organi ad esso ausiliari, venendo l'analisi puntuale al contrario più che incentivata nella logica di

omogeneità nell'approccio alle realtà dei diversi detenuti. Ad ogni modo, pur non essendo poi questa la tesi sposata dal Giudice delle Leggi, quest'ultimo si mostra comunque d'accordo con il fatto che l'eventuale accoglimento della pronuncia non avrebbe determinato la violazione dei principi di cui all'art. 25 Cost. in quanto, come già similmente affermato in Corte Cost., sent. n. 17 del 2021, la disciplina dei permessi premio viene di fatto ad identificarsi con una questione più prettamente procedimentale che sostanziale, non applicandosi così a questa il divieto di modificazioni *in peius* del regime esistente.

individualizzazione e progressività del percorso rieducativo. In definitiva, allora, si può affermare che, con la presente decisione, la Corte ribadisce ancora una volta la volontà di riservare uno spazio non marginale al fenomeno collaborativo, in quanto comunque importante strumento, al di là che in una logica di tipo politico-criminale, di dissociazione dal contesto mafioso, almeno sulla base di una presunzione relativa di origine sociologica e statistica, pur preferendo comunque seguire la via della premialità nei confronti dei non reticenti rispetto a quella della negazione delle garanzie ai silenti e nonostante rimanga di fondamentale importanza valutare con una certa scrupolosità le prerogative che contraddistinguono questi ultimi.

3. Le proposte di riforma precedenti l'ordinanza del 2021

L'opportunità di attuare una riforma capace di attenuare il rigore derivante regime dell'ergastolo ostativo partendo dalla fonte legislativa non trae certo le sue origini con l'ord. n. 97 del 2021 Corte Cost. in quanto, tutto al contrario, essa si può dire anticipata da una serie di riflessioni provenienti anzi da più fonti, per quanto mai pienamente approfondite o accolte in sede parlamentare.³⁹⁵ Queste non possono quindi essere trascurate nel confronto con le attuali prospettive di revisione dell'istituto, in modo quindi da cogliere, in relazione a queste ultime, tanto i tratti di maggiore originalità quanto le opportunità non colte. In questo senso, si tratta infatti di guardare a iniziative che traggono il loro maggiore valore dal fatto di aver compreso con un certo trasporto le esigenze provenienti dal contesto dell'esecuzione penale, mantenendo per di più una certa attenzione per le istanze rieducative di cui all'art. 27, co. 3 Cost. e inserendo quindi la discussione sul tema all'interno di un progetto più ampio di rivitalizzazione del principio stesso, talvolta considerando contemporaneamente le più ampie problematicità legate dal mantenimento della pena perpetua *ex art. 22 c.p.* in sé, talaltra in connessione con il tentativo di generale modifica dell'ostatività penitenziaria

³⁹⁵ Appare in questo senso emblematico il confronto tra le proposte di riforma dell'art. 4 *bis* o.p. interessate a rivedere il sistema in termini favorevoli per il reo le quali, infatti, oltre a non essere numerose, sono rimaste, nella totalità dei casi, poco più che spunti inattuati e quelle, di cui si è trattato a conclusione del primo paragrafo dello scorso capitolo, volte a intensificarne la portata, specie ricomprendendovi un numero sempre più elevato di fattispecie delittuose, che hanno al contrario sempre conosciuto il favore tanto del legislatore quanto dell'opinione pubblica.

di cui all'art. 4 *bis* o.p. Proprio per questo, nonostante si tratti in realtà di una proposta, entro certi termini, più che radicale, il discorso sulle prospettive di riforma dell'ergastolo ostativo non può non soffermarsi brevemente sul d.d.l. 3616/2012,³⁹⁶ il quale prospettava, nello specifico, il completo abbandono non solo dell'ergastolo ostativo bensì anche della stessa fattispecie di cui all'art. 22 c.p., sostituendo così entrambi con una pena detentiva stabilita in un massimo di trent'anni, oltre ad eliminare ogni ipotesi di pene accessorie o interdizione legale perpetue. Di fronte a un simile scenario, è innegabile che si pongano alcune perplessità legate alla mancata considerazione di tutte quelle problematiche che sorgono dal doversi confrontare con uno dei settori più complessi e radicati della criminalità del nostro paese quale quello mafioso, tuttavia la lettura del comunicato alla presidenza con cui il disegno viene presentato dai suoi promotori il 13 dicembre 2012 portano comunque con sé alcune indicazioni di rilievo non indifferente a proposito della strada che il legislatore è chiamato a intraprendere per conformarsi pienamente alle istanze rieducative di cui al dettato costituzionale. In particolare, si mette qui in luce come il fine-pena-mai rappresenti di fatto una «*drammatica scelta*», per uomini che «*sono completamente diversi da ciò che erano al momento di entrare in carcere. Anche perché, paradossalmente, chi vive questa condizione spesso ha lavorato molto e meglio di altri sulla propria vita e sulle motivazioni che hanno portato all'errore, grave ed incancellabile, che ha condotto alla sentenza di ergastolo ostativo*». Proprio tenendo in considerazione queste parole si ribadisce allora la necessità, per poter parlare di una effettiva «*vittoria dello Stato-comunità*», di dare il maggior spazio possibile alla risocializzazione del detenuto, in una prospettiva che, se in quest'occasione è destinata a non sortire effetto alcuno, diventa poi metro di misura per le posizioni assunte il seno alla Commissione Palazzo del 2013 così come nell'ambito degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale del 2016, con il d.d.l. 1951/2019³⁹⁷ e all'interno della relazione proveniente dalla Commissione d'inchiesta sul fenomeno delle mafie del 2020.

³⁹⁶ Di iniziativa parlamentare, presentato al Senato ma mai di fatto assegnato alle letture. A prendere in considerazione la proposta come radice, seppur rimasta «*lettera morta*», delle successive riflessioni in materia è anche NUZZO R., *L'ergastolo ostativo, prospettive di riforma e redenti orientamenti della giurisprudenza europea*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, 3, 48.

³⁹⁷ L'approfondimento della quale verrà però svolto all'interno del prossimo capitolo in quanto essa costituisce l'ossatura di base dell'attuale proposta in via di esame in sede parlamentare.

3.1 La Commissione Palazzo del 2013

Una proposta di riforma sicuramente più meditata in termini di bilanciamento tra le diverse esigenze in gioco, rispetto a quanto si leggeva nel 2012, proviene da quella commissione che, presieduta dal professor Francesco Palazzo e istituita già il 10 giugno 2013 con decreto del Ministero della Giustizia allo scopo di predisporre uno schema utile in vista di una revisione sistematica dell'apparato sanzionatorio emergente dal codice penale vigente,³⁹⁸ ritiene, nel corso delle proprie riunioni, che un esame completo delle istanze di modifica non possa prescindere dal confronto con l'«*urgenza di corrispondere alla necessità di attenuare le gravi conseguenze derivanti dal c.d. ergastolo ostativo*». Per comprendere il contesto entro il quale si muovono i componenti del gruppo di studio appare necessario partire dalla considerazione per cui l'intero progetto così promosso si iscrive entro il chiaro obiettivo di ridurre l'afflittività della pena carceraria in quanto tale, motivato su un'osservazione di natura eminentemente pratica, ossia che la portata stessa della sanzione penale dipenda per buona parte dal contesto storico e sociale nel quale è collocata, con particolare riguardo alla qualità della vita del momento. Di conseguenza, si prosegue nella relazione alla proposta, non essendo le condizioni sociali, così come le si conosce attualmente, «*più nemmeno paragonabili a quelle esistenti prima della guerra*», ne risulterebbe con tutta evidenza che le pene oggi previste dall'ordinamento italiano assumerebbero un'intensità ben superiore a quanto originariamente stabilito, a discapito principalmente del principio di proporzionalità, ma con alcuni riflessi anche in ambito rieducativo, determinando lo scoraggiamento del detenuto di fronte alla prospettiva di una detenzione lunga o, addirittura, senza fine. Ecco allora che, secondo la commissione, i tempi potevano dirsi maturi per l'avvio di una rivisitazione del sistema sanzionatorio nel suo complesso, senza contare che la stessa esigenza iniziava contemporaneamente a farsi sentire anche in ambito europeo, specificamente in seno alla Corte EDU, sia con riferimento al divieto di pene *de iure* e *de facto* irriducibili di cui alla sentenza Vinter c. Regno Unito del

³⁹⁸ Stando alla definizione che ne dà la stessa Commissione, i risultati raggiunti conducono all'elaborazione di uno «*schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa*», il quale tuttavia non ha mai trovato attuazione da parte delle diverse legislature succedutesi nel corso del tempo.

2012, sia in relazione al fenomeno del sovraffollamento carcerario, risalendo all'inizio dello stesso 2013 la pronuncia sul caso Torregiani. In questa prospettiva, e concentrandosi più da vicino sulle esigenze connesse alla questione dell'ergastolo ostativo, è emblematico il fatto che, nello stesso frangente di tempo, a sostenere l'occorrenza di un'ampia riflessione sul tema fosse stata anche un'altra commissione ministeriale, presieduta dal professor Glauco Giostra e creata allo scopo di elaborare «*interventi in tema di ordinamento penitenziario e in particolare di misure alternative alla detenzione*»,³⁹⁹ la quale, pur affermando di aver trovato nella limitatezza del tempo a disposizione un ostacolo alla possibilità di concentrarsi su alcune problematiche, sceglieva comunque, proprio per l'urgenza che vi riteneva connessa, di elencarle, creando così una sorta di lista programmatica per eventuali future ipotesi di riforma, ricomprendendovi proprio l'istituto di cui all'art. 4 *bis* o.p. sia nella sua generalità che, più specificamente, in rapporto al regime derivante dall'innesto di questo nell'art. 2 d.l. 152/1991.

Ad ogni modo, pur cogliendo la necessità di un intervento in materia, la Commissione Palazzo sceglie comunque di tracciare uno schema che, nel superare le maggiori criticità di cui alla normativa vigente, non si distanzia *in toto* dalla struttura di questa, rendendosi infatti conto che un'aspettativa realistica di accoglimento della proposta non può non tenere conto delle tendenze emergenti dalla sfera politica e sociale entro cui l'iniziativa stessa verrebbe a collocarsi. Questa aveva infatti espresso la propria distanza dalle teorie più favorevoli all'eliminazione dell'ergastolo, specie di quello ostativo, nello stesso anno, con la mancata adesione al referendum proveniente dalla riflessione maturata nel contesto del movimento dei Radicali Italiani oltre che in sede di confronto tra i condannati *ex art. 4 bis* o.p., il quale non aveva invero raggiunto un numero sufficiente di firme per la sua indizione.⁴⁰⁰ Ne deriva che la stessa proposta

³⁹⁹ Si allude alla Commissione Giostra, istituita con decreto del Ministero della Giustizia il 2 luglio 2013 e conclusasi anch'essa, come la Commissione Palazzo, il 30 novembre dello stesso anno.

⁴⁰⁰ Si tratta, in particolare, di uno dei *Referendum Radicali per una Giustizia Giusta* depositati presso la Corte di Cassazione nel corso del 2013 dal movimento RI, il quale aveva però la particolarità di essere frutto non solo delle considerazioni provenienti dalle componenti politiche, bensì anche delle istanze degli stessi sottoposti al regime dell'ergastolo ostativo di cui si chiedeva l'eliminazione, uniti in quella che viene definita una «*battaglia di civiltà e di diritto*». BERNARDINI R., PANNELLA M., D'ELIA S., MUSUMECI C., *Abele e Caino contro la "Pena di Morte Viva"*, in *Ristretti Orizzonti*, 2013, 1.

in materia di ergastolo non segue la strada della completa abolizione, bensì quella di un suo mantenimento, anche se circoscritto ai casi limite di concorso di reati puniti con la detenzione speciale, intesa qui come quella pena connessa alle ipotesi delittuose di maggiore gravità ed estesa dai 24 ai 28 anni, distinta dalla fattispecie ordinaria di reclusione dai due ai vent'anni. Ancora, comunque, essa si prefigge l'obiettivo di ridefinire lo stesso istituto di cui all'art. 22 c.p. per renderlo più aderente alle istanze rieducative, tanto quindi da stabilire che esso, pur non potendo certo constare in un periodo di reclusione inferiore ai trent'anni, ad ogni modo comprensivi anche dei periodi di semilibertà o di libertà vigilata, vede la sua protrazione nel tempo subordinata al caso in cui si riscontri la persistenza di «*esigenze di prevenzione speciale accertate dal tribunale di sorveglianza*» da rivalutarsi ogni anno,⁴⁰¹ capovolgendo in questo modo la logica sottesa all'art. 176 c.p. per cui invece l'epilogo di una condanna all'ergastolo nasce all'opposto dalla domanda di accesso alla liberazione condizionale da parte del detenuto e dalla rilevazione di indici positivi in termini di raggiunto ravvedimento. Un percorso non dissimile viene poi elaborato con riferimento all'ergastolo ostativo in quanto, anche in questo caso, dopo averne evidenziato i principali punti di distorsione con il tracciato costituzionale ed optando dunque per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità sociale del non collaborante in esso contemplata, si sceglie di agire esclusivamente nell'ambito del comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* o.p., estendendo perciò il regime già previsto per i casi di cooperazione impossibile, inesigibile o manifestamente irrilevante anche a tutte le altre situazioni in cui «*la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici*» penitenziari.⁴⁰² Ecco allora che, senza scardinare in maniera radicale l'impostazione derivante dall'art. 4 *bis* o.p. e, anzi, riconoscendo comunque un ruolo di non poco momento al fenomeno collaborativo, cui associare perciò una soluzione di tipo premiale, il progetto del 2013 evita di creare preclusioni assolute all'accesso ai diversi strumenti esecutivi, tra cui inserisce anche, con la modifica dell'art. 2 d.l. 152/1991, la liberazione condizionale, prevedendo infatti che, ogni qual volta sia riconosciuta l'assenza di legami con la criminalità organizzata e

⁴⁰¹ Così all'art. 7 dello schema elaborato dalla commissione e trasmesso al Ministero della Giustizia nel dicembre 2013.

