

L'ERGASTOLO IN CAMMINO: DA STRASBURGO A ROMA, PASSANDO DALLO STATO SOCIALE DI DIRITTO, STA GIUNGENDO AL CAPOLINEA

di Mario Caterini

(Professore associato di Diritto penale nell'Università della Calabria)

SOMMARIO: 1. Sii rinchiuso sino alla morte – 2. L'ostativo 'va in città': a Strasburgo – 3. ... e torna 'ai confini dell'impero': a Roma – 4. Il sofisma dell'ergastolo legittimo in quanto eventualmente non a vita – 5. La 'mano legata' dello Stato: dall'ergastolo alla misura di sicurezza.

*And I will strike down upon thee with great vengeance and furious anger
those who attempt to poison and destroy my brothers. And you will know my
name is the Lord when I lay my vengeance upon thee.*

Quentin Tarantino¹

1. La citazione biblica corrotta in questo titolo celebra un sacrificio estremo, appunto sino alla morte². Un sacrificio che nell'ottica profetica è compiuto per la salvezza propria e degli altri, ma che nella visione profana di un sistema penale costituzionalmente orientato rende inaccettabile una punizione se destinata esclusivamente a neutralizzare il reo a vita, giacché costituirebbe una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale, contrastanti con il principio personalistico dell'art. 2 Cost.³.

Nel nostro ordinamento non c'è più la pena di morte, ma esiste appunto una pena «sino alla morte»⁴, con ciò facendo ovvio riferimento alla pena dell'ergastolo e alle discipline connesse come il regime del c.d. 'carcere duro' ex art. 41 bis Op, e le forme

¹ Q. Tarantino nel film *Pulp Fiction* (1994) fa declamare più volte questo versetto di fantasia al criminale Jules Winnfield (interpretato da Samuel L. Jackson) prima di uccidere le sue vittime, come ammonimento divino contro gli uomini malvagi, brano non tanto dissimile dall'originale versetto 25:17 del libro di Ezechiele della Bibbia. Dal doppiaggio italiano del film: «E la mia giustizia calerà sopra di loro con grandissima vendetta e furiosissimo sdegno su coloro che si proveranno ad ammorbare e infine a distruggere i miei fratelli. E tu saprai che il mio nome è quello del Signore quando farò calare la mia vendetta sopra di te».

² Il brano completo e autentico tratto dall'*Apocalisse* (2.10) recita: «Non temere ciò che stai per soffrire: ecco, il diavolo sta per gettare alcuni di voi in carcere, per mettervi alla prova e avrete una tribolazione per dieci giorni. Sii fedele fino alla morte e ti darò la corona della vita».

³ C. Cost. 24.7.2007, n. 322, in *GCos* 2007, 3144 ss.

⁴ L'efficace espressione è di C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli 2016, 65.

di c.d. ergastolo ostativo⁵. La pena a vita rappresenta un tema ancora assai discusso, che suscita reazioni sociali contrastanti e agita la sensibilità dei giuristi.

Sulla legittimità dell'ergastolo la Corte costituzionale nel corso dei decenni ha tenuto un atteggiamento prudente, per alcuni di eccessivo *self-restraint*⁶, con pronunce che man mano hanno sempre più eroso, ma non eliminato il 'fine pena mai'⁷. Infatti, se da un lato la Carta fondamentale vieta espressamente solo la pena di morte, dall'altro l'idea dei Costituenti non è stata certamente quella di una sanzione in contrasto con il fine rieducativo e col divieto di trattamenti inumani e degradanti⁸. Se la pena assume *de facto* una fisionomia polivalente essendo ontologicamente afflittiva e preventiva, sia in senso speciale sia generale, non può però contestarsi che la sua precipua finalità attribuita *de jure* dalla Costituzione è quella dell'integrazione sociale⁹. Ciò quantomeno dovrebbe implicare che gli effetti afflittivi e preventivi che sono immanenti alla pena non dovrebbero però compromettere *tout court* il finalismo rieducativo¹⁰. Un percorso non facile se si pensa alla parabola discendente dell'ideale rieducativo desunta dall'*excursus* storico sull'effettività della sua riuscita¹¹. La

⁵ È stata definita anche una «pena di morte nascosta» da A. Pugiotto, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. Musumeci, A. Pugiotto, *op. cit.*, 128.

⁶ Sull'estrema prudenza della giurisprudenza costituzionale rispetto alle scelte legislative sanzionatorie, recentemente M. Luciani, *Diritto penale e Costituzione*, in *www.penalecontemporaneo.it* (25.10.2018), 7 ss.

⁷ L. Risicato, *La pena perpetua tra crisi della finalità educativa e tradimento del senso di umanità*, in *RIDPP* 2015, 1244.

⁸ La teoria polifunzionale della pena è stata a lungo accolta dalla Corte costituzionale. Sull'evoluzione di questa giurisprudenza recentemente v. E. Dolcini, *Pena e costituzione*, in *RIDPP* 2019, 20. Oggi però per molti versi nelle stesse pronunce del Giudice delle leggi può dirsi superata questa originaria concezione 'sincretistica' della pena: la Consulta è passata da una lettura sostanzialmente abrogante del principio della rieducazione del condannato ad un pieno riconoscimento della sua centralità nel sistema penale. L'idea di rieducazione attualmente esprime la finalità primaria o centrale della pena, secondo una lettura alla quale è approdata gradualmente anche la Corte costituzionale già a partire dalla sentenza del 2.7.1990, n. 313, in *FI* 1990, I, 2385 ss. In tema G. Fiandaca, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura G. Vassalli, Napoli 2006, 131 ss.; D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *DPenCont* 2017, fasc. 2, 48 ss.; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Napoli 2002, 34-35.

⁹ Secondo una delle acquisizioni più mature della nostra dottrina, gli scopi che la pena può legittimamente perseguire nel nostro ordinamento sono da identificare nell'integrazione sociale, intesa come risocializzazione o non ulteriore desocializzazione del condannato, frutto di un'interpretazione sistematica che pone in relazione il principio della finalità rieducativa della pena, sancito nell'art. 27 co. 3 Cost., con altre norme costituzionali, quali gli artt. 2, 3, co. 1, 19, 21 Cost., che riconoscono all'individuo autonomia e dignità, secondo i dettami dello Stato di diritto, e gli artt. 3, co. 2, 4, 34 Cost., che esprimono la prospettiva solidaristica tipica dello Stato sociale. Cfr. Moccia *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 104 ss.

¹⁰ Da qui l'esigenza di flessibilità della pena: il legislatore è chiamato a prevedere istituti che incentivino il condannato a intraprendere un percorso di rieducazione, dando al contempo al giudice la possibilità di compiere valutazioni sui progressi. In tema si rinvia a M. Pelissero, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Milano 2018, 339 ss.

¹¹ V. Mongillo, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *CrD* 2009, 182.

constatazione dell'attuale fallimento nell'attuazione dell'idea di risocializzazione del condannato, del resto, di per sé non è la dimostrazione della bontà delle tesi opposte¹². Da un *excursus* essenziale della giurisprudenza costituzionale emerge che il Giudice delle leggi ha dapprima reputato l'ergastolo non illegittimo perché il reo può essere rimesso in libertà se ravvedutosi dopo aver scontato parte della pena¹³, per poi ammettere anche gli ergastolani al godimento di benefici, in specie la riduzione di pena utile per l'ammissione alla liberazione condizionale¹⁴. Alla luce di ciò l'ergastolo potrebbe apparire una sanzione [quasi] simbolica rispetto alla carenza di sua piena effettività, connotata da una sorta di contraddizione e ambiguità di fondo, nel senso che è legittimo solo in quanto non sia a vita, dimostrandosi, *a contrario*, che una reclusione perenne è incostituzionale¹⁵.

Notoriamente però la normativa mutò nei primi anni '90 a sèguito della recrudescenza della criminalità organizzata e della c.d. stagione stragista. Una disciplina 'emergenziale'¹⁶ che, senza poter entrare qui nel dettaglio, ha introdotto e rimodellato nel tempo opposti regimi di ergastolo per l'effetto combinato dei nuovi artt. 4 *bis* e 58 *ter* l. 26.7.1975 n. 354. Sistemi che, a grandi linee, si distinguono a seconda della possibilità di accedere ad alcuni benefici penitenziari compresa quella, dopo un lungo arco temporale, di riacquistare alcune forme di libertà¹⁷. In caso di condanna

¹² W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, Bologna 2009, 67-68, a proposito dei rapporti tra teoria e prassi del diritto penale in merito alle dottrine sul senso della pena, ha ben spiegato perché non bisogna biasimare frettolosamente quella dommatica c.d. «priva di conseguenze», ossia senza alcun riguardo per la prassi, essendo la scienza penale libera e non sua serva. È d'uopo infatti allontanare la tentazione di limitarsi a sovrapporre al piano del dover essere, le mere tendenze fattuali concretate dal diritto per come vive nella nostra realtà sociale. Infatti, G. Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe* (1932), a cura di R. Dreier e S.L. Paulson, Karlsruhe 1999, § 2, 13, da tempo ha messo in risalto che «la filosofia kantiana ci ha insegnato che è impossibile dedurre da ciò che è che cosa sia pieno di valore, giusto, che cosa debba essere. Mai qualcosa è giusta per il solo fatto che è, o che era: o anche, che sarà. [...] Anche con la consapevolezza di una determinata direzione dell'evoluzione non è ancora dimostrata l'inesattezza del "nuotare controcorrente"».

¹³ C. cost. 22.11.1974, n. 264, in *GP* 1975, 33 ss., con nota di G. Torrebruno. L'art. 176 co. 3 Cp, come riformulato già nel 1962, prevede infatti che il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato, oggi dopo la riforma del 1986, almeno ventisei anni di pena, sempre se in tale periodo abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento.

¹⁴ C. cost. 21.9.1983, n. 274, in *Gazz. uff.* n. 274 del 5.10.1983; si vedano le osservazioni di E. Fassone, *Riduzioni di pena ed ergastolo*, in *RIDPP* 1984, 799 ss.; e di V. Grevi, *Sulla configurabilità di una liberazione condizionale "anticipata" per i condannati all'ergastolo*, in *FI* 1984, I, 19 ss.

