

## Esiste ancora l'ergastolo ostativo?

di Maria Merlino

magistrato di sorveglianza a Pescara

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sulla legalità costituzionale della pena dell'ergastolo, anche ostativo. – 3. La presunzione di permanenza del vincolo mafioso. – 4. La collaborazione: equo prezzo della libertà. – 5. I nuovi oneri probatori. – 5.1. *Segue*: la valorizzazione dei motivi del silenzio: un'occasione mancata? – 6. «*Both a prospect of release and a possibility of review*».

### 1. Premessa

L'obiettivo di queste riflessioni è quello di rimettere in ordine le idee sulla particolare conformazione della pena detentiva perpetua che deriva dal combinato disposto degli artt. 22 c.p., 4-bis, 58-ter L. ord. pen. e 2 D.L. 152/1991 e che viene comunemente indicata come "ergastolo ostativo"<sup>1</sup>.

Con ordinanza dell'11 maggio 2021<sup>2</sup>, la Corte costituzionale, sollecitata dalla I Sezione penale della Cassazione<sup>3</sup>, ha lasciato al legislatore un anno di tempo per novellare la materia. L'incostituzionalità rispetto ai parametri ex artt. 3, 27, co. 3, 117 Cost. (quest'ultimo in relazione al canone di cui all'art. 3 CEDU) è stata rilevata, ma non dichiarata: il principio di leale cooperazione tra istituzioni, da un lato, e i gravi pregiudizi che una pronuncia puramente e semplicemente demolitoria avrebbe prodotto, dall'altro, hanno determinato la Consulta, secondo una prassi già sperimentata in casi di simile gravidanza politica ed etica, a concedere al legislatore un congruo termine per intervenire a ridisegnare l'intero assetto normativo.

Una proroga di sei mesi è stata concessa con ulteriore ordinanza di rinvio dell'8 maggio 2022.

A ridosso della nuova scadenza, fissata dunque all'8 novembre 2022, il Governo – da poco insediatosi – ha provveduto: il decreto-legge<sup>4</sup> recante «*Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia e di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*» è stato votato in Consiglio dei ministri il 31 ottobre scorso<sup>5</sup> (D.L. 31 ottobre 2022, n.162).

L'adozione della nuova disciplina da parte del legislatore ha consentito alla Corte costituzionale di rimettere gli atti alla Corte di Cassazione per una nuova valutazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza della questione<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Non può di certo ritenersi che la promulgazione della Legge 30 dicembre 2022, n. 199 abbia sopito il dibattito.

<sup>2</sup> Corte cost., ord. 15 aprile 2021, dep. 11.05.2021, n. 97.

<sup>3</sup> Cass., Sez. I, ord.18 giugno 2020, n. 100. La Corte di Cassazione doveva pronunciarsi sul ricorso proposto contro un'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di L'Aquila, che aveva dichiarato inammissibile – per difetto di collaborazione – l'istanza di liberazione condizionale presentata da un condannato all'ergastolo, riconosciuto colpevole di omicidio volontario aggravato dalla finalità mafiosa.

<sup>4</sup> L'utilizzo della decretazione d'urgenza è stato giustificato proprio dall'esigenza di dare esecuzione alle indicazioni della Corte costituzionale.

<sup>5</sup> L'atto legislativo è stato salutato quale espressione del colore politico del nuovo Governo. In realtà, il decreto-legge «salvo modifiche minime, riproduce per intero il contenuto del disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati nella scorsa legislatura, il 31 marzo 2022. In quell'occasione il testo ottenne i voti favorevoli di gran parte delle attuali opposizioni – in quanto, a loro avviso, equilibrata composizione e di finalismo rieducativo ed esigenze di sicurezza sociale – e l'astensione della forza politica e di attuale maggioranza relativa, che lo riteneva troppo permissivo e aperturista». Lo evidenzia De Vito, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Questione Giustizia*, 2 novembre 2022.

<sup>6</sup> I primi commentatori hanno ipotizzato che la Suprema Corte deciderà, a sua volta, di trasmettere il procedimento al Tribunale di sorveglianza, per un nuovo giudizio che tenga conto dell'innesto normativo,

In sede di conversione in legge, il Senato ha apportato diversi emendamenti al testo del D.L., senza, tuttavia, toccare al cuore della disciplina probatoria, incentrata sul superamento dell'ostatività assoluta mediante la previsione di nuovi oneri in capo all'interessato, individuati solo in parte in conformità alle indicazioni della Corte costituzionale.

A distanza di pochi giorni, l'altro ramo del Parlamento ha approvato il testo senza ulteriori modifiche. È stata, così, adottata la Legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del D.L. 162/2022. Essa è entrata in vigore il 31 dicembre 2022.

Ora che la legge è cambiata, può davvero dirsi che l'ergastolo ostativo abbia assunto la fisionomia di un istituto conforme alla Costituzione e alla CEDU?

Anziché scandagliare minuziosamente l'evoluzione normativa e giurisprudenziale della materia – ciò che richiederebbe ben più approfondite analisi – questo scritto tenterà di illustrare, con approccio trasversale e per grandi tappe, gli argomenti avanzati da diversi orientamenti di pensiero<sup>7</sup>.

Un breve inquadramento dell'istituto, per come disegnato dal legislatore e dagli importanti interventi giurisprudenziali degli ultimi anni, si rende, però, necessario.

Nella consapevolezza della complessità delle questioni, l'obiettivo del presente contributo vuol essere quello di fornire un breve prospetto degli interessi che dovrebbero sorreggere, ad oggi, la disciplina penitenziaria di tipo "ostativo", nello sforzo di evitare inciampi emotivi.

La disamina delle diverse *rationes* in gioco consentirà di analizzare la novella legislativa e di studiarne le modalità applicative, per interrogarsi sulla compatibilità di questa con il sistema di tutela convenzionale, cui il nostro ordinamento deve conformarsi.

## 1. Sulla legalità costituzionale della pena dell'ergastolo, anche ostativo

Si può affermare che nel nostro ordinamento esistano due tipi di ergastolo.

Il primo, che la dottrina definisce "comune", è suscettibile di essere mitigato: il condannato alla pena perpetua può, al ricorrere di certe condizioni (sostanzialmente dipendenti da un minimo comun denominatore duplice: decorso del tempo e buona condotta) accedere al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alla semilibertà e persino alla liberazione condizionale.

La compatibilità dell'ergastolo con i principi costituzionali – e in particolare con quello di risocializzazione – è stata tradizionalmente affermata proprio in ragione delle diverse previsioni che, nel corso del tempo, hanno consentito al condannato alla pena di cui all'art. 22 c.p. di aspirare alla liberazione condizionale.

In un primo tempo, la legge 25 novembre 1962, n. 1634, apportando una modifica all'art. 176, co. 3, c.p., stabilì che la liberazione condizionale potesse essere concessa anche al condannato all'ergastolo, nel concorso di ulteriori presupposti, dopo che egli avesse «*effettivamente scontato almeno ventotto anni di pena*». Dal riferimento espresso alla esecuzione effettiva di tale *quantum* di pena si desumeva, però, che la soglia indicata non potesse ridursi attraverso la concessione di periodi di liberazione anticipata. Con sentenza n. 274 del 1983, la Corte costituzionale dichiarò quindi costituzionalmente illegittimo l'art. 54 L. ord. pen. nella parte in cui non prevedeva, ai soli fini della maturazione della soglia di pena che consente la richiesta di liberazione condizionale, la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo le detrazioni di pena prevista da quella disposizione. La pronuncia di incostituzionalità indusse il legislatore del 1983 a modificare nuovamente l'art. 176, co. 3, c.p., eliminando il riferimento al carattere "effettivo" dell'esecuzione e precisando, all'art. 54

---

<sup>7</sup> L'approccio al tema dell'ergastolo ostativo dipende, a monte, dalla adesione – per semplificare al massimo – a una determinata impostazione sul senso della pena. Si intende con questo affermare che il dibattito sulla necessità di mantenere in vita l'istituto – è l'impressione generale – si è polarizzato su due "fronti" principali: ai sostenitori della irrinunciabilità del rigore del regime di cui all'art. 4-bis L. ord. pen., legati alle esigenze retributive e preventive della pena, si sono contrapposti i fautori della soppressione, o quantomeno di una mitigazione, di tale disciplina, i quali valorizzano soprattutto la tensione rieducativa della sanzione penale. A ben vedere, tuttavia, non è possibile ridurre così semplicisticamente la questione, e ascrivere un certo argomento giuridico, *in toto*, all'una o all'altra impostazione di pensiero.

L. ord. pen., che il criterio di equivalenza stabilito dall'ultimo comma della disposizione in materia di liberazione anticipata dovesse applicarsi anche ai condannati all'ergastolo (art. 28 L. 10 ottobre 1983, n. 663). Con la stessa novella, tornò a ventisei anni la soglia di accesso alla liberazione condizionale.

