

VERSO UN'ESECUZIONE PENALE PIÙ CONFORME AI PRINCIPI DI GIUSTIZIA  
E UMANITÀ: LA RIFORMA IN TEMA DI LIBERAZIONE CONDIZIONALE  
E REGIME OSTATIVO

1. La scelta della Consulta con l'ordinanza n. 97 del 15 aprile 2021 - 1.1. L'impianto probatorio suggerito al legislatore - 2. L'anello di congiunzione che lega l'ordinanza n. 97 alle raccomandazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il monito della sentenza Viola - 3. Il *self restraint* della Corte e le differenze con le battute d'arresto del passato - 4. La riforma che verrà

Abstract

Alla vigilia della pronuncia della Corte costituzionale sulla liberazione condizionale, molti in dottrina si auguravano che la Consulta potesse compiere un significativo passo in avanti, rispetto a quanto fatto con la sentenza 253/2019. Con l'ordinanza di remissione della Prima Sezione della Cassazione del 3 giugno 2020, cd. ordinanza Pezzino, a differenza del passato, "la posta in gioco è ancora più radicale", sia in termini ordinamentali che dal punto di vista del condannato: la Corte, dopo diciotto anni, si è trovata investita di un istituto che trasforma la pena perpetua *de iure* in una pena perpetua anche *de facto*. La nota scelta dei giudici della Consulta di non dichiarare l'incostituzionalità degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* dell'ordinamento penitenziario ha deluso le aspettative dei più. Ma la Corte costituzionale ha preferito seguire la rotta indicata dalla sentenza Viola, astenendosi da quegli interventi para-legislativi a cui ci ha abituati in questi anni. Ora spetta al Parlamento svolgere il suo ruolo istituzionale, senza fallire.

On the eve of the Constitutional Court ruling on conditional release, the majority in Community case-law hoped that the Consult could take a significant step forward, compared to the 253/2019 sentence. With the remission order from the First Section of the Supreme Court on 3<sup>rd</sup> June 2020, known as Pezzino ordinance, unlike in the past, 'the stakes are even more radical', in terms of regulations and from the point of view of the convicts: after eighteen years, the Court was invested by an institution that transforms the *de iure* perpetual punishment into also a *de facto* perpetual punishment. The well-known position by the Council Judges about to not declare the unconstitutionality of 4-*bis* and 58-*ter* articles of the Penitentiary system widely disappointed the expectations. But the Constitutional Court, 'complex body in which the debate is strong', preferred to follow the route indicated by the Viola ruling, refraining from para-legislative actions to which accustomed us in the last years. Now it is up to Parliament to play its institutional role, without failing.

Keywords: Conditional release, imprisonment impediment, Constitutional Court, 4-*bis* article, Viola sentence

1. La scelta della Consulta con l'ordinanza n. 97 del 15 aprile 2021

Alla vigilia della pronuncia della Corte Costituzionale sulla liberazione condizionale, molti in dottrina, si auguravano che la Consulta potesse compiere un significativo passo in avanti, rispetto a quanto fatto con la sentenza 253/2019.

Rompendo l'equivalenza tra il silenzio del reo e la permanente pericolosità sociale, la pronuncia n. 253, aveva indubbiamente messo in discussione l'architettura stessa dell'ostatività penitenziaria, ma si era limitata all'accoglimento delle questioni relativamente al solo accesso ai permessi premio. I giudici costituzionali non avevano sancito *tout court* l'illegittimità della previsione dell'obbligo di collaborazione previsto dal comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit.; né avevano eliminato dal sistema normativo il meccanismo di equipollenza di tale obbligo con la collaborazione impossibile o inesigibile dal comma 1-*bis* della medesima disposizione, che permane nella sua piena ed originaria vigenza<sup>1</sup>, per tutto ciò che non concerne la materia del permesso premio.

Con l'ordinanza di remissione della Prima Sezione della Cassazione del 3 giugno 2020, cd. ordinanza Pezzino, a differenza del passato, «la posta in gioco è ancora più radicale»<sup>2</sup>, sia in termini ordinamentali che dal punto di vista del condannato: la Corte si è trovata investita di un istituto che trasforma la pena perpetua *de iure* in una pena perpetua anche *de facto*. Dopo diciotto anni<sup>3</sup>, i giudici costituzionali sono stati nuovamente chiamati a pronunciarsi sull'eccezione di costituzionalità degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* dell'ordinamento penitenziario, nella parte in cui viene precluso l'accesso alla liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo, non collaboranti con la giustizia, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste.

---

<sup>1</sup> Sulla funzione della collaborazione inesigibile dopo il giudicato costituzionale, con riguardo al beneficio del permesso premio cfr. A. RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, ord. penit. a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019*, in *Giurisprudenza penale*, gennaio 2020, p. 10; A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Associazione nazionale dei Costituzionalisti*, 1, 2020, 20 marzo 2020, pp. 515 -516.

<sup>2</sup> Corte cost., ord. n. 97 del 2021.

<sup>3</sup> Il problema è stato affrontato per la prima volta nella sentenza n. 135 del 9 aprile 2003, a seguito di ordinanza di remissione con cui il Tribunale di sorveglianza di Firenze chiedeva se l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., precludendo al condannato non collaborante l'accesso alla liberazione condizionale e dunque rendendo la pena, nei suoi confronti, effettivamente e ineluttabilmente perpetua, lo escludesse in via permanente e definitiva da qualsiasi processo rieducativo: dunque, se la disciplina dell'ergastolo ostativo si ponesse in contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost. La Corte rispondeva in senso negativo: a suo dire, la disciplina dell'ergastolo ostativo, facendo salve le ipotesi di collaborazione impossibile, irrilevante o comunque oggettivamente inesigibile, sarebbe «significativamente volta ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato».

L'occasione era ghiotta per demolire la preclusione ostativa in sé, per tutti i benefici penitenziari e per tutte le categorie di reati ostativi<sup>4</sup>, ricorrendo alla tecnica delle illegittimità consequenziale, già utilizzata in passato come con la sentenza n. 357/1994<sup>5</sup> e con la n. 68/1995<sup>6</sup> nonché, da ultimo, proprio con la pronuncia 253/2019. Anziché limitarsi a dichiarare l'incostituzionalità del carattere assoluto della collaborazione per l'istituto in esame, si sarebbe assistito, per questa via, all'espulsione definitiva dall'ordinamento penitenziario di una disposizione che "penitenziaria" non è e di un meccanismo che appare davvero lesivo dei diritti fondamentali delle persone recluse.

La strada scelta dalla Consulta, invece, com'è noto, è andata in una differente direzione e, per alcuni, versi ha addirittura arretrato rispetto a quanto fatto con la già prudente sentenza n. 253. La Corte Costituzionale, con l'ordinanza n. 97/2021, dopo aver esaltato il "valore positivo" della collaborazione con la giustizia, e definito «non irragionevole presumere che l'ergastolano non collaborante, per il delitto di associazione mafiosa e/o per delitti di "contesto mafioso", mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di appartenenza», ha taciuto di incostituzionalità il carattere assoluto della presunzione di pericolosità del non collaborante; ma non lo ha dichiarato espressamente<sup>7</sup>. Ha, piuttosto, preferito disporre il rinvio di un anno, per consentire al legislatore di intervenire, aggiornando la discussione al 10 maggio 2022.

Si tratta di un sostanziale arresto costituzionale, ma giustificato da ragioni molto diverse da quelli che hanno caratterizzato il passato (cfr. par. 2). Il timore che "un intervento meramente demolitorio" avrebbe potuto produrre effetti disarmonici sul complessivo equilibrio di tale disciplina, compromettendo le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva e generando una sostanziale incoerenza nell'ordinamento penitenziario<sup>8</sup>, ha prevalso sulla spinta nomofilattica spesso

---

<sup>4</sup> E. DOLCINI, *L'ordinanza della corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti* in *Sistema Penale*, 25 maggio 2021.