¹⁵ L. Riscato, *op. cit.*, 1245 ss.

¹⁶ Sulle problematiche connesse alla c.d. legislazione dell'emergenza, si veda il fondamentale e ormai classico lavoro di S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997, *passim*.

¹⁷ Per un efficace *excursus* in merito alle modifiche stratificate dell'art. 4 *bis* Op, recentemente si veda M. Pelissero, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *www.la legislazione penale.eu* (30.3.2020), 2 ss. I benefici contemplati dall'art. 4 *bis* Op sono l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione, esclusa la liberazione anticipata.

all'ergastolo per delitti come quelli di criminalità organizzata, di terrorismo o eversione, com'è noto le condizioni per avere accesso a tali benefici sono, da un lato, l'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nonché, dall'altro, la collaborazione con la giustizia ex art. 58 *ter* Op, in mancanza della quale, salva l'ipotesi che questa sia impossibile o inutile¹⁸, la reclusione è senza fine e accompagnata usualmente dal regime del c.d. 'carcere duro' ex art. 41 *bis* l. 354/1975¹⁹.

Agli ergastolani 'ostativi' (1.255 su 1.790, il 70 % dei condannati a vita)²⁰ in pratica non è consentito programmare la loro esistenza per gli anni successivi alla detenzione, in quanto questa è una fase che difficilmente si realizzerà. La loro vita viene scandita, giorno dopo giorno, dalla consapevolezza che quella che stanno vivendo verosimilmente sarà la loro esistenza fino alla morte e questo a prescindere dal percorso intrapreso in carcere. Una condizione psicologicamente terribile, preordinata ad indurre il soggetto a considerare prima e imboccare poi la via della collaborazione con lo Stato, che così posta però difficilmente può essere intesa come una libera scelta, quanto più il cedimento ad una specie di ricatto. La sola collaborazione rappresenta la possibilità di accedere a benefici penitenziari, a misure di espiazione fuori le mura del carcere. Nell'impianto dell'art. 4 *bis* Op, quindi, il solo decorso di un lungo lasso di tempo magari accompagnato pure dall'adesione al percorso rieducativo, è condizione considerata insufficiente in quanto a ciò si deve aggiungere la collaborazione che sotto le spoglie di mezzo per superare la presunzione di pericolosità, sembra invece più un «pretesto e un "artificio formale" per evitare la problematicità e la "durezza" di un'affermazione del tipo "se non confessi non esci"»²¹.

¹⁸ In base al co. 1 *bis* dell'art. 4 *bis* della l. 354/1975, i benefici possono essere concessi anche ove la collaborazione sia impossibile o inutile per la limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso o per il già avvenuto integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità. In tema recentemente E. Dolcini, *Collaborazione impossibile e ergastolo ostativo*, in *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Forum dei Quaderni costituzionali rassegna, fasc. n. 10, 2019, 96 ss.; E.M. Dell'Andro, *La collaborazione impossibile: i frutti avvelenati nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *GI* 2019, 955 ss.; nonché F. Fiorentin, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis L. n. 354 del 1975*, in *GM* 2012, pagg. 504 ss., spec. § 7.2.

¹⁹ Sul regime speciale dettato dall'art. 41 *bis* Op, che sospende le ordinarie regole di trattamento per quei detenuti che si ritengono in collegamento "attivo" con organizzazioni criminali, qualora ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, a livello monografico si rinvia a A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano 2012; S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano 2007; inoltre, v. pure Id., *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Crim.* 2007, 250 ss.; M. Pavarini, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, *ivi*, 262 ss.; T. Travaglia Cicirello, *Regime di "carcere duro" (art. 41-bis ord. pen.) e diritto del detenuto ai colloqui*, in *GI* 2014, 1494 ss.; A. Martufi, *Il "carcere duro" tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?*, in *DPP* 2019, 259 ss.

²⁰ Dati ufficiali del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia, aggiornati al 4.9.2019.

²¹ G.M. Flick, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *RIDPP* 2017, 1507.

L'ergastolo, dunque, dagli anni '90 nella sua espressione c.d. 'ostativa' non è più meramente 'nominale' e la sua effettività è legata ad una finalità prettamente strumentale: la collaborazione e l'acquisizione di informazioni utili a compromettere la libertà altrui, in latente conflitto col principio del *nemo tenetur se detegere* e del diritto al silenzio²². Inizia così ad appalesarsi la distanza che può intercorrere tra questa forma di ergastolo, la finalità rieducativa della pena e il senso di umanità della stessa, *a fortiori* con riferimento al regime del c.d. 'carcere duro'²³. In questo tipo di pena a vita l'obiettivo dell'integrazione sociale è 'scarnificato' rimanendo della pena la sola essenza di mera afflizione, castigo, ove le garanzie del reo vengono sacrificate sull'altare delle ormai considerate sempre prevalenti esigenze politico-repressive, ove la persona può essere strumentalizzata per ottenere risultati estranei a quelli che la pena dovrebbe avere secondo la nostra Costituzione. Ed in effetti, se con la sanzione penale si deve offrire al reo la possibilità di orientare la propria esistenza, ciò del resto «non può significare il perseguimento di un adattamento coattivo verso *standards* comportamentali eteronomi, né, quindi, giustificare il tentativo di indebite manipolazioni della personalità, al fine di operare un vero e proprio cambiamento *ab externo* dell'identità individuale. Piuttosto, con tutte le garanzie dello stato sociale di diritto, si deve tendere a favorire un'effettiva integrazione del soggetto da ottenersi tramite la realizzazione di un programma di (re)inserimento basato sul *training* sociale, sull'emancipazione individuale, che passa attraverso la realizzazione di forme efficaci di sostegno culturale»²⁴.

Ciò significa che il fine della repressione delle forme più gravi di criminalità attraverso la collaborazione 'coattiva' di detenuti, non sembra giustificare il mezzo dell'ergastolo 'ostativo' mascherato da strumento di prevenzione e caratterizzato invece da mera afflittività strumentale alla collaborazione²⁵. L'idea della rieducazione o, meglio, della reintegrazione sociale, dovrebbe dunque riflettersi anche sul 'fine pena mai', seppure con modulazioni diverse, ma che diano quantomeno la possibilità di recuperare la libertà a determinate condizioni e dopo aver scontato un adeguato periodo di

²² Sul tema, più in generale, V. Grevi, *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in RIDPP 1998, 1129 ss.; D. Pulitanò, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in RIDPP 1999, 1271 ss.

²³ Recentemente il Comitato del Consiglio d'Europa per la prevenzione della tortura (Cpt) nel *Report to the Italian Government on the visit to Italy* pubblicato il 21.1.2020 (reperibile al seguente indirizzo <https://rm.coe.int/pdf/16807412c2>), con riguardo ai detenuti soggetti al regime di massima sicurezza ha ritenuto che l'isolamento diurno per gli ergastolani è anacronistico e dovrebbe essere abolito. Tale punizione aggiuntiva, secondo il Comitato, può avere effetti dannosi ed è in contrasto con il principio di risocializzazione dei detenuti. Il Ctp, tra l'altro, ha riscontrato inoltre alcune carenze rilevanti come l'assenza di ventilazione negli allegati sanitari e problemi persistenti con la fornitura di riscaldamento e acqua calda.

²⁴ S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 104.

²⁵ A. Pugiotto, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Roma 2013, 193 ss.

reclusione.

Andando oltre la stessa finalità rieducativa, l'ergastolo 'ostativo' sembra porsi in attrito col quadro costituzionale anche per il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, di cui all'art. 27 co. 3 Cost. Come già ricordato, la persona e la sua dignità sono collocate dal nostro Costituente in una posizione preminente rispetto alle possibili esigenze statuali di prevenzione. Senza contare le concrete condizioni carcerarie (come il sovraffollamento, la cui scarsa 'umanità' è amplificata dalla durata illimitata della pena)²⁶, l'ergastolo pone problemi di legittimità anche rispetto a coloro che non vogliono o non possano essere rieducati, salvo a voler togliere all'ergastolano la dignità di uomo²⁷.

È evidente, dunque, che l'ergastolo ostativo nella sua idea d'origine stride con molteplici profili della nostra Costituzione. Il contrasto con gli artt. 3, 25 e 27 non è latente: l'ergastolo ostativo non è una pena determinata e arreca un grado di sofferenza indefinito come strumento di pressione investigativa; non è una pena rieducativa con una prospettiva di integrazione sociale, ma eliminativa dal consorzio sociale perché si fonda su una presunzione assoluta di pericolosità delle persone non collaboranti, come tale non vincibile; non è una pena proporzionata, ma fissa nella sua indeterminatezza temporale che preclude ogni valutazione di congruità quantitativa rispetto al disvalore del fatto commesso²⁸.

2. Se da un lato nella legislazione carceraria non mancano riferimenti normativi ai rapporti tra esigenze di sicurezza e rispetto della dignità della persona²⁹, dall'altro il sistema penitenziario presenta recessi oscuri, sconosciuti alla vasta opinione pubblica e sempre più offuscati da quell'atteggiamento 'carcerocentrico' del c.d. populismo penale che fa gravitare la risposta sanzionatoria integralmente intorno alla detenzione muraria, promuovendone forme sempre più spinte e totalizzanti³⁰. Tra queste rientra appunto l'ergastolo ostativo e la sua distonia rispetto alle legittime funzioni assegnabili alla pena appartiene ormai ad un dibattito che va oltre l'ambito nazionale.

Già da tempo la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto, in linea di principio, che una pena perpetua anche a carico di un adulto è incompatibile con l'art. 3 della Convenzione nel momento in cui è *de jure* o *de facto* incomprimibile, ossia se il diritto interno non consente forme di liberazione condizionale o anticipata in seguito alla verifica della mancata persistenza dei motivi di ordine penale che giustificano la

²⁶ F. Corleone, A. Pugiotto, *Non solo sovraffollamento carcerario*, in *id.* (a cura), *op. cit.*, p 11 ss.

²⁷ L. Risicato, *op. cit.*, 1254.