Come ha rimarcato la Corte costituzionale, «*per effetto di queste scelte, l'accesso alla liberazione condizionale ha accentuato il proprio ruolo di fattore di riequilibrio nella tensione tra il corredo genetico dell'ergastolo (il suo essere una pena senza fine), da una parte, e l'obiettivo costituzionale della risocializzazione di ogni condannato, dall'altra*»<sup>8</sup>.

L'ergastolo "ostativo", invece – tale espressione è stata coniata dai commentatori, e non si trova in alcun testo di legge – affligge, dal 1992, coloro che sono stati condannati per un titolo di reato compreso nel catalogo di cui all'art. 4-bis L. ord. pen., anzi, in quella parte dell'elenco che comprende i reati ostativi di c.d. prima fascia. Si tratta dei reati di associazione per delinquere di stampo mafioso e quelli ad essi assimilati, i quali, tuttavia, non sempre riguardano azioni delittuose commesse in un contesto di criminalità organizzata. L'elenco, progressivamente ampliato, è il risultato di stratificazioni legislative non sempre coerenti con lo scopo originario della norma. Esso comprende, attualmente, i delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, i delitti di cui agli articoli 416-bis e 416-ter del codice penale, i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste; i reati di cui agli artt. 12, co. 1 e co. 3, D.lgs. 286/1998, 291-ter DPR 43/1973, 74 DPR 309/1990.

La disciplina riservata a tali fattispecie delittuose implicava, sino a poco fa, la preclusione assoluta di qualsivoglia beneficio penitenziario<sup>9</sup> – ad eccezione della liberazione anticipata<sup>10</sup> – per il condannato che non avesse instaurato un valido rapporto di collaborazione con la Giustizia. Alla collaborazione effettivamente prestata, la legge ha equiparato le ipotesi di c.d. collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante.

Un varco è stato aperto dalla Corte costituzionale, la quale, con la nota pronuncia n. 253/2019, è intervenuta a scalfire, per l'accesso ai soli permessi premio, l'ostatività, tramutando la presunzione di permanenza della pericolosità sociale da assoluta in relativa. Per gli altri benefici penitenziari, invece, restava ferma la necessità della collaborazione o dell'accertamento ex art. 58-ter L. ord. pen., operando, in caso contrario, la totale preclusione legislativa.

Il legislatore ha confermato l'esistenza del doppio binario: ergastolo comune ed ergastolo ostativo (anzi, più in generale, si distingue ancora tra reati comuni e reati "ostativi"<sup>11</sup>).

Nei confronti dei condannati per reati ostativi di c.d. prima fascia – quelli pocanzi menzionati – anziché ribadire la necessità di intraprendere, quale unica via per l'accesso alle misure premiali e alternative, quella "maestra", cioè quella della collaborazione, ha dettato una serie di requisiti e condizioni – invero stringenti, perché molto più severi di quelli individuati dalla Corte costituzionale – per superare l'ostatività assoluta. Il Governo<sup>12</sup> si pregia, infatti, di aver "salvato" l'istituto dell'ergastolo ostativo nel nostro ordinamento.

<sup>8</sup> Corte cost., ord. 10 maggio 2021, n. 97, punto n. 3 della motivazione. L'ordinanza ricorda, poi, che altre sentenze della Corte costituzionale hanno confermato questo ruolo della liberazione condizionale: la previsione dell'incostituzionalità dell'ergastolo per i delitti commessi dai minori (sent. n. 168 del 1994) e la dichiarata incompatibilità del divieto di rivalutazione, in caso di revoca del beneficio, dell'istanza ex art. 176 c.p. per l'ergastolano, rispetto al parametro di cui all'art. 27, co. 3, Cost.

L'ordinanza n. 97/2021, invece, non fa alcun riferimento al potere di grazia come strumento idoneo a mitigare la durezza dell'ergastolo e perciò valorizzabile ai fini della riducibilità, di diritto e di fatto, della pena perpetua.

<sup>9</sup> Oltre alle misure alternative di cui al capo VI della L. ord. pen., anche la liberazione condizionale, per effetto del rinvio formale all'art. 4-bis L. ord. pen. effettuato dall'art. 2 D.L. 152/1991.

<sup>10</sup> Fruibile, però, solo virtualmente. Sul punto v. *infra*.

<sup>11</sup> tra questi ultimi, secondo uno schema di gradualità decrescente, sono state individuate tre sottocategorie. Oggetto della presente analisi è soltanto la disciplina dei reati ostativi di c.d. prima fascia.

<sup>12</sup> Si vedano le dichiarazioni del Presidente del Consiglio Giorgia Meloni in data 31.10.2022:

<https://www.radioradicale.it/scheda/681970/incontro-con-la-stampa-al-termini-del-consiglio-dei-ministri>.

Può allora rettificarsi quanto detto sopra: il legislatore ha ribadito l'esistenza del doppio binario, dando vita, accanto all'ergastolo comune, ad una *rimodulazione* dell'ergastolo prima detto ostativo (per comodità espositiva, si continuerà a fare riferimento al concetto di ergastolo ostativo per i reati di cui all'art. 4-bis, co.1-bis).

L'ergastolo, anche ostativo <sup>13</sup>, è stato tradizionalmente ritenuto conforme ai principi racchiusi nella nostra Costituzione.

Lunga e dibattuta è la storia dell'istituto.

Nel lontano 1956, Francesco Carnelutti sostenne apertamente che la pena dell'ergastolo fosse inconciliabile con lo scopo della rieducazione cui deve tendere la sanzione: escludendo il ritorno del condannato nella società, l'obiettivo espresso dalla Carta Fondamentale all'art. 27, co.3, si ridurrebbe ad una «*rieducazione a vuoto [...], una rieducazione in funzione morale, non in funzione sociale; e perciò non la rieducazione voluta dalla Costituzione*» <sup>14</sup>.

In tale ordine di idee, il potere di grazia, essendo strumento del tutto eccezionale, applicabile al singolo caso concreto, non priverebbe la pena del suo carattere irreversibile, e pertanto l'ergastolo implicherebbe ciò, che «*la vera offesa alla libertà dell'uomo è quella di vedere ormai in lui un animale incapace di ritornare un uomo*» <sup>15</sup>.

Nella stessa direzione si mosse Luigi Ferrajoli, quando, aderendo al Comitato per l'abolizione dell'ergastolo, stilò un catalogo di ragioni per le quali la pena perpetua doveva considerarsi contraria a Costituzione <sup>16</sup>. Quattro le censure, che possono così brevemente riassumersi: 1) l'ergastolo rende la pena disumana e contraria al canone di dignità; 2) esso non può dirsi conforme al principio rieducativo, poiché alcuna rieducazione è immaginabile nei confronti di chi sia escluso, per sempre, dal consorzio civile (in tal senso si tratta di pena eliminativa, sia pure non in senso fisico); del resto, la stessa Corte costituzionale lo ha ritenuto conforme a Costituzione sol perché suscettibile di essere convertito in pena di durata determinata, tramite gli istituti della liberazione condizionale e della grazia; 3) una disparità di trattamento viene a crearsi tra chi riesca a superare la perpetuità dell'ergastolo e chi non acceda alle mitigazioni previste dalla legge, dipendendo la diversa sorte dal mero arbitrio dell'amministrazione e dall'amplissima discrezionalità lasciata alla magistratura di sorveglianza, non invece da norme generali e astratte, cioè conoscibili *ex ante* dall'interessato; 4) l'ergastolo si pone in contrasto con il principio di giurisdizionalità delle pene: trattandosi di pena fissa, non consente al giudice di adeguarla al caso concreto, per eventualmente attenuarla in base a circostanze ed elementi che esprimano un minor disvalore del fatto, ma appiattisce la valutazione del decidente sulla verifica della sussistenza del fatto per come inquadrato nel paradigma della fattispecie incriminatrice, ritenendo tutti i fatti di terrorismo, mafia e assimilati gravi nella stessa misura, a prescindere dalle concrete modalità esecutive <sup>17</sup>.

Questa impostazione è rimasta del tutto minoritaria, anche in seno all'opinione pubblica, che di certo non si è mai mostrata favorevole all'abolizione dell'ergastolo (si pensi ai diversi quesiti referendari abrogativi, che hanno sempre avuto esito largamente negativo).

La spiccata tensione populista che innegabilmente orienta, in misura sempre maggiore, le riforme della giustizia, si muove nel senso del rafforzamento della certezza della pena e della sua funzione retributiva. In questa prospettiva, la pena detentiva perpetua conserva una sua innegabile utilità: non rieducare, ma punire il male con il male.

---

<sup>13</sup> L'ergastolo ostativo è nato con la L. 7 agosto 1992 n. 356, di conversione del decreto-legge n. 306 dell'8 giugno 1992.

<sup>14</sup> Carnelutti, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?* in *Riv. Dir. Proc.*, 1956, XI, 2.

<sup>15</sup> Carnelutti, *op. cit.*, 3.