<sup>5</sup> Sentenza con cui la Corte dichiara incostituzionale l'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., nella parte in cui non prevede che *tutti* i benefici previsti dal primo periodo del comma 1 possano essere concessi anche nel caso di limitata partecipazione al fatto criminoso. La *quaestio* riguardava una richiesta di affidamento in prova al servizio sociale o, in alternativa, alla semilibertà.

<sup>6</sup> In questa sentenza, una volta dichiarato incostituzionale il comma 1 dell'art. 4-bis ord. pen., nella parte in cui, in riferimento al permesso premio, non prevedeva la possibilità di concederlo anche nel caso di integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, la Consulta, formalmente, utilizza l'illegittimità consequenziale, in riferimento alla liberazione condizionale: «caducata [...] la preclusione normativa [...] automatici ne risultano gli effetti anche per ciò che concerne l'istituto della liberazione condizionale».

<sup>7</sup> D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giustizia e pene*, 20 maggio 2021.

<sup>8</sup> Cfr. ord. n. 97 del 2021. I profili di incoerenza vengono ravvisati sia in linea orizzontale (per tutte le tipologie reati ostativi) che verticale (non estensibilità della disciplina ad altri benefici penitenziari, quali lavoro all'esterno e semilibertà, che rappresentano l'avvio verso il recupero della libertà).

intrapresa dalla Corte in questi anni. Si lascia, così, alla discrezionalità legislativa decidere quali ulteriori scelte possono accompagnare l'eliminazione della collaborazione, quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale. Fra queste scelte «potrebbe, ad esempio, annoverarsi la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione».

Non si tratta di una decisione insolita per i giudici costituzionali. In un recente passato, infatti, la Consulta aveva preferito, anziché sostituirsi al legislatore, traslare in avanti la decisione per "esigenze di collaborazione istituzionale". La tecnica decisoria è, infatti, la medesima adottata dalla Corte in tema di agevolazione al suicidio<sup>9</sup> e di diffamazione a mezzo stampa<sup>10</sup>. A ben guardare, in questi casi, in discussione non era l'uscita dal carcere ma, eventualmente, la sua entrata; differenza di non poco conto<sup>11</sup>, che si traduce in un prolungamento della carcerazione e che rende tale tecnica decisoria, secondo attenta dottrina<sup>12</sup>, inadeguata sotto la lente dei diritti e delle libertà.

Inoltre, nelle due summenzionate ordinanze, la Consulta si era premunita di indicare la rotta per gli altri giudizi, nelle more di quello di costituzionalità. Per evitare l'applicazione delle disposizioni censurate, infatti, veniva affidato ai giudici il compito di valutare se analoghe questioni di costituzionalità dovevano ritenersi rilevanti e non manifestamente infondate<sup>13</sup>. Nell'ordinanza 97, invece, nulla viene detto sulla sorte degli altri procedimenti, a seguito di eventuali richieste di liberazione condizionale. Si pensi a tutti quegli ergastolani ostatici che, avendo usufruito dei permessi premio, *post* sentenza 253, si trovano nelle condizioni di poter avanzare richiesta di liberazione condizionale<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Ord. n. 207 del 2018, cd. caso Cappato.

<sup>10</sup> Ord. n. 132 del 2020.

<sup>11</sup> M. PASSIONE, *Il muro torto. Barlumi di incostituzionalità dell'ergastolo ostatico*, in *Diritto di Difesa*, 27 maggio 2021.

<sup>12</sup> A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostatico al capolinea? Una mappa per orientarsi, in attesa della sentenza costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2, 2021, p. 143.

<sup>13</sup> Ord. n. 207 del 2018, § 11 cons. dir; ord. n. 132 del 2020, § 8 cons. dir.

<sup>14</sup> Sul punto D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostatico*, cit., riporta che, a maggio 2021, risultano accordati permessi premio in otto casi di ergastolani ostatici non collaboranti, per i quali la magistratura di sorveglianza ha potuto applicare la presunzione di pericolosità solo relativa: 28 maggio 2020, Magistrato di Sorveglianza di Sassari; 16 luglio 2020, Tribunale di Sorveglianza di Perugia; 7 agosto 2020, MdS di Siena; 3 dicembre 2020, TdS di Perugia; 14 dicembre 2021, MdS di Sassari; 8 marzo 2021, MdS di Milano; 15 aprile 2021, TdS di Perugia; 3 maggio 2021, MdS Siena. Di questi cinque otto casi, in cinque hanno pienamente maturato il periodo temporale richiesto per domandare la liberazione condizionale. I casi riguardano condannati ristretti in carcere da almeno vent'anni e in alcuni casi da quasi trenta. I permessi concessi sono generalmente limitati a poche ore (in un caso a tre giorni), al contesto locale, ben lontano dai luoghi di provenienza, vincolati in qualche ipotesi all'accompagnamento di volontari o familiari. In tutte le ipotesi giungono al termine di

Il silenzio della Corte conduce a ipotizzare due possibili strade che la magistratura di sorveglianza potrebbe percorrere, in attesa della pronuncia del 10 maggio 2022. Non potendo entrare nel merito, a causa della non dichiarata, ma solo accertata, incostituzionalità della legge, al tribunale di sorveglianza, investito di una richiesta di liberazione condizionale per i reati di “contesto mafioso”, sarà consentito non dichiarare manifestamente infondato il tema, sollevando nuovamente questione di incostituzionalità; oppure procedere ad un'impropria, in quanto non prevista dalla legge, sospensione del procedimento, in attesa della pronuncia della Corte.

Nonostante la forzatura sistemica, appare preferibile la prima delle due opzioni e non solo nell'ottica del diritto di difesa, che implica l'interesse a ottenere una pronuncia rispetto alla domanda avanzata. Ulteriori ordinanze di remissione, infatti, potrebbero rafforzare e allargare il campo di operatività della decisione, grazie anche alla riunione dei giudizi, qualora, in caso di inerzia legislativa, i giudizi costituzionali si ritrovassero a dover pronunciare l'ennesima sentenza manipolativa di accoglimento, con annullamento dell'ordinanza impugnata e conseguente devoluzione al tribunale di sorveglianza.

Discorso diverso, invece, vale in caso di questioni di incostituzionalità, relative agli altri benefici penitenziari non rientranti nel devoluto alla Corte. In tali ipotesi, ogni giudice dovrebbe poter restare libero di sollevare o respingere l'eccezione di incostituzionalità per manifesta irrilevanza o infondatezza, sempre con un'ordinanza adeguatamente motivata, come dispone l'art. 24, comma 1, legge n. 87 del 1953<sup>15</sup>. Si potrebbe quindi affermare che, non essendosi espressa la Corte sul lavoro all'esterno o sulla semilibertà, i dubbi di costituzionalità sono manifestamente infondati.

Richiamando il Parlamento a svolgere il proprio ruolo, la Corte ha ritenuto maturi i tempi per una riforma in materia, valorizzando, fra l'altro, il resoconto delle conclusioni acquisite e delle intenzioni di riforma maturate, offerto dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, rassegnate il 20 maggio 2020<sup>16</sup>.

Tuttavia la Commissione citata non dispone di autonomi poteri di iniziativa legislativa. Occorre rammentare, inoltre, che lo Stato italiano, a distanza di due anni – nonostante la proposta di

---

istruttorie complesse, in cui sono state coinvolte le Procure interessate e sono confluite molteplici fonti informative. Sempre vi si legge come sia stato scrutinato, con particolare acribia, il contesto socio-familiare esterno.

<sup>15</sup> F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore*, in *Questione Giustizia*, 27 maggio 2021.