⁴⁰² Così all'articolo unico di cui alla proposta elaborata ed approvata all'unanimità dalla commissione nell'ottobre 2013.

sussistano i requisiti connessi ad ogni singolo beneficio, questo possa essere attribuito al detenuto, a prescindere dalle ragioni a fondamento della sua mancata cooperazione e senza che si debba assistere ad alcuna differenza probatoria tra i casi in cui essa potrebbe comunque essere superata sulla base dell'autonoma scelta del soggetto e quelli in cui la reticenza sia l'unica opzione concretamente eleggibile in capo a questi.

3.2 *Le conclusioni di cui al tavolo n. 16 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale del 2016*

Un'attenzione più che puntuale al regime dell'ergastolo ostativo è quella che si riscontra all'interno della relazione conclusiva proveniente dal tavolo di lavoro n. 16, espressamente dedicato, all'interno del più ampio contesto degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, all'identificazione degli «ostacoli normativi all'individuazione del trattamento rieducativo». Prima di soffermarsi sulle proposte generate in questa circostanza, occorre fare un breve cenno alla stessa iniziativa degli Stati Generali⁴⁰³ che, fortemente voluta dall'ex ministro della Giustizia Andrea Orlando, coinvolge, tra il 19 maggio 2015 e il 19 aprile 2016, circa duecento esperti provenienti da più settori dell'analisi sociale, uniti nell'intento di definire le linee guida per una revisione del sistema sanzionatorio così come attualmente strutturato in modo da superare l'«equazione pena=carcere»⁴⁰⁴ e da realizzare così l'esigenza rieducativa sottesa all'art. 27, co. 3 Cost., ritenuta, nelle parole dello stesso promotore, non ancora pienamente

⁴⁰³ Si noti che lo stesso termine impiegato assume un significato ormai tipico anche nella contemporaneità, in cui infatti viene definita come “Stati Generali” l'ipotesi, non più necessariamente politica, di una «riunione aperta a tutti gli enti portatori di interessi rispetto ad una precisa tematica». POLIDORO R., *Gli stati generali dell'esecuzione penale*, Pisa, 2016, 21.

⁴⁰⁴ RUOTOLO M., *Gli Stati Generali sull'Esecuzione Penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016. In particolare, l'Autore sottolinea qui l'importanza del contributo che può derivare, nell'intento di superare le problematiche connesse all'apparato sanzionatorio penale così come attualmente strutturato, dal «dialogo con i portatori di diverse esperienze e con gli studiosi di altre discipline», tramite cui si supera quella prospettiva «normativocentrica» nella quale tendono a rifugiarsi i giuristi, quasi ergendosi a «cerchia di chierici che si presume detenga in via esclusiva le chiavi della porta che apre alla Verità», senza tenere conto delle istanze di cui si fa portatore il senso comune.

attuata.⁴⁰⁵ A questo scopo, lo studio viene suddiviso all'interno di 18 diversi gruppi di lavoro, ciascuno chiamato ad approfondire un diverso aspetto della vicenda sanzionatoria, tra i quali ad acquistare rilievo per la presente disamina è il tavolo n. 16,⁴⁰⁶ il quale invero dedica una parte non indifferente della propria relazione proprio alla predisposizione di un nuovo modello di art. 4 *bis* o.p. concentrandosi su tre diversi profili: l'accesso ai benefici penitenziari per il non collaborante, le fattispecie in esso ricomprese e il ruolo da assegnare all'opinione del procuratore antimafia sulla pericolosità del detenuto. Partendo dal primo aspetto, viene qui di fatto ripresa l'impostazione che già era appartenuta alla Commissione Palazzo e tale per cui, pur scegliendo di mantenere la logica premiale connessa alla scelta collaborativa, sia in termini di accesso anticipato ai benefici penitenziari, derivante dall'art. 58 *ter*, co. 1 o.p., sia di predisposizione di un apparato probatorio meno invasivo, viene comunque perseguita la via dell'eliminazione della presunzione assoluta di pericolosità sociale del reticente. Come risulta dalla relazione finale, insomma, l'obiettivo che si pone il tavolo è quello di tenere ferma l'«*attenzione ai profili preventivi e di sicurezza*» ex art. 4 *bis* o.p. ma contemporaneamente «*smussandone i tratti contrastanti con alcuni fondamentali principi costituzionali*» per giungere così alla «*neutralizzazione del c.d. "ergastolo ostativo"*». Proprio per questa ragione, dunque, non solo si aggiunge alle fattispecie già previste dall'art. 4 *bis*, co. 1 *bis* o.p. il caso del silente per propria scelta, nei confronti del quale si riscontrino comunque i presupposti richiesti dai diversi benefici da applicare, ma si prevede in ogni caso che la prova della mancanza di legami con la criminalità organizzata debba assumere carattere positivo, dovendosi cioè stabilire non più l'assenza di tali rapporti bensì l'eventuale loro sussistenza, partendo dall'ipotesi di una loro inesistenza e rendendo così più agevole la verificabilità della soluzione intrapresa dal magistrato di sorveglianza. Ancora, però, la strada seguita in quest'occasione si arricchisce di un elemento ulteriore proprio con riferimento alla figura di coloro i quali, sebbene possano astrattamente optare per la collaborazione con la giustizia, decidano di non intraprenderla, per cui si prevede, infatti, che sia attribuito

⁴⁰⁵ Il riferimento è qui al discorso tenuto dall'*ex* ministro Orlando in occasione dell'annuncio dell'iniziativa e riportato da POLIDORO R., *Gli stati generali*, cit., 29.

⁴⁰⁶ Coordinato dal responsabile dell'Osservatorio Carcere dell'Unione delle Camere Penali Italiane, Riccardo Polidoro e composto da altri otto membri tra professori universitari, magistrati di sorveglianza e dirigenti e responsabili di strutture carcerarie.

particolare favore, nel valutare la loro ammissibilità ai benefici penitenziari, al fatto che si siano «*adoperati in concrete condotte riparative in favore delle vittime del reato, dei loro familiari o della comunità civile, generando significativi risultati in termini di ricomposizione dei conflitti, di mediazione sociale e di positivi cambiamenti di vita*».⁴⁰⁷ È in questo modo, quindi, che si cerca di attribuire rilevanza, anche di fronte ai reati considerati di più grave entità, al fenomeno della giustizia riparativa, a cui nello stesso ambito degli Stati Generali è dedicato il tavolo n. 13, le condotte ispirate al quale vengono così ad assumere anche qui il ruolo decisivo di «*manifestazione di ravvedimento e risocializzazione del condannato*», specie se si considera il fatto che esso si sviluppa proprio nei termini di una ricostruzione di quella frattura sociale che si era generata con la condotta posta in essere dall'autore del reato attraverso la scelta di aderire, nel presente caso, al sodalizio criminale.⁴⁰⁸

Spostando invece l'attenzione sul secondo settore di intervento di cui alla proposta in esame, gli esperti scelgono in questo caso di operare un'importante rimodulazione dell'art. 4 *bis* o.p. anche dal punto di vista delle fattispecie ivi ricomprese, ponendo cioè in essere quella che viene definita un'«*opera di “bonifica normativa”*», capace di riportare la disposizione alla formulazione originaria, ritenuta invero «*più coerente*» rispetto all'«*eterogeneo elenco*» cui si assiste nel contesto

⁴⁰⁷ Si tratta della dicitura che il tavolo propone di inserire in un apposito comma 1 *bis* da anettere all'art. 58 *ter* o.p. e volto innanzitutto ad equiparare il presente caso a quello del collaborante nel conseguimento anticipato dei diversi benefici penitenziari ma capace anche, tramite il rimando effettuato dall'art. 4 *bis*, co. 1 *bis* o.p., di divenire fattore di rilievo proprio nella propedeutica decisione di attribuire tali misure all'individuo reticente.

⁴⁰⁸ In questo senso, risulta utile citare il contributo del professor Glauco Giostra, coordinatore del Comitato Scientifico degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, il quale definisce infatti lo strumento della giustizia riparativa non come «*un modo di abdicare al compito di rendere giustizia*», bensì come «*un tentativo di sostituire al grossolano rammendo con cui la pena riduce lo strappo del tessuto sociale provocato dal reato una paziente e delicata opera di ritessitura dei fili relazionali tra il reo, la vittima e la società*». GIOSTRA G., *Prefazione a POLIDORO R., Gli Stati Generali*, cit., 15. Come si legge all'interno della relazione allegata al tavolo di lavoro n. 13, l'idea alla base della nuova concezione del compito da assegnare al diritto penale, nata sulla spinta sia dell'esperienza statunitense della *Restorative Justice* sia delle indicazioni di cui alla direttiva 29/2012 dell'Unione Europea, oltre che sul potenziamento di alcuni istituti già conosciuti dall'ordinamento italiano quali gli artt. 133, co. 2 n. 3 e 62, n. 6 c.p., è quella di definire la responsabilità penale non tanto come una colpa «*per qualcosa*», con un'ottica rivolta quindi al passato ma piuttosto come un giudizio «*verso qualcosa*», nel quale dunque il condannato è chiamato a porre in essere una condotta attiva che lo orienti specificamente verso la vittima, vero centro del procedimento penale.

attuale.⁴⁰⁹ A questo scopo, quindi, si propone *in primis* la completa eliminazione del comma 1 *ter* dell'art. 4 *bis* o.p., riportando quindi i reati di "seconda fascia" entro l'ordinario regime riservato alle ipotesi di delitto e *in secundis* l'esclusione dalle fattispecie sottoposte all'ostatività penitenziaria tanto dei reati di contesto mafioso, quanto di quelli di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope oltre che di violenza sessuale, pur mantenendo però per questi ultimi lo speciale e più aderente percorso riabilitativo contenuto all'interno dell'art. 13 *bis* o.p.

Infine, l'ultimo ambito di intervento del tavolo riguarda l'incisività del parere emesso dai procuratori nazionale o distrettuale antimafia, per cui l'art. 4 *bis*, co. 3 *bis* o.p. stabilisce la capacità di determinare, nel caso in cui rilevi la sussistenza di legami con la criminalità organizzata da parte del detenuto e pur riservandosi uno spazio alla discrezionalità del magistrato di sorveglianza, la mancata concessione dei benefici penitenziari di fronte a qualunque delitto. In questo caso la scelta della commissione è netta in quanto si stabilisce la completa abrogazione dell'articolo, eliminando così radicalmente la fattispecie stessa.

Insomma, l'elaborato predisposto dagli Stati Generali costituisce in sé una proposta di non poco valore, proprio perché in grado di cogliere le tematiche più difficilmente sostenibili sul piano delle garanzie da attribuire al condannato generate dall'istituto dell'ergastolo ostativo e, di conseguenza, di riportarle entro i limiti della legalità, pur senza arrivare comunque ad un'estrema rivisitazione dell'istituto, evitando così il rischio di tralasciare le istanze derivanti dalla pericolosità di cui al fenomeno mafioso o terroristico. Tuttavia, anche in questo caso, si constata una profonda distanza tra le proposte avanzate in sede dottrinale e le tendenze del mondo politico, di fatto poco inclini a porre in essere riforme veramente determinanti in termini di adesione al disposto costituzionale. Ciò emerge soprattutto se si guarda al destino riservato all'art.

⁴⁰⁹ In questo senso, assume un carattere in qualche modo curioso il fatto che la direzione concretamente perseguita dal legislatore qualche anno dopo si caratterizzi in senso diametralmente opposto, scegliendo infatti questi non tanto di depurare l'articolo delle ipotesi meno rispondenti alle dinamiche ad esso sottese, di fatto focalizzate sull'incentivo alla collaborazione con la giustizia ma, tutto al contrario, di integrare il testo con quella pluralità di fattispecie entro la quale si iscrivono i delitti contro la pubblica amministrazione.

1, co. 85 lett. e) della l. 103/2017⁴¹⁰ il quale, ancora nell'ottica di dare effettiva esecuzione ai punti evidenziati nel 2016 nell'ambito degli Stati Generali, poneva come obiettivo dei decreti legislativi da adottarsi su sua base proprio il superamento, anche se già non per i delitti di mafia o di terrorismo, «*di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano [...] per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato*». Se infatti questa affermazione poteva rappresentare il punto di partenza per una prima rivitalizzazione dell'art. 27 Cost., si assiste al contrario all'elaborazione di una serie di schemi di decreti legislativi che, a mano a mano, partendo dall'articolato del 15 gennaio 2018 che per lo meno si interessava di trasportare alcune fattispecie di reato non necessariamente connesse alla struttura associativa dal regime della "prima fascia" a quello della seconda⁴¹¹ e giungendo ai testi definitivamente approvati nel novembre dello stesso anno,⁴¹² riducono sempre di più la portata innovativa della riforma, di fatto concludendosi, almeno con riguardo all'art. 4 *bis* o.p., nella mancanza di qualunque suo mutamento.⁴¹³ Ad ogni modo, non volendo comunque considerare l'esperienza degli Stati Generali come un evento completamente privo di rilievo sul piano pratico conviene evocare le parole del Giostra, suo coordinatore, il quale nel 2017 rispondeva alla domanda provocatoria rivolta dall'associazione Antigone⁴¹⁴ che si chiedeva cosa ne fosse stato delle prospettive di cui

⁴¹⁰ Si tratta della cd. "Riforma Orlando", la quale si struttura in parte come legge di modifica di alcune delle disposizioni di cui al sistema penale italiano ed in parte come legge-delega per la più puntuale realizzazione delle esigenze di revisione dell'apparato processuale e sanzionatorio.