²⁸ M. Bianchi, *Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, in *CP* 2015, 3822 ss.

²⁹ G. Spangher, *Sicurezza, dignità e identità personale*, in *DPP* 2019, 1568.

³⁰ A. Pugiotto, *Progettare lo spazio della pena: il fatto, il non fatto, il mal fatto*, in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura), *op. cit.*, 88.

detenzione³¹. In questa prima giurisprudenza, però, la Corte di Strasburgo ha preferito un approccio formalistico, si potrebbe dire illusorio, a discapito di una garanzia sostanziale riscontrabile in un vero e proprio diritto alla liberazione o quanto meno al riesame, in quanto ha ritenuto che fosse sufficiente anche la mera speranza nella grazia, *de facto* rinvenibile nella constatazione che il Capo dello Stato l'abbia in precedenza concessa, seppur in maniera molto parsimoniosa³².

Il cambio di passo verso approdi meno timidi della giurisprudenza della Corte europea si è avuto tra il 2012 e il 2013, con il caso *Vinter c. Regno Unito*, affrontato sia da una delle Camere che dalla Grande camera³³. La prima ha evidenziato più profili problematici dell'ergastolo in riferimento all'art. 3 Cedu, in particolare se risulta nettamente sproporzionato, se la perpetuazione della reclusione non è giustificata da nessuna finalità legittima della pena, se la sanzione è *de jure* e *de facto* incomprimibile. In conclusione secondo la Camera in caso di ergastolo 'reale' giacché senza possibilità di liberazione condizionale³⁴, la pena può diventare *ex post* nettamente sproporzionata in assenza di un meccanismo di riesame che ne impedisca la prosecuzione nel momento in cui non risulti più sorretta da alcuna legittima giustificazione. Secondo questa impostazione, dunque, al momento dell'applicazione giudiziale della pena non vi sarebbe una condizione legittimante l'ergastolo legata alla sua comprimibilità, ma questa sorgerebbe solo in una fase avanzata dell'esecuzione penale allorché il reo dimostri che la perpetuazione della reclusione non abbia più alcuna giustificazione legittima³⁵.

La Grande camera nello stesso caso *Vinter*, spingendosi oltre, ha invece cercato di concretizzare il c.d. diritto alla speranza dell'ergastolano, anticipando il giudizio sulla comprimibilità della pena dalla fase *ex post* dell'esecuzione penale, alla fase *ex ante* dell'applicazione della sanzione. Secondo la *Grande chambre*, fermo restando che la valutazione sulla persistenza di legittimi motivi di detenzione debba essere svolta *ex post* in fase di esecuzione, nondimeno l'ergastolo è in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo se il condannato sia privato della possibilità di sapere *ab*

³¹ C. eur. GC, 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, reperibile *on line* all'indirizzo [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-85019%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-85019%22]}). Sul tema si rinvia a F. Viganò, *Ergastolo senza speranza di liberazione e art. 3 Cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it (4.7.2012).

³² L'orientamento 'timido' della giurisprudenza *Kafkaris* è stato poi seguito dalla C. eur. in altre occasioni, per esempio nei casi tedeschi *Streicher c. Germania*, pronuncia del 10.2.2009, ric. n. 40384/04; e *Meixner c. Germania*, decisione del 3.11.2009, ric. n. 26958/07.

³³ C. eur., 17.1.2012, C. eur. GC 9.7.2013, ric. nn. 66069/09, 130/10, 3896/10, reperibile *on line* al seguente indirizzo [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-127346%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-127346%22]}).

³⁴ Sia per l'ergastolo discrezionale perché applicato dal giudice dopo una valutazione delle circostanze del caso, sia obbligatorio perché applicato in maniera automatica.

³⁵ Per un commento si veda sempre F. Viganò, *op. cit.*

initio quando, come e cosa debba fare per ottenere la liberazione condizionale. In sostanza, lo Stato deve garantire la previa conoscibilità delle condizioni e dei tempi per riottenere almeno in parte la libertà. D'altronde, secondo la Grande camera, non sussiste di per sé violazione dell'art. 3 Cedu se un detenuto di fatto rimane ristretto a vita perché risulta pericoloso all'esito del riesame (§ 108).

Questa giurisprudenza si segnala per aver evidenziato che anche l'ergastolo deve possedere una finalità rieducativa, escludendo di conseguenza la legittimità di una pena senza prospettiva di liberazione, perché minerebbe la possibilità di reinserimento sociale e lederebbe la dignità umana. La medesima giurisprudenza ha lasciato però delle ombre in quanto, tra l'altro, lo stesso concetto di comprimibilità dell'ergastolo e delle connesse garanzie sostanziali e procedurali volte all'accertamento, è rimasto vago e rimesso ad un'eccessiva discrezionalità degli Stati³⁶. Ed in effetti, la questione che pone l'ergastolo 'reale' nella legislazione italiana è quella se sia legittimo rendere incomprimibile questa sanzione, ossia ostacolare la concessione dei benefici, per esigenze investigative legate alla mancata collaborazione con la giustizia.

Il tema dell'ergastolo ostativo italiano è arrivato più recentemente innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo anche con il caso Viola, condannato sempre proclamatosi innocente, tanto da non aver mai collaborato³⁷. In tale occasione il Giudice di Strasburgo ha ritenuto che il meccanismo normativo escogitato in Italia per impedire la concessione della liberazione condizionale agli ergastolani, costituisce una pena irriducibile *de facto* in quanto al non collaborante limita eccessivamente la prospettiva di liberazione e la possibilità di un riesame della sua pena (§ 137). La Corte europea, pur ammettendo che lo Stato possa pretendere la dimostrazione della 'dissociazione' dall'ambiente criminale, ciononostante ha affermato che l'ergastolo ostativo pregiudica la tutela della dignità umana atteso che impedisce al giudice la rivalutazione individualizzata dei possibili progressi compiuti dal reo verso l'obiettivo della reintegrazione sociale (§ 143)³⁸. In sostanza, il valore della dignità umana di cui

³⁶ Per una recente indagine sulla giurisprudenza della Corte europea sull'ergastolo e per gli sviluppi successivi al caso Vinter, si rinvia a V. Zagrebelsky, *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura), *op. cit.*, 15 ss.; si veda inoltre D. Ranalli, *L'ergastolo nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *RassPC* 2015, 289 ss. Recentemente pure M. Brucale, *L'ergastolo in Europa e il "right to hope". La sentenza "Petrukov v. Ukrain" nel panorama giurisprudenziale della Corte EDU*, in *DPP* 2019, 1303 ss.; E. Sylos Labini, *Il cielo si tinge di Viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo?*, in www.archiviopenale.it (24.10.2019), 18 ss.

³⁷ C. eur., 13.6.2019, Viola c. Italia (n. 2), ric. n. 77633/16, reperibile *on line* all'indirizzo http://www.ristretti.it/commenti/2019/giugno/pdf3/viola_italiano.pdf. Il 7 ottobre 2019 una Commissione di 5 giudici della *Grand chambre* ha rigettato la domanda di rinvio avanzata dal Governo italiano, pertanto la sentenza è divenuta definitiva.

³⁸ Per un primo commento V. Manca, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*, in www.archiviopenale.it (24.7.2019); E. Sylos Labini, *op. cit.*; S. Santini, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte*

all'art. 3 Cedu è compromesso se si priva «una persona della libertà, senza lavorare allo stesso tempo al suo reinserimento e senza fornire alla stessa la possibilità di riconquistare un giorno questa libertà»³⁹.

Entrando un po' più nel dettaglio della sentenza Viola, il Giudice alsaziano se da un lato ha riscontrato che la legislazione italiana non preclude in maniera assoluta l'orizzonte della libertà, dall'altro ha però reputato troppo limitativa *de facto* la condizione per accedervi: la collaborazione utile ed esigibile (§ 110). Ciò perché, ad avviso della Corte europea, non è logicamente corretta la presunzione assoluta di pericolosità e di mancato ravvedimento legata unicamente al difetto di collaborazione, in quanto, per un verso, la scelta non collaborativa può dipendere da fattori estranei alla persistente adesione ai 'valori criminali' (§ 118)⁴⁰ e, dall'altro, la decisione di coadiuvare la giustizia può obbedire a ragioni opportunistiche sceve da un'autentica dissociazione (§ 119). In conclusione, la Corte europea continua a non opporsi in maniera assoluta all'ergastolo (§ 144), ma solo contro quello che preclude una *prospect of release o possibility of review*, ossia una valutazione completa e personalizzata del comportamento del detenuto anche non collaborante – la cui personalità non rimane congelata al momento del reato (§ 125) – e che nonostante ciò potrebbe essersi avviato verso un'adesione alle regole del vivere sociale (§ 128)⁴¹.

3. Le implicazioni del caso Viola non hanno tardato a manifestarsi anche nella giurisprudenza costituzionale italiana⁴². La Consulta, invero, aveva già da tempo scrutinato la costituzionalità del c.d. "doppio binario sanzionatorio", sia in riferimento al denunciato suo carattere discriminante, sia con riguardo alla funzione rieducativa della pena. Le conclusioni cui era giunto il Giudice delle leggi avevano già mitigato

di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana, in www.penalecontemporaneo.it (1.7.2019); D. Mauri, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo? Un primo commento a Viola c. Italia (n. 2)*, disponibile on line all'indirizzo <http://www.sidiblog.org/> (13.6.2019).

³⁹ Cfr. par. 113 della sentenza Viola c. Italia, che richiama il § 122 della pure già citata sentenza Vinter e altri c. Regno Unito.

⁴⁰ In tema di "rischio da collaborazione" e collaboratori riluttanti, si veda E. Cottu, *L'ergastolo ostativo nel prisma del sottosistema penale premiale*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura), *op. cit.*, 71 ss.

⁴¹ Per un'analisi più compiuta della sentenza Viola c. Italia, si rinvia a E. Dolcini, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *RIDPP* 2019, 925 ss.; M. Pelissero, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, consultabile on line all'indirizzo <http://www.sidiblog.org/>, 14.6.2019; V. Zagrebelsky, *op. cit.*, 21 ss.; D. Galliani, A. Pugiotto, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *AIC. Osservatorio costituzionale*, fasc. 4/2019, 191 ss.