<sup>16</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE ANTIMAFIA, *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*, 20 maggio 2020.

legge A.C. 1951<sup>17</sup> – risulta inadempiente *ex art.* 46 della Convenzione rispetto alla sentenza Viola<sup>18</sup>. Un quadro che rende quella «situazione dinamica della disciplina in questione» richiamata dalla Consulta, un'affermazione alquanto ottimistica.

### 1.1. L'impianto probatorio suggerito al legislatore

La Corte sembra anche indicare le coordinate a quella “discrezionalità legislativa” che ha inteso rispettare. Si è fatto nuovamente riferimento al regime probatorio rafforzato, introdotto con la sentenza 253, che già tante perplessità aveva suscitato all'indomani della medesima pronuncia. L'introduzione della prova negativa del ripristino di possibili collegamenti futuri con la criminalità organizzata, ha reso difficilmente applicabile la concessione del benefico, soprattutto se applicato rigidamente<sup>19</sup>. In molti casi, le autorità competenti hanno dichiarato di non disporre di elementi sufficienti per confermare o escludere la persistenza dei collegamenti dei richiedenti con la criminalità organizzata.<sup>20</sup> L'ordinanza n. 97 ha ritenuto di conferire, all'acquisizione di tali prove, il carattere di “necessarietà”<sup>21</sup>; al punto che la dottrina ha ipotizzato che, se la legislazione riformata non conterrà il requisito del pericolo di ripristino, altro non potrà fare la Corte che dichiararla incostituzionale nella parte in cui non lo prevede<sup>22</sup>.

Oltre al richiamo al regime probatorio rafforzato – considerato “a maggior ragione” costituzionalmente necessario per l'istituto della liberazione condizionale – la Consulta suggerisce anche ulteriori scelte, che devono accompagnare l'eliminazione della collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale. Da un lato, la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione; dall'altro, l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il

---

<sup>17</sup> Proposta di legge C. 1951, presentata il 2 luglio 2019, recante «Modifiche agli articoli 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, in materia di revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia».

<sup>18</sup> M. PASSIONE, *Il muro torto. Barlumi di incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit.

<sup>19</sup> Per una più approfondita trattazione sul profilo probatorio della pericolosità sociale cfr. S. GRIECO, *Le peripezie probatorie del “sicuro ravvedimento” per il condannato non collaborante. Quali oneri della prova per superare la preclusione ostativa dell'art. 4-bis dell'Ordinamento penitenziario?*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2021.

<sup>20</sup> M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale? Relazione introduttiva*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo e la liberazione condizionale*, Forum Di Quaderni Costituzionali Rassegna, 4, 2020, p. 24.

<sup>21</sup> Ord. n. 97 del 2021, § 9 cons. dir.

<sup>22</sup> D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, cit.

periodo di libertà vigilata del soggetto in questione. Entrambi i nuovi parametri, sono già stati oggetto di attenta valutazione critica da parte della dottrina.

Con riferimento alle “ragioni del silenzio”, requisito che parrebbe aggiuntivo a quello del “sicuro ravvedimento” ex art. 176 cod. pen., si è concordi nel ritenere che il richiamo all'esplicitazione delle ragioni, confligge con quanto efficacemente affermato sul diritto al silenzio e sulla drammatica posizione del condannato, che si trova davanti alla scelta di uno scambio tra il fornire informazioni e la propria libertà. Se il silenzio scelto dal non collaborante è motivato da esigenze quali quelle indicate dall'ordinanza n. 97<sup>23</sup>, e prima ancora dalla sentenza 253, la loro rivelazione tradisce inevitabilmente quelle ragioni, tramutandosi a sua volta in un onere di collaborazione, che può richiedere la denuncia a carico di terzi, comportare pericoli per i propri cari e rischiare di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati.

Del resto la collaborazione, come unica possibilità di arrivare alla prova del distacco del detenuto dalla associazione criminale, oltre a sottrarre il diritto al trattamento, è lesiva del valore della dignità umana di per sé che, come sottolinea la stessa Corte Europea<sup>24</sup>, rappresenta l'anello di congiunzione tra rieducazione e principio di umanità. Sulla scia di una celebre obiezione kantiana, ogni qual volta si strumentalizza il singolo per scopi di utilità generale si assiste ad una lesione della dignità umana<sup>25</sup>. Con l'ergastolo ostativo, l'utilità generale va letta in chiave di prevenzione dei reati ed esigenze investigative. Che la collaborazione sia frutto di una effettiva libera scelta o no, non rileva neppure: la strumentalizzazione dell'individuo, tanto più se fisicamente assoggettato al potere autoritativo dello Stato, non dovrebbe mai trovare cittadinanza nel nostro contesto costituzionale<sup>26</sup>. Sotto quest'ultimo profilo, sembrerebbe addirittura che il dettato dell'art. 27, comma 3, Cost. debba cedere il passo alla previsione dell'art. 2 Cost., nella misura in cui, prima ancora di porsi un problema di rieducazione, l'ordinamento deve garantire il rispetto della dignità umana.

Sulla libertà vigilata, invece, il ragionamento è più variegato, trattandosi di istituto che, a sua volta, è a rischio di incostituzionalità, per la natura fissa della sua durata e il suo automatismo. E se alcuni dubitano fortemente sulla possibilità di collegare le prescrizioni impartite durante la stessa

---

<sup>23</sup> Ord. n. 97 del 2021, § 6 cons. dir.

<sup>24</sup> CEDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, § 113.

<sup>25</sup> L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, pp. 1254 ss.

<sup>26</sup> G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata?* in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo e la liberazione condizionale*, cit., p. 41.

all'istituto della liberazione condizionale, in quanto la prima e successiva alla concessione della seconda<sup>27</sup>, altri vedono questo suggerimento della Corte come un'occasione per il legislatore di abbandonare automatismo e fissità, introducendo quella graduazione già presente in altri Stati, con un intervallo temporale variabile<sup>28</sup>.

## 2. L'anello di congiunzione che lega l'ordinanza n. 97 alle raccomandazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il monito della sentenza Viola

L'ordinanza n. 97, nel giustificare il passaggio di testimone al legislatore, fa più volte riferimento a quello che era l'"imperativo categorico" della ormai nota sentenza Viola<sup>29</sup>, con cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il 13 giugno 2019, aveva suggellato il diritto alla speranza anche per gli ergastolani ostativi, definendo chiaramente quello dell'ergastolo ostativo come un "problema strutturale", da eliminare per il tramite della corsia "costituzionalmente preferibile" della riforma parlamentare.

È utile anche in questa sede richiamare la storica sentenza nei suoi aspetti essenziali, che ha in comune con l'ordinanza Pezzino l'identità di parametro e di oggetto. Divenuta definitiva alla vigilia del pronunciamento della Corte costituzionale 253/2019, per la prima volta in sede europea, l'ergastolo ostativo è stato oggetto di giudizio, con l'analisi della compatibilità convenzionale di una "pena perpetua non riducibile".

Come più volte ricordato dai commentatori di questa che è stata sicuramente una sentenza quasi pilota<sup>30</sup> nel settore, le ragioni della sua storicità sono diverse: restringe i limiti di legittimità della pena dell'ergastolo; inficia la *ratio* delle preclusioni a base premiale nell'accesso alle misure alternative; pone al centro della pena *in executivis* la personalità in divenire del detenuto; fissa limiti invalicabili alla logica della differenziazione dei percorsi penitenziari, anche quando la pena, come

---

<sup>27</sup> M. PASSIONE, *Il muro torto. Barlumi di incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit.

<sup>28</sup> D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, cit.