⁴¹¹ A.G. 501/2018, il quale contemplava infatti il trasferimento dal comma 1 al comma 1 *ter* dell'art. 4 *bis* o.p. le ipotesi di reati potenzialmente monosoggettivi date dagli artt. 630 c.p., 602 c.p. e 12 t.u. immigrazione oltre che la trasformazione del parere del procuratore antimafia da vincolante a meramente consultivo.

⁴¹² Il riferimento è ai d.lgs. 123 e 124/2018.

⁴¹³ CAPITTA A.M., *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, in *Arch. Pen.*, 2019, 2, 24. A detta dell'Autrice, comunque, già la stessa delega legislativa 103/2017 di fatto precludeva la possibilità di un effettivo superamento delle criticità dell'ergastolo ostativo proprio in quanto vietava l'estensione delle disposizioni volte a superare gli automatismi legislativi alle ipotesi di reati di eccezionale gravità o attinenti ai contesti mafioso o terroristico, in modo da escludere dalla prospettiva di riforma il reparto maggiormente interessato dalla norma stessa.

⁴¹⁴ Associazione politico-culturale «*per i diritti e le garanzie nel sistema penale*», sorta sul finire degli anni '80 a Roma ma operante in gran parte del territorio italiano attraverso una rete di sedi

ai tavoli riuniti tra il 2015 e il 2016 affermando che, pur se un'immediata attuazione degli obiettivi allora posti in luce non sembrava di fatto plausibile «*per le prevedibili inerzie culturali, per rigidità strutturali e organizzative*», essi non potevano comunque che considerarsi motivo di stimolo e di continua riflessione, quasi come un «*lievito che non smette mai di fermentare*», sia per il mondo dei giuristi che per quello dell'opinione pubblica, la sensibilizzazione della quale non può essere certo trascurata.⁴¹⁵

3.3 Le conclusioni della Commissione d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali del 2020

Una prospettiva che meglio aderisce alle indicazioni emerse nell'ambito della Consulta con la sent. n. 253 del 2019, specificamente con riguardo all'apparato probatorio richiesto al non collaborante condannato per i reati di cui all'art. 4 *bis* o.p., è quella che emerge dalla relazione conclusiva rassegnata nel maggio 2020 dalla Commissione d'Inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali.⁴¹⁶ L'apporto derivante da tale prospettazione risulta infatti particolarmente utile per la presente trattazione proprio perché i parlamentari qui riuniti colgono sin da subito l'opportunità, nonostante fossero di fatto chiamati a verificare la

regionali allo scopo tanto di sensibilizzare l'opinione pubblica sul tema della realtà carceraria quanto di proporre inerenti iniziative legislative.

⁴¹⁵ GIOSTRA G., *Che fine hanno fatto gli Stati Generali?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017.

⁴¹⁶ Il riferimento è a quella commissione che, evocata anche in Corte Cost., ord. n. 97 del 2021, dopo l'istituzione di cui alla l. 99/2018, era stata chiamata a valutare la concreta attuazione di Corte Cost., sent. n. 253 del 2019 oltre che le prospettive da essa derivanti, motivo per cui il 20 maggio 2020 questa approva la propria relazione conclusiva per comunicarla poi alle Presidenze della Camera e del Senato il successivo 1° giugno 2020. Ad ogni modo, il presente contributo risulta di interesse anche sotto un altro punto di vista in quanto si tratta invero, salvo per un limitato intervento, nel corso della XIII legislatura, legato all'opportunità di estendere il regime dell'ostatività penitenziaria anche alla liberazione anticipata, della prima volta in cui la commissione parlamentare antimafia si concentra sulle conseguenze derivanti dall'art. 4 *bis* o.p. in termini sia di adesione ai principi costituzionali che di efficacia strategica nel contrasto alla criminalità organizzata e proprio per questo si rivela strumento utile nel prospettare le soluzioni tanto amministrative quanto normative che appaiano più consone per adeguare il rispetto della garanzie per i condannati al contrasto dei fenomeni mafiosi e terroristici. CATANEO C., *La Relazione della Commissione Antimafia sull'istituto di cui all'articolo 4-bis ord. pen. e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 2020.

predisposizione degli strumenti richiesti da una pronuncia focalizzata sul solo istituto di cui all'art. 30 *ter* o.p., di estendere la propria riflessione a tutti gli strumenti interessati dal regime derivante dall'art. 4 *bis* o.p. oltre che, giungendo così al confronto con il tema dell'ergastolo ostativo, alla misura della liberazione condizionale, così come concepita nell'ambito dell'art. 2 d.l. 152/1991. In questo senso, la prima considerazione svolta dalla commissione riguarda il numero delle ipotesi delittuose ricomprese nell'istituto, a proposito della quali ritiene, risultando ormai esse poco coerenti con lo schema legislativo entro cui vengono ricomprese, di creare un inedito «*doppio binario*», tale per cui si sottopongano alle regole più restrittive in caso di mancata collaborazione esclusivamente i reati di criminalità organizzata, terroristica o eversiva, oltre a quelli associativi finalizzati alla loro commissione, riservando invece a tutte le ipotesi diverse il trattamento meno invasivo previsto per le fattispecie di “seconda fascia”. Se in quest'ultimo caso si stabilisce, infatti, che per la concessione degli strumenti penitenziari sia sufficiente la constatazione, da parte del magistrato di sorveglianza, dell'assenza della pericolosità sociale e dei rischi derivanti dal reinserimento in società del condannato,⁴¹⁷ è in relazione al primo scenario che, una volta eliminata la preclusione assoluta all'accesso al trattamento per il non collaborante, si prevede comunque che tale apertura dipenda da un regime probatorio minuziosamente corroborato da opportune cautele, da intendersi nel senso di un «*più rigoroso procedimento di accertamento [...] dei presupposti per la concessione del beneficio, con la scansione più rigida delle fasi della verifica sul venir meno dei legami con l'organizzazione criminale*». Insomma, a detta della commissione, non avrebbe alcun senso fondare la differenziazione tra i diversi delitti sulla base dell'inflessibilità trattamentale, in quanto, al contrario, appare più rispondente sia ai canoni costituzionali che alle strategie politico-criminali la predisposizione di un sistema articolato tramite il quale provare la mancanza di collegamenti tra il condannato e gli ambienti di originaria appartenenza, i quali si ritiene però possano riguardare sia il contesto presente che quello futuro nel caso di pericolo di un loro ripristino, mantenendo così, anche per quanto riguarda la richiesta

⁴¹⁷ Da stabilirsi, in particolare, sulla base dei pareri provenienti dal procuratore della Repubblica e dal Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, adeguatamente informato sul punto da questure e prefetture.

di specifiche allegazioni e nonostante le aspre critiche ricevute, la formula utilizzata dal Giudice delle Leggi con la pronuncia n. 253 del 2019. Ciò che però muta qui, sia rispetto al precedente appena citato che alla successiva sent. n. 20 del 2022, è l'estensione della disciplina appena indicata, tramite cui di fatto si afferma che l'accesso ai rimedi viene a costituire «*un'eccezione alla regola*», a tutti i casi di mancata collaborazione, sottraendosi cioè al tortuoso onere probatorio solo il caso dell'attiva cooperazione, alla quale si ritiene comunque opportuno associare la via della premialità dato il suo più che rilevante contributo alle esigenze investigative.

Ad ogni modo, ciò che più contraddistingue la proposta in oggetto è il tentativo di dare un contenuto concreto al materiale che deve giungere al magistrato di sorveglianza al fine di orientare la sua scelta a proposito della presenza o meno di indici di pericolosità sociale concernenti il detenuto, in relazione al quale si teorizza la creazione di un lavoro coordinato che coinvolga attivamente e congiuntamente la direzione del carcere, il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica e la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo. Con tale obiettivo, dunque, già a proposito del secondo degli attori in gioco la commissione si occupa di meglio definire, rispetto a quanto sinora disposto, i mezzi da questo a disposizione per la formulazione del proprio parere, i quali vengono ad identificarsi con le informazioni, i dati e le notizie provenienti dalle forze di polizia dei luoghi di perpetrazione del reato, di godimento del beneficio e di origine ed operatività dell'associazione criminale di riferimenti, che dovranno per di più tutti convergere all'interno di «*moduli chiari rapidi ed efficaci di raccordo e circolarità informativa predisposti dal Ministero dell'interno*». Tuttavia, vero protagonista nella formazione dell'apparato conoscitivo è qui il procuratore nazionale antimafia, il quale viene chiamato ad adempiere alla duplice funzione di organo di raccolta delle posizioni assunte dalle diverse direzioni distrettuali a proposito del detenuto in questione⁴¹⁸ e di soggetto attivo nell'acquisizione delle informazioni di natura reddituale e patrimoniale a proposito tanto del condannato quanto della sua famiglia o delle persone a questi connesse. Ampio spazio è invero attribuito al tema delle verifiche di ordine economico e finanziario,

⁴¹⁸ Tra cui vengono ricomprese la procura del luogo di svolgimento del processo definito con sentenza di condanna a carico dell'istante, quella del luogo di origine ed operatività del gruppo criminale di riferimento, e, infine, quella del luogo in cui si prevede di dare attuazione al beneficio richiesto.

intese come uno tra gli indici più rilevanti della persistenza di legami tra il soggetto in questione e la criminalità organizzata, al punto che si prevede, proprio a questo scopo, di estendere anche all'ambito delle operazioni *ex art. 4 bis* o.p., lo strumento già conosciuto in relazione agli individui sottoposti a misure di prevenzione di cui all'art. 79 del codice antimafia.⁴¹⁹ Stando tale disposizione, in particolare, il procuratore ha modo di conoscere gli esiti delle indagini condotte dalla Guardia di Finanza per l'accertamento di illeciti valutari e societari le quali risultano a loro volta caratterizzate dall'esercizio di poteri spesso eccezionali rispetto a quanto previsto per le ordinarie verificazioni di cui questa è competente, tra cui si annoverano la facoltà di chiedere ad ogni ufficio della p.a., ente creditizio, impresa o società qualunque tipo di notizia e l'estrazione della copia di qualsiasi documento ritenuto utile al proprio lavoro investigativo *ex art. 19, co. 4* dello stesso codice o la messa in atto delle speciali funzioni di polizia valutaria con accesso, nel caso di segnalazioni di operazioni sospette provenienti dall'Unità di Informazione Tributaria per l'Italia, ai dati di cui all'anagrafe tributaria o immobiliare o alle informazioni sul titolare effettivo di persone giuridiche o *trust* espressi di cui al registro delle imprese *ex art. 9, co. 7 l. 231/2007*. Si tratta, in definitiva, di poteri anche molto invasivi che pur trovano la loro giustificazione nella particolare categoria dei reati in oggetto;⁴²⁰ ciò che però allora risulta poco condivisibile, nella scelta della commissione, è il fatto non solo di aver predisposto un sistema di verifica tanto approfondito, ma di ritenere comunque necessaria, per l'attribuzione dei benefici penitenziari, la specifica allegazione, proveniente dal condannato, degli elementi a proprio favore, quasi come se i risultati di un'osservazione così scrupolosa potessero essere vanificati da una questione di tipo prettamente procedurale quale l'insufficiente capacità del condannato di dettagliare la propria richiesta. Le perplessità acquistano poi maggior entità non appena si constati che il lavoro degli organi ausiliari, a detta della stessa relazione, dovrebbe giungere al magistrato di sorveglianza una volta che egli abbia conosciuto e soppesato una serie di fattori quali *«la capacità eventualmente manifestata nel corso della detenzione di*

⁴¹⁹ D.lgs. 159/2011.

⁴²⁰ Ad ogni modo, resta il fatto che, per quanto la relazione sottolinei l'esigenza di lasciare ai soggetti in questione un termine congruo per svolgere le proprie attività investigative, si ritiene che sia comunque a ciò sufficiente lo spazio di trenta giorni, prorogabile per una sola volta, di cui all'art. 4 *bis*, co. 2 e 3 o.p.

mantenere collegamenti con l'originaria associazione di appartenenza o con altre organizzazioni, reti o coalizioni anche straniere», «l'ammissione dell'attività criminale svolta» o «la valutazione critica del vissuto in relazione al ravvedimento» per cui diviene per di più complesso, anche a livello pratico, stabilire quali potrebbero essere gli ulteriori fattori che il soggetto sarebbe chiamato ad indicare per contribuire al proprio ingresso al trattamento risocializzante.

In ogni caso, pur attribuendole un ruolo molto più limitato rispetto a quanto previsto all'interno della relazione proveniente dagli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, una certa attenzione viene rivolta, anche dalla Commissione d'Inchiesta, alla tematica della *Restorative Justice*, riconoscendo infatti valore determinante per la scelta del giudice dell'esecuzione di avviare le verifiche necessarie all'ammissione del soggetto ai benefici penitenziari alla «*sussistenza di concrete e congrue condotte riparatorie, anche di natura non economica*», anche se resta comunque il fatto che si tratti solo di una tra le più condotte utili a tale scopo, senza che vi sia alcun effettivo incentivo ad intraprenderla. Insomma, quanto emerge dalla proposta in esame è che, ancora una volta, di fronte alla tematica tanto ostile della criminalità organizzata, l'atteggiamento del mondo politico è quello di un'attribuzione tanto marginale delle garanzie previste per i detenuti da divenire quasi meramente formale, anche se resta pur sempre sullo sfondo la scelta di allontanarsi dagli automatismi preclusivi e dalle presunzioni assolute derivanti dalla formulazione assunta dall'art. 4 *bis* o.p. nel 1992.