<sup>16</sup> Ferrajoli, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 2, 79 ss.

<sup>17</sup> Si è ritenuto opportuno citare gli argomenti della dottrina abolizionista non solo vista la adesione personale a tali idee, ma anche e soprattutto perché alcune di queste si ritroveranno nei più recenti arresti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Il popolo vuole che vengano applicate pene esemplari e generalmente guarda con sfavore alle opportunità di risocializzazione offerte ai detenuti prima del termine della pena, soprattutto quando si tratta di condannati per gravi reati, che suscitano sentimenti riprovazione<sup>18</sup>.

Queste idee, con diverse sfumature di pensiero, ma nella sostanza accomunate dall'idea della irrinunciabilità alla pena detentiva perpetua, sono state coltivate dalla dottrina antiabolizionista, che ha efficacemente contrastato le tesi dell'opposto orientamento, mai recepite dal legislatore, né tantomeno dalla giurisprudenza.

Con una lapidaria pronuncia, nel lontano 1956, le Sezioni Unite della Cassazione si espressero nel senso della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 c.p., per asserito contrasto con l'art. 27 Cost., rilevando che l'umanizzazione imposta dal parametro costituzionale doveva intendersi come riferita alle sole *modalità esecutive* della pena, cioè al trattamento, e non anche alla pena *in sé*<sup>19</sup>.

Le Sezioni Unite valorizzarono il concetto di emenda quale risultato della rieducazione, intesa come una sorta di redenzione morale, implicante un comportamento attuoso, sinonimo di pentimento.

Dall'esistenza, accanto alle pene, delle misure di sicurezza, la Suprema Corte ricavò, poi, la conferma del persistere del carattere retributivo della sanzione, coesistente con le altre funzioni di questa.

Solo in seguito si riconobbe che per la rieducazione intesa come risocializzazione, cioè come proiezione all'esterno, non vi era spazio nel carcere perpetuo. Si affermò che l'ergastolo rendeva comunque praticabile, nei limiti dell'offerta trattamentale e delle capacità di adesione dello stesso detenuto, una qualche forma di rieducazione "all'interno".

Sul versante della giurisprudenza costituzionale, dopo che una «duratura patente di legittimità alla pena dell'ergastolo»<sup>20</sup> era stata rilasciata dalla Corte costituzionale sin dal 1974, si registrò un sostanziale allineamento alle posizioni della Cassazione: poiché l'art. 27, co. 3, Cost. non si limita a dichiarare puramente e semplicemente che le pene aspirano alla finalità rieducativa, ma dispone, invece, che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato –le due formulazioni sono congiunte dal punto di vista letterale, ma anche logico – la rieducazione del condannato deve intendersi come sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio. «È soltanto a questo, infatti, che il legislatore poteva logicamente riferirsi [...]. Alla pena, dunque, con tale proposizione, il legislatore ha inteso soltanto segnare dei limiti, mirando essenzialmente ad impedire che la afflittività superi il punto oltre il quale si pone in contrasto col senso di umanità. Rieducazione del condannato, dunque, ma nell'ambito della pena». Con l'utilizzo del verbo «tendere», la Costituzione – spiegò la Consulta – ha inteso indicare unicamente l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità educativa e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla, ma ciò non significa che non siano ontologicamente ammissibili pene che non contengano, o che contengano in minima parte, le condizioni idonee a realizzare tale finalità. Questo perché la pena è ontologicamente multidimensionale, e dunque assolve anche ad altre funzioni che sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico.

Solo a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, la Corte costituzionale mutò in parte il proprio orientamento, e cominciò ad attribuire maggiore peso alla finalità umanitaria<sup>21</sup> e rieducativa della

<sup>18</sup> All'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019 alcune reazioni politiche sono state piuttosto scomposte, nonché poco pertinenti: l'opinione pubblica è stata subito allertata del rischio di "liberazione" di decine di mafiosi.

<sup>19</sup> Cass., Sez. Un., ord. 16 giugno 1956, Tondi.

<sup>20</sup> L'espressione è di Dolcini, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2018, 20. L'Autore ricorda la sentenza di rigetto n. 264 del 1974.

<sup>21</sup> Sull'allentamento progressivo del *self-restraint* della Corte costituzionale in materia di esecuzione penale si rinvia a Martire, *L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2022, 4, in particolare 251 ss. Ricorda Gianfilippi, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *Questione Giustizia*, 27 maggio 2021, che «il principio di umanità della pena è stato valorizzato per fare spazio ad esigenze di carattere umanitario: la genitorialità, l'attenzione per la tutela dell'integrità psichica, il rilievo del diritto alla salute anche sub specie di diritto all'alimentazione, il riconoscimento del diritto a quei piccoli gesti di normale quotidianità persino tra ristretti

pena, che doveva intendersi quale funzione della sanzione non solo nel momento esecutivo o estintivo della stessa, ma *sin dalla sua creazione normativa*.

Nella sentenza n. 306 del 1993<sup>22</sup>, la Corte si occupò finalmente dell'ergastolo ostativo e fece una premessa importante: pur dovendosi presumere dalla collaborazione l'avvenuta dissociazione di chi la presta – è ragionevole affermare che il soggetto che abbia deciso di aiutare lo Stato sia propenso a un genuino reinserimento sociale – dalla mancata collaborazione non può, al contrario, trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale. La scelta di non cooperare con le istituzioni, infatti, ben potrebbe giustificarsi alla luce di esigenze strumentali da parte dell'imputato/condannato in seguito ad una valutazione di interesse fatta per beneficiare dei vantaggi che la legge stabilisce, senza perciò costituire segno di effettiva, avvenuta risocializzazione. Nonostante tale premessa, la legittimità costituzionale dell'art. 4-bis L. ord. pen. fu sostenuta alla luce della circostanza per cui la contestata ostatività all'accesso ai benefici dipendeva non tanto dal congegno normativo disegnato dal legislatore, espressione di precise scelte di politica criminale, quanto, piuttosto, dalla libera scelta dell'interessato. La Corte costituzionale non intaccò il sistema dell'ergastolo ostativo anche per un'altra ragione, legata alla impossibilità di ingerenza in una scelta da considerarsi rimessa alla discrezionalità politica: il legislatore aveva inteso privilegiare, in modo esplicito e chiaro, la prevenzione generale e la tutela della collettività rispetto alla finalità rieducativa della pena e, rispetto a tali scelte, il Giudice delle leggi non poteva operare alcun sindacato.

Una vera rivoluzione è stata operata con la sentenza n. 253 del 2019 – intervenuta a distanza di pochi mesi dalla pronuncia della Corte Edu nel caso Viola – con l'apertura agli ergastolani ostativi della via per accedere ai permessi premio.

Nel paradigma disegnato, in quella decisione, dalla Corte costituzionale, duplice era la prova necessaria per ottenere il beneficio: il condannato doveva dimostrare non solo di aver reciso i legami con la criminalità organizzata, ma anche che non vi fosse il rischio di un ripristino degli stessi.

È stata creata, così, una sotto-articolazione del doppio binario: per i permessi premio l'ergastolo ostativo non era più tale, o meglio la presunzione assoluta di perduranza dei collegamenti con la criminalità organizzata è stata rimpiazzata da una presunzione solo relativa, vincibile con precisi oneri probatori rimessi al prudente apprezzamento della magistratura di sorveglianza (in particolare dell'organo monocratico); per il lavoro all'esterno e le misure alternative alla detenzione, invece, restava ferma la totale ostatività, sempre salva la collaborazione con l'amministrazione della Giustizia o la collaborazione impossibile/inesigibile/irrilevante.

La sentenza n. 253 del 2019 è intervenuta soltanto a rimediare, provvisoriamente e parzialmente, alla violazione accertata dalla Corte Edu, che aveva rilevato un difetto strutturale in seno all'ordinamento italiano e auspicato un intervento riformatore di ampio respiro.

C'era perciò da aspettarsi che, perdurando l'inerzia legislativa, fosse nuovamente sottoposta al nostro Giudice delle leggi una questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis L. ord. pen., questa volta in relazione alle misure alternative.

Carica del peso di questo intricato *background*, l'ordinanza 97/2021 è intervenuta ad ammonire il legislatore sulla necessità di una riforma, indicando i criteri cui la legge avrebbe dovuto ispirarsi per non venire travolta da una nuova declaratoria di incostituzionalità.

L'ordinanza segna, si capisce, una svolta nella storia dell'ergastolo ostativo.

Resta ora da comprendere se la nuova disciplina sia effettivamente conforme alla Costituzione.

---

*al regime di carcere duro ex art. 41-bis OP sono solo alcuni dei temi affrontati, negli ultimi anni, dalla Consulta in altrettante pronunce che hanno scalfito la durezza dell'ordinamento penitenziario».*

<sup>22</sup>Corte cost., 11 giugno 1993, dep. 7 agosto 1993, n. 306.