⁴² Sui potenziali riflessi della sentenza Viola sulla giurisprudenza costituzionale italiana, si rinvia a M. Brucale, *Spes, Ultima dea*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura), *op. cit.*, 49 ss.; I. De Cesare, *Il possibile dialogo tra Corte costituzionale e Corte EDU sulla (il)legittimità dell'ergastolo ostativo*, *ivi*, 83 ss.; D. Galiani, *Ora tocca ai giudici costituzionali. Il viaggio dell'ergastolo ostativo al capolinea?*, *ivi*, 113 ss.; V. Manca, *op. cit.*

alcune asprezze 'ostative' declinando il principio secondo cui, per un verso, la presunzione di maggiore pericolosità sociale dedotta da taluni fatti delittuosi non deve possedere carattere di assolutezza in base a rigidi automatismi⁴³ e, per l'altro, il maggiore rigore derivante dalla discriminazione sanzionatoria non deve interrompere il percorso rieducativo in assenza di ulteriori comportamenti colpevoli del detenuto⁴⁴. A valle della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Viola in cui è stato sollevato «un problema strutturale del sistema italiano», la Corte costituzionale recentemente, con una sentenza innovativa ma non inaspettata, s'è trovata ad esprimersi ancora una volta su alcuni aspetti del c.d. "doppio binario"⁴⁵, con verosimili influenze rinvenienti dalle esigenze di armonizzazione con Strasburgo da bilanciare con le sollecitazioni opposte di un'opinione pubblica sempre più condizionata da ossessioni securitarie, in taluni casi enfatizzate elettoralmente dalla classe politica⁴⁶. Con questa pronuncia il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – per contrasto con gli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. – dell'art. 4 *bis* co. 1 l. 354/1975, nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti di associazione di tipo mafioso e per gli altri delitti ivi rientranti, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 *ter* della stessa legge⁴⁷. La pronuncia tende a valorizzare la finalità rieducativa della pena che presuppone una valutazione non automatica, ma individualizzata dei benefici penitenziari. In mancanza, secondo la Consulta, «l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo, in contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena». In

⁴³ La progressiva erosione delle severità 'ostative' ad opera della Consulta ha riguardato prima altri automatismi legislativi con riferimento all'art. 4 *bis* Op. Ad esempio, C. cost. 12.4.2017, n. 76, in *GCos* 2017, 725 ss., con nota di P. Sechi, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, 733 ss., che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47 *quinquies* co. 1 *bis* Op, nella parte in cui precludeva in maniera assoluta l'accesso alla detenzione domiciliare speciale alle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4 *bis*. Ovvero ancora C. cost. 23.7.2018, n. 174, in *GCos* 2018, 1856 ss., con nota di Fabr. Siracusano, *Tutela della continuità genitoriale e preclusioni penitenziarie: la Corte ne certifica l'assoluta incompatibilità*, 1864 ss., che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 21 *bis* Op, che disciplina le condizioni per il lavoro esterno, nella parte in cui, con riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei c.d. reati ostativi di cui all'art. 4 *bis* co. 1, 1 *ter* e 1 *quater*, subordinava in via assoluta e presuntiva il beneficio dell'assistenza esterna ai figli minori di dieci anni, alla scelta di collaborare con la giustizia.

⁴⁴ Militano in tale verso le decisioni della C. cost. 28.7.1994, n. 357, in *CP* 1995, 496; C. cost. 1.3.1995, n. 68, *ivi*, 1777; C. cost. 1.12.1999, n. 436, *ivi*, 2000, 566, 2557.

⁴⁵ C. cost. 4.12.2019, n. 253, reperibile *on line* all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

⁴⁶ Sulle opposte pressioni, S. Talini, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, Studi 2019/III, 738 ss.

⁴⁷ Per un immediato commento, v. D. Piva, *Osservazioni a prima lettura su Corte cost., n. 253/2019*, in www.archiviopenale.it (14.12.2019); B. Ballini, *La consulta e la rieducazione negata. L'incostituzionalità del sistema "ostativo" previsto dall'art. 4-bis ord. pen.*, in www.discrimen.it (9.12.2019). Più recentemente S. Bernardi, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in www.sistemapenale.it (28.1.2020).

questa sentenza – a differenza della richiamata più vetusta giurisprudenza ove prevaleva una visione nettamente polifunzionale della pena⁴⁸ – si rinsalda la centralità del finalismo rieducativo rispetto agli altri possibili effetti *de facto* (prevenzione, dissuasione, difesa sociale) il cui ottenimento non può compromettere lo scopo ultimo della sanzione penale che è la rieducazione, consacrata espressamente nella Costituzione⁴⁹.

La Corte costituzionale, con una pronuncia di manipolazione additiva ad effetto sostitutivo⁵⁰, ha dunque ‘rotto’ il meccanismo automatico che precludeva al giudice di sorveglianza qualsiasi valutazione in concreto sulla pericolosità del condannato non collaborante⁵¹. Ha affermato che non è la presunzione in sé a risultare costituzionalmente illegittima poiché non è irragionevole dedurre che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l’organizzazione criminale. Ciò però sino a quando la presunzione si mantenga entro i confini della non assolutezza, ma della relatività e quindi della vincibilità con la prova contraria⁵². Entro questi limiti, ad avviso della Corte, la soluzione è compatibile con gli obiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena⁵³.

Per fornire la prova contraria, del resto, nella motivazione della sentenza si spiega che non basta la cosiddetta “buona condotta” carceraria o l’adesione ad un percorso di rieducazione e neppure una semplice dichiarazione di dissociazione. Il superamento della presunzione relativa di pericolosità dovrebbe giustificarsi eventualmente con specifici elementi capaci di dimostrare il venir meno del vincolo criminale e la valutazione in concreto di questo mutamento dovrebbe essere svolta sulla base di un parametro probatorio particolarmente elevato, di prova rafforzata per accertare l’inesistenza di una condizione negativa⁵⁴. Non a caso, mutuando da un orientamento già diffuso nella giurisprudenza di legittimità⁵⁵, la Corte tiene a rimarcare che il

⁴⁸ V. *supra* note nn. 13 e 14.

⁴⁹ V. *supra* nota n. 8.

⁵⁰ S. Talini, *op. cit.*, 732.

⁵¹ Si rinvencono argomenti militanti nello stesso senso già in C. cost. 7.8.1993, n. 306, reperibile *on line* all’indirizzo www.cortecostituzionale.it, ove si sollevavano forti perplessità in merito alla necessaria connessione tra mancata collaborazione e permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

⁵² La censura, secondo un ormai consolidato orientamento della Consulta, ha perciò riguardato l’assolutezza della presunzione che viola il principio di uguaglianza se si mostra irragionevole, ovvero quando sia possibile formulare razionali ipotesi alternative alla regola d’esperienza posta a base della presunzione stessa. In tal senso pure C. cost. 15.12.2016, n. 268; C. cost. 23.7.2015, n. 185, reperibili *on line* all’indirizzo www.cortecostituzionale.it.

⁵³ In dissenso con la sentenza della Corte costituzionale n. 253/2019, a favore delle più stringenti condizioni ostative, si veda M. Cerasa, *La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità*, in *Forum dei Quaderni costituzionali rassegna*, *on line* 5.2.2020.

⁵⁴ In tema S. Talini, *op. cit.*, 737-738.

⁵⁵ Cass. 27.6.2019, n. 36057; Cass. 16.4.2019, n. 29869; Cass. 24.1.2017, n. 47044, in *CP* 2018, 2135 ss., ove si afferma che al fine del superamento delle condizioni ostative alla fruizione di determinati benefici penitenziari è

superamento della presunzione di pericolosità del detenuto che non collabora può basarsi solo sulla specifica “allegazione” – di cui è gravato lo stesso condannato mediante una sorta di inversione dell’onere probatorio – di elementi tali da escludere sia l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo di un loro ripristino. Da ciò consegue, tra l’altro, che non avrà *chance* di ottenere permessi premio il detenuto *ex art. 41 bis*, in quanto tale regime di c.d. ‘carcere duro’ di per sé presuppone normativamente l’accertata attualità del collegamento con l’associazione criminale⁵⁶.

Appare dunque abbastanza chiara la difficoltà nella concessione del permesso premio ad un condannato per delitti di associazione mafiosa, in quanto in buona parte dipenderà dalle informazioni acquisite. Rilevanti per il magistrato di sorveglianza saranno le relazioni dell’autorità penitenziaria e le informazioni ottenute dal comitato per l’ordine e la sicurezza pubblica. Inoltre, ai sensi del co. 3 *bis* dell’art. 4 *bis* Op, i permessi premio non possono essere concessi «quando il Procuratore nazionale antimafia o il Procuratore distrettuale comunica, d’iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica, l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»⁵⁷. Se le informazioni del comitato per l’ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso negativo, la Consulta ha precisato che in capo al condannato incombe «non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno». Si può parlare di una *probatio* [quasi] *diabolica*, in quanto con tali condizioni la concessione del permesso premio è pressoché irrealizzabile, salva forse l’ipotesi in cui la valutazione del procuratore sia generica e circoscritta alla mera mancanza di elementi positivi⁵⁸.

La diabolicità della prova è comunque connaturata alla sua natura negativa, *a fortiori* se volta a dimostrare l’inesistenza di un fatto non attuale, ma ipotetico perché futuro,

necessario che nell’istanza il condannato prospetti, seppure in linee generali, elementi specifici circa l’impossibilità o l’irrilevanza della sua collaborazione, altrimenti al tribunale è precluso l’esame nel merito.

⁵⁶ Per la specificazione dei requisiti di «particolare rigore» richiesti dalla Consulta, v. A. Pugiotto, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell’ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, on line 4.2.2020, 8 ss.