4. Le attuali prospettive di riforma

4.1 Le proposte di legge depositate alla Camera

A differenza di quanto si era verificato con riguardo alle precedenti ordinanze di incostituzionalità differita emesse dalla Corte Costituzionale e nonostante le buie previsioni di una dottrina piuttosto convinta del fatto che anche la presente pronuncia non avrebbe conosciuto l'attenzione richiesta al legislatore,⁴²¹ la tematica dell'ergastolo

⁴²¹ Tra cui RISICATO L., *L'incostituzionalità riluttante*, cit., 667. L'Autrice esprimeva infatti, a pochi mesi da Corte Cost., ord. n. 97 del 2021, le proprie perplessità a proposito dell'intervento correttivo di un giudice definito «*distratto*» da emergenze di ben altra natura», al punto quindi

ostativo ha invece coinvolto una pluralità di forze politiche, interessate ad apportare il proprio contributo nel tentativo di adattare l'art. 4 *bis* o.p. ai principi di cui alla Legge Fondamentale. In questo senso, a dire il vero, resta il fatto che, in relazione alla stessa questione, soprattutto a partire dall'indicazione proveniente dagli orientamenti della Corte EDU emersi con il caso Viola c. Italia, non fossero comunque mancate negli anni precedenti, alcune voci, anche tra gli stessi membri del Parlamento, rivolte a tale scopo, motivo per cui la remissione operata dalla Consulta diviene di fatto lo strumento tramite cui incentivare simili iniziative. Già il 2 luglio 2019, in particolare, ancor prima che il Giudice delle Leggi si esprimesse con la sent. n. 253 del 2019 in relazione all'inconciliabilità tra ostatività e permessi premio, viene depositata alla Camera una proposta, a nome della deputata Vincenza Bruno Bossio,⁴²² nella quale si indica come strumento per il superamento delle criticità determinate dalla presunzione assoluta di pericolosità sociale del non collaborante di cui all'art. 4 *bis* o.p., una serie di modificazioni che, nonostante tralascino *in toto* il problema della tipologia e della quantità dei delitti da ricomprendere nella fattispecie, risultano comunque in gran parte debitorie, come si sottolinea nella parte introduttiva della relazione allegata, delle riflessioni della Commissione Palazzo del 2013,⁴²³ oltre a rievocare, in alcuni passaggi, le conclusioni di cui agli Stati Generali del 2016. Predisponendo un unico articolo, in particolare, il progetto in esame prevede l'estensione delle situazioni comprese al comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* o.p. anche alle ipotesi in cui, nonostante la mancata collaborazione del detenuto, sia comunque possibile riscontrare in questi la presenza degli specifici requisiti richiesti per l'accesso ai vari benefici penitenziari,⁴²⁴ in modo

che essa identificava come scenario più probabile quello dell'intervento risolutorio da parte della Consulta, chiamata quindi ad esprimersi in via definitiva nonostante tutte le incongruenze che, come posto in luce dalla stessa, sarebbero a ciò conseguite.

⁴²² A.C. 1951/2019.

⁴²³ Il nesso tra le due proposte emerge per di più con evidenza anche proseguendo nella lettura della relazione alla proposta Bossio, in quanto l'elencazione che questa conduce a proposito dei profili di criticità determinati dall'istituto dell'ergastolo ostativo riprende nella totalità i punti già emersi nelle considerazioni della Commissione Palazzo, dall'insostenibilità di presunzioni assolute irragionevoli, all'uso utilitaristico della scelta collaborativa così come alla lesione del diritto di difesa e alla disparità di trattamento rispetto al disposto dell'art. 384, co. 1 c.p.

⁴²⁴ Tra i quali la proposta intende rimarcare l'opportunità di ricomprendere anche la liberazione condizionale, tanto che, nonostante a ciò possa astrattamente dirsi sufficiente il rimando, operato dall'art. 2 d.l. 152/1991, all'art. 4 *bis*, co. 1 o.p., come sinora si è affermato per i casi di collaborazione impossibile, inesigibile o manifestamente irrilevante, essa prevede comunque

quindi da creare un unico percorso probatorio da intraprendere di fronte a qualunque caso di reticenza, sia questa l'unica via concretamente percorribile dal condannato o sia essa il frutto di una sua scelta. Per di più, mostrando una non indifferente apertura al tema delle garanzie degli individui reclusi, la proposta struttura la prova necessaria per l'ammissione al trattamento rieducativo ribaltandone l'assetto originario, descrivendola cioè in termini positivi tramite la previsione che essa, posta in capo al magistrato di sorveglianza sulla base dei dati raccolti tramite gli organi ad esso ausiliari, debba mirare alla dimostrazione dell'effettiva presenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata, di modo che, lì dove gli elementi raccolti non siano sufficienti a sostenere l'affermazione, non vi sia motivo per negare al soggetto la sottoposizione alle normali regole detentive. Ancora, lo schema in oggetto presenta un elemento di originalità rispetto alle iniziative che lo precedono in quanto, nel definire il lavoro investigativo cui sono chiamate le diverse strutture di riferimento per l'elaborazione, in capo al giudice dell'esecuzione, della propria decisione, si ritiene fondamentale anettere, tramite l'aggiunta di un ulteriore comma 3 *bis* all'art. 4 *bis* o.p., la precisazione per cui esso non può costituirsi che di *«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»*, così da escludere, di conseguenza, ogni forma di *«parere»* che non sia formulato sulla base di dati scientifici e che per questo esponga il detenuto alle opinioni arbitrarie di soggetti amministrativi. Insomma, la proposta del 2019 appare, pur senza raggiungere il grado di approfondimento maturato in seno agli Stati Generali, una soluzione di fatto aderente alle necessità indicate dalla Consulta con l'ord. n. 97 del 2021, della quale per di più evita di riproporre le difficoltà determinate dalla distinzione tra le varie ipotesi di mancata collaborazione così come dalla domanda di elementi specifici capaci di dimostrare fatti negativi. Effettivamente, non è un caso che essa citi, nella relazione introduttiva, tutti quei principi che, a partire dalla dignità di cui alla giurisprudenza della Corte EDU sino alla proporzionalità e all'individualizzazione della pena così come individuati dalla Corte Costituzionale nel corso degli anni, non fanno che evidenziare l'imprescindibilità di predisporre, per qualunque soggetto, un percorso di tipo

una modifica *ad hoc* della norma suddetta, nella quale si specifichi l'estensione della fattispecie anche ai casi di cui al comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* o.p.

risocializzante, ispirato all'astratta previsione di un suo futuro ritorno all'interno del consorzio sociale, in quanto è anzi proprio sulle premesse poste a capo delle diverse iniziative che diventa possibile misurare il grado di rispondenza di queste ai precetti della Legge Fondamentale. La conferma di tale asserzione, in particolare, è data proprio dal confronto tra il progetto in esame e le diverse iniziative che, nel corso del 2021, arricchiscono il materiale su cui si invita il legislatore a soffermarsi, ossia le proposte, identificate con il nome dei deputati proponenti, Ferraresi,⁴²⁵ Delmastro Delle Vedove⁴²⁶ e Paolini,⁴²⁷ cui va aggiunto, per un'ulteriore occasione di riflessione, lo schema predisposto dall'associazione Falcone e inviato, in veste di contributo, alla Commissione Giustizia della Camera nel corso dell'*iter* legislativo.⁴²⁸ È in queste ultime, a ben vedere, che si registra la netta tendenza a «neutralizzare» i risultati cui erano ormai giunte la giurisprudenza europea e quella interna, al punto da seguire, soprattutto sulla spinta di un'opinione pubblica più incline a rifugiarsi nelle dinamiche securitarie e giustizialiste che ad accogliere le istanze provenienti dalla realtà penitenziaria, la «tentazione di “sterilizzare”, nella sostanza, quanto disposto dalla Corte con l'ordinanza n. 97/2021»,⁴²⁹ per di più perseverando, in tal modo, in quello stesso atteggiamento che si era riscontrato al momento dell'emanazione della sent. n. 253 del 2019. Già in quell'occasione, infatti, ancor prima dell'effettivo deposito della decisione si erano levate voci che, allarmate da una pronuncia che definivano «fomite di catastrofiche conseguenze», chiedevano addirittura l'emanazione di un decreto d'urgenza allo scopo di evitare il dispiegarsi di situazioni di fatto intollerabili dal punto di vista dell'ordine pubblico, il cui risultato avrebbe addirittura determinato, a detta di queste, l'«abdicazione dello Stato alla criminalità organizzata».⁴³⁰ Di fatto, si tratta di considerazioni che ritornano con una certa intensità nelle relazioni di accompagnamento

⁴²⁵ A.C. 3106/2021, presentato alla Camera l'11 maggio 2021, di fatto in corrispondenza con il deposito di Corte Cost., ord. n. 97 del 2021.

⁴²⁶ A.C. 3184/2021, presentato alla Camera il 30 giugno 2021.

⁴²⁷ A.C. 3315/2021, presentato alla Camera il 13 ottobre 2021.

⁴²⁸ Si tratta, invero, pur essendo comunque essa incapace di determinare la formazione del percorso di approvazione della legge data la sua non provenienza da soggetto legittimato alla proposizione ex art. 71 Cost., di un apporto pur sempre meritevole di attenzione, soprattutto con riferimento all'autorevolezza dei suoi redattori, nello specifico i magistrati Antonio Balsamo e Fabio Fiorentin.

⁴²⁹ DOLCINI E., *Reati ostativi e collaborazione con la giustizia: la proposta di riforma della Fondazione Falcone*, in *Sist. Pen.*, 2021.

⁴³⁰ PUGIOTTO A., *Due decisioni*, cit., 3333.

ai progetti del 2021, si veda in questo senso la proposta Ferraresi, la quale definisce la direzione intrapresa con la sentenza Viola della Corte EDU e l'ordinanza n. 97 del 2021 della Consulta un «*colpo mortale*» al regime dell'ostatività penitenziaria che si collocherebbe così sul solco tracciato dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 253 del 2019, tramite cui, si prosegue, già si era stabilito che i «*capi mafiosi, condannati all'ergastolo per stragi e omicidi*» potessero ottenere l'accesso ai permessi premio. È questa una posizione che, se guardata con attenzione, comporta una focalizzazione rivolta, più che sul percorso rieducativo intrapreso dal detenuto, esclusivamente sulla tragicità del reato commesso, di fatto ponendosi in contraddizione con il disposto dell'art. 27. co. 3 Cost. Ancora, non si distanzia da quest'ottica nemmeno il progetto Delmastro il quale, in particolare, indica come proprio obiettivo quello di «*salvaguardare, pur nel rispetto delle indicazioni della Corte, le esigenze social-preventive nei confronti della criminalità organizzata e di difesa sociale*», considerando invece l'indicazione proveniente dalla Consulta in merito alla necessità di costruire una norma il più favorevole possibile alla risocializzazione del condannato non collaborante come il portato di «*mal interpretati e mal metabolizzati principi relativi alla funzione rieducativa della pena*». Un approccio in parte diverso, eppure sempre votato al contenimento degli approdi costituzionali entro margini estremamente rigidi, è quello adottato dalla proposta Paolini, la quale infatti, sebbene sembri di fatto condividere la necessità di assicurare al condannato la «*“speranza” di godere dei frutti dell'emenda*»,⁴³¹ sceglie, piuttosto che di riporre la propria attenzione sulla predisposizione di strumenti volti ad eliminare le distorsioni di cui al sistema vigenze, di concentrarsi sull'importanza del ruolo assunto dalla premialità nella strategia politica di contrasto alla criminalità organizzata, rievocando per di più alcuni episodi storici, tra cui lo «*smantellamento della “mafia del Brenta”*», in cui sostiene che l'erosione di gruppi criminali sarebbe stata determinata proprio dalla scelta collaborativa di alcuni condannati, invero incentivati ad essa proprio in virtù del conseguente regime favorevole. Per questo, dunque, tale progetto predispose, proprio in ragione

⁴³¹ Proprio in questo senso, infatti, la relazione afferma di condividere le rilevazioni apportate dalla Corte a proposito della possibilità che sussistano ragioni diverse dalla permanenza dei legami con la criminalità organizzata alla base della scelta del detenuto di non collaborare con la giustizia, le quali ritiene comunque che dovrebbero costituire uno degli elementi al vaglio del magistrato di sorveglianza nella decisione di concedere o meno i benefici penitenziari.

dell'attenuazione delle regole più rigorose poste in capo al soggetto reticente, l'attribuzione di uno spazio di forte rilevanza alla «testimonianza dell'“intraeus”» in quanto mezzo «insostituibile per accertare determinati fatti, per comprendere determinate logiche operative, per identificare le vere linee di comando e le connessioni con il mondo “esterno” alla organizzazione, per punire i colpevoli e per garantire verità e giustizia alle vittime».⁴³²

Ad ogni modo, il risultato dei ragionamenti operati dai progetti successivi alla proposta Bossio è, con tutta evidenza, quello della creazione di un sistema tanto restrittivo per le garanzie del detenuto da arrivare a tradire completamente quel monito che, a breve distanza dall'ord. n. 97 del 2021 della Consulta, l'Associazione Antigone rivolgeva proprio al legislatore, sottolineando come il compito di riforma dell'art. 4 *bis* demandatogli lo esponesse di fatto al rischio di dar forma, pur «*muovendosi formalmente sul solco tracciato dell'ordinanza della Corte*», ad un apparato probatorio in capo al non collaborante capace di rendere «*eccessivamente difficile l'esercizio del diritto*», risultando perciò «*solo nominale la modifica della presunzione di pericolosità*».⁴³³ Ciò che accade, infatti, è che quell'inversione dell'onere della prova che la sent. n. 253 del 2019 stabiliva per il solo caso in cui il Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica avesse apportato informazioni a sostegno della mancata cessazione dei legami con associazioni di stampo mafioso da parte del richiedente il beneficio, viene estesa, nell'idea dei deputati in questione, alla totalità delle occasioni in cui un detenuto intenda accedere agli strumenti penitenziari, il quale è infatti per questo

⁴³² A questo si aggiunga per di più, sempre allo scopo di comprendere l'atteggiamento di ostilità che caratterizza la proposta in esame verso le opinioni portate avanti dalla giurisprudenza in materia di rieducazione, il fatto che il testo si dilunga inoltre nel porre in evidenza la diversa concezione del fenomeno mafioso cui si assiste nell'ambito della magistratura e delle forze di polizia del nostro Paese rispetto a quanto accade negli altri stati europei, in cui si annoverano infatti ordinamenti che nemmeno hanno la necessità di confrontarsi con strutture sociali di natura criminogena e radicati in senso capillare all'interno del territorio. Insomma, a leggere questa lunga digressione a proposito della connotazione tipicamente italiana del fenomeno mafioso, sorge di fatto il dubbio che essa sia precipuamente rivolta a screditare le risultanze emerse in seno alla Corte EDU con la sentenza Viola c. Italia, come se di fatto la ricomprensione della tematica dell'ergastolo ostativo all'interno della discussione sulla irriducibilità della pena non fosse che il frutto di osservazioni poco consce della realtà sottesa allo strumento predisposto dal legislatore.