### 3. La presunzione di permanenza del vincolo mafioso

È sui delitti commessi in contesto di mafia che si concentra il più forte dibattito sulla disciplina di cui all'art. 4-bis L. ord. pen.

Prima di interrogarsi sull'esecuzione della pena ostativa, vale la pena ricordare alcuni punti fermi della giurisprudenza di legittimità, in materia di delimitazione temporale dell'accusa di partecipazione a un sodalizio di stampo mafioso.

Per rispettare il principio di legalità sostanziale e processuale, la carica accusatoria delle contestazioni, con carattere di “perduranza”, dei reati di associazione *ex art. 416-bis c.p.* è stata tradizionalmente temperata dalla Corte di Cassazione. L'esigenza di circoscrivere l'accusa è insopprimibile e risponde a universali principi di civiltà giuridica, perché garantisce all'indagato/imputato di conoscere l'addebito e, dunque, di difendersi. Si è, perciò, consolidato l'orientamento per cui, in tema di reato associativo, laddove la contestazione sia formulata senza specificazione del termine finale della condotta, la pronuncia della sentenza di primo grado segna il termine ultimo e invalicabile della protrazione della permanenza del reato, in quanto «*la condotta futura dell'imputato trascende necessariamente l'oggetto del giudizio*»<sup>23</sup>, fermo restando che, in sede di cognizione, è sempre possibile spostare ulteriormente all'indietro il termine della condotta<sup>24</sup>. In questo filone si inserisce l'orientamento per cui, in tema di reato permanente contestato senza indicazione della data di cessazione della condotta criminosa, qualora, in sede esecutiva, debba farsi dipendere un qualsiasi effetto giuridico dalla data predetta, e questa non sia stata precisata nella sentenza di condanna, spetta al giudice dell'esecuzione accertarla, attraverso un'analisi accurata degli elementi a sua disposizione<sup>25</sup>. Chiaramente tale principio si ritiene applicabile anche alla magistratura di sorveglianza, quale organo giurisdizionale chiamato ad occuparsi della fase esecutiva della pena: non nella determinazione della sua entità, ma nella sua concretezza attuativa.

La questione della delimitazione temporale del reato associativo, per come accertato dal giudice del merito, è strettamente connessa al problema dei requisiti per l'accesso ai benefici penitenziari per il condannato c.d. ostativo (di prima fascia) che non abbia collaborato con la giustizia. Il detenuto che non fornisce il proprio contributo conoscitivo alle Autorità, infatti, è considerato – prima lo era automaticamente e in via assoluta; ora, si potrebbe dire, lo è “di default”, cioè se non si adopra per dimostrare il contrario – come ancora collegato al clan di appartenenza, o quantomeno “non dissociato”.

Ammesso, dunque, che dal regime di ostatività derivi l'obbligo, per il giudice, di ritenere che il condannato sia ancora legato al sodalizio criminale in seno al quale furono compiuti i reati, la cui pena sta espiando, ciò non significa, tuttavia, sostenere che l'assetto normativo di cui all'art. 4-bis L. ord. pen. sia idoneo a generare una sorta di ultrattività dell'imputazione del giudizio di merito. La riflessione sulle conseguenze dell'ostatività deve avere cura di non scadere nelle semplificazioni, sovrapponendo i principi applicabili alla fase di cognizione a quelli che riguardano l'esecuzione della pena. Mentre nel primo caso, infatti, l'accertamento di un fatto-reato è prodromico all'applicazione di una sanzione, nel secondo non si tratta di infliggere una nuova pena, ma di precludere al condannato la strada per certi benefici, potenzialmente idonei a determinare il recupero, anzitempo, della libertà.

Potrebbe obiettarsi che, di fatto, impedire la possibilità di concludere in anticipo la pena equivarrebbe a infliggere una *nuova* pena, o quantomeno una pena *diversa*, più grave, perché insuscettibile di essere mitigata: nel caso dell'ergastolo ostativo – pena sempre irriducibile – la differenza rispetto all'ergastolo comune – che è pena normalmente eterna, ma potenzialmente di durata – è evidente.

Del resto, nel campo dei reati associativi, a nulla varrebbe distinguere l'imputazione “in atto” da quella “silente”, perché considerare il reo come ancora mafioso equivarrebbe a continuare ad attribuirgli un ruolo in quel sodalizio, sia pure solo omertoso, silente e dunque un ruolo di partecipe

<sup>23</sup> in tal senso, cfr. Cass., Sez. VI, 24 settembre 2003, Tasca, Rv. 229504; nonché Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2013, Amato e altri, Rv. 259482.

<sup>24</sup> Cass., Sez. II, 10 gennaio 2020, Rv. 277788.

<sup>25</sup> Cass., Sez. I, 24.10.2013, Formicola, Rv. 257725.

potenziale. Ma se la fattispecie incriminatrice di associazione per delinquere di stampo mafioso è descritta dal legislatore in relazione all'esistenza di un accordo malavitoso, teso alla realizzazione di un numero indeterminato di delitti, e viene punita in sé, a prescindere dalla commissione dei reati-satellite, ebbene continuare a etichettare il soggetto come mafioso significherebbe nient'altro che attribuirgli ancora un reato.

Prendendo le mosse dalla definizione penale sostanziale del reato associativo, la critica alla ragionevolezza del sistema muove da una considerazione forse banale: se il reato è cessato – perché la permanenza del reato si deve, necessariamente, interrompere con la pronuncia della sentenza di primo grado, salvo che siano provate *ulteriori* condotte delittuose *successive* – come può dirsi ancora attivo il vincolo associativo in capo a quel soggetto?

La risposta più ovvia è che il condannato potrebbe trovarsi coinvolto in uno o più procedimenti penali, aventi ad oggetto l'accertamento di un ulteriore delitto associativo. Potrebbe pure trattarsi del medesimo sodalizio ma, essendo diverso il tempo di consumazione, diverso sarebbe, ontologicamente, il reato nuovamente contestato.

Se il detenuto, invece, è recluso da un tempo considerevole, non è gravato da nuove pendenze giudiziarie e non è stato mai più segnalato o indagato, e neppure ha mantenuto, dal carcere, rapporti con i sodali, l'ordinamento penitenziario, prima della recente riforma, precludeva sempre e comunque l'accesso ai benefici penitenziari (ad eccezione, come detto, della liberazione anticipata, di fatto inutile per gli ergastolani non collaboratori), senza via d'uscita. Dall'assenza di collaborazione si faceva derivare la certezza della perdurante carica criminale del detenuto, ritenuto immeritevole di accedere a misure idonee a consentirgli, progressivamente, il rientro nel consorzio civile. L'assetto normativo sinora vigente poneva, così, una «*equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale*», in tal modo «*riconducendo in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna*»: così si è espressa la Corte Edu nel caso Viola <sup>26</sup>.

Sul versante giurisprudenziale domestico, è emersa una generale tendenza a prestare particolare cautela nel ritenere che il vincolo associativo mafioso svanisca per il solo fatto che sia intervenuta la condanna e che l'affiliato stia scontando la relativa pena.

Al modello di associazione per delinquere di stampo mafioso in cui i requisiti di cui all'art. 416-bis, co.3, c.p. devono considerarsi *in atto*, infatti, si affianca, tradizionalmente, quel paradigma penale in cui tali elementi sussistono *in potenza*, perché la mafia esiste anche se è *silente*.

La Cassazione ha costantemente affermato – aderendo a una massima di esperienza generalmente condivisa – che il sopravvenuto stato detentivo di un affiliato non determina, necessariamente e automaticamente, il venir meno della partecipazione all'organizzazione di stampo mafioso. Questo perché la struttura associativa, caratterizzata da complessità, forti legami tra gli aderenti e notevole spessore dei progetti delinquenziali a lungo termine, accetta il rischio di possibili periodi di detenzione degli aderenti, alla stregua di una eventualità che, da un lato – attraverso contatti possibili anche in pendenza di detenzione – non ne impediscono totalmente la partecipazione alle vicende del gruppo e alla programmazione delle attività, e, dall'altro, non ne fanno venir meno la disponibilità a riassumere un ruolo attivo alla cessazione del forzato impedimento <sup>27</sup>. Del resto, proprio la disponibilità del gruppo a farsi carico delle spese legali per l'affiliato carcerato, oltre che del mantenimento economico dei suoi familiari, sono, tradizionalmente, indici sintomatici dell'esistenza e vitalità di un clan mafioso.

Secondo questa impostazione, la permanenza della partecipazione al sodalizio viene meno solo, nel caso oggettivo, della cessazione della associazione stessa, ovvero nelle ipotesi oggettive, positivamente acclamate, di recesso o esclusione del singolo associato <sup>28</sup>, delle quali può essere causa la collaborazione con la giustizia.

<sup>26</sup> Corte Edu, *Gr. Chambre*, 13 giugno 2019, Viola c. Italia, ric. N. 77633/16, par.128.