<sup>29</sup> CEDU, *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), 13 giugno 2019. Come noto, il ricorrente si trovava detenuto perché condannato all'ergastolo per i delitti di associazione mafiosa, omicidio, sequestro di persona, cui ha fatto seguito la morte della vittima, porto illegale d'arma. Tali titoli di reato rendevano inapplicabile l'art. 4-bis, legge n. 354 del 1975, attesa la mancata collaborazione con la giustizia (per rivendicazione per tutto l'arco del processo dalla propria innocenza); ritenuta, per di più, ancora praticabile per il ruolo attivo attribuitogli all'interno della consortereria criminale di appartenenza.

<sup>30</sup> Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, contributo di *amicus curiae* all'ordinanza di remissione Cass. pen, Sez. I del 3 giugno 2020, 8 settembre 2020.



in questo caso, riguarda gli autori di gravissimi reati; valorizza, in modo spiccato, il dialogo con la Corte costituzionale italiana e con l'evoluzione della sue pronunce in tema di funzioni della pena.

Ma soprattutto la sentenza Viola «svela e mostra con maggior realismo»<sup>31</sup> ciò che la presunzione nasconde: come l'assenza di collaborazione non può essere un segnale certo della mancata rieducazione, così, per converso, la collaborazione non è un indice altrettanto certo di rieducazione. Trovando un avallo proprio in una pronuncia costituzionale, la sent. 306/1993, la Corte di Strasburgo evidenzia le possibili valutazioni opportunistiche di certe chiamate di correo, interessate esclusivamente ai benefici penitenziari. La rigidità della disciplina dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. non permetterebbe, inoltre, di tenere conto di altre situazioni, in cui il silenzio è finalizzato a proteggere i familiari dai rischi di ritorsione da parte dell'organizzazione criminale (come spesso accade nei casi di condannati in ergastolo ostativo); né del rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di stretti congiunti o di soggetti cui si è legati da vincoli affettivi o del ripudio di un concetto utilitaristico di collaborazione, che prescinda da un effettivo ravvedimento interiore concetto utilitaristico della collaborazione. In questa prospettiva, la sentenza ha avuto l'indubbio merito di riconoscere il giusto spazio a quel «diritto al silenzio» recentemente elevato dal Giudice delle leggi al rango di principio supremo caratterizzante l'identità costituzionale italiana.

La preclusione dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. viola l'art. 3 CEDU, nella funzione rieducativa della pena che non può essere sacrificata sull'altare delle esigenze di prevenzione generale e difesa sociale, quand'anche si tratti di contrastare fenomeni gravi come la criminalità organizzata<sup>32</sup>. Si delegittimano le scelte di politica criminale che potenziano la prevenzione generale negativa (deterrenza) della pena<sup>33</sup>, sacrificando quella rieducativa, in quanto «la funzione risocializzativa mira in ultima istanza, ad evitare la recidiva ed a proteggere la società»<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Osservatorio costituzionale*, 4, 2019, 6 agosto 2019, p. 195.

<sup>32</sup> Cfr. § 128 della motivazione. Il ragionamento della Corte è supportato da alcune fondamentali argomentazioni. La prima, in particolare, si fonda sulla visione della pena *in executivis* come processo in divenire, che non può ignorare i mutamenti della personalità del condannato, specie col trascorre di molti anni, come nel caso della tipologia di delitti in discussione. La preclusione impedisce di tenerne conto, disincentivando, di fatto, la partecipazione del condannato all'opera di rieducazione; privata di senso, come tutta l'istituzione carceraria in sé, in quanto non finalizzata all'obiettivo di poter riacquistare la libertà personale. La preclusione – scrivono efficacemente i giudici di Strasburgo – «fissa in realtà la pericolosità del soggetto al momento di commissione del delitto, invece di tener conto del percorso di risocializzazione e degli eventuali progressi compiuti dopo la condanna [...]. Una pericolosità cristallizzata nel passato, refrattaria a qualunque modificazione della personalità del detenuto e permeabile solo alla collaborazione *ex art. 58-ter*, ord. penit.».

<sup>33</sup> Cfr. E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, pp. 1500 ss.

<sup>34</sup> Cfr. § 130 della motivazione; in tal senso cfr. già CEDU *Murray c. Paesi Bassi*, cit.

Quello fissato dai giudici di Strasburgo sembra un principio destinato a diventare portante: l'art. 3 CEDU, inderogabile, assicura un nucleo duro di garanzie di cui il condannato, anche per i più gravi reati, non può essere privato secondo scelte proprie di un diritto penale d'autore.

L'insegnamento della Corte EDU è presente interamente nell'ordinanza n. 97 della Consulta. Viene richiamata la sentenza 135/2003, oltre alla 253/2019, ponendo l'accento sulla fallacità della aprioristica considerazione della collaborazione quale sintomo eloquente di abbandono della scelta di vita originaria. Trova opportuna valorizzazione, con una eloquenza ancora maggiore che in passato, il diritto al silenzio, e la mancanza di una scelta che sia realmente libera – quando il detenuto viene posto davanti alla scelta tra la collaborazione e un percorso trattamentale ordinario – per le ragioni che possono sottendere il silenzio stesso. Viene valorizzato il ruolo del tempo, che nella liberazione condizionale assume ancora più rilevanza, viste le stringenti condizioni di applicabilità e le rilevanti trasformazioni che può determinare sulla personalità del detenuto<sup>35</sup>.

Ma la Corte Costituzionale “applica” gli insegnamenti della sentenza Viola, non solo nel suo antefatto, ma anche nelle conclusioni a cui giunge; altro aspetto che lega, indissolubilmente, la scelta dei Giudici costituzionali a quelli di Strasburgo.

Nella sentenza Viola la *questio* dell'automatismo della pericolosità connesso alla mancanza di collaborazione, come ricordato, viene definito un “problema strutturale”, che prefigura la trattazione di numerosi casi analoghi e di cui il legislatore italiano deve farsi carico, percorrendo la corsia “costituzionalmente preferibile” della riforma parlamentare. Derivando dalla legge, e non da una sua applicazione particolare, la Corte EDU concludeva, statuendo che la violazione rimessa alla loro attenzione, doveva essere rimossa dalla legge, secondo quanto impone l'art. 46 della stessa Convenzione<sup>36</sup>. Una riforma del regime della reclusione dell'ergastolo, che garantisca la possibilità di riesame della pena, permettendo alle autorità di determinare se, nel corso dell'esecuzione della pena, vi è stata una evoluzione del detenuto e se è progredito nel percorso di cambiamento, al punto che nessun motivo legittimo di ordine penologico giustifichi più la detenzione. Inoltre, la riforma deve garantire la possibilità per il condannato di beneficiare del diritto di sapere cosa deve fare perché la sua liberazione sia possibile e quali siano le condizioni applicabili. La medesima Corte auspicava

---

<sup>35</sup> Ord. n. 97 del 2021, § 7 cons. dir.

<sup>36</sup> Si rammenta, infatti, che l'art. 46, interpretato alla luce dell'art. 1 CEDU, impone agli Stati membri, non solo di eseguire le disposizioni patrimoniali a carico del ricorrente risultato vittorioso, ma anche di porre in essere – nell'ambito della propria discrezionalità, sotto il controllo del Comitato dei Ministri – tutte le misure generali e/o individuali idonee ad eliminare le conseguenze delle violazioni accertate.

che la rescissione del *nexum* con la *societas sceleris*, da parte del condannato all'ergastolo, potesse transitare anche attraverso ulteriori canali "diversi dalla collaborazione con la giustizia e dall'automatismo legislativo attualmente in vigore".