⁴³³ GONNELLA P., PATRONE I.G., *Ergastolo ostativo e pena costituzionale: una nota dell'associazione Antigone*, in *Antig.*, 2021.

chiamato a fornire, tra gli altri requisiti,⁴³⁴ *«elementi concreti, diversi e ulteriori rispetto alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere con certezza l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto in cui il reato è stato commesso, nonché di escludere con certezza il pericolo di ripristino di tali collegamenti, tenendo conto delle circostanze personali e ambientali»*. Sono queste, nello specifico, le espressioni utilizzate nel contesto della proposta Ferraresi, ma non certo dissimili appaiono gli orientamenti espressi dalle proposte di Delmastro o dell'Associazione Falcone, in cui, nonostante si faccia semplicemente riferimento alla necessità che *«sia fornita la prova»* dell'insussistenza dei rapporti tra condannato e ambienti criminali, emerge chiaramente dal contesto come sia proprio nei confronti del richiedente che si intende far gravare tale onere. Ciò si constata, invero, specie se si considera la relazione annessa al progetto del 30 giugno 2021, il quale parla di un *«regime probatorio rafforzato»* come logica derivazione del confronto con la *«vischiosità dei fenomeni criminali associativi»*, la quale comporterebbe quindi proprio l'introduzione di un *«nuovo meccanismo di riparto dell'onus probandi, secondo il quale l'onere della prova degli elementi richiesti per neutralizzare le presunzioni qualificate [...] dovrà gravare interamente sull'istante»*. D'altra parte, una tendenza molto simile si registra anche nell'articolato presentato da Paolini, il quale infatti, se evita di costruire il sistema della prova nei termini appena descritti, inserisce poi tra le circostanze oggetto delle valutazioni devolute al magistrato di sorveglianza il fatto che il soggetto si sia adoperato per consentire *«l'identificazione dei soggetti, delle reti e delle metodologie*

⁴³⁴ Ossia, almeno stando alla proposta Ferraresi, che comunque non si discosta dagli altri progetti in esame se non per questioni di tipo marginale, la regolare condotta carceraria, la partecipazione al programma rieducativo, l'adempimento, salvo la dimostrazione di impossibilità, delle obbligazioni civili e delle riparazioni pecuniarie derivanti dal reato, oltre che l'indicazione delle ragioni alla base della scelta di non collaborare. A tali presupposti, comunque, è interessante notare come l'articolato proveniente dall'Associazione Falcone aggiunga anche la valutazione, da parte del magistrato di sorveglianza, del raggiunto ravvedimento da parte del detenuto, la quale diviene così condizione non solo per la concessione della liberazione condizionale bensì anche per l'ammissione a qualunque strumento di cui alla l. 354/1975, con un'evidente distorsione del principio di progressività trattamentale, soprattutto se si considera che la predisposizione stessa dei benefici penitenziari nasce con l'intento di permettere al reo di raggiungere la risocializzazione, determinando quindi lo schema in esame un'inversione logica capace di trasformare l'obiettivo finale del percorso in un mero presupposto per il suo accesso.

utilizzati, anche da terzi, per riciclare o reimpiegare proventi economici di natura illecita», riferendosi però così ad un atteggiamento che poco si discosta da quello collaborativo.⁴³⁵

Altra nota critica emergente dalle proposte del 2021 concerne poi il tentativo di modifica del procedimento di accertamento della mancata pericolosità sociale del detenuto, in relazione al quale si prevede infatti di predisporre un complesso apparato di organi ausiliari atti a coadiuvare il magistrato di sorveglianza nell'assunzione della propria decisione il quale arriva a ricomprendere una pluralità di soggetti ulteriori rispetto al Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica e l'autorità penitenziaria originariamente previsti, tra cui il pubblico ministero e il procuratore antimafia.⁴³⁶ In questo caso, dunque, il rischio è però di dar vita ad un meccanismo definito «*a dir poco farraginoso*»⁴³⁷ dal quale difficilmente si ritiene possa giungere una prospettazione univoca, senza contare poi come lo scenario si complichino ulteriormente nel testo a nome di Delmastro, nel quale viene per giunta espunto il termine di trenta giorni entro cui si stabiliva che, lì dove non fosse pervenuto al magistrato di sorveglianza un idoneo apparato informativo, questi avrebbe potuto decidere autonomamente sull'istanza del condannato, con la conseguenza di creare però, per questa via, ulteriori ritardi nell'accesso al percorso rieducativo.

A questo punto, allora, l'unico punto di forza dei progetti del 2021 sarebbe quello di aver cercato di delineare, a mero titolo esemplificativo, alcuni indicatori diversi dalla collaborazione capaci di limitare la discrezionalità del giudice dell'esecuzione nella scelta di concedere o meno i benefici penitenziari, rendendo

⁴³⁵ Si tratta di una tecnica che trova per di più peculiare impiego anche nella proposta dell'Associazione Falcone, in cui viene infatti ricompreso tra gli indici strumentali al giudizio sull'ammissibilità dell'accesso del condannato al percorso rieducativo il fatto che egli abbia «*contribuito alla realizzazione del diritto alla verità spettante alle vittime, ai loro familiari e all'intera collettività sui fatti che costituiscono gravi violazioni dei diritti fondamentali*» che, pur tema di fondamentale importanza come ribadito anche dalle Nazioni Unite, attiene più propriamente al contesto delle violazioni compiute dagli Stati nei confronti dei diritti umani, ricoprendo invece, se posto all'interno dell'art. 4 *bis* o.p., la funzione di «*surrogato della collaborazione con la giustizia*». DOLCINI E., *Reati ostativi*, cit.

⁴³⁶ In relazione a quest'ultimo, per di più, si prevede che abbia il potere, tramite l'espressione di un parere vincolante, di determinare la completa sospensione delle diverse misure penitenziarie, eccezion fatta per la liberazione condizionale, ponendosi così in aperto contrasto con gli intenti della proposta Bossio, per la quale invece ad avere valore giuridico sarebbero solo informazioni e dati fattuali.

⁴³⁷ RISICATO L., *L'incostituzionalità riluttante*, cit., 668.

quindi possibile per il reticente comprendere, come richiesto già in ambito europeo con la sentenza Vinter del 2012, quali siano gli strumenti dei quali dispone per raggiungere l'obiettivo di un proprio rientro in società. Anche in questo senso, comunque, se sembra motivo di pregio il fatto di aver ricompreso tra tali segnali, salvo per quanto riguarda la proposta Ferraresi che non ne fa menzione, la partecipazione a programmi di giustizia riparativa, non si può che guardare con minor favore a quegli indicatori che di fatto ripropongono schemi del tutto assimilabili alla scelta collaborativa, annullando così qualunque sostanziale prospettiva di mutamento del regime in questione.

4.2 L'approvazione del testo unificato alla Camera

Nonostante le antitesi emergenti dal confronto tra le diverse proposte di legge giunte alla Camera dei Deputati, la scelta di quest'ultima si rivolge verso l'unificazione delle ipotesi in un unico corpo normativo, il quale presenta quindi alcuni punti di contatto con tutte le varie prospettazioni pur risultando il frutto di un'elaborazione di fatto autonoma ed in parte originale. Nello specifico, stando al testo approvato in assemblea il 31 marzo 2022,⁴³⁸ appare chiaro l'intento di non aderire pienamente né al modello probatorio estremamente rigido di cui ai progetti del 202, con cui si sarebbe altrimenti dato vita ad una *probatio negativa* in capo al detenuto, né allo schema delineato dalla proposta Bossio, con il quale si sarebbe invece richiesto al magistrato di sorveglianza di ammettere il condannato ai benefici penitenziari in tutti quei casi in cui non vi fossero stati fattori capaci di dimostrare la sussistenza di legami tra questi e la criminalità organizzata: la decisione del legislatore ricade infatti nella semplice riproposizione delle indicazioni fornite dalla Consulta con la sent. n. 253 del 2019, stabilendo così che al richiedente spetti l'onere di fare specifica allegazione di elementi comprovanti l'assenza sia di collegamenti con contesti di natura mafiosa o terroristica sia del pericolo di un loro futuro ripristino. Ancora, sempre in questa direzione, viene per di più sancito normativamente quell'indirizzo ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità e ricordato dalla stessa Corte Costituzionale per cui, di

⁴³⁸ Proveniente dalla Commissione Giustizia in sede referente e su cui si erano per di più espresse favorevolmente la Commissioni Affari Costituzionali, Bilancio, Finanze e Lavoro. A seguito dell'esito positivo il definitivo testo unificato è stato trasmesso alla Presidenza del Senato il 1° aprile 2022 sotto il titolo di d.d.l. 2574/2022.

fronte ad un esito sfavorevole dell'istruttoria condotta nei confronti del detenuto, spetterebbe allora a questi provare la propria distanza dal contesto criminogeno di origine, ripristinandosi però in quest'ipotesi il rischio delle deviazioni sistematiche prodotte da un apparato amministrativo e giudiziale poco incline ad affermare la mancanza di pericolosità sociale del soggetto.⁴³⁹

Ad ogni modo, ciò che più contraddistingue il progetto di legge in esame, raccogliendo in particolare gli esiti della discussione tenutasi in assemblea, è il tentativo di inquadrare entro due sistemi distinti le diverse fattispecie ricomprese nell'ambito dell'attuale art. 4 *bis* o.p., cogliendo così, pur senza giungere sino alla totale esclusione dei delitti meno coerenti con l'impianto della norma, le osservazioni che sul tema erano state portate avanti sia dal Giudice delle Leggi che, più approfonditamente, dagli Stati Generali del 2016. La più rigida previsione in termini probatori appena descritta, infatti, viene associata dal legislatore al più ristretto campo dei reati di associazione mafiosa, terroristica, eversiva, finalizzata al traffico illecito di stupefacenti o di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, mentre si stabilisce una attenuazione con riguardo alla generalità delle altre ipotesi di reati ostativi,⁴⁴⁰ per cui infatti si ritiene sufficiente la specifica allegazione di elementi capaci di dimostrare l'insussistenza di legami con il «contesto nel quale il reato è stato commesso», prescindendo quindi da un eventuale loro futura ricostituzione⁴⁴¹ ma certo partendo pur sempre dal presupposto che tale ambiente di fatto sussista e che non si tratti di fattispecie monosoggettive.

Proseguendo nell'analisi del testo unificato, comunque, è opportuno soffermarsi su una delle impostazioni qui seguite, la quale è di fatto stata oggetto delle maggiori critiche da parte della dottrina, ossia quella di eliminare *tout court* qualunque distinzione tra i casi di mancata collaborazione, non tenendo perciò conto dell'eventualità che essa non derivi tanto da un'autonoma scelta del detenuto, bensì da una condizione di impossibilità o inesigibilità della stessa e riallacciandosi così ad un'ottica che, se poteva forse ritenersi ammissibile nell'ambito della proposta Bossio o nelle conclusioni della Commissione d'Inchiesta del 2020, risulta certo oggi poco

⁴³⁹ Si veda in questo senso quanto già posto in evidenza al paragrafo 2.2 del presente capitolo.

⁴⁴⁰ In relazione alle quali si prevede l'aggiunta di un apposito comma 1 *bis* 1 all'art. 4 *bis* o.p.