<sup>27</sup> così Cass., Sez. II, 24 gennaio 2017, Rv.269121.

<sup>28</sup> Cass., Sez. I, 7 ottobre 2014, n. 46103, Rv. 261272-01.

Ha fatto chiara applicazione di questi principi il Tribunale di sorveglianza di Roma, nel respingere il reclamo proposto da un detenuto avverso il rigetto dell'istanza di permesso premio, ribadendo che *«la presunzione di persistenza del legame – ieri assoluta, oggi relativa – si fonda su una massima di esperienza consolidata e non smentita, vale a dire che il modo sicuro per spezzare irrimediabilmente il legame mafioso è dato dalla rottura del patto che consegue alla collaborazione con la giustizia, mentre invece l'omertà o il silenzio lo consolidano o comunque lo preservano, senza che il decorso del tempo, di per sé, lo vanifichi o lo spezzi. La fondatezza di questa massima di esperienza ancora oggi non è in discussione e sembra ispirare anche più concreti progetti di riforma della normativa. Il dato nuovo è che essa è suscettibile di una rigorosa prova contraria, che dia conto oggettivo e verificabile, innanzitutto, della concretezza del bisogno personale di collaborare con la giustizia quale esigenza di ricucitura della devastazione del patto sociale che sottende alla sottoposizione di un territorio e di una comunità ad un ordinamento feroce parallelo a quello dello Stato»*<sup>29</sup>.

Riprendendo le fila del discorso, non pare potersi affermare che la Suprema Corte e il Tribunale di sorveglianza di Roma abbiano inteso attribuire una ulteriore vitalità al reato accertato in sede di cognizione, rischiando di trascendere i limiti del giudicato. L'iter logico-giuridico si è mosso, piuttosto, su di un piano diverso, quello dell'accertamento, in capo al detenuto che aspira al beneficio penitenziario, non del suo *essere mafioso* (fatto, appunto, già accertato), ma dell'aver *conservato* la logica mafiosa, per non aver dimostrato di aver reciso del tutto il patto di affiliazione: in tale atteggiamento di inerzia si individuerebbe la sua pericolosità sociale ancora attuale, e non la nuova o perdurante commissione di un reato associativo, per definizione non accertabile nel giudizio di sorveglianza.

La distinzione è molto sottile e involge, inevitabilmente, considerazioni di carattere politico e criminologico.

#### **4. La collaborazione: equo prezzo della libertà**

Primo e principale strumento per superare la presunzione di permanenza del vincolo associativo era – ed è rimasta – la collaborazione con la Giustizia.

Accertati i requisiti di meritevolezza dei benefici penitenziari secondo gli standard normalmente adoperati – regolare condotta inframuraria, osservazione della personalità con esito positivo, adesione al trattamento, revisione critica, progettualità improntata ai canoni dell'*honeste vivere* – l'ergastolano per reati ostativi di prima fascia, se ha collaborato, può aspirare ai permessi premio e alle misure alternative, al pari dell'ergastolano “comune”.

Che cos'è, però, la collaborazione?

Secondo la Cassazione, il presupposto della utile collaborazione ai sensi dell'art. 58-ter L. ord. pen. non è limitato soltanto ai comportamenti di collaborazione che ineriscono al delitto per cui è in esecuzione la pena, ma comprende anche contributi informativi – che consentono la repressione o la prevenzione di condotte criminose diverse – integranti un “aiuto concreto” per l'autorità di polizia o per quella giudiziaria, da intendersi come apporto non oggettivamente irrilevante e, quindi, dotato di una reale efficacia ai fini della ricostruzione dei fatti e dell'accertamento delle responsabilità, che contribuisce alla formazione in dibattimento di prove indispensabili per dimostrare la responsabilità degli imputati e determinarne la condotta<sup>30</sup>.

La stessa giurisprudenza di legittimità limita l'accertamento della collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante all'interno dei confini del processo che ha dato origine alla sentenza di condanna definitiva e, quindi, ai soli elementi di fatto rilevanti nella specifica sede processuale, ricostruiti attraverso le contestazioni, l'iter motivazione della sentenza ed il dispositivo della stessa. Il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa impongono, infatti, di procedere alla verifica della oggettiva impossibilità o inesigibilità della collaborazione con la giustizia da parte del condannato avendo esclusivo riguardo ai fatti contestati nel giudizio di merito ed alle

<sup>29</sup> Trib. sorv. Roma, ord. 28 giugno 2022, P.

<sup>30</sup> Cass., Sez. I, 29 dicembre 2017, n. 58075, Rv. 271616-01.

responsabilità individuali delle risultanze processuali. Non è, invece, consentita una nuova e diversa lettura del compendio probatorio che è stato oggetto del giudizio di cognizione, poiché ciò comporterebbe l'onere, per il condannato, di allegare ulteriori circostanze specifiche da cui desumere l'impossibilità della sua collaborazione. Al contrario, è doveroso prendere in considerazione – sempre nei limiti del giudicato – i fatti di reato contestati ai correi e anche quelli non integranti titoli ostativi.

Riconosciuta l'attenuante della speciale collaborazione, in sede di cognizione, si gode di un considerevole sconto di pena.

In sede di esecuzione si otterrà, oltre alla minore durata della pena così decisa, un “ponte” privilegiato per l'accesso ai benefici penitenziari, che viene eretto prima ancora che la condanna diventi esecutiva. Invocando *a contrario* l'orientamento per cui, in materia di declaratoria di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante, la qualità di soggetto assimilato al collaboratore non può formare oggetto di una pronuncia dichiarativa di preventivo riconoscimento di una condizione assimilabile a uno “status”, ma deve essere accertata, incidentalmente, dall'organo a ciò deputato (cioè il Tribunale di sorveglianza), nell'ambito del procedimento attivato dalla richiesta di ottenimento del beneficio penitenziario<sup>31</sup>, si deve ammettere che il collaboratore gode, invece, di uno status privilegiato nel sistema penitenziario. Tale status viene cristallizzato prima che la condanna passi in esecuzione e non è neppure, al tempo in cui viene riconosciuto, legato all'ottenimento di un beneficio penitenziario. Che si tratti, però, di una declaratoria fine a sé stessa non lo si può dire, servendo la collaborazione, sopra ogni cosa, a valutare il complessivo contegno dell'imputato e la quantità della pena da infliggergli.

È di intuitiva comprensione che l'avvenuta collaborazione con la Giustizia non è necessaria garanzia dell'effettivo pentimento del collaboratore.

La Corte costituzionale ha più volte affermato (sentenze n. 253 del 2019 e 306 del 1993, oltre che ordinanza n. 97/2021) che «*la collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, così come il suo contrario non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento: la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione, così come, di converso, la scelta di non collaborare può esser determinata da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di associazioni criminali*»<sup>32</sup>.

Secondo autorevolissima dottrina, la disciplina dell'ergastolo ostativo «*si risolve nel trasformare un “premio” per la collaborazione, come tale “legittimo” (cfr. tutta l'esperienza del “pentitismo” e della dissociazione nella politica di contrasto al terrorismo), in un “castigo illegittimo” per il rifiuto di collaborazione*»<sup>33</sup>.

In questa prospettiva, lo sforzo cooperativo con lo Stato è preteso non per far conseguire un *vantaggio* all'autore del reato, ma per evitargli uno *svantaggio*<sup>34</sup>.

In un recente convegno svoltosi all'Università di Catanzaro, Gherardo Colombo non ha esitato a definire questo schema come il chiaro esempio di un «*atteggiamento contrattualistico*»<sup>35</sup>.

Spingendo alle estreme conseguenze questa impostazione, potrebbe affermarsi che si tratta di un sinallagma imperfetto, nel quale la volontà di una delle parti non si è liberamente formata.

<sup>31</sup> Cass., Sez. I, 5 febbraio 2014, n. 9301, Miranda Quintero, Rv. 259471-01; Id., 5 marzo 1999, n.1865, Sparta Leonardi, Rv. 213066 01; Id., 31 gennaio 2006, n. 7267, Mazzaferro, Rv. 234072-01; Id., 19 giugno 2003, n. 29195, Zaccaro, Rv. 225066-01. Più di recente, lo ha ribadito Cass., Sez. I, 21 febbraio 2020, n. 12555, Rv. 278904-01.

<sup>32</sup> Lo ha ribadito nell'ordinanza n. 97 del 2021, al punto n. 6 della motivazione.

<sup>33</sup> Flick, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1507.

<sup>34</sup> Così Pugiotto, in Galliani, Pugiotto, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, in *Riv. AIC*, 2017, 4, 15, nota 61.

<sup>35</sup> Si tratta del convegno su «*L'ergastolo ostativo. Il problema e le implicazioni costituzionali*», tenutosi presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro il 2 dicembre 2022, qui fruibile per intero: <https://www.radioradicale.it/scheda/684396/lergastolo-ostativo-il-problema-e-le-implicazioni-costituzionali>.