⁵⁷ Dal tenore letterale della norma pare che questa comunicazione sia assolutamente preclusiva alla concessione di permessi premio; sul punto, M. Chiavario, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *AIC. Osservatorio costituzionale*, on line 4.2.2020, 221, che però in nota (n. 10) aggiunge: «A tal proposito, confesso tuttavia che non mi è chiara la compatibilità tra l’assolutezza con cui questa preclusione è formulata – e poi ribadita con la sottolineatura dell’“essenziale rilievo della dettagliata e motivata segnalazione del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale” – con la riserva che nello stesso contesto la sentenza fa – ancora una volta richiamando la giurisprudenza – aggiungendo che rimarrebbe pur sempre “ferma” l’“autonomia valutativa del magistrato di sorveglianza”».

⁵⁸ M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it* (12.12.2019). Sono quelle ipotesi nelle quali, in base al già esistente orientamento della giurisprudenza di legittimità, è possibile ‘superare’ il parere del procuratore nazionale o distrettuale antimafia. Cfr. Cass. 15.3.2019, n. 28194; Cass. 13.9.2016, n. 51878; Cass. 6.12.2013, n. 49130.

ossia il [pericolo del] ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata⁵⁹. Dunque, a dispetto del passaggio motivazionale ove la Corte ben declama il principio secondo cui è legittimo premiare il detenuto che collabora, mentre è inammissibile punirlo ulteriormente per la mancata cooperazione in base ad una presunzione *iuris et de iure*⁶⁰, la valenza pratica di questa importante apertura intellettuale della Consulta rischia di risultare infirmata dal peso probatorio imposto al condannato per superare la presunzione di pericolosità che, sebbene detta relativa, nella motivazione del Giudice delle leggi rimane pur sempre una presunzione che per certi versi può reputarsi semi-assoluta⁶¹.

In realtà, in merito a questo onere probatorio particolarmente gravoso sembra che la pronuncia in argomento assuma una valenza nomopoietica rispetto ad un dato legislativo che al massimo impone al reo un onere di allegazione di elementi a supporto della sua istanza. Se così è, sul punto la sentenza della Consulta non dovrebbe avere gli effetti *erga omnes* propri di un accoglimento manipolativo, tanto è vero che la questione dell'onere probatorio da un lato è ultronea rispetto al *thema decidendum* introdotto dai giudici *a quibus*, dall'altro non è stata incastonata nel dispositivo della pronuncia appunto perché non è un requisito costituzionalmente imposto⁶². A ciò deve aggiungersi, come è stato correttamente osservato, che qualora si volesse attribuire alla decisione della Consulta un effetto capace realmente di invertire l'onere probatorio scaricandolo integralmente sul reo, «significherebbe sconfessare i due pilastri, oramai consolidati nella giurisprudenza della Corte costituzionale attraverso una lettura combinata degli artt. 3 e 27, comma 3 Cost., della centralità del giudizio del magistrato di sorveglianza e degli effetti del trascorrere del tempo sulla personalità del detenuto»⁶³. Se non si vuole l'effetto paradossale che la pronuncia del Giudice delle leggi trascenda in sviluppi incostituzionali, come onere in capo al detenuto non si dovrebbe andare oltre quello di semplice allegazione di elementi che il magistrato di sorveglianza dovrebbe valutare molto prudentemente nella loro valenza contraria a quelli emergenti dalle comunicazioni del comitato provinciale, della procura nazionale

⁵⁹ In tema, M. Pelissero, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., 14. Sembra una difficoltà simile a quella volta a provare i requisiti per l'accertamento della collaborazione impossibile, in tema E. Dolcini, *Collaborazione impossibile*, cit., 96 ss. Più in generale, sulla difficile compatibilità tra gli oneri probatori richiesti ex 4 bis, co. 1 bis, Op, e un efficace esercizio del diritto di difesa, C. Musumeci, A. Pugiotto, *op. cit.*, 100 ss.

⁶⁰ Risuonano ben chiare in questo passaggio le parole della migliore dottrina, v. D. Pulitanò, *Problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura), *op. cit.*, 157, «La collaborazione con la giustizia può essere legittimamente premiata, ma la mancata collaborazione non può essere 'sanzionata' con la perdita di diritti, la preclusione di percorsi finalizzati alla rieducazione (un fine non sacrificabile sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena)».

⁶¹ M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio*, cit., § 6.

⁶² A. Pugiotto, *Procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: due decisioni radicali della cCorte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *RAic* (20.3.2020), 514.

⁶³ M. Pelissero, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., 15.

o delle procure distrettuali, così evitando che il dubbio sulla sussistenza dei presupposti favorevoli al beneficio si traduca automaticamente in un giudizio negativo sulla sua concessione⁶⁴.

La stessa Consulta nella sentenza in argomento ha poi tenuto a precisare che la questione risolta non riguarda di per sé l'ergastolo ostativo, perché non investe la preclusione alla liberazione condizionale dell'ergastolano non collaborante che abbia già scontato ventisei anni effettivi di reclusione, avendo invece la pronuncia ad oggetto solo i condannati per i reati ostativi che non possono accedere a permessi premio se non dopo un'utile collaborazione⁶⁵. La pronuncia, dunque, non è riferibile ai condannati al c.d. ergastolo ostativo, ma a chiunque abbia subito una condanna per uno dei delitti inclusi nella sempre più eterogenea lista dell'art. 4 *bis* co. 1 Op⁶⁶. Ciò non toglie, del resto, che i principi espressi nella recente sentenza del Giudice delle leggi, in armonia con quelli proclamati dalla Corte europea, dovrebbero avere dei riflessi importanti anche sull'ergastolo ostativo⁶⁷. Conseguenze indirette non essendo possibile che il *dictum* possa essere esteso *d'emblée* in via interpretativa all'istituto della liberazione condizionale, ma presagibili sulla base della *ratio decidendi* della Consulta che lascia immaginare, in carenza di intervento legislativo, future sentenze che caducheranno l'assolutezza della presunzione anche a proposito delle altre misure alternative alla detenzione, compresa la liberazione condizionale⁶⁸. Prima, però, dovrebbe essere il legislatore ad intervenire seguendo la rotta tracciata dalla Consulta e introducendo quantomeno un meccanismo analogo di presunzione non assoluta anche per accedere al beneficio della liberazione condizionale. Soluzione che eviterebbe di incappare in un'altra dichiarazione d'illegittimità appunto non molto

⁶⁴ Id., 14-15.

⁶⁵ R. Nuzzo, *Le questioni sollevate dalla Consulta non intaccano la disciplina dell'ergastolo ostativo*, in www.ristretti.org (5.12.2019).

⁶⁶ Invero, la Corte costituzionale avrebbe potuto anche estendere – senza troppe ardue forzature del meccanismo della illegittimità consequenziale – la portata decisoria oltre i limiti del *petitum* includendovi le altre tipologie di misure alternative rispetto alle quali opera la preclusione, come auspicato per motivi di ragionevolezza da F.C. Palazzo, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *op. cit.*, 12-13; in tema pure A. Pugiotto, *Alcune buone ragioni per un allineamento tra Roma e Strasburgo*, *ivi*, 158; P. Veronesi, *Se la pena è davvero "a oltranza": i (seri) dubbi di costituzionalità sull'ergastolo e le preclusioni ostative*, *ivi*, 178.

⁶⁷ A. Pugiotto, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale*, *cit.*, 2, ha definito questa pronuncia «una breccia nel regime ostativo penitenziario, attraverso la quale prevedibilmente passeranno rinnovate future questioni di costituzionalità miranti a un suo complessivo e sistematico adattamento costituzionale».

⁶⁸ *Idem*, 17, il quale aggiunge che «se – come si legge ancora nella sentenza – la rieducatività della pena va intesa come “recupero del reo alla vita sociale” (§8), allora davvero il fine della pena esige la fine della pena». Anche M. Pelissero, *Permessi premio e reati ostativi*, *cit.*, 12, 18 ss., in base alla *ratio decidendi* della Consulta prefigura in ambito penitenziario la trasformazione delle residue forme di presunzioni assolute in relative, «perché la connessione tra trascorrere del tempo e modificazione della personalità del detenuto rende oltremodo fragili regimi rigidi di preclusioni».

difficile da pronosticare⁶⁹.

Ed in effetti, pressoché contestualmente, il Giudice delle leggi ha adottato un'altra decisione che in relazione al tema che qui interessa ripropone argomentazioni simili⁷⁰. L'occasione è fornita dall'art. 2 co. 3 d.lgs. 121/2018, che ai fini della concessione delle misure penali di comunità, dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno, ha esteso l'art. 4 *bis* co. 1 e 1 *bis* Op, anche ai condannati minori di età e ai giovani adulti. La Corte ha giudicato illegittima questa estensione, non solo per eccesso di delega, ma anche per violazione degli artt. 27 co. 3, e 31 co. 2, Cost.⁷¹. Ed infatti, ben potendosi limitare all'assorbimento della questione di merito in quella logicamente prioritaria dell'accertato vizio dell'eccesso di delega, la Consulta ha invece preferito ribadire l'inconciliabilità dell'art. 4 *bis*, Op, rispetto alla funzione della pena come delineata dal Costituente. Ciò ha fatto riaffermando l'illegittimità di rigorosi automatismi normativi che contraddicono la progressività e flessibilità trattamentale quale corollario della finalità rieducativa del condannato. In più, rispetto al suo precedente più prossimo, la Corte ha però sancito che nel processo minorile non vi può essere spazio per alcuna presunzione, neppure relativa, facendo così tramontare pure il meccanismo che nei processi a carico degli adulti impone al reo di affrontare un onere più difficoltoso⁷².

A fronte di prevedibili ulteriori caducazioni per via giurisprudenziale, dunque, l'opzione parlamentare sarebbe quella auspicabile, ma sembra pure la più illusoria se si pone mente alle attuali tendenze legislative simbolicamente securitarie viepiù improntate ad una visione totalizzante⁷³ di una populistica difesa sociale spinta al di là dei confini fissati nei principi fondamentali del sistema penale⁷⁴. Così ragionando, ai

⁶⁹ M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio*, cit., § 6.

⁷⁰ C. cost. 6.12.2019, n. 263, reperibile *on line* all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

⁷¹ Per un primo commento S. Bernardi, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in www.sistemapenale.it (29.1.2020).