Il tenore della motivazione della sentenza Viola lascia intendere che la modifica da introdurre, non implica necessariamente l'eliminazione della rilevanza della mancata collaborazione. Richiede, semmai, la trasformazione dell'attuale condizione di ammissibilità dell'esame dell'istanza di liberazione condizionale, in uno degli elementi valutabili nel merito, insieme agli eventuali altri che siano presenti e rilevanti nel caso concreto. Si chiede, in sostanza, il superamento della preclusione assoluta di pericolosità sociale, inserita come unico criterio legale all'interno del comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. per l'accesso ai benefici penitenziari, restituendo al giudice della "rieducazione" il suo potere (istituzionale) di controllo e di ratifica del percorso individuale (anche in termini di "dissociazione" dalla criminalità organizzata).

La sentenza Viola costituisce indubbiamente un forte monito per il legislatore nazionale al rispetto della dignità umana, affinché si tratti dal percorrere, con troppo demagogica disinvoltura, una via lastricata di seri dubbi di compatibilità coi principi fondamentali costituzionali, convenzionali e culturali, in materia di pene criminali.

Il cuore argomentativo di Viola c. Italia si sposa perfettamente con la decisione adottata con l'ordinanza n. 97. I giudici costituzionali indicano al legislatore nazionale la strada senza uscite della riforma e, al contempo, suggeriscono altri criteri, «diversi dalla collaborazione con la giustizia e dall'automatismo legislativo attualmente in vigore», in grado di dimostrare la rescissione dall'organizzazione consortile.

Nonostante il sostanziale fallimento della riforma Orlando sull'ordinamento penitenziario nel nostro Paese, per le amputazioni subite dall'originario disegno riformatore, la giurisprudenza delle Corti, europea e costituzionale, continuano ad indicare al nostro legislatore la via di un compiuto disegno riformatore, che assicuri effettività e coerenza di sistema alla funzione che la Costituzione assegna alle sanzioni penali; compito a cui il legislatore non può sottrarsi.

La nuova normativa, sarà sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, «al fine di verificare la sua conformità alla Costituzione»<sup>37</sup>. Sul punto, tuttavia, si rileva una dicitura alquanto vaga, non specificando esattamente gli esiti della riforma sul giudizio *a quo*. Molto, probabilmente, dipenderà

---

<sup>37</sup> Ord. n. 97 del 2021, § 11 cons. dir.

dal grado di dettaglio e organicità che verranno conferiti alla nuova normativa. Qualora la Corte Costituzionale ritenesse la riforma non organica e generale, potrebbe rimettere la materia al giudice *a quo* per rivalutare la sua manifesta infondatezza, alla luce del mutato quadro normativo determinatosi per effetto dello *ius superveniens*. Strada, quest'ultima, già percorsa dalla Consulta di recente, in materia penitenziaria, in un caso in cui successivamente alla proposizione di una *quaestio*, il legislatore aveva mutato la disciplina in senso parzialmente conforme alla via indicata dal rimettente<sup>38</sup>.

### 3. Il *self restraint* della Corte e le differenze con le battute d'arresto del passato

Molta parte della dottrina, all'indomani dell'ordinanza n. 97, ha mostrato delusione e disappunto per la scelta della Corte di consegnare al legislatore il compito di riforma, evidenziando una sostanziale discrasia tra le premesse che la Corte pone e le conclusioni a cui giunge.

Nei punti 3-7 del considerato in diritto, infatti, si assiste ad una puntuale ricostruzione della giurisprudenza della stessa Corte in campo di ostatività – che ha consentito la compatibilità tra l'istituto dell'ergastolo ostativo e l'obiettivo costituzionale della rieducazione del condannato – e ad un pertinente ed efficace richiamo alla giurisprudenza della Corte Edu. L'ordinanza n. 97 sottolinea anche con eloquenza la drammaticità di una scelta, quella tra il silenzio e la possibilità di riacquistare la libertà, che, appunto, libera non è, come opportunamente sottolineato dalla sentenza 253/2019.

Tuttavia, al punto 8 del considerato in diritto, interviene quello che è stato definito «un colpo di freno»<sup>39</sup>. Come anticipato, a detta della Consulta, la radicalità e l'apicalità della norma comporterebbero il rischio di un intervento demolitorio che rischierebbe di consegnare una disciplina disarmonica (per i valori in gioco, primo fra tutti il contrasto alla criminalità organizzata) e disorganica (in linea orizzontale e verticale).

La Corte sottolinea, inoltre, il pericolo di una non adeguata differenziazione trattamentale tra il collaboratore e il non collaboratore, con inevitabili ripercussioni su quello che si è rilevato negli anni uno strumento investigativo di straordinaria efficacia nel contrasto alle mafie.

---

<sup>38</sup> Corte cost., ord. n. 185 del 2020.

<sup>39</sup> E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, cit.

Richiede, pertanto, che siano affidate al legislatore quelle che definisce “tipiche scelte di politica criminale”, volte a differenziare e meglio articolare il regime probatorio e le condizioni richieste per sostanziare il requisito del “sicuro ravvedimento”, annoverando anche requisiti ulteriori, oltre la prova rafforzata introdotta con la sentenza n. 253/2019.

È evidente che la Corte abbia voluto sancire definitivamente l'illegittimità di rigidi automatismi in materia di benefici penitenziari, anche sulla scia di precedenti pronunce<sup>40</sup>. Con tale opzione di fondo diventano incompatibili tutte quelle «previsioni, che precludano in modo assoluto l'accesso a un beneficio penitenziario in ragione soltanto della particolare gravità del titolo di reato commesso, riflessa dall'inclusione di quest'ultimo in un catalogo, quale quello *ex art. 4-bis* della legge n. 354 del 1975 cui si ricollegano, a vari livelli, indici presuntivi di pericolosità che – a prescindere da ogni considerazione circa l'estrema eterogeneità dei titoli inclusi – parrebbero potersi ritenere legittimi solo nella misura in cui gli stessi risultino, in concreto, agevolmente vincibili»<sup>41</sup>.

Si tratta di uno terreno argomentativo di per sé scivoloso, in ragione delle evidenti implicazioni criminologiche, proprio per la più volte ricordata “apicalità” della normativa nel contrasto alla criminalità organizzata.

La Consulta avrebbe potuto, di certo, scegliere di ricorrere all'invocato meccanismo di incostituzionalità consequenziale *ex art. 27* legge n. 87 del 1953, già utilizzato in passato, per ovviare ai paventati profili di disorganicità, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo. Del resto, l'allargamento della pronuncia anche ai condannati per altri reati, al di fuori del “contesto mafioso”, è quanto stato già esperito, da ultimo con la sentenza n. 253, dove la dichiarazione di illegittimità ha riguardato, in via consequenziale, tutti i delitti previsti dall'*art. 4-bis*, comma 1, ord. penit, sebbene l'ordinanza di remissione riguardasse i «delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'*art. 416-bis* cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste».

Stesso ragionamento è valido per la “portata oggettiva” del precetto, ovvero gli altri benefici penitenziari, quali la semi-libertà e il lavoro all'esterno, di cui la Consulta sembra preoccuparsi<sup>42</sup>. Sebbene non vi sia omogeneità di vedute sul punto<sup>43</sup>, anche in tal caso la Corte avrebbe potuto

---

<sup>40</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 149 del 2018, 291 del 2010, 189 del 2010, 255 del 2006. In particolare, nella sent. n. 149 del 2018 la Corte sostiene che la fase esecutiva deve declinarsi «come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena».

<sup>41</sup> Cass., ord. 18 febbraio 2019.

<sup>42</sup> Ord. n. 97 del 2021, § 10 cons. dir.