A venire in gioco sarebbe, infatti, lo stesso diritto all'autodeterminazione del condannato: secondo alcuni studiosi, il legislatore ordinario, nel prevedere l'ostatività e dunque sottoponendo il detenuto al peso di un lacerante dilemma, violerebbe l'art. 13, co.4, Cost., a mente del quale «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

In altre parole, con la disciplina dell'ergastolo ostativo è stata resa obbligatoria una condotta che, per espressa previsione costituzionale, è oggetto, invece, di un preciso dovere di incriminazione<sup>36</sup>.

Nel medesimo ordine di idee si colloca l'argomento per cui sarebbe violato il diritto al silenzio del condannato, quale espressione del più generale principio *nemo tenetur se detegere*, il quale dovrebbe trovare applicazione non solo nella fase dell'accertamento giurisdizionale dei fatti e delle relative responsabilità, ma anche in quella dell'esecuzione della pena.

Del resto, il diritto alla professione di innocenza deve riconoscersi anche nella fase successiva alla intervenuta irrevocabilità della sentenza di condanna, trattandosi dell'esercizio di un diritto cui non può, di per sé, essere attribuita valenza ostativa al riconoscimento di un beneficio<sup>37</sup>.

Argomenti eguali e contrari sono stati avanzati dai sostenitori della necessità dell'ostatività, anche nelle forme "attenuate", ma pur sempre rigorose, come disegnate dal D.L. 162/2022.

La tesi per cui l'ordinamento, nel promettere ricompense (premi, aiuti, benefici, vie prioritarie per i benefici penitenziari) ai collaboratori di giustizia, scadrebbe nel "ricatto", e si renderebbe perciò autore di una vera e propria violenza morale, non è condivisa da coloro che sottolineano l'importanza della risposta dello Stato alla mafia. Nessun paese dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa conosce, con altrettanta drammatica profondità, la gravità del fenomeno mafioso. Questo spiega la peculiarità di una disciplina che, lungi dal potersi ridurre ad una mera contrattazione, esprime precise scelte di politica criminale che vengono realizzate grazie ai meccanismi penitenziari. Così come, ad esempio, in materia di esecuzione della pena presso il domicilio *ex lege* 199 del 2010 sono previsti sbarramenti e soglie temporali indefettibili – sono esclusi dal beneficio i condannati in espiazione di delitti compresi nell'intero catalogo di cui all'art. 4-bis L. ord. pen., senza distinzione di "fasce", e, in generale, coloro che debbano espriare più di diciotto mesi di pena residua – e in alcun modo legati all'effettiva prova dell'emenda del reo e della sua rieducazione<sup>38</sup>, perché il legislatore deve provvedere con urgenza allo svuotamento delle carceri e rifugge le pene detentive brevi, obiettivamente non idonee alla rieducazione, ebbene nell'ipotesi dei reati ostativi l'ordinamento ha scelto di ancorare l'accesso alla gradualità trattamentale alla collaborazione con la Giustizia. Si tratta di una precisa opzione politica, che risponde, anzitutto, ad esigenze di prevenzione generale e speciale, ritenute evidentemente prevalenti rispetto alle altre funzioni della pena.

Quanto, più specificamente, alla denunciata pressione morale sul detenuto, si tratterebbe, in realtà, di esigere "il minimo etico" da coloro che si siano macchiati di delitti efferatissimi, fermo restando che dalla posizione apicale o comunque centrale del singolo condannato può desumersi, di per sé, l'utilità e l'opportunità di una richiesta in tal senso, parendo assolutamente inverosimile ipotizzare un ingiusto ricatto.

Il richiamo al diritto al silenzio, poi, non sarebbe conferente, trattandosi di istituto che l'ordinamento contempla nella fase della cognizione, laddove la libertà dell'imputato è ancora in gioco, sicché deve essergli riconosciuto il *diritto di non dire* per non aggravare la propria posizione.

Del resto, nell'ambito del processo penale il diritto al silenzio è diversamente modulato – il principio del *nemo tenetur* non è assoluto, e ciò si desume, ad esempio, dal diverso atteggiarsi degli obblighi dichiarativi: si vedano, in particolare, gli artt. 274, co. 1, lett. a) c.p.p., nonché gli artt. 64, co.3, lett.

<sup>36</sup> Dolcini, *op. ult. cit.*, 17.

<sup>37</sup> Cass., sez. I, 14 ottobre 2022, Viola, punto n. 6 della motivazione in diritto.

<sup>38</sup> L'esecuzione della pena presso il domicilio, prevista originariamente come strumento deflativo, è oggi annoverata al fianco delle altre misure alternative alla detenzione, dalle quali si distingue proprio per l'assenza dei più stringenti requisiti in termini di meritevolezza. Secondo alcuni, il vaglio del magistrato di sorveglianza si risolverebbe nel controllo quasi formale dell'assenza di condizioni ostative alla concessione della misura, senza la necessità di approfondire circa l'effettivo svolgimento di un buon percorso inframurario da parte del condannato. L'esiguità della pena espia e la natura del titolo di reato in espiazione sarebbero, infatti, elementi sufficienti a disporre il rientro in società del condannato.

c), 197, lett. b), 197-bis c.p.p. – e persino tra le fila dei più garantisti è emersa qualche perplessità in ordine alla tesi della contraddizione tra la tutela del diritto al silenzio per l'imputato o indagato e l'imposizione della collaborazione come strumento per elidere l'ostatività dell'ergastolo.

Non vi sarebbe, in questo senso, una «*contraddizione insanabile nella differenza di trattamento legislativo che ne viene con la disciplina del silenzio di chi stia combattendo, in un procedimento ancora in corso, per non essere ritenuto responsabile (o per essersi ritenuto “meno responsabile”) di un reato*»<sup>39</sup>.

Queste, in poche battute, le principali tesi legate alla scelta legislativa di ancorare l'accesso ai benefici penitenziari alla condotta collaborativa.

Lo scenario è oggi mutato: al sentiero principale – cui è equiparata la declaratoria di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante<sup>40</sup> – si affiancano, nella dimensione penitenziaria, alcune vie secondarie, potenzialmente in grado di condurre allo stesso risultato, cioè il superamento dell'ostatività. Si noterà subito, però, che il legislatore ha in realtà «*inteso sostituire l'ergastolo ostativo con una corsa a ostacoli difficilmente percorribile sino al traguardo*»<sup>41</sup>.

## 5. I nuovi oneri probatori

La legge 199 del 2022 ha riscritto il comma 1-bis dell'art. 4-bis L. ord. pen., prevedendo che, per i reati c.d. ostativi di prima fascia (elencati nella stessa disposizione, stesso comma: si tratta dei delitti di mafia e assimilati, di cui si è detto sopra), i benefici di cui al comma 1 (permessi premio e misure alternative alla detenzione, oltre che la liberazione condizionale per effetto del rinvio operato dall'art. 2 D.L. 152/1991) possono essere concessi ai condannati per tali delitti «*purché gli stessi dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione al detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile. Al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa*».

La legge richiede, dunque, l'attivazione della parte interessata per il superamento dell'ostatività.

Non pare che la distinzione tra l'onere di “dimostrare” riferito, nella formulazione letterale della norma, ai soli obblighi di natura economica – e quello di “allegare” – rispetto al coacervo di ben più pregnanti “fatti” – possa valere ad escludere che, nell'intenzione del legislatore, l'onere della prova sia, per intero, a carico del condannato detenuto.

Se l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna, ovvero l'assoluta impossibilità di tale adempimento, non pare destare particolari preoccupazioni, ben più complicato e gravoso è l'onere dimostrativo richiesto al condannato con riguardo agli altri elementi indicati. Una *probatio diabolica* resa ancora più faticosa dalla stessa formulazione della disposizione, che di certo non spicca per chiarezza.

Venendo, dunque, al contenuto di tali obblighi dimostrativi, essi sono individuati, anzitutto, in negativo: non bastano «*la regolare condotta carceraria, alla partecipazione al detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale*

<sup>39</sup> Chiavario, *Un'esigenza di civiltà... senza dimenticare le vittime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1512.

<sup>40</sup> L'istituto conserva cittadinanza anche dopo la legge 199/2022, con limitato riguardo ai fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della novella.

<sup>41</sup> De Vito, *Finisce davvero il “fine pena mai”? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Questione Giustizia*, 2 novembre 2022.

*appartenenza»*, ma occorre un *quid pluris*, cioè elementi *specifici, diversi e ulteriori* che provino l'avvenuta rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata e con il contesto nel quale fu consumato il reato, nonché l'insussistenza del pericolo di riacciare i rapporti con tale contesto: la ridondante triade impone al detenuto di dimostrare qualcosa in più, che trascenda dal mero, formale buon comportamento intramurario e dalle dichiarazioni di intenti.