⁴⁴¹ Salvo però prevedersi, lì dove la commissione di tali reati dipenda dall'adesione ad un sodalizio criminale corrispondente a quello descritto nella fattispecie di cui all'art. 416 c.p., il ritorno alle più rigide previsioni di cui all'art. 4 *bis*, co. 1 *bis* o.p.

comprensibile a seguito della sent. n. 20 del 2022 della Consulta, nella quale si è infatti voluto mettere in luce come le diverse ipotesi di reticenza riguardino di fatto contesti ontologicamente distinti. Di conseguenza, non sono mancate le voci che hanno parlato di un ingiustificato aggravamento dell'apparato probatorio in capo al silente suo malgrado,⁴⁴² il quale sarebbe invero chiamato a dimostrare non solo l'insussistenza attuale dei propri legami con la criminalità organizzata ma anche quella solo ipotetica e futura, pur magari avendo giocato un ruolo del tutto marginale nell'ambito dell'organizzazione stessa, come nel caso in cui sia accertata l'inesigibilità del suo contributo. Sul punto si sono per di più richiamate anche Corte Cost., sentt. n. 357 del 1994 e 68 del 1995, nelle quali, in particolare, le ipotesi di mancata cooperazione non imputabile al richiedente erano state di fatto sottratte al regime prospettato per le altre ipotesi di silenzio proprio sulla base di una loro assimilabilità al comportamento collaborativo, invocando nello specifico l'art. 3 Cost. in termini di irragionevole distinzione di situazioni analoghe; in questo senso, allora, non si vede per quale ragione i principi affermati con tali pronunce dovrebbero cadere con la mera trasformazione della presunzione di pericolosità sociale del non cooperante da assoluta a relativa rafforzata o semi-assoluta.⁴⁴³ Le criticità si aggravano ulteriormente, poi, non appena si consideri come a ciò si aggiungerebbe, non occupandosi l'articolato di tematiche di tipo intertemporale, il rischio di applicazioni retroattive del regime previsto ai casi di già accertata impossibilità, inesigibilità o manifesta irrilevanza della collaborazione, così almeno per quanto concerne la disciplina dei permessi premio, a proposito dei quali la Consulta ha già affermato che la questione non sarebbe ricompresa nell'ambito del divieto di cui all'art. 25, co. 2 Cost. data la sua natura strettamente procedurale.⁴⁴⁴ Diversamente, comunque, sarebbero più probabilmente al riparo da simili derive le misure alternative di cui agli artt. 47, 47 *ter* e 48 o.p., oltre alla liberazione condizionale stante quanto stabilito da Corte Cost., sent. n. 32 del 2020, nell'ambito della quale si è infatti detto che il deterioramento delle condizioni per accedere a tali istituti, incidendo sulla qualità e sulla quantità della pena stessa comminata al reo, implicherebbe il divieto

⁴⁴² Si veda in questo senso GONNELLA P., *Ergastolo ostativo, la riforma rischia di diventare un'occasione persa*, in *Antig.*, 2022.

⁴⁴³ GALLIANI D., *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit.*, in *Sist. Pen.*, 2021.

⁴⁴⁴ Corte Cost., sent. n. 20 del 2022.

della sua retroattività.

Ancora, vengono invece riprese pressoché fedelmente, nella riunificazione delle diverse proposte di legge, sia le previsioni relative agli organi tramite cui viene a costruirsi la decisione del magistrato di sorveglianza, i quali ricomprendono così anche il pubblico ministero e il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, chiamati a dare pareri non vincolanti sull'ammissibilità del detenuto alle varie misure pur sempre entro il termine, prorogabile una sola volta, di trenta giorni, sia il tentativo di creare uno spazio, sia pur piuttosto marginale, al tema della *Restorative Justice*, stabilendosi infatti la necessità che il giudice guardi alle «*iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa*».⁴⁴⁵ Nello specifico, quest'ultimo dà vita a quegli indici di valutazione che, anche in questo caso, rispecchiano quanto emerso nei vari progetti sopra descritti, includendo così non solo la regolare condotta, la partecipazione al percorso rieducativo e la dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di appartenenza, presupposti di per sé indefettibili, ma anche le ragioni della mancata collaborazione, le circostanze ambientali e personali del detenuto e la «*revisione critica della condotta criminosa*», quest'ultima da intendersi come forma meno marcata del ravvedimento, il quale, se certo sarà richiesto per l'accesso alla liberazione condizionale risulta, al momento della predisposizione del percorso trattamentale, ancora in via di sviluppo. Sempre con riguardo agli apprezzamenti posti in capo al magistrato di sorveglianza, poi, è evidente il richiamo alle conclusioni emerse nell'ambito della Commissione d'Inchiesta del 2019 nell'attribuzione di un ruolo particolarmente significativo, all'interno di questi, ai fattori di natura economica e finanziaria, domandandosi infatti, in questo senso, che siano disposti, prima di procedere alla concessione degli strumenti penitenziari, accertamenti concernenti le condizioni patrimoniali e reddituali, il tenore di vita, eventuali attività economiche intraprese o misure di prevenzione sussistenti sia con riguardo al detenuto stesso che al suo nucleo familiare e alle persone ad esso collegate.

Un'ultima previsione, poi, prospettata in precedenza dal solo progetto Ferraresi,

⁴⁴⁵ Anche se, come posto in luce dalla presidentessa del Tribunale di Sorveglianza di Palermo, Luisa Leone, nell'ambito delle proprie osservazioni tecniche trasmesse alla Commissione Giustizia del Senato a proposito del testo in questione, dalla formulazione qui utilizzata non traspare con chiarezza se un simile comportamento sia inteso come requisito essenziale o per l'accesso ai benefici penitenziari o se di tratti di un presupposto meramente eventuale.

riporta l'atteggiamento di tendenziale apertura garantisca del disegno di legge ancora una volta entro logiche di natura autoritaria, comportando infatti un aggravamento dei termini per l'accesso alla liberazione condizionale per coloro i quali siano stati condannati per i delitti di cui all'art. 4 *bis*, co. 1 *bis* o.p., dovendosi questi contare nei tre quarti della pena inflitta o, nel caso della sanzione dell'ergastolo, in trent'anni, oltre a determinare il raddoppio del tempo da trascorrere sotto il regime della libertà vigilata, il quale si estende infatti dai cinque anni previsti per la generalità dei reati a dieci anni. Si tratta, a ben vedere, di una disposizione che, oltre ad essere «*inutilmente punitiva*»,⁴⁴⁶ stante il mancato nesso con alcuno dei legittimi fini della pena in quanto mera traduzione di una concezione di natura retributiva, comporterebbe di fatto un allontanamento dell'ordinamento italiano da quel termine massimo di venticinque anni che la Corte EDU, pur non ritenendolo vincolante, indica comunque come dato di riferimento, trattandosi in particolare della soglia addirittura prevista dalla Corte Penale Internazionale per permettere l'accesso alla “*early release*” nel caso dei soggetti accusati di aver perpetrato crimini contro l'umanità.⁴⁴⁷

4.3 La trattazione in Senato e il rinvio dell'udienza da parte della Consulta

Con l'approvazione, ad opera della Camera, del d.d.l. 2574/2022, la discussione sulle modifiche da apportare alla disciplina dell'ergastolo ostativo e, più in generale, all'art. 4 *bis* o.p., ha raggiunto la sede del Senato, convogliandosi in particolare l'esame nell'ambito della II Commissione Permanente in materia di Giustizia, chiamata ad esprimersi in sede referente.⁴⁴⁸ In particolare, in quest'occasione, la trattazione si è ulteriormente arricchita a partire da un quinto progetto di legge sul tema, risalente al 1° dicembre 2021 ma non ancora fatto oggetto di alcuna analisi in quanto presentato dal senatore Pietro Grasso di fronte alla propria camera di appartenenza.⁴⁴⁹ Di conseguenza, a partire dalla data del 19 aprile 2022, la scelta del legislatore è stata quella di

⁴⁴⁶ GONNELLA P., *Ergastolo ostativo*, cit.

⁴⁴⁷ GALLIANI D., *A proposito*, cit.

⁴⁴⁸ Si conta comunque anche il coinvolgimento, in sede consultiva, della I Commissione per gli Affari Costituzionali, la quale ha già espresso il proprio parere favorevole sul progetto e della V Commissione in materia di Bilancio, la quale non ha ancora raggiunto una posizione conclusiva.

⁴⁴⁹ Il riferimento è qui al d.d.l. 2465/2021.

congiungere la discussione sui due diversi disegni, con l'intento di elaborare, anche in questo caso, un testo di sintesi delle diverse posizioni, capace di meglio cogliere sia le diverse problematiche derivanti dall'art. 4 *bis* o.p. sia la pluralità delle connesse posizioni politiche e dottrinali. Ad ogni modo, si tratta di elaborazioni che si pongono in larga misura su un piano di somiglianza, motivo per cui lo stesso accostamento non appare in sé complesso. Anche il progetto Grasso, invero, come evidenziato nella relazione allegata dall'Autore, intende «*restituire la ratio originaria all'articolo*», riconoscendo infatti l'assoluta peculiarità delle logiche sottese alla costituzione e all'operatività di un sodalizio criminale, in ragione delle quali apparirebbe dunque legittimo un trattamento diversificato delle stesse, fondato proprio sulle potenzialità dell'elemento collaborativo, al quale non avrebbe invece alcun senso guardare nel caso di reati monosoggettivi quali tendenzialmente risultano i delitti di violenza sessuale o quelli contro la pubblica amministrazione. Su queste basi, quindi, è possibile affermare che il d.d.l. 2465/2021 meglio inquadra quel nuovo «*tipo di doppio binario*» tra fattispecie associative e non che, se già il testo unificato proveniente dalla Camera abbozzava, trova in tale contesto una sua più completa espressione, prevedendosi infatti per i soli reati già ricompresi dal primo nell'art. 4 *bis*, co. 1 *bis* o.p. la sottoposizione al rigido sistema probatorio della specifica allegazione di elementi comprovanti l'insussistenza tanto dei legami con la criminalità organizzata quanto del pericolo di un loro ripristino⁴⁵⁰ e associando invece alla totalità delle altre fattispecie la necessità che sussistano sufficienti fattori in grado di dimostrare l'assenza di un'attuale pericolosità sociale del detenuto, oltre che dei rischi connessi al suo reinserimento all'interno della società.⁴⁵¹

Per quanto concerne, invece, le maggiori innovazioni emergenti dal progetto

⁴⁵⁰ Viene per di più mantenuta anche nell'ambito del disegno Grasso l'eliminazione di qualunque distinzione tra i diversi casi di mancata collaborazione, scelta in relazione alla quale valgono i rilievi formulati dalla presidentessa del Tribunale di sorveglianza di Palermo sul punto, i quali di fatto possono applicarsi indistintamente ai d.d.l. 2465/2021 e 2574/2022. Stando a tali osservazioni tecniche, in particolare, già seguendo le indicazioni di cui a Corte Cost., sentt. n. 253 del 2019 e 20 del 2022 si prospetterebbe l'opportunità di costituire un sistema basato su «*tre diversi regimi, con disposizioni gradualmente di maggior rigore, conseguenti alla diversa posizione di chi collabora, di chi non potrebbe utilmente collaborare (collaborazione impossibile o inesigibile) e di chi, invece, non collabora per scelta*», il quale fonderebbe la sua ragion d'essere nell'art. 3 Cost., trattandosi infatti di situazioni diverse che non avrebbe senso ricomprendere entro la stessa disciplina.

⁴⁵¹ In relazione ai quali si prevede l'introduzione dell'apposito art. 4 *ter* o.p.

Grasso, esse riguardano due principali profili, l'uno relativo all'individuazione dell'organo competente in materia di attribuzione degli strumenti penitenziari e l'altro invece focalizzato sulla valutazione delle ragioni sottese all'opzione collaborativa. Guardando alla prima delle questioni, in particolare, si propone qui di trasporre la competenza generalmente ricadente sul singolo magistrato di sorveglianza in capo al Tribunale di sorveglianza, previsione che viene infatti giustificata sia sulla base delle difficoltà che, stanti le fattispecie considerate, possono derivare, anche in termini di pressione psicologica ed emotiva, di fronte ad un'autorità che si senta «*sola o isolata*», sia con riferimento alla necessità che la decisione di ammettere un soggetto al trattamento rieducativo sia il risultato di una prospettiva condivisa, il che verrebbe qui a concretizzarsi in maniera ancora più marcata stante la composizione dell'organo prescelto, il quale ricomprende anche membri non togati ma nominati, in ragione della loro professionalità, tra esperti in materia psicologiche, sociologiche o mediche.⁴⁵² D'altra parte, invece, la seconda direzione seguita nel disegno di legge implica la valorizzazione di un aspetto che, pur essendo stato messo in luce dalla Corte Costituzionale già a partire dalla sent. n. 306 del 1993, non aveva di fatto mai conosciuto l'interesse di un legislatore interessato più all'implementazione di una strategia che sembrava portare notevoli risultati sul piano della strategia criminale che ad evidenziarne i limiti, il quale trascurava infatti la circostanza per cui l'eventuale sussistenza di legami con la criminalità organizzata potrebbe invero celarsi anche dietro la stessa scelta collaborazionistica, lì dove cioè la stessa non derivasse dall'avvenuta dissociazione bensì da motivazioni di tipo utilitaristico. In questa prospettiva, dunque, pur senza discostarsi dal modello premiale previsto per le ipotesi di cooperazione tra il detenuto e la giustizia, l'articolato in esame prevede che sia condotta un'indagine approfondita a proposito non solo delle cause della reticenza ma anche delle «*specifiche ragioni della collaborazione*», indicando per di più alcune fattispecie alle quali risulterebbe opportuno guardare sia nell'uno che nell'altro caso, tra cui la perdurante operatività del sodalizio criminale, la sopravvenienza di nuove incriminazioni o di infrazioni disciplinari o le disponibilità economiche del detenuto, dei suoi familiari o delle persone a questi collegate.

⁴⁵² Resterebbe invece di competenza del magistrato di sorveglianza la decisione sulla concessione dei benefici penitenziari in riferimento ai reati ricompresi nell'art. 4 *ter* o.p.