⁷² A. Pugiotto, *Procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale*, cit., 510. S. Bernardi, *L'ostatività ai benefici penitenziari*, cit., 6, evidenzia che da questa pronuncia comunque non discende una generale fruibilità dei benefici perché al giudice spetterà pur sempre la valutazione caso per caso dell'idoneità e della meritevolezza delle misure extramurarie.

⁷³ Recentemente v. F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna 2019, *passim*.

⁷⁴ L'illusorietà di un'opzione legislativa adesiva ai principi espressi dalla Consulta e dalla Corte europea è confermata dalle prese di posizione all'indomani di queste recenti pronunce, nettamente sfavorevoli nel giudizio di coloro che oggi condizionano maggiormente le scelte di politica criminale. Si vedano gli interventi di alcuni magistrati come F. Roberti, *Cancellato un caposaldo del sistema Falcone*, in *Corriere della sera*, 9.10.2019, 11; N. Gratteri, *Buttiamo 150 anni di antimafia. Così non parla nessuno*, in *Fatto quotidiano*, 9.10.2019, 3; G. Caselli, *Così c'è l'alto rischio che riprendano le loro attività criminali*, in *Corriere della sera*, 24.10.2019, 11; nonché quelli del Ministro della Giustizia nei servizi di C. Guasco, *Ergastolo duro, l'Italia bocciata dalla Corte europea. Bonafede: non ci stiamo*, in *Il Messaggero*, 9.10.2019, 6; e di E. Martini, *Ergastolo, Bonafede: L'Italia ha autonomia politica*,

vincoli costituzionali e convenzionali che limitano il potere punitivo statale, si rischia di anteporre indimostrati assunti sociologici presentati come verità fattuali incontrovertibili⁷⁵. L'ergastolo ostativo è dunque 'andato in città'⁷⁶, a Strasburgo, una capitale del moderno 'impero' europeo, ed è tornato ai suoi 'confini'⁷⁷, in quella Roma che un tempo fu *caput mundi* per la sua civiltà giuridica, oggi affidata ad un legislatore si spera non più di tanto animato da istintive pulsioni 'provinciali'.

4. La filosofia della pena da tempo ha contestato l'esistenza di un canone ontologico per ragguagliare in maniera empiricamente proporzionata la sanzione al reato, essendo queste due entità profondamente eterogenee al punto da precludere già a livello legislativo il rinvenimento di un criterio puramente oggettivo e inalterabile di quantificazione della sanzione penale⁷⁸. Alla fine, dunque, l'indicazione astratta della pena sembra legata pur sempre ad una valutazione eminentemente 'politica' del legislatore⁷⁹. La possibilità di censurare una pena perché denunciata come sproporzionata, perciò, in genere è stata legata ad una valutazione comparativa con un'altra fattispecie omogenea, quanto a struttura e bene protetto, ma punita meno severamente⁸⁰. Più recentemente, però, il Giudice delle leggi ha schiuso un nuovo

in *il Manifesto*, 10.10.2019, 5. Commenti favorevoli alle due importanti pronunce sono invece venute subito dal mondo scientifico, come nell'intervista a V. Onida, *Senza spiragli di libertà l'ergastolo ostativo è fuori dalla Costituzione*, in *il Dubbio*, 5.11.2019, 1; e poi il suo intervento *L'ergastolo ai mafiosi: dietro quella scelta*, in *Corriere della sera*, 7.11.2019, 34; e quello di M. Chiavario, *Cadono automatismi ingiusti, non l'argine alle mafie*, in *Avvenire*, 5.11.2019, 3.

⁷⁵ A. Pugiotto, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., 11.

⁷⁶ La citazione è tratta dal titolo del film di Paolo Virzì, *Caterina va in città*, del 2003.

⁷⁷ In prestito il titolo del libro di G. Ciulla, *Ai confini dell'impero. 5.000 chilometri nell'Europa dei diritti negati*, Milano 2011.

⁷⁸ H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, trad. it. di M. Jori, Milano 1981, 188 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 2004, 395 ss. Sia consentito il rinvio a M. Caterini, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Persona pena e processo, Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, a cura di M. Amisano, M. Caterini, Napoli 2012, 49 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici ivi indicati.

⁷⁹ Conferma della natura eminentemente 'politica' della determinazione astratta della pena si può trarre anche dalla tesi secondo la quale la ricerca di una proporzione tra delitto e pena è l'esaltazione della concezione del tempo come misura astratta del valore; cfr. G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale* (1939), trad. it. di D. Melossi e M. Pavarini, Bologna 1978. In tema si veda pure M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, trad. it. A. Tarchetti, Torino 1976, 59.

⁸⁰ Sullo schema triadico e di natura necessariamente relazionale del sindacato di legittimità sul *quantum* astratto delle pene, si rinvia a M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *RIDPP* 2013, 1162 ss., spec. 1193; V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'Anno del Diritto 2013*, Roma 2013, 104 ss.; G. Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Aa.Vv., Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino 2012, 394 ss.; F.C. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *RIDPP* 1998, 350 ss., spec. 374-375.

approccio in tema di valutazione della proporzionalità della pena astratta⁸¹, temperando il dogma delle c.d. “rime obbligate”⁸² ed emancipandosi dal tradizionale schema triadico del giudizio di ragionevolezza⁸³, così ammettendo la possibilità di censurare la pena prevista per un reato anche perché troppo severa in termini assoluti – a prescindere dal *tertium comparationis* – in quanto capace di compromettere i diritti fondamentali del condannato in maniera eccessiva rispetto alle finalità perseguibili mediante la fattispecie penale.

È stato messo bene in luce pure l'imprescindibile nesso tra scopo rieducativo della pena e necessità di un rapporto proporzionato tra sanzione e disvalore del fatto e ciò lungo tutto l'arco della vicenda punitiva: dalla previsione astratta da parte del legislatore, all'irrogazione della pena da parte del giudice, all'esecuzione penitenziaria⁸⁴. Questo significa che lo scopo della reintegrazione sociale del reo deve essere tenuto presente non solo nella fase esecutiva o tutt'al più in quella dell'applicazione giudiziale – come un tempo si riteneva – ma già a livello di previsione normativa astratta, in quanto una comminatoria sproporzionata per eccesso – funzionale ad esigenze puramente retributivo-repressive o di mera prevenzione generale – compromette *ab origine* la possibilità di rieducare quel condannato che avvertirà la pena come un'iniqua prevaricazione, con pregiudizio del processo di riaccostamento ai valori dell'ordinamento⁸⁵.

Posto ciò, sembra abbastanza manifesta la contraddittorietà della richiamata

⁸¹ C. cost., 10.11.2016, n. 236, in *GCos* 2016, 2092 ss.; C. cost. 5.12.2018, n. 222, in *GCos* 2018, 2548 ss., con nota di R. Bartoli, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, ivi, 2566 ss., nonché di P. Inolera, *Oltre le “rime costituzionali obbligate”: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *GCom* 2020, 40 ss.; C. cost. 7.12.2018, n. 233, in *CP* 2019, 1544 ss., con osservazioni di E. Aprile, ivi, 1555 ss.; C. cost. 8.3.2019, n. 40, in *GCos* 2019, 685 ss., con nota di F. Consulich, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990*, ivi, 1231 ss., nonché di R. Bartoli, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato “intrinseco” sul quantum di pena*, in *RIDPP* 2019, 967 ss.; C. cost. 17.4.2019, n. 88, in *GCos* 2019, 1019 ss., con nota di C. Piergallini, *L'omicidio stradale al primo vaglio della consulta: tra ragionevoli self-restraint e imbarazzati silenzi*, ivi, 1199 ss., spec. § 6.1.

⁸² S. Leone, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 2019, 183 ss.

⁸³ V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *GCos* 2016, 2105 ss.; F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPenCont* 2017, fasc. 2, 61 ss.; D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, ivi, 48 ss.. Più in generale sul tema della proporzione della pena si vedano anche E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *RIDPP* 2016, 1956 ss.; A. Merlo, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, ivi, 1427 ss.

⁸⁴ Cfr. C. cost. 2.7.1990, n. 313, in *FI* 1990, I, 2385 ss., con nota di G. Fiandaca, *Pena “patteggiata” e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*; si veda pure G. Lozzi, *La legittimità costituzionale del c.d. ‘patteggiamento’*, in *RIDPP* 1990, 1600 ss.; C. cost. 12.7.1995, n. 313, in *RP* 1996, 27 ss.; C. cost., 28.7.1993, n. 343, in *CP* 1993, 2474 ss.

⁸⁵ Per lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in materia, si veda G. Fiandaca, *Scopi della pena*, cit., 131 ss.; più recentemente D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *RIDPP* 2016, 2, 641 ss., spec. 647-649.

giurisprudenza costituzionale che ha 'salvato' la sanzione dell'ergastolo ordinario⁸⁶, subordinando la legittimità della comminatoria astratta della pena a vita alla condizione che in concreto questa possa non realizzarsi. Se il castigo perenne è in contrasto con l'art. 27 Cost., come per alcuni versi affermato dalla Consulta, dovrebbe esserlo già a livello di previsione astratta, a prescindere dalla circostanza che in taluni casi vi siano dei meccanismi normativi che riammettono in concreto il reo ad alcune forme di libertà⁸⁷. È ciò proprio perché, come ha poi affermato la stessa giurisprudenza costituzionale⁸⁸, la tendenza alla rieducazione non è riferibile alla sola fase esecutiva, ma è una qualità ontologica della pena che la dovrebbe caratterizzare sin dall'astratta previsione normativa e poi nella fase giudiziale di determinazione quantitativa, mentre una pena astratta fissa e perenne rende difficilmente praticabile proprio quell'individualizzazione – in base al concreto disvalore oggettivo e soggettivo del fatto – teleologicamente orientata alla reintegrazione sociale.