Segue, a titolo esemplificativo, la precisazione del contenuto probatorio relativo all'insussistenza dei collegamenti – attuali, potenziali o anche solo indiretti – con la criminalità organizzata: gli elementi probatori specifici, diversi e ulteriori rispetto alla buona condotta e all'adesione al trattamento o alle dichiarazioni di dissociative devono avere riguardo alle *circostanze personali e ambientali*, alle *ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione*, alla *revisione critica della condotta criminosa* e tener conto di *ogni altra informazione disponibile*. Entrano in tale valutazione, per effetto dell'accertamento che la disposizione impone al giudice di effettuare<sup>42</sup>, anche eventuali iniziative riparative realizzate dal condannato.

La disposizione non è stata salutata con favore da una nutrita schiera di studiosi, i quali hanno, prima di tutto, messo il luce il problema della lontananza della prova per il condannato. Qualora l'interessato sia ristretto – magari da lunghissimo tempo – come potrebbe dimostrare qualcosa di diverso e ulteriore rispetto a ciò che avviene all'interno delle mura del carcere?

Il legislatore consente di allegare e dimostrare che l'avvenuto distacco dagli ambienti criminali sia provato, tra l'altro, mediante l'accertata revisione critica degli agiti devianti e per il tramite di tutte le *“circostanze personali e ambientali”* relative alla posizione del condannato, sicché egli potrebbe, ad esempio, indicare l'estraneità del proprio nucleo familiare al contesto malavitoso, la mancata ricezione di rimesse di denaro all'interno del carcere, l'insussistenza di legami, visivi o epistolari, con appartenenti al sodalizio. Ma non basta.

Resta, infatti, il dovere di dimostrare l'insussistenza di legami, anche indiretti, con la criminalità organizzata e, con previsione di ancor più difficile comprensione, l'insussistenza del pericolo di un loro ripristino: si tratta di fornire la prova negativa di un fatto che si presume esistente (cioè il fatto che i collegamenti con il sodalizio siano ancora attuali), nel primo caso; la prova negativa di un fatto naturalisticamente inesistente (il pericolo), nel secondo.

Senza considerare, poi, che per effetto dell'ampliamento dei reati ostativi di c.d. prima fascia rispetto ai reati “comuni”, aggravati dalla circostanza del nesso teleologico con un delitto ostativo (art. 61, n. 5, c.p.<sup>43</sup>), potrebbero trovarsi afflitti dalla più rigorosa disciplina ex art. 4-bis L. ord. pen. anche coloro che ebbero un ruolo del tutto marginale all'interno del sodalizio (perché, ad esempio, meri esecutori materiali di reati satellite).

Insufficiente pare, infine, il richiamo alla revisione critica – peraltro concetto piuttosto fumoso, in quanto relativo al foro interno del condannato – quale criterio giustapposto agli altri indici rivelatori della meritevolezza del beneficio.

Il nuovo sistema probatorio messo a punto dal legislatore non sarebbe, invece, così drammatico secondo altri commentatori: dovrebbe, al contrario, evitarsi che la laconicità del testo induca ad interpretazioni largheggianti che consentano di ritenere vinta, con troppa facilità, la presunzione di permanente pericolosità.

---

<sup>42</sup> L'utilizzo dell'espressione «*il giudice accerta*» pare rinviare a un potere istruttorio officioso, slegato dall'iniziativa di parte; tuttavia, l'inserimento di tale locuzione all'interno della disposizione relativa agli oneri probatori imposti al detenuto, in chiusura del lungo elenco, impone di considerare anche l'allegazione delle iniziative risarcitorie un preciso onere dell'interessato, cui seguirà l'accertamento giudiziale.

<sup>43</sup> Ha suscitato grande indignazione la previsione del relativo accertamento da parte del giudice della cognizione o dell'esecuzione, così consentendo al giudice dell'esecuzione un ampliamento *in peius* del regime di ostatività, oppure sotto il profilo della duplice, erronea indicazione relativa, da un lato, al giudice dell'esecuzione anziché a quello di sorveglianza; dall'altro, al riferimento a una circostanza aggravante che, per definizione, può essere accertata soltanto in sede cognitiva. A ben vedere, tuttavia, il problema può essere risolto considerando che la menzione della circostanza aggravante debba intendersi riferita all'applicazione della disciplina del reato continuato, che può essere decisa in sentenza ovvero, successivamente, secondo il modulo procedimentale di cui all'art. 671 c.p.p.

Premessa, in quest'ottica, la ragionevolezza della scelta legislativa di rendere particolarmente difficile l'accesso ai benefici premiali per chi non abbia inteso collaborare con la Giustizia, agli operatori del diritto non resterebbe, infatti, che rifarsi alla elaborazione giurisprudenziale che si è sviluppata a partire dalla sentenza n. 253 del 2019, con riguardo proprio alla prova dell'attualità dei legami con la criminalità organizzata e del pericolo di ripristino degli stessi.

L'esito favorevole della domanda di permesso premio, nel paradigma disegnato dalla Corte costituzionale e poi elaborato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, presupponeva, infatti, di valutare l'esistenza di elementi, concreti e specifici, idonei ad escludere non solo l'attualità dei collegamenti tra il condannato e la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ma anche il pericolo del ripristino di siffatti collegamenti tenuto conto delle circostanze del caso. Il condannato non collaboratore che intendeva accedere ai benefici *ex art. 30-ter* L. ord. pen., in particolare, non poteva limitarsi ad allegare elementi fattuali, quali, ad esempio, la assenza di procedimenti posteriore alla carcerazione, il mancato sequestro di missive o la partecipazione fattiva all'opera rieducativa che, anche solo in chiave logica, fossero idonee a contrastare la presunzione di perdurante pericolosità prevista dalla legge, dovendo, invece, allegare precisi elementi individualizzanti, anche in relazione al percorso rieducativo svolto, dai quali potesse desumersi la proiezione attuale a recidere i collegamenti con la criminalità organizzata e a non riattivarli in futuro<sup>44</sup>. In adesione a tale orientamento, i magistrati di sorveglianza avevano già individuato una serie di criteri applicativi per rendere concrete le indicazioni della Consulta, mettendo a punto «*metodi di indagine e ragionamenti probatori che hanno permesso, sul versante interno al carcere, una approfondita stima della revisione critica del reato e del trattamento penitenziario (calibrata sul ruolo rivestito all'interno dell'associazione) e, con riferimento al profilo extramurario, una accurata stima della perdurante operatività del sodalizio criminoso, delle nuove sopravvenienze investigative o processuali, dell'effettivo stato di immunità del contesto di riferimento, dl tenore di vita e reddituale dei familiari*»<sup>45</sup>.

### **5.1. Segue: la valorizzazione dei motivi del silenzio: un'occasione mancata?**

Il detenuto può spiegare per quale ragione non ha inteso collaborare: qualora intenda chiarirlo, le giustificazioni addotte a sostegno della mancata cooperazione con le istituzioni comporranno, unitamente agli altri elementi di cui si è detto, il complessivo quadro probatorio sul quale si innesteranno gli accertamenti disposti dal magistrato di sorveglianza per la verifica delle allegazioni di parte <sup>46</sup>.

Il legislatore, con l'utilizzo dell'avverbio “*eventualmente*”, ha reso solo facoltativa l'esplicitazione delle ragioni del silenzio.

È stato sostenuto che sarebbe stato utile, al contrario, eliminare tale espressione e imporre l'obbligatoria allegazione degli specifici motivi della mancata collaborazione, per verificare che,

<sup>44</sup> Cass., Sez. I, 28 febbraio 2022, n. 19536, Barranca, Rv. 283096; nonché Cass., Sez. I, 11 maggio 2022, n. 38832, Viola.

<sup>45</sup> De Vito, *op. cit.*

<sup>46</sup>Secondo il nuovo co. 2 dell'art. 4-bis L. ord. pen. « *Il giudice acquisisce, anche al fine di verificare la fondatezza degli elementi offerti dall'istante, dettagliate informazioni in merito al perdurare dell'operatività del sodalizio criminale di appartenenza o del contesto criminale nel quale il reato è stato consumato, al profilo criminale del detenuto o dell'internato e alla sua posizione all'interno dell'associazione, alle eventuali nuove imputazioni o misure cautelari o di prevenzione sopravvenute a suo carico e, ove significative, alle infrazioni disciplinari commesse durante la detenzione. Il giudice chiede altresì il parere del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado o, se si tratta di condanne per i delitti indicati all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado e del Procuratore nazionale antimafia, acquisisce informazioni dalla Direzione dell'istituto ove l'istante è detenuto o internato e dispone, nei confronti del medesimo, degli appartenenti al suo nucleo familiare e delle persone ad esso collegate, accertamenti in ordine alle condizioni reddituali e patrimoniali, al tenore di vita, alle attività economiche eventualmente svolte e alla pendenza o definitività di misure di prevenzione personali o patrimoniali*».

effettivamente, tale inerzia sia dipesa da una giusta causa (ad esempio, dal timore per l'incolumità propria e della propria famiglia).