<sup>43</sup> M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, cit., p. 25, n. 61, per il quale è «il legislatore a dover procedere nell'opera di “sanificazione” complessiva del sistema, potendo la Corte intervenire solo chirurgicamente, di

procedere a quella “sanificazione” del sistema nel suo complesso, traendo le mosse proprio dal finalismo rieducativo della pena. È pur vero che, per costante insegnamento della giurisprudenza costituzionale, «anche se qualunque decisione di accoglimenti produce effetti sistemici, la Corte non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale»<sup>44</sup>, lasciando al legislatore il compito di porvi rimedio. Tuttavia, nelle pronunce in cui tale precetto si colloca, si trattava di disparità, poi in realtà colmate solo con un nuovo intervento della Corte stessa, che riguardavano fattispecie oggettivamente rare, ovvero condannati a pena temporanea per sequestro di persona a scopo di estorsione. Ciò che è invece, oggi, all’esame della Corte, è un istituto che va al cuore del sistema del cd. “doppio binario” penitenziario e che coinvolge molti casi.

Lasciando la parola ai costituzionalisti sulla legittimità dell’ampiezza al ricorso della Corte all’istituto dell’illegittimità conseguenziale, nel bonificare il sistema, anziché ricorrere ad interventi mirati, il ragionamento portato avanti dall’ordinanza n. 97 sembra, piuttosto, concentrato su ragioni di opportunità che di ostacoli giuridicamente insuperabili. Ciò proprio per la funzione determinante che la libertà condizionale riveste nel nostro ordinamento.

L’istituto indubbiamente, per la sua stessa configurazione, presenta maggiori “garanzie” nella discrezionalità di giudizio riconsegnata alla magistratura di sorveglianza, in quanto richiede una procedura più articolata rispetto al permesso premio, con competenza collegiale e spazio al contraddittorio, e periodi temporali molto più ampi rispetto agli altri, che valorizzano ulteriormente il tempo (adeguato) di osservazione del detenuto nonché un presupposto ulteriore, quello del sicuro ravvedimento, e non solo dell’assenza di pericolosità sociale.

Tuttavia, a differenza del permesso premio, la cui natura è di modalità di trattamento e non di misura alternativa<sup>45</sup>, ci troviamo innanzi ad una causa estintiva della pena che opera sul piano

---

volta in volta, per rimuovere le ostatività che ancora precluderebbero le predette “tappe intermedie”. In senso contrario G. GIOSTRA, *Verso un’incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena*, cit., pp. 43 ss., per il quale «la Consulta, nel caso di incostituzionalità incardinata sul finalismo rieducativo della pena, potrebbe (e credo dovrebbe) cogliere l’opportunità per “sanificare” il sistema nel suo complesso». Ipotizzando una pronuncia di accoglimento in tema di liberazione condizionale, Giostra osserva che «rimossa tramite giudicato costituzionale l’ostatività penitenziaria per la tappa iniziale (il permesso-premio) e per quella finale (la liberazione condizionale) del percorso risocializzativo del detenuto, sarebbe del tutto irragionevole mantenerla per le tappe intermedie». In questo senso cfr. anche A. PUGIOTTO, *Dopo la sentenza (di accoglimento) che verrà*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena*, cit., pp. 213 ss., in particolare p. 217.

<sup>44</sup> Corte cost., sent. n. 317 del 2009; cfr. anche Corte cost., sentenza n. 149 del 2018.

<sup>45</sup> Corte cost., sent. n. 32 del 2020 considera, tuttavia, l’istituto «funzionalmente analogo alle misure alternative alla detenzione, essendo anch’esso finalizzato a consentire il graduale reinserimento del condannato nella società».

del diritto sostanziale e che involve, appunto, aspetti “apicali” e “radicali” per il tipo di reato, l'entità della pena, la tipologia di beneficio.

A proposito di tale differenza, lo stesso Zanon, componente della Corte costituzionale ed estensore anche dell'ordinanza n. 97, in un convegno tenutosi a Cassino all'indomani proprio della sentenza n. 253, dopo aver ribadito che «il permesso premio non è una misura alternativa alla detenzione», affermava di aver «ritratto la penna da qualsiasi considerazione e da qualsiasi motivazione che su questo aspetto potesse pregiudicare le questioni future» come «esigenza elementare di prudenza», concludendo con una riflessione più ampia: «Bisogna tener presente che la Corte è un organismo complesso nel quale il dibattito è forte, e necessariamente le sentenze non hanno mai un orientamento granitico, ma sono espressione delle diverse sensibilità che sussistono dentro il collegio». <sup>46</sup> Al contrario di un recente passato, è possibile affermare che la Corte, sebbene non abbia portato il suo ragionamento alle conseguenze estreme, appellandosi al *self restraint*, è riuscita a tenere la barra dritta, segnando un ulteriore storico passo nel percorso di progressivo bando dei meccanismi preclusivi assoluti all'accesso dei benefici penitenziari <sup>47</sup>.

Si tratta di una rotta che resterà tracciata sia se il legislatore dovesse intervenire che se si astenesse dal farlo, come avvenuto nel caso Cappato. Qualora il parlamento non riformasse l'istituto entro il 10 maggio 2022, la Corte non potrà fare a meno che pronunciare l'ennesima sentenza manipolativa di accoglimento, dai confini limitati per le premesse presenti nei “considerando”, annullando l'ordinanza impugnata e devolvendo al Tribunale di Sorveglianza la decisione. Nell'ipotesi in cui, invece, il legislatore adempiesse al proprio compito istituzionale, la normativa sarà oggetto nuovamente di valutazione da parte della Corte stessa, che potrebbe rinviare al giudice *a quo* per una nuova valutazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza della *quaestio*, alla luce della nuova normativa.

Non sempre in passato la Corte – nonostante sia stata “coadiuvata” dalla migliore parte della magistratura di sorveglianza e della giurisprudenza di legittimità, che stanno proponendo letture illuminate della normativa esistente e sollevando questioni di costituzionalità, laddove questa disenta dai precetti della Carta fondamentale <sup>48</sup> – ha mostrato coerenza.

---

<sup>46</sup> N. ZANON, *Il lavoro della Corte nell'elaborazione e nella scrittura della sentenza n. 253/2019*, in S. GRIECO, S. SCALERA, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo? Atti del convegno, Cassino, Casa circondariale, 20 gennaio 2020*, Cassino, 2020.

<sup>47</sup> F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore*, in *Questione Giustizia*, 27 maggio 2021.

<sup>48</sup> G. GIOSTRA, *Un grande futuro dietro alle spalle*, cit., p. XIV

Ad eccezione della sentenza n. 32/2020, che ha sconfessato il diritto vivente in tema di applicazione retroattiva di modifiche penitenziarie peggiorative, le altre pronunce sembrano meno incisive quantomeno nell'applicazione pratica. Alcune, forse, per una certa prudenza nel calibrare gli oneri probatori; altre per l'occasione perduta di fare chiarezza all'interno della disordinata categoria dei condannati "collaboranti"<sup>49</sup>.

Due, in particolare, sono le pronunce che hanno rappresentato sostanziali battute d'arresto al delinearsi di una sorta di riforma per via giurisprudenziale delle soluzioni scartate dall'ultimo legislatore in sede di approvazione della cd. riforma Orlando<sup>50</sup>: le sentenze n. 188/2019 e n. 52/2020<sup>51</sup>. In entrambe, la Consulta aveva sostanzialmente assecondato la tendenza legislativa ad incrementare il numero dei reati ostativi, sulla base di un criterio d'inclusione come l'allarme sociale. Tale tendenza – che si pone nel solco di precedenti pronunce che, pur mostrando preoccupazione per l'eco del diritto penale d'autore, che si scorgeva nella disciplina, aveva sostanzialmente avallato il regime penitenziario differenziato - è ancor più allarmante perché, consolidandosi così il regime preclusivo, rafforzavano, nel contempo, anche l'ergastolo ostativo per quei reati che lo prevedono; ciò visto e considerato che il perno e il "vizio" di fondo dell'ergastolo ostativo sta proprio, non tanto nella perpetuità potenziale dell'ergastolo, quanto piuttosto nella preclusione ostativa, che rende più probabile la perpetuità *de facto* della pena.<sup>52</sup>

Di fatto, anche a causa delle suddette pronunce, l'art 4-*bis* ha continuato a rappresentare lo strumento privilegiato per una differenziazione esecutiva fondata sul titolo di reato<sup>53</sup>, nonostante l'art. 13 ord. penit. – in ideale contrappunto all'art. 220, comma 2, cod. proc. pen., che invece richiama l'attenzione a fatti storici puntuali – sia chiaramente prescrittivo di un trattamento e di una conseguente giurisdizione che mettano a fuoco non più la fotografia di un accadimento storico,

---

<sup>49</sup> A. RICCI, *Collaborazione impossibile e sistema penitenziario*, Padova, 2013.