È stato osservato che la perpetuità dell'ergastolo proprio perché solo 'potenziale' consentirebbe di proclamarne in linea di principio la compatibilità costituzionale, dando però vita ad una sorta di paradosso in quanto sarebbe la stessa rieducazione che invece di decretarne l'illegittimità salverebbe l'ergastolo in quanto non necessariamente perpetuo⁸⁹. La perpetuità *de facto* conseguente al mancato raggiungimento in concreto del risultato rieducativo, sarebbe perciò un 'costo accettabile' proprio in ragione della strutturazione rieducativa dell'ergastolo. Dunque, seguendo il ragionamento fatto proprio sia dalla giurisprudenza costituzionale che da quella europea, l'ergastolo sarebbe legittimo nella misura in cui la finalità rieducativa che lo caratterizzerebbe ne farebbe cessare la perpetuità all'eventuale raggiungimento dei risultati positivi di risocializzazione. Orbene, pur volendo seguire tale logica, la stessa presuppone che quantomeno in fase esecutiva sia offerto al reo un valido ed efficace programma di integrazione sociale, mentre è abbastanza scontato che le preclusioni tipiche dell'ergastolo – ancor più nel caso di c.d. 'carcere duro' ex art. 41 bis Op – impediscono di accedere agli strumenti del trattamento progressivo, pregiudicando i risultati rieducativi e consolidando sempre più la perpetuità. Sembra un circolo vizioso ove le premesse astratte sono contraddette dalla realtà normativa e concreta.

Da ciò pare discendere che il 'patto' costituzionale fondato sulla rieducazione debba essere adempiuto in primo luogo dallo Stato il quale dopo un certo lasso di tempo più

⁸⁶ V. *supra* note n. 13 e 14.

⁸⁷ G.M. Flick, *op. cit.*, 1506, parla «del paradosso di legittimità in concreto e di illegittimità in astratto dell'ergastolo»; mentre L. Riscato, *op. cit.*, 1244, la definisce «soluzione ossimorica prospettata dalla Corte costituzionale».

⁸⁸ Cfr. C. cost. 2.7.1990, n. 313, cit.

⁸⁹ F. Palazzo, *L'ergastolo ostativo*, cit., 6.

o meno lungo di detenzione intramuraria dovrebbe concretamente aprire a strumenti più compatibili con un percorso di integrazione sociale. I dati statistici comparati, invece, sembrano dimostrare il contrario. S'è già detto, infatti, che per il 70% dei condannati a vita in Italia in pratica è pressoché impossibile ottenere la liberazione condizionale, salvi gli eventuali effetti della richiamata recente giurisprudenza che, del resto, s'è pure detto che probabilmente inciderà poco considerata la *probatio* quasi diabolica che a primo acchito sembra essere posta a carico del detenuto. Nel resto del mondo, invece, se alcuni Stati (15%) hanno proprio abolito la pena dell'ergastolo, nel 70% dei rimanenti Stati l'ergastolo consente di accedere alla liberazione condizionale, mentre circa l'80% degli ergastolani ha tale possibilità, che in Italia è ridotta nei fatti al 30%⁹⁰. La situazione italiana, dunque, è capovolta con una pena a vita che nel bilanciamento tra pericolosità e rieducazione propende nettamente a favore della prima, contraddicendo la finalità d'integrazione sociale connotata al richiamato 'patto' costituzionale. In breve: se lo Stato non adempie al suo onere costituzionale con strumenti progressivi effettivamente utili alla rieducazione e dunque alla rimozione della pericolosità sociale, può pretendere poi dal reo l'adempimento del suo onere di risocializzazione e carcerarlo a vita perché non rieducato?

La domanda, per molti versi retorica, mette in luce che la perpetuità pur solo eventuale, ma tuttavia reale in moltissimi casi, pone in discussione comunque la legittimità dell'ergastolo che difficilmente può essere ammesso come un 'costo accettabile' in quei casi ove la perpetuità eventuale si tramuta in effettiva. E ciò vale sia per quello ostativo, sia per quello ordinario. È stato ben evidenziato, invero, che la disciplina pur differente tra le due forme di ergastolo non è comunque tale da pesare in termini di [in]costituzionalità del [solo] ergastolo ostativo. Se è vero, infatti, che in questo il superamento della potenziale perpetuità è più faticoso con una maggiore compressione della finalità rieducativa, è altrettanto vero che è una distinzione appunto quantitativa e non ontologica, rimanendo invece la predicata legittimità dell'ergastolo, sia ordinario sia ostativo, legata pur sempre alla natura solo eventuale dell'effettiva perpetuità della carcerazione⁹¹.

5. Legittimare l'ergastolo sulla base della sua perpetuità *de facto* meramente eventuale, a ben vedere significa circoscrivere l'obiettivo rieducativo alla sola fase esecutiva della pena. Ciò, oltre ad essere in contrasto con la richiamata giurisprudenza costituzionale⁹², trasforma surrettiziamente l'ergastolo in una sorta di anomala misura di sicurezza di durata indeterminata fondata sulla presunta permanenza della

⁹⁰ D. Galiani, *op. cit.*, 114.

⁹¹ F. Palazzo, *L'ergastolo ostativo*, cit., 5.

⁹² V. *supra* nota n. 84.

pericolosità del reo⁹³. Prendendo l'esempio più eclatante, l'ergastolo ostativo, nella sostanza questo meccanismo normativo produce una restrizione di diritti in carenza di una condotta attiva, ossia la collaborazione con la giustizia. Sembra perciò una sanzione ulteriore perché slegata dal fatto per il quale si sconta la pena, e camuffata in quanto, da un lato, non esiste un formale obbligo di collaborazione dal quale far discendere un'altrettanto formale sanzione come inottemperanza al medesimo, però, dall'altro, gli effetti sono praticamente sanzionatori perché ne consegue una limitazione importante di prerogative tale da determinare la permanenza in carcere⁹⁴. Volendo fare un'analogia un po' audace, somiglia alla struttura di un reato omissivo proprio, di pura disobbedienza, volto a promuovere l'acquisizione di un'utilità futura (ossia informazioni capaci di compromettere la libertà altrui) così facendo svolgere occultamente alla sanzione penale una funzione propulsiva non tendente alla tutela di beni giuridici preesistenti, ma a promuovere un interesse collettivo, con tutte le connesse implicazioni liberticide⁹⁵. Ed in effetti è stato ben osservato che nel momento in cui la libertà di non collaborazione si trasfigura in onere di collaborazione dal quale discende una protrazione della carcerazione, la preclusione si mostra contraria non solo agli artt. 3 e 27 co. 3 Cost., ma anche all'art. 5 Cedu⁹⁶. Tale ultima norma, infatti, è stata interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel senso che il titolo della privazione della libertà personale non può essere fondato sui c.d. *nova* – ovvero elementi subentrati nella fase esecutiva – ma esclusivamente sul fatto oggetto dell'originaria condanna⁹⁷. Certo, si potrebbe sostenere che la pena a vita è pur sempre conseguente a questo fatto, ma è incontestabile che le preclusioni ad accedere a percorsi extracarcerari, che altrimenti sarebbero possibili, scaturiscono dalla mancata collaborazione nella fase esecutiva⁹⁸.

Equiparare l'ergastolo nei fatti ad una sorta misura di sicurezza nei confronti del condannato 'non ubbidiente' e perciò [ancora] socialmente pericoloso, apre il discorso verso altre prospettive che qui possono essere solo accennate. Il parametro costituzionale in gioco non è più solo quello della rieducazione, ma anche quello della proporzione della pena e della dignità della persona. Infatti, quanto al primo, è ormai consolidata l'idea che sia decisamente illegittima quella sanzione che si presenti come

⁹³ D. Galiani, A. Pugiotto, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, in *RAic* (15.11.2017), 50.

⁹⁴ D. Pulitanò, *Problemi dell'ostatività sanzionatoria*, cit., 156.

⁹⁵ Per una radicale critica agli illeciti omissivi propri, v. E.R. Zaffaroni, *Panorama attuale da problematica da omissão*, in *RevDPC* 1982, 30 ss.

⁹⁶ In tal senso M. Pelissero, *Permesso premio e reati ostativi*, cit., 10.

⁹⁷ C. eur., 17.12.2009, M. c. Germania, ric. n. 19359/04, in *CP* 2010, 3275, con nota di F. Rocchi, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del "doppio binario" italiano*, 3276 ss.

⁹⁸ M. Pelissero, *Permesso premio e reati ostativi*, cit.

una misura di sicurezza indeterminata nella sua durata⁹⁹. In merito al secondo parametro, l'ergastolo rischia di esaurirsi nella mera neutralizzazione del reo, dunque nell'aspetto negativo della prevenzione speciale¹⁰⁰. La sanzione non può avere neanche lo scopo di far aderire il reo ad una certa concezione etica, adesione che, semmai, passa attraverso una scelta normativamente libera e di fatto incoercibile¹⁰¹. Anche il condannato all'ergastolo deve essere considerato una persona libera di autodeterminarsi e dunque non può essere assoggettato a misure che abbiano l'esclusiva finalità incapacitante o correzionale, trattamentale o terapeutica¹⁰².

Se per molti versi è vero, come ricordato prima, che la previsione astratta della pena rimane una questione politica perché non v'è un parametro ontologico che permetta empiricamente di sancire la pena astrattamente adeguata, a guidare la scelta politica dovrebbero tuttavia restare i parametri costituzionali della rieducazione, della proporzione e della dignità della persona. Da tali criteri sembra emergere l'esigenza che la pena detentiva già a livello di previsione legislativa non sia mai di durata indeterminata, ma prefissata in quantità, pure molto lunghe, parametrize alla gravità del delitto. In tal senso potrebbe essere utile anche il già richiamato e più recente orientamento della Corte costituzionale che apre alla possibilità di censurare in termini assoluti – a prescindere dal modello triadico – la pena astratta perché troppo rigorosa ed eccessiva rispetto alle finalità legittimamente perseguibili con la norma penale¹⁰³. La reclusione a vita, dunque, già a livello di previsione stratta potrebbe essere considerata di per sé sproporzionata in ragione della sua – che con un'espressione ossimorica si potrebbe definire – 'fissa indeterminatezza'.