In ogni caso, stanti gli avanzamenti dell'*iter* legislativo sin qui descritti, la Corte Costituzionale, la quale, secondo quanto descritto al considerato n. 11 di cui all'ord. n. 97 del 2021, aveva stabilito di rinviare il proprio giudizio sulla legittimità dell'ergastolo ostativo alla data del 10 maggio 2022, si è pronunciata in tale occasione disponendo un'ulteriore dilazione temporale per il proprio intervento, optando così per la data dell'8 novembre p.v., ritenendo il tempo intercorrente tra le due sedute in sé contenuto, nonostante ciò di fatto comporti comunque il prolungamento del periodo di incertezza facente capo agli ergastolani ostativi, soprattutto in quanto necessario per consentire il completamento dei lavori parlamentari.⁴⁵³ Viene insomma ribadito, ancora una volta, come l'intervento del Giudice delle Leggi si imponga, nel caso di utilizzo della pronuncia di incostituzionalità differita, non solo nel caso in cui, a causa dell'inerzia del legislatore, non si possa prescindere dall'esercizio dei poteri demolitori appartenenti alla Consulta, pur a discapito delle incoerenze denunciate con l'ordinanza stessa, ma anche di fronte all'adozione di appositi strumenti da parte del Parlamento, così da «*verificare ex post la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte*». Ciò che accade in quest'ultima ipotesi, quindi, non è che la trasformazione della Corte in giudice *a quo* di se stessa in ragione proprio dello *ius superveniens*, di fatto essendo essa stata inizialmente interpellata per una norma nettamente distinta rispetto a quella su cui ricadrebbe la propria pronuncia finale; ad ogni modo, si tratta di un'eventualità non di per sé sconosciuta alla Consulta, la quale aveva infatti già considerato tale possibile scenario con la sent. n. 354 del 1983, con cui si era similmente affermato che, una volta adito il Giudice delle Leggi in relazione ad una certa disposizione, nulla avrebbe impedito che questi esprimesse le proprie considerazioni sul tema di fronte alla sopravveniente di una nuova regolamentazione.

In definitiva, allora, si può concludere affermando che è essenzialmente quest'ultimo lo scenario che si presenta ad oggi come il più plausibile di fronte agli andamenti legislativi e all'interesse sollevato dalla tematica nei confronti di buona parte del mondo politico, forse preoccupato proprio dell'eventuale abrogazione *tout court* di un istituto tanto centrale nel contrasto alla criminalità organizzata quanto rassicurante per buona parte dell'opinione pubblica quale l'ergastolo ostativo; resta comunque il

⁴⁵³ Così risulta, nello specifico, dal comunicato stampa della Corte Costituzionale riportante la data del 10 maggio 2022.

fatto che non può certo dirsi con sufficiente grado di probabilità che tale impegno troverà effettivamente l'avvallo della Consulta, specie con riguardo alle previsioni in aperto contrasto con gli orientamenti di questa, tra cui in particolare l'assimilazione della reticenza come conseguenza di una scelta autonoma e di quella derivante da un'accertata impossibilità, inesigibilità o manifesta irrilevanza della collaborazione.

CONCLUSIONE

Sin dalle prime battute del presente elaborato, la direzione entro cui si è mossa l'indagine sull'istituto dell'ergastolo ostativo ha assunto una prospettiva principalmente dinamica, nell'intento di evitare che il confronto con gli aspetti più critici della disciplina rimanesse di fatto fine a sé stesso ma, al contrario, di dar vita, nelle sue diverse sfaccettature, ad una occasione di riflessione in vista della più che prossima rimodulazione dell'art. 4 *bis* o.p. Tenendo presente il monito proveniente da Corte Cost., ordinanza n. 97 del 2021, si è quindi trattato di cogliere tanto le principali tematiche con cui il legislatore è chiamato oggi a confrontarsi quanto gli aspetti che, in quanto in aperta contraddizione con il dettato costituzionale, gli si domanda di superare. Proprio per questo, anche la stessa ripresa, di cui al primo capitolo, delle considerazioni risalenti al dibattito sulla funzione della pena e sul ruolo da attribuire alle misure alternative alla detenzione, così come articolatosi già dagli anni '50 e apparentemente coronato con le sentt. n. 274 del 1983 e 313 del 1990 provenienti dalla Consulta, dipende dalla carica fortemente attuale che esse acquistano quando confrontate con le derive autoritarie di cui è espressione, oltre al regime in esame, la recente proposta di legge 3154/2021, con cui si sostiene la necessità di riformare l'art. 27 Cost. in modo da affiancare al fine rieducativo quello di tutela sociale, eliminando così ogni possibilità di stabilire una gerarchia tra i diversi valori in gioco. Il discorso si ripete poi, in maniera ancora più netta, lì dove si guardi alla giurisprudenza in materia di inammissibilità, specie nel campo del diritto penale dell'esecuzione, di presunzioni *iuris et de iure* prive di fondamento razionale, sorta innanzitutto in materia di misure di sicurezza ma ripresa anch'essa nell'ambito della critica all'art. 4 *bis* o.p.

Ad ogni modo, ciò che traspare dalla disamina intrapresa è l'estrema difficoltà che si delinea nell'ordinamento ad ogni tentativo di apertura nei confronti delle garanzie individuali, vedendosi la piena espressione delle quali sempre ostacolata dal contemporaneo timore che la concessione di spazi di libertà al singolo diventi occasione di eventi infausti per l'ordine pubblico o, addirittura, per la sopravvivenza dello Stato. Allo scopo di meglio comprendere i termini entro cui questo approccio ha influito anche con riguardo alla materia in esame, si è allora posta l'esigenza di ripercorrere la strada che ha portato all'introduzione delle norme penitenziarie più repressive nei confronti dei

responsabili di delitti di mafia, con particolare riguardo agli articoli 4 *bis*, 58 *ter* e 41 *bis* o.p., i quali, come si è infatti notato, non costituiscono che la rielaborazione di istituti che già erano stati impiegati, all'interno del contesto degli "anni di piombo", nel contrasto del simile fenomeno terroristico. In questo senso, per di più, se generalmente l'introduzione legge Gozzini viene identificata come momento di rottura rispetto alle degenerazioni securitarie di cui alla l. 354/1975, è pur vero che essa già presenta alcuni sintomi delle inclinazioni giustizialiste che troveranno pieno sviluppo tra il 1991 e il 1992, determinando così la nascita del regime dell'ergastolo ostativo, oltre che la sua consacrazione da parte del Giudice delle Leggi, sin da subito con la sent. n. 306 del 1993 e, più recentemente, con la sent. n. 135 del 2013.

Proprio alla luce di tali precedenti si è posto allora il problema di stabilire quali potessero essere i fattori capaci di determinare un mutamento nell'ottica sia della Corte che del Parlamento, i quali sono stati riconosciuti da un lato nei recenti interventi della Corte di Strasburgo a proposito di *irreducible life sentence*, culminati proprio con la condanna dello Stato italiano di cui alla sentenza sul caso Viola del 2019 e, dall'altro, in alcune pronunce della stessa Consulta, specie la sent. n. 149 del 2018, con le quali si sono poste in discussione le preclusioni assolute all'accesso ai benefici penitenziari.

Tuttavia, l'inevitabile aspetto con cui ci si è dovuti rapportare nel redigere il presente scritto, che lo ha reso fonte di continuo stimolo di ricerca determinando altresì al contempo l'impossibilità di ottenere una conclusione che possa effettivamente dirsi realizzata, è costituito dalla circostanza per cui, a fronte dell'esigenza, sostenuta dalla Corte Costituzionale, di intraprendere un *iter* legislativo di riforma della fattispecie, ad oggi manca una definitiva presa di posizione da parte del Senato. Di conseguenza, è risultato possibile solo ripercorrere le problematiche che si sono poste nell'approvazione del d.d.l. 2574/2022 da parte della Camera dei Deputati, oltre che i primi motivi di confronto emersi in seno a Palazzo Madama, anche se, comunque, gli orientamenti facenti capo ai due contesti ben consentono di riassumere i possibili esiti del confronto, capaci infatti tanto di determinare un radicale ripensamento nell'approccio dell'ordinamento nei confronti del contrasto alla criminalità organizzata o, più in generale, ai reati considerati di maggiore gravità quanto di determinare il completo svilimento degli obiettivi descritti dal Giudice delle Leggi, in particolar modo con la creazione di un sistema di *probatio diabolica* concretamente irraggiungibile da

parte del detenuto non collaborante, senza contare l'ulteriore rischio che un simile sistema venga esteso anche alle ipotesi in cui la reticenza non dipenda nemmeno dalla libera scelta del detenuto. A questo punto, infine, occorre ribadire come a venire in rilievo sia un percorso il quale, proprio perché coinvolge le sorti più che concrete di un numero di condannati che, stando alle statistiche del 2019, non è inferiore ai 1200 individui, comporta la necessità di una definizione il più rapida possibile, in modo da garantire anche a tali soggetti l'accesso al normale trattamento penitenziario, congiuntamente all'essenziale diritto di sperare nel reinserimento all'interno di un consorzio sociale in grado di ri-accoglierli.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale, Atti del Settimo Simposio di Studi di Diritto e Procedura Penali*, Milano, 1983.
- AA.VV., *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, 1987.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 2008.
- AVERARDI A., *La Costituzione “dimenticata”. La funzione rieducativa della pena*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2021, 1.
- BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, Vicenza, 2020.
- BELLINI G., PROCOPIO F., *L’ergastolo ostativo al vaglio della Consulta. Se non ora, quando?*, in *Giur. Pen.*, 2021, 3.
- BENATO E., *L’applicabilità dell’art. 384, co. 1 c.p. al convivente more uxorio: analogia in bonam partem di una scusante, ma nessuna parificazione della convivenza di fatto al matrimonio*, in *disCRIMEN*, 2021.
- BERNARDI S., *La disciplina della collaborazione impossibile supera il vaglio della Consulta: legittima la previsione di uno standard probatorio diverso da quello richiesto per chi non collabori “per scelta”*, in *Sist. Pen.*, 2022.
- BERNARDINI R., PANNELLA M., D’ELIA S., MUSUMECI C., *Abele e Caino contro la “Pena di Morte Viva”*, in *Ristretti Orizzonti*, 2013.
- BERNASCONI A., *La collaborazione processuale*, Milano, 1995.
- BIGNAMI M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza di incostituzionalità differita*, in *Quest. Giust.*, 2018.
- BONAFEDE M., *Codice penale, parte generale*, III, Torino, 1984.
- BONTEMPELLI M., *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborazione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2017, 4.
- BORTOLATO M., *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 5.
- BRICOLA F., *Il carcere “riformato”*, Bologna, 1977.
- BRICOLA F., *L’affidamento in prova al servizio sociale: “fiore all’occhiello” della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976.
- BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Il fine e la fine della pena*, Ferrara, 2020.
- CALDERONE M. R., *L’articolo 41 bis Ord. pen. e altri regimi di particolare detenzione*, in *L’altro dir.*, 2005.
- CAPITTA A.M., *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, in *Arch. Pen.*, 2019, 2.

- CARNELUTTI F., *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Rivista italiana di diritto processuale*, 1956.
- CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009.
- CATANEO C., *La Relazione della Commissione Antimafia sull'istituto di cui all'articolo 4-bis ord. pen. e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 2020.
- CHECCHINI A., AMADIO G., *Lezioni di diritto privato*, Torino, 2020.
- CHENAL R., *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (Parte II): la funzione della pena e il valore della dignità umana: l'ergastolo tra retribuzione e rieducazione*, in *SIDIBlog*, 2013.
- CHIAVARIO M., *Un'esigenza di civiltà... senza dimenticare le vittime*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2017, 4.
- CIAFARDINI L., *Reati ostativo: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte Costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 2022.
- CICALA M., *Un maxi decreto contro la criminalità organizzata*, in *Corr. Giur.*, 1992, 7.
- COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Punibilità e pene*, Milano, 2018.
- COLELLA A., *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3): la disciplina italiana della decadenza dal diritto di voto dei detenuti non contrasta con l'art. 3 prot. 1*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012.
- CORBETTA S., *“Ergastolo ostativo” e liberazione condizionale: la Corte Costituzionale mette in mora il Legislatore*, in *Quot. Giur.*, 2021.
- CORSO B., INSOLERA G., STORIONI L., *Mafia e criminalità organizzata*, II, Torino, 1995.
- COSENTINO F., *Origine e giustificazione della pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. e uomo*, 2020.
- CREMONESI L., *La Consulta “stoppa” la rieducazione*, in *Dir. e Giust.*, 2003, 19.
- DE ALBUQUEQUE P.P., *Life imprisonment and the European right to hope*, in *Riv. AIC*, 2015, 2.
- DE MAGLIE C., *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale*, in *Criminalia*, 2017.
- DE MARSICO, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, in *Riv. It. Dir. Penit.*, 1933.
- DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016.
- DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019.

DELLA CASA F., *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (Ovvero: il continuo divenire della "questione penitenziaria")* in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2015, 3.

DODARO G., *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2020, 1.

DOLCINI E., *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, 7.

DOLCINI E., FASSONE E., GALLIANI D., DE ALBUQUERQUE P.P., PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019.

DOLCINI E., *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo*, in *Sist. Pen.*, 2021.

DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2017, 4.

DOLCINI E., *L'ordinanza della Corte Costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. Pen.*, 2021.

DOLCINI E., *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018.

DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, 3.

DOLCINI E., *Reati ostativi e collaborazione con la giustizia: la proposta di riforma della Fondazione Falcone*, in *Sist. Pen.*, 2021.

DOLCINI E., FIORENTIN F., GALLIANI D., MAGI R., PUGIOTTO A., *Il diritto alla speranza davanti alle corti, ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020.

DOLCINI E., GATTA G. L., *Codice penale commentato*, II, Vicenza, 2021.

ESPOSITO A., *La Suprema Corte e la malcelata diffidenza verso l'art. 384 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 2017, 12.

EULA E., *Il lavoro penitenziario nell'economia dell'espiazione, della purificazione e della redenzione*, in *Rass. studi penit.*, 1958.

EUSEBI L., *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4-Bis, Co. 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, 4.