<sup>50</sup> S. GRIECO, *L'irragionevolezza delle presunzioni assolute sui percorsi dei singoli: premesse e contesto della sentenza 253/2019*, in *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?*, cit., p. 25.

<sup>51</sup> Con la prima pronuncia, si è affermato che l'ostativa discendente dal reato di sequestro di persona, attenuato dalla particolare lievità del fatto, pur non essendo espressiva di criminalità organizzata, non costituirebbe irragionevole preclusione. La Corte, limitandosi a prendere atto dell'evoluzione legislativa dell'art. 4-*bis*, ha ritenuto che, ormai, la presunzione, e la sua funzione ostativa, siano svincolate dalla dimensione associativa ed organizzata dei reati ivi elencati, ritenendo, piuttosto, che essa si configuri come un mero inasprimento sanzionatorio per tipologie criminose caratterizzate da un allarme sociale particolarmente elevato. Nella stessa direzione si muove la sentenza n.50 del 2020<sup>51</sup> in tema di non applicabilità della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, comma 1-*bis*, ord. penit. al delitto di rapina aggravata.

<sup>52</sup> F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, cit., p. 5.

<sup>53</sup> Cfr. G. DELLA MONICA, *La irragionevolezza delle presunzioni che connotano il modello differenziato di esecuzione della pena per i condannati pericolosi. Riflessioni a margine della sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit.



ma la personalità dell'uomo, la sua costruzione fisica, esistenziale e sociale, il suo sviluppo e le auspicabili trasformazioni.

Pur consapevole della particolare complessità della vicenda in esame, coinvolgente massime esigenze di sicurezza pubblica e diritti fondamentali, stavolta la Corte non ha arretrato.

#### 4. La riforma che verrà

Sulla scorta delle riflessioni fin ora condotte, la tanto auspicata riforma legislativa, dovrebbe preliminarmente espungere dal sistema tutte le residue preclusioni legali assolute che dipendano dal solo titolo di reato della condanna in esecuzione, anziché dalla condotta del soggetto.

Prendendo nuovamente a prestito le parole della Corte Europea, «Il percorso risocializzativo deve essere [...] modulato sull'uomo e non sul fatto commesso, senza che possano trovare spazio “presunzioni legali di irrecuperabilità sociale” né pene che si risolvano nella restrizione perpetua e senza speranza»<sup>54</sup>.

Principio che, contrariamente a quanto affermato dalla Corte con il riferimento (peraltro non richiesto dal perimetro del devoluto) ai reati di cui all'art. 41-*bis*<sup>55</sup>, dovrebbe essere generalizzato a tutte le categorie di detenuti e di regimi penitenziari, proprio per il ragionamento che lo sottende<sup>56</sup>.

Superando il regime di presunzione assoluta, i giudici della Corte Costituzionale riaffidano alla magistratura di sorveglianza il ruolo che le è proprio: una valutazione caso per caso, in relazione alle specificità del reato commesso e del beneficio richiesto; con un mandato, tuttavia, che richiede un controllo giurisdizionale estremamente sofisticato in fase istruttoria che richiede una efficace e dialogante collaborazione con gli enti deputati al controllo.

La Corte, come si è visto, richiama quel regime probatorio rafforzato introdotto dalla sentenza 253 anche per la liberazione condizionale e suggerisce altri parametri, della cui opportunità si è già discusso nel corso di questo elaborato.

---

<sup>54</sup> CEDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10.

<sup>55</sup> Ord. n. 97 del 2021, § 8 cons. dir.

<sup>56</sup> F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore*, in *Questione Giustizia*, 27 maggio 2021. Analogamente cfr. M. BARTOLATO, in *Webinar su L'orientamento penitenziario al vaglio della Corte costituzionale*, [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it), 14 maggio 2021.

Nel formulare i criteri a cui ricorrere, che andranno ad affiancare la collaborazione con la giustizia nell'accertamento del "sicuro ravvedimento", il legislatore potrebbe cogliere quei suggerimenti degli Stati Generali dell'esecuzione penale, riposti nel cassetto all'indomani dell'attuazione della riforma Orlando.

Solo per citarne uno. A ben guardare, in una esecuzione penitenziaria costituzionalmente ispirata, in cui il trattamento non può risolversi in una strumentalizzazione della persona umana a meri fini di difesa sociale, di prevenzione o di rieducazione coatta<sup>57</sup>, non ci si può, sottrarre dall'esigenza che il rientro nel consesso sociale del soggetto che ha commesso un reato sia accompagnato da un serio ed effettivo processo di ricomposizione dell'offesa, anche attraverso percorsi di *Restorative justice*<sup>58</sup> autonomi rispetto al modello retributivo tradizionale o al mero ristoro civile del danno, cui dovrebbe fare da contrappeso e – nei casi possibili e opportuni – valida alternativa, una concreta attività svolta dal reo in favore della propria vittima<sup>59</sup>.

Sulla scorta di tale ragionamento, anziché richiedere nuovamente un onere di collaborazione sotto le mentite spoglie delle "ragioni del silenzio", la riforma potrebbe valorizzare opportunamente, dal versante del comportamento del detenuto, quelle condotte concretamente riparative, sempre che risulti l'assenza di collegamenti attuali del soggetto con la criminalità organizzata o eversiva. Così come potrebbero trovare spazio gli altri parametri richiamati dal 41-*bis*, come suggerito dalla Commissione Antimafia nella propria relazione annuale<sup>60</sup>.

Ma l'intervento riformatore dovrebbe anche cogliere l'occasione per un radicale intervento sullo stesso art. 4-*bis*, ord. penit., vero cardine del sistema di preclusioni attualmente vigente e foriero di molteplici problemi e di potenziali inadeguatezze. Andrebbero espunte tutte le altre ipotesi delittuose che nel tempo il legislatore ha stratificato all'interno della evocata previsione normativa, mantenendo l'attuale disciplina restrittiva soltanto con riferimento ai condannati per reati

---

<sup>58</sup> Per giustizia riparativa si intende, secondo gli UN *Basic Principles* del 2000, «qualunque procedimento in cui la vittima e il reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall'illecito, generalmente con l'aiuto di un facilitatore. I procedimenti di giustizia riparativa possono includere la mediazione, la conciliazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali [*conférencing*] e i consigli commisurativi [*sentencing circles*].»

<sup>59</sup> F. FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 giugno 2016, p. 11.

<sup>60</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE ANTIMAFIA, *Relazione sull'istituto di cui all'art. 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*, approvata nella seduta del 20 maggio 2020.

associativi. Sarebbe, cioè, necessario che il segmento criminologico proprio della mafia e del terrorismo, che caratterizzava il primo intervento legislativo che introdusse la norma in questione, restasse titolare di una disciplina penitenziaria propria, segnata dalle esigenze di verificare l'effettività della rottura del legame criminale attraverso anche la collaborazione. Allo stesso modo, il regime penitenziario relativo agli altri – pur eccezionalmente gravi – reati ricompresi nel catalogo, dovrebbe essere sottoposto ad una disciplina ipotizzata specificamente per tali reati, fondando, così, le valutazioni intorno alla pericolosità ed all'accesso ai benefici, su presupposti peculiari propri dello specifico criminologico cui essi appartengono<sup>61</sup>.