La durata massima di qualsiasi pena detentiva, dunque, già nell'astratta comminatoria edittale dovrebbe essere proporzionata al disvalore della fattispecie oggettiva e soggettiva. Nella fase esecutiva, una volta trascorso tale periodo di effettiva detenzione (per esempio massimo 26-30 anni), vi dovrebbe essere una sorta di presunzione di completamento di quel processo volto all'orientamento del condannato verso un'esistenza rispettosa di quella altrui, ciò *a fortiori* se il sistema penitenziario venisse veramente improntato all'integrazione sociale del reo. Una presunzione – questa qui suggerita – opposta a quella che attualmente implementa la disciplina italiana che, a ben vedere, disvela implicitamente la consapevolezza che il sistema penitenziario per

⁹⁹ Sul rapporto tra misure di sicurezza e principio di proporzione, G. de Vero, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino 2012, 197 ss.; G. Grasso, *sub art. 207*, in M. Romano et al., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano 1994, 416 ss.; B. Siclari, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali*, Milano 1977, 145 ss.

¹⁰⁰ Per un'efficace disamina dei profili d'incompatibilità dell'ergastolo con il parametro della dignità umana, v. L. Risicato, *op. cit.*, 1254-1259.

¹⁰¹ S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 101 ss.

¹⁰² F. Palazzo, *L'ergastolo ostativo*, cit., 7.

¹⁰³ V. *supra* nota n. 81.

come realmente strutturato, difficilmente riesce a far compiere al detenuto un vero processo di integrazione sociale. Se dopo 26 anni di detenzione si presume ancora la pericolosità del detenuto, infatti, ciò equivale a supporre pure che il sistema penitenziario reale non è organizzato in guisa da raggiungere in un numero apprezzabile di casi l'obiettivo costituzionale della rieducazione.

L'idea di presumere come completato il processo di risocializzazione al trascorrere di un periodo molto lungo di detenzione, non significa accantonare le esigenze di sicurezza della collettività, ma solo bilanciarle diversamente rispetto alle garanzie spettanti al detenuto. Tale diverso equilibrio potrebbe rinvenirsi nella possibilità da parte della pubblica accusa di superare questa presunzione, dimostrando con elementi positivi che il condannato ancora si presenta come socialmente pericoloso. Alla scelta costituzionalmente più coerente di eliminare *tout court* l'ergastolo¹⁰⁴, pure adottata in altri Paesi¹⁰⁵, *de lege ferenda* si potrebbe perciò sopperire facendo eventualmente seguire alla pena detentiva una misura di sicurezza per i soli detenuti di comprovata pericolosità sociale e nei limiti e con modalità strettamente necessari ad arginare la stessa¹⁰⁶. Dunque, uno strumento eccezionale rispetto all'ordinarietà della liberazione condizionale, rimesso all'iniziativa della pubblica accusa in capo alla quale graverebbe periodicamente l'onere di provare la perdurante pericolosità¹⁰⁷.

In questo ipotetico diverso contesto regolativo, riprendendo il tema della mancata collaborazione oggi ostativa in termini pressoché automatici ai benefici, questa potrebbe invece essere eventualmente inquadrata nello schema delle presunzioni

¹⁰⁴ F. Palazzo, *L'ergastolo ostativo*, cit.

¹⁰⁵ Per primo il Portogallo, già nel 1884, divieto poi confluito nell'art. 30 della Costituzione, ma anche la Spagna non prevedeva l'ergastolo (artt. 36 e 75 Cp), salvo poi a reintrodurlo nel 2015 (art. 35 Cp) con la pena della *prision permanente revisable* dopo 25 o 35 anni. In Europa inoltre non prevedono l'ergastolo: Andorra (art. 30 Cp), Bosnia ed Erzegovina (art. 42 Cp), Croazia (artt. 44 e 51 Cp), Montenegro (art. 33 Cp), San Marino (art. 81 Cp), Serbia (art. 45 Cp). Per l'indicazione degli altri Stati nel resto del mondo, come per esempio il Messico (art. 25 Cp), che non contemplano la detenzione a vita, si rinvia a P. Pinto De Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea*, Torino 2016, 185.

¹⁰⁶ L. Riscato, *op. cit.*, 1258, ben evidenzia che comunque si dovrebbe preliminarmente ridefinire il concetto di pericolosità sociale, oggi intollerabilmente vago.

¹⁰⁷ Un meccanismo per alcuni versi simile a quello stabilito nel § 39 del codice penale norvegese che sebbene contempli tendenzialmente il periodo di 21 anni come massimo di reclusione, nel contempo stabilisce che questo può essere prolungato di 5 anni, eventualmente rinnovabili, nei casi in cui il giudice consideri il condannato ancora pericoloso. In Germania, invece, la custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*) è potenzialmente applicabile congiuntamente all'ergastolo, così che dopo il periodo minimo di detenzione di 15 anni (§ 49, co. 1, n. 1, *StGB*), si possono estendere le disposizioni relative alla custodia che, in caso di sospensione condizionale dell'esecuzione della *Sicherungsverwahrung*, prevedono l'applicazione della libertà vigilata, non prevista in caso di condanna all'ergastolo; cfr. T. Bartsch, *Sicherungsverwahrung. Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, Baden-Baden, Nomos, 2010, 66. In Italia, su questa misura di sicurezza d'Oltralpe, si veda F. Rocchi, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte Costituzionale*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere*, a cura di A. Gaboardi et al., Torino 2013, 327 ss.

semplici. Invero, tutte le presunzioni si basano sulla possibilità di considerare esistente un fatto (nella specie, la pericolosità del detenuto) sulla scorta della sussistenza di un'altra circostanza effettivamente accertata (la mancata collaborazione). Mentre però quelle assolute impongono perentoriamente al giudice di dedurre il fatto presunto da quello indiziante, e quelle relative consentono di dimostrare la falsità di quanto supposto come vero, quelle semplici, invece, trovano il loro esclusivo fondamento in una massima d'esperienza, *l'id quod plerumque accidit*, che per via logico-deduttiva consente di ritenere che, accertato un fatto, sia probabile l'esistenza di un altro fatto. Anche le presunzioni assolute o relative dovrebbero trovare il loro fondamento nelle massime di esperienza e nell'elemento probabilistico, ma, a differenza delle semplici, questo fondamento non è l'unico, in quanto vi si innestano altre ragioni che, nell'ottica del legislatore, militano a favore della presunzione legale. La ragione a giustificazione della maggiore pregnanza delle presunzioni legali (con i risvolti in tema di onere probatorio), non è dunque da rintracciare necessariamente nella supposta consacrazione a livello normativo di una valutazione probabilistica particolarmente qualificata, ritenuta dal legislatore tanto fondata da imporla al giudice o da invertire l'onere probatorio. Spesso, invece, il maggiore valore delle presunzioni legali è dovuto a diverse convenienze che il legislatore tende a realizzare, come, ad esempio, la composizione degli interessi in conflitto, facendone prevalere uno a detrimento dell'altro¹⁰⁸. Sono proprio queste ragioni ulteriori rispetto a quelle legate al valore empirico-probabilistico, che, se ontologicamente contrastanti con i principi costituzionali, devono essere epurate dal meccanismo delle presunzioni, in maniera tale che di questo meccanismo rimanga l'intrinseco valore della regola probabilistica. Compiuta questa epurazione, dunque, rimane il contenuto delle presunzioni semplici, che esula dal tema dell'onere della prova; queste presunzioni, infatti, come qualsiasi altra prova naturale, non servono a fornire *ex ante* dei parametri legali per la fissazione formale del fatto, bensì a formare il convincimento del giudice nel caso concreto¹⁰⁹. Alla luce di ciò, la mancata collaborazione dovrebbe essere intesa come un semplice 'indizio' militante nel senso della pericolosità del detenuto, elemento che ben potrebbe essere contraddetto o bilanciato da altre circostanze che il giudice dovrebbe ben ponderare e, nel dubbio ragionevole, far propendere a favore del detenuto. La prevedibile obiezione è quella che una riforma del genere – ispirata ad una sorta di

¹⁰⁸ Cfr. F. Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, Milano 1963, 27, che, a proposito delle presunzioni legali, parla di una funzione volta a comporre gli interessi in conflitto. Così si può ricordare, evidenziando il periodo in cui lo scritto è apparso, che P. Saraceno, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova 1940, 89, 247, sottolineava che nel diritto penale, ancor più che in quello civile, in tema di regola di giudizio domina un principio di carattere politico, che «non è legato alla valutazione della probabilità, quale risulta dall'esperienza, ma preordinato alla protezione di un interesse».

¹⁰⁹ P. Saraceno, *op. cit.*, 75.

‘fabianismo penale’ – sarebbe troppo indulgenziale, magari adatta ai Paesi ‘civili’ della Scandinavia, ma non all’Italia afflitta dal peso insopportabile della criminalità organizzata, alla quale bisogna rispondere con strumenti eccezionali di ‘lotta’ data la straordinarietà del fenomeno. La civiltà di uno Stato, del resto, si misura anche dal grado di confusione tra diritto penale e ‘lotta’¹¹⁰, in quanto un diritto che assomiglia troppo alla violenza, o che si immedesima con essa, è un diritto democraticamente delegittimato¹¹¹. Invero, «solo una democrazia forte, sicura e stabile può permettersi di rispettare e proteggere i diritti umani [...]. Proprio per questo [...] non tutti i mezzi sono accettabili in democrazia; non tutte le pratiche attinte dai nemici della democrazia possono essere utilizzate da chi la difende; sebbene una democrazia debba spesso combattere con una mano legata, essa avrà comunque l’altra a disposizione»¹¹². Nelle sue lettere Marie Vojtěcha Hasmandová confidava di essere «nel palmo della mano di Dio» per descrivere la situazione vissuta nelle carceri di un regime totalitario¹¹³. Lo Stato ‘combatta’ la criminalità con una [sola] mano, sì ferma, ma non brutale e conceda la ‘speranza’ anche a chi non ha fede se non quella laica in uno Stato sociale di diritto.

¹¹⁰ M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi quest. crim.*, 2007, 55 ss.

¹¹¹ E. Resta, *Il diritto malinconico*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 101 ss.

¹¹² A. Barak, *Democrazia, terrorismo e corti di giustizia*, in *GCos* 2002, 3390.

¹¹³ M.V. Hasmandová, *Sono nel palmo della mano di Dio. Lettere dal carcere*, Roma 2019.