FERRAJOLI L., *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Del. e pene*, 1992, 2.

FERRAJOLI L., *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Del. e pene*, 1992, 2.

FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991.

FIANDACA G., DI CHIARA G., nota a *Cass. Pen.*, I sez., sent. del 1992, Abbate e altri, in *Il foro italiano*, 1993, 1.

- FILIPPI S., *Il “Diritto alla Speranza” è l’ultimo a morire? L’art. 3 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo nella giurisprudenza della Grande Chambre, da Vinter and others v. United Kingdom a Hutchinson v. United Kingdom*, in *Diritti Comparati*, 2017.
- FIGLIOLA P., *Ergastolo (premessa storica)*, in *Enciclopedia del Diritto.*, XV, Milano, 1966.
- GAITO A., *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016.
- GALLIANI D., *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit.*, in *Sist. Pen.*, 2021.
- GALLIANI D., *Il chiaro e lo scuro, Primo commento all’ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull’ergastolo ostativo*, in *Giust. Ins.*, 2021.
- GALLIANI D., *The right to hope. La sentenza Vinter e altri v. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 2014, 4.
- GALLIANI D., *Una cinquina di problemi in materia di ergastolo ostativo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2017, 4.
- GALLO E., *L’evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. Cost.*, 1994.
- GALLO E., *Significato della pena dell’ergastolo*, in *Del. e pene*, 1992, 2.
- GIARDA A., *Contro la criminalità organizzata una “glasnost” italiana*, in *Corr. Giur.*, 1991.
- GIOSTRA G., *Che fine hanno fatto gli Stati Generali?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017.
- GONNELLA P., *Ergastolo ostativo, la riforma rischia di diventare un’occasione persa*, in *Antig.*, 2022.
- GONNELLA P., PATRONE I.G., *Ergastolo ostativo e pena costituzionale: una nota dell’associazione Antigone*, in *Antig.*, 2021.
- GORI A., *Articolo 3 CEDU, Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, in *L’altro dir.*, 2015.
- GREVI V., *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994.
- GREVI V., *Processo penale e criminalità organizzata*, Bari, 1993.
- GRIECO S., SCALERA S., *Verso il superamento dell’ergastolo ostativo?*, Cassino, 2020.
- GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2020.
- GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione d’emergenza in materia penitenziaria*, in *Del. e pene*, 1992, 3.
- GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Del. e pene*, 1992, 3.

- IOVINO F.P.C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 2.
- KOSTORIS R.E., *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2019
- LECIS A.M., *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Dir. Comp.*, 2020.
- LONARDO A., *Fede, speranza, carità: le tre virtù teologali nell'opera di Raffaello Sanzio ai Musei Vaticani*, in *Gli scritti, centro culturale*, 2012.
- MANCA V., *La finalità preventiva del 41 bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1.
- MANES V., *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019, 2.
- MANGIAMELI R., *Mafia, politica, stato. A proposito di due libri recenti*, in *Meridiana*, 1992, 15.
- MANNA A., *Ergastolo, ergastolo ostativo CEDU e Costituzione: cronaca di un dialogo mai interrotto, ma pieno di asperità*, in *Arch. Pen.*, 2021, 3.
- MARCOLINI S., *L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 4.
- MAZZA O., VIGANÒ F., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008.
- MENGOZZI M., *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Dir. Comp.*, 2021.
- MIRTO V., *Estensione specifica dello stato di necessità*, in *Giust. Pen.*, 1937, 2.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995.
- MONACO C., *L'ergastolo ostativo nel dialogo fra le Corti. Aspettando il giudice delle leggi*, in *Arch. Pen.*, 2021, 1.
- MOSCONI G., *La controriforma carceraria*, in *Del. e pene*, 1991, 3.
- MUSUMECI C., PUGIOTTO A., *Gli ergastolani senza scampo: fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016.
- NEPPI MODONA C., *Carcere e società civile. Una prospettiva storica*, in *Dir. Pen. e Cost.*, 2014.
- NICOLÒ G., *L'ergastolo "ostativo" al vaglio della Corte costituzionale*, in *Arch. Pen.*, 2021, 1.
- NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, 1, Padova, 1969.
- NUZZO R., *L'ergastolo ostativo, prospettive di riforma e redenti orientamenti della giurisprudenza europea*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, 3.

- ORLANDI R., *L'emergenza figlia delle garanzie? Riflessioni intorno alle norme e alle pratiche di contrasto alla mafia e al terrorismo*, in *Meridiana*, 2020, 97.
- PACE L., *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, 2014, 3.
- PACE L., *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell' "insicurezza sociale"*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2.
- PADOVANI T., *Diritto Penale*, Milano, 2019.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2021.
- PALAZZO F., *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014.
- PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985.
- PALAZZO F., *Relazione alla Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2 comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203*, 2013.
- PALAZZO F., *Relazione allo schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, 2013.
- PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, 3.
- PALMA M., *Relazione al Parlamento*, Roma, 2020.
- PARODI G., *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012.
- PASELLA R., *Osservazioni sugli orientamenti della Corte Costituzionale in tema di funzioni della pena*, in *Ind. Pen.*, 1977.
- PAVARINI M., *Per aprire un dibattito su "criminalità organizzata e legislazione d'emergenza"*, in *Del. e pene*, 1992, 3.
- PELISSERO M., *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2018, 3.
- PELISSERO M., *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 2015, 4.
- PEROTTI R., *L'ergastolo è ancora una pena perpetua? Appunti giuridici e sociologici sulla pena dell'ergastolo* in *L'altro dir.*, 2006.
- PERUCATTI L., *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata*, Napoli, 1956.
- PICARO G., *L'introduzione dei delitti contro la p.a. nel catalogo dei reati ostativi: tra scelte di politica criminale e giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019.
- PISANI M., *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959.
- POLIDORO R., *Gli stati generali dell'esecuzione penale*, Pisa, 2016.

- PUCA R., *La teoria del diritto penale del nemico di Günter Jakobs tra funzionalismo luhmanniano e populismo penale*, in *Antigone*, 2020, 2.
- PUGIOTTO A., *Due decisioni radicali della Corte Costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. 253 e 263 del 2019*, in *Giur. Cost.*, 2019, 6.
- PUGIOTTO A., *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. Cost.*, 2018, 4.
- RINALDI S., *Un dibattito sulla risposta istituzionale alla criminalità organizzata*, in *Del. e pene*, 1992, 3.
- RISICATO L., *L’incostituzionalità riluttante dell’ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., n. 97/2021*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2019, 2.
- ROMANO A., *Relazione della II Commissione Permanente, n. 2158-A sul d.d.l. Modificazioni alle norme del Codice penale relative all’ergastolo e alla liberazione condizionale*, 1962.
- ROMANO B., *Le associazioni di tipo mafioso*, Vicenza, 2015.
- RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, 75.
- RUOTOLO M., *Gli Stati Generali sull’Esecuzione Penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016.
- RUOTOLO M., *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 2019.
- SARZOTTI C., *La riforma dell’ordinamento penitenziario come narrazione giuridica del carcere negli anni della “scoperta” della Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 2015, 2.
- SCHMITT C., *Teologia Politica*, Monaco e Lipsia, 1922.
- SGROI V., *Relazione sull’Amministrazione della Giustizia nell’anno 1990*, Roma, 1991.
- SIRACUSANO F., *Dalla corte costituzionale un colpo “ben assestato” agli automatismi incompatibili con il finalismo della pena* in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2018, 3.
- STATI GENERALI DELL’ESECUZIONE PENALE, *Relazione al tavolo 16 in tema di Trattamento. Ostacoli normativi all’individualizzazione del trattamento rieducativo*, 2016.
- STATI GENERALI DELL’ESECUZIONE PENALE, *Relazione al tavolo 2 in tema di Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, 2016.
- STORIONI L., *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *Del. e pene*, 1992. 3.
- TRAPANI M., *La rieducazione del condannato tra “ideologia correzionalistica” del trattamento e “garanzie” costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2018, 3.

VARRASO G., *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 bis ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, in *Giust. Pen.*, 2004.

VASSALLI G., *Funzione rieducativa della pena e liberazione condizionale*, in *La scuola pos.*, 1964.

VIGANÒ F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. Cont.*, 2012.

VIGANO F., *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021.

VIGANO F., PALAZZO F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018.

WOODCOCK H. J., *Qualche considerazione sulla recente pronuncia delle Corte Costituzionale in materia di “ergastolo ostativo”*, in *Quest. Giust.*, 2021.

ZANARDELLI G., *Relazione a S.M. il re del Ministro Guardasigilli per l’approvazione del testo definitivo del c.p.*, 1989.

Riferimenti giurisprudenziali

Corte Costituzionale

Corte Cost., sent. n. 12 del 1966.
Corte Cost., sent. n. 1 del 1971.
Corte Cost., sent. n. 22 del 1971.
Corte Cost., sent. n. 204 del 1974.
Corte Cost., sent. n. 264 del 1974.
Corte Cost., sent. n. 107 del 1980.
Corte Cost., sent. n. 139 del 1982.
Corte Cost., sent. n. 354 del 1983.
Corte Cost., sent. n. 274 del 1983.
Corte Cost., sent. n. 364 del 1988.
Corte Cost., sent. n. 1023 del 1988.
Corte Cost., sent. n. 282 del 1989.
Corte Cost., sent. n. 313 del 1990.
Corte Cost., sent. n. 309 del 1992.
Corte Cost., sent. n. 306 del 1993.
Corte Cost., sent. n. 39 del 1994.
Corte Cost., sent. n. 357 del 1994.
Corte Cost., sent. n. 68 del 1995.
Corte Cost., sent. n. 351 del 1996.
Corte Cost., sent. n. 161 del 1997.
Corte Cost., sent. n. 204 del 1997.
Corte Cost., sent. n. 273 del 2001.
Corte Cost., sent. n. 135 del 2003.
Corte Cost., sent. n. 121 del 2004.
Corte Cost., sent. n. 200 del 2006.
Corte Cost., sent. n. 456 del 2007.
Corte Cost., sent. n. 139 del 2010.

Corte Cost., sent. n. 265 del 2010.
Corte Cost., sent. n. 164 del 2011.
Corte Cost., sent. n. 231 del 2011.
Corte Cost., sent. n. 213 del 2013.
Corte Cost., sent. n. 48 del 2015.
Corte Cost., sent. n. 179 del 2017.
Corte Cost., sent. n. 149 del 2018.
Corte Cost., sent. n. 186 del 2018.
Corte Cost., ord. n. 207 del 2018.
Corte Cost., sent. n. 222 del 2018.
Corte Cost., sent. n. 242 del 2019.
Corte Cost., sent. n. 253 del 2019.
Corte Cost., sent. n. 263 del 2019.
Corte Cost., sent. n. 32 del 2020.
Corte Cost., ord. n. 132 del 2020.
Corte Cost., sent. n. 17 del 2021.
Corte Cost., ord. n. 97 del 2021.
Corte Cost., sent. n. 150 del 2021.
Corte Cost., sent. n. 197 del 2021.

Corte Cost., sent. n. 20 del 2022.

Corte EDU

Corte EDU, sent. del 1978, Tyrer.
Corte EDU, sent. del 1989, Soering.
Corte EDU, sent. del 1996, Chahal.
Corte EDU, sent. del 2002, Stanford.

- Corte EDU, sent. del 2003, Wynne.
- Corte EDU, sent. del 2008, Kafkaris.
- Corte EDU, sent. del 2011, Sarigiannis.
- Corte EDU, sent. del 2012, Vinter e altri.
- Corte EDU, sent. del 2012, Scoppola.
- Corte EDU, sent. del 2012, Babar Ahmad e altri.
- Corte EDU, sent. del 2012, Harkins e Edwards.
- Corte EDU, sent. del 2013, Torregiani.
- Corte EDU, sent. del 2013, Vinter e altri.
- Corte EDU, sent. del 2015, Varga.
- Corte EDU, sent. del 2014, Öcalan.
- Corte EDU, sent. del 2015, Trabelsi.
- Corte EDU, sent. del 2016, Murray.
- Corte EDU, sent. del 2017, Matiosăitis.
- Corte EDU, sent. del 2019, Knox.
- Corte EDU, sent. del 2019, Viola.
- Corte di Cassazione*
- Cass. Pen., Sez. Un., sent. del 1956, Tondi.
- Cass. Pen., Sez. Un., sent. n. 10381 del 2020.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 4822 del 1991.
- Cass. Pen., I sez., sent. del 1992, Abbate e altri.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 1639 del 1992.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 4676 del 1992.
- Cass. Pen., II sez., sent. n. 1428 del 1996.
- Cass. Pen., VI sez., sent. del 2009, Ranieri.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 45978 del 2012.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 34199 del 2016.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 51878 del 2016.
- Cass. Pen., V sez., sent. n. 13529 del 2017.
- Cass. Pen., I sez., ord. n. 59 del 2018.
- Cass. Pen., I sez. sent. del 2018, Tagliavia.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 36057 del 2019.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 29869 del 2019.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 47044 del 2019.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 3307 del 2020.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 3308 del 2020.
- Cass. Pen., I sez., sent. n. 3314 del 2020.

Cass. Pen., I sez., sent. n. 5553 del 2020.

Cass. Pen., I sez., ord. n. 18518 del 2020.

Cass. Pen., V sez., sent. n. 36887 del 2020.

Cass. Pen., I sez., sent. n. 3373 del 2021.

Tribunale di Sorveglianza

Trib. di Sorv. di Ancona, ord. n. 201 del 1992.

Trib. di Sorv. di Ancona, ord. n. 240 del 1992.

Corti extranazionali

Court of Appeal, sent. del 2009, Bieber.

House of Lords, sent. del 2008, Wellington.