Attesa poi anche la presentazione della proposta di legge d'iniziativa dei deputati Ferraresi ed altri<sup>62</sup>, è utile soffermarsi sul procedimento di concessione o diniego e sulla relativa competenza, con riguardo all'accentramento – in prima battuta, ma anche in sede di reclamo – di tutte le istanze provenienti da condannati ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., similmente a quanto accade per i reclami concernenti la legittimità della sottoposizione al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.

Mentre la Procura nazionale antimafia non reputa questa ipotesi impercorribile, anzi, in quanto si tratta di una garanzia per un'interpretazione specifica ed uniforme<sup>63</sup>, laddove il «rischio che ciascuno interpreterà secondo la propria valutazione, a discapito dell'uniformità e della coerenza, è molto forte»<sup>64</sup>; magistratura di sorveglianza e dottrina sono di parere diametralmente opposto. Lo sguardo e la prospettiva della magistratura di sorveglianza, possono essere efficacemente riassunti proprio attraverso la voce del Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Roma, la dott.ssa Maria Antonia Vertaldi, in occasione della pronuncia n. 253 sui permessi premio. Ben consapevole

---

<sup>61</sup> M.A. VERTALDI, *Dalla pronuncia costituzionale n. 253 del 2019, spunti per un intervento riformatore, in Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?* cit., p. 120.

<sup>62</sup> Per un commento alla proposta di legge Ferraresi cfr. L. MILELLA, *Ergastolo ostativo, M5S contro la Consulta: "Il suo è un colpo mortale alla lotta alla mafia"*, in *La Repubblica*, 19 maggio 2021; S. MUSCO, *Ergastolo ostativo, il M5S "corregge" la Consulta*, in *Il Dubbio*, 19 maggio 2021, p. 3; A. STELLA, *Ergastolo: il trucco 5S per beffare la Consulta*, in *Il Riformista*, 19 maggio 2021, p. 5.

<sup>63</sup> Nella stessa direzione A. Dolci, Procuratore aggiunto presso la Direzione distrettuale Antimafia di Milano, in un'intervista rilasciata alla rivista *WordNews* a margine dell'ordinanza n. 97, afferma che «La competenza in capo, per esempio, sul 41-bis, al Tribunale di Sorveglianza di Roma, che si occupa dei reclami avverso l'applicazione del 41-*bis* e avverso le proroghe del regime di carcere duro [...] eviterebbe anche una giurisprudenza a macchia di leopardo».

<sup>64</sup> F. CAFIERO DE RHAO, *Un intervento legislativo urgente nell'esigenza del contrasto ampio alle mafie*, in *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?*, cit., p. 110, a sostegno della proposta di accentramento della competenza a giudicare in materia di permessi premio in capo al Tribunale di sorveglianza di Roma, osserva: «Ciò non vuol dire serbare sfiducia nei confronti del Magistrato di Sorveglianza, che certamente ha una capacità e una preparazione che va rispettata e che riconosciamo. Il problema è che, in ogni luogo, avremmo delle decisioni che possono interpretare la legge diversamente».

della “qualità, incisività e delicatezza” del controllo e del ruolo che la Sorveglianza dovrà svolgere con le sue decisioni in materia, chiarisce: «Qualsiasi intervento normativo deve confrontarsi col fatto che una tale valutazione ha assolutamente bisogno di una delibazione di prossimità per poter essere operata in modo individualizzato [...] prescindendo da un legame territoriale, e quindi, di prossimità col detenuto, equivale a incrinare il senso stesso della giurisdizione di sorveglianza [...]. Essa sarebbe la negazione del ruolo di controllo della magistratura di sorveglianza [...]. Ogni parallelismo con la giurisdizione esclusiva del Tribunale di sorveglianza di Roma in materia di reclami avverso i decreti ministeriali di applicazione e/o proroga del regime di cui all’art. 41-*bis* ord. penit. è fuorviante ed inadeguata; infatti, assolutamente diversa è la materia, atteso che trattasi, riguardo al 41-*bis*, di una attività di giurisdizione che non riguarda il trattamento dei soggetti detenuti, tanto è vero che, ogni questione attinente ai diritti di questi ultimi, ovvero ad ipotesi di loro violazione, è devoluta, come per legge, alla giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza di prossimità territorialmente competente»<sup>65</sup>.

Sul punto la dottrina è uniformemente concorde sull’irrinunciabilità al criterio della prossimità. Il ruolo della magistratura di sorveglianza è non solo quella di controllo ma anche quello di essere parte attiva nella ricerca di percorso rieducativo individualizzato. La magistratura, per adempiere alla propria funzione, può e deve intraprendere un confronto-dialogo con l’ergastolano ostativo non collaborante. Questo ruolo attivo verrebbe totalmente precluso da un accentramento della competenza ad un tribunale di sorveglianza centralizzato, quale quello di Roma. Inoltre, oltre alle innegabili difficoltà della magistratura di sorveglianza di Roma nel gestire un carico di lavoro di siffatta portata, si assisterebbe, in termini ordinamentali, ad una chiara violazione del principio del giudice naturale, non essendo prevista per il tribunale di sorveglianza di Roma una specializzazione in materia.

Il recupero della centralità potrebbe tutt’al più essere recuperata nella configurazione della procedura istruttoria, su cui si è ampiamente soffermata l’esaustiva relazione della Commissione Antimafia<sup>66</sup>. Oltre alle allegazioni specifiche indicate dalla sentenza n. 253 e la necessità di concedere un congruo tempo, pari a 30 giorni, per i riscontri istruttori, si chiede un coinvolgimento

---

<sup>65</sup> M.A. VERTALDI, *Dalla pronuncia costituzionale n. 253 del 2019, spunti per un intervento riformatore, in Verso il superamento dell’ergastolo ostativo?*, cit., pp. 121-122.

<sup>66</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE ANTIMAFIA, *Relazione sull’istituto di cui all’art.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*, approvata nella seduta del 20 maggio 2020.

adeguato della Procura Nazionale Antimafia, con un raggio di approfondimento che concerna gli elementi che, ad esempio, sono descritti nell'art. 41-*bis* ord. penit., comma 2-*bis*, in materia di proroga. A tal proposito, l'istanza potrebbe essere inviata al procuratore distrettuale competente per materia per il soggetto, oltre al procuratore nazionale, che conosce la posizione del detenuto, affinché esprima un parere<sup>67</sup>, non demandato a chi si trova nel posto in quel momento, ovvero il Pubblico Ministero presso il Magistrato di Sorveglianza, a cui spetta il reclamo. Una previsione in tal senso rappresenterebbe già un passo in termini di uniformità, non distogliendo, tuttavia, il detenuto dal proprio giudice naturale.

SARAH GRIECO  
Università degli Studi di Cassino  
e del Lazio Meridionale

---

<sup>67</sup> In materia di “pareri” degli organi competenti, la proposta di legge n. 1951 suggerisce di sostituirli con «elementi conoscitivi concreti e specifici fondati su circostanze di fatto espressamente indicate che dimostrino in maniera certa la permanenza dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva». Ritiene inoltre opportuno, «stabilire che gli eventuali pareri espressi nelle note informative non possono essere utilizzati nella motivazione della decisione», per evitare che la magistratura di sorveglianza, «per negare la concessione dei benefici in questione si limita a trascrivere in modo apodittico, riproducendo il contenuto generico delle informative del comitato provinciale per la sicurezza pubblica o delle Forze di polizia, senza enunciare gli elementi di fatto dai quali ha tratto il proprio convincimento afferente i collegamenti del condannato con la criminalità».