Il suggerimento, non recepito dal legislatore, è stato avanzato dal Tribunale di sorveglianza di Roma, nelle more della conversione in legge del D.L. 162/2022.

Per la magistratura di sorveglianza romana sarebbe stato quantomai pertinente e utile imporre l'allegazione e l'esplicitazione delle ragioni che inducono il detenuto a non collaborare.

Se è certo, infatti, che possono emergere situazioni che rendono non esigibile la collaborazione, perché determinano un conflitto interiore di portata devastante – ad esempio, quando si tratta di scegliere tra la prospettiva di liberazione e l'esposizione a rischio dei propri cari – deve però rilevarsi che il fenomeno mafioso (genericamente definibile come l' "Antistato"), è vastissimo e particolarmente variegato, sicché solo l'effettivo ricorrere di situazioni straordinarie – e la casistica delle circostanze che possono indurre questa scelta non è sconfinata, né insuscettibile di essere verificata – potrebbe giustificare il silenzio nei confronti delle Istituzioni.

L'esplicitazione delle ragioni della mancata collaborazione, inoltre, consentirebbe di dare voce ad una effettiva recisione del patto con la mafia, anche nei confronti della collettività. Si tratterebbe, per il magistrato di sorveglianza, di un significativo strumento per soppesare l'autenticità della rottura con il contesto nel quale sono stati commessi i reati.

Né potrebbe invocarsi, in questa prospettiva, il diritto al silenzio adombrato nella sentenza n. 253 del 2019, in quanto da un lato in quella decisione il diritto silenzio è calato in una prospettiva più ampia, che non può essere semplificata e ridotta al solo terreno delle ragioni della mancata collaborazione; dall'altro, perché quella pronuncia non si fonda, nel suo nucleo essenziale, sul diritto di tacere.

L'ordinanza 97 del 2021 aveva, del resto, espressamente indicato fra le legittime possibilità di scelta del legislatore quella di annoverare, tra le condizioni cui legare l'apertura dei benefici, l'emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione.

La semplice soppressione dell'avverbio "eventualmente", avrebbe, insomma, costituito l'architrave su cui fondare un sistema di controllo rigoroso sul delicatissimo ruolo affidato al giudice di sorveglianza in questa materia <sup>47</sup>.

Questa indicazione non è stata seguita dal legislatore: anche la legge di conversione del D.L. 162/2022 ha mantenuto la scelta di rendere solo facoltativa l'esplicitazione delle ragioni della mancata collaborazione, così perdendo una preziosa occasione per ancorare il superamento dell'ostatività a un parametro ritenuto fondamentale per saggiare l'effettiva volontà di recupero sociale del condannato.

Altra parte della magistratura, invece, si è mostrata piuttosto critica sull'opportunità di valutare, tra gli elementi adottati per vincere la presunzione di permanenza della pericolosità mafiosa, le ragioni della mancata collaborazione. L'espresso suggerimento al legislatore da parte della Corte costituzionale sarebbe, infatti, quantomai insidioso, perché rischierebbe di far rientrare dalla finestra ciò che si è provato a fare uscire dalla porta, risultandone «*ribadito il discutibile rapporto di scambio tra la concessione di benefici e la "scelta" di delazione imposta al detenuto ergastolano*»<sup>48</sup>.

L'aspetto più odioso della disciplina dell'ergastolo ostativo – quello che la Corte Edu avrebbe espressamente inteso abbattere – starebbe proprio nella scelta legale di subordinare la concessione dei benefici a una condotta delatoria del detenuto, così punendo colui che non si pente e inducendolo, con la forza, a collaborare.

---

<sup>47</sup> Sono state così parafrasate le considerazioni del Dott. Marco Patarnello, magistrato di sorveglianza di Roma, in sede di audizione presso la Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, il 22 novembre 2022. L'intervento può essere ascoltato qui: <https://www.radioradicale.it/scheda/683647/commissione-giustizia-del-senato>.

<sup>48</sup> Woodcock, *Qualche considerazione sulla recente pronuncia della Corte costituzionale in materia di "ergastolo ostativo"*, in *Questione Giustizia*, 26 maggio 2021.

La Corte Edu, invece, nel caso Viola aveva ritenuto che l'imposizione della collaborazione quale unica via per superare la presunzione assoluta di pericolosità, ostativa ai benefici penitenziari, dovesse considerarsi violativa dell'art. 3 Cedu, perché aveva l'effetto di privare il ricorrente di qualsivoglia prospettiva realistica di liberazione.

## 6. «Both a prospect of release and a possibility of review»

Per comprendere l'approdo della Corte Edu nell'*affaire* Viola <sup>49</sup>, dal quale tutto cominciò, pare utile ripercorrere, brevemente, le pronunce rese dal Giudice di Strasburgo in materia di ergastolo.

Nella giurisprudenza convenzionale è stabilito chiaramente che la scelta di un determinato regime di giustizia penale fatta da uno Stato, ivi compreso il riesame della pena e le modalità di liberazione, non è soggetta, in linea di principio, al controllo esercitato dalla Corte Edu <sup>50</sup>, purché il sistema adottato non contravvenga ai principi della Convenzione e in particolare all'art. 3, che pone il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti.

Nel caso *Kafkaris contro Cipro* <sup>51</sup> la Corte alsaziana, ribadita tale autonomia degli Stati, affermò che l'ergastolo poteva considerarsi compatibile con i principi della Convenzione, solo ove fosse previsto un meccanismo per il rientro del condannato nel consorzio civile, potendo tale meccanismo consistere anche nel solo esercizio del potere di grazia, pure se affidato al potere esecutivo (e dunque sottratto a qualsivoglia obbligo di motivazione <sup>52</sup>). In quel caso, tuttavia, la riducibilità dell'ergastolo poteva davvero configurarsi *de iure* e *de facto*: sotto il primo profilo, la previsione astratta di uno strumento legale di mitigazione rendeva possibile una via d'uscita dal punto di vista normativo; sotto l'aspetto fattuale, invece, la Corte rilevò che, nella prassi, il presidente cipriota aveva esercitato numerose volte tale potere, sicché le *chances* di liberazione non potevano dirsi vicine alla impossibilità, come invece solitamente si crede quando vengono in rilievo eccezionali poteri di clemenza <sup>53</sup>.

Tale orientamento è stato sensibilmente modificato nella successiva sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito* <sup>54</sup>, nella quale la Corte si è spinta ad affermare che la dignità umana, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione, impedisce di privare una persona della sua libertà in maniera coercitiva senza operare, nel contempo, per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare, un giorno, tale libertà: la grazia solo per motivi compassionevoli («*compassionate grounds*») doveva considerarsi strumento insufficiente ai fini della riducibilità dell'ergastolo.

La successiva pronuncia resa nel caso *Murray c. Paesi Bassi* <sup>55</sup> ha posto degli importanti punti fermi nella dogmatica giurisprudenziale in materia di pena detentiva perpetua, elaborando i seguenti

<sup>49</sup> Primo e –sinora– unico caso nel quale la Corte di Strasburgo si è pronunciata sulla pena detentiva perpetua italiana.

<sup>50</sup> La Corte Edu ha in più occasioni ribadito che agli Stati deve essere riconosciuto un margine di apprezzamento per determinare la durata adeguata delle pene detentive per le diverse fattispecie criminali previste al loro interno. In altre parole, la Corte non è tenuta a dire quale debba essere la durata della reclusione per questo o quel reato né quale debba essere la durata della pena, detentiva o di altro tipo, che una persona condannata da un tribunale competente dovrà scontare (Corte Edu, *Gr. Chambre*, 16 dicembre 1999, T. c. Regno Unito, Ric. 24724/94, par. 117, nonché Id., V. c. *Regno Unito*, Ric. 24888/94, par. 118, e *Sawoniuk c. Regno Unito*, Ric. 63716/00).

<sup>51</sup> Corte Edu, *Gr. Chambre*, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, Ric. 21906/05.

<sup>52</sup> Con sentenza resa dalla II Sezione il 23 maggio 2017, nel caso *Motiosaitis c. Lituania*, è stata invece riscontrata una violazione dell'art. 3 della Convenzione in relazione alla irriducibilità dell'ergastolo, non essendo a ciò sufficiente il potere di grazia che è attribuito al Presidente della Repubblica in forza del riconoscimento di poteri del tutto discrezionali.

<sup>53</sup> Come spiega Galliani, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte Edu*, in *Studium Iuris*, 2017, 9, 971, in quel caso poteva davvero dirsi reale e tangibile la possibilità, per l'ergastolano, di venire un giorno scarcerato: *Kafkaris* era l'ultimo ergastolano presente a Cipro, perché tutti i condannati a pene detentive perpetue avevano riacquisito la libertà proprio per grazia del Capo dello Stato.

<sup>54</sup> Corte Edu, *Gr. Chambre*, 7 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, Ric. 66069/2009, 130/2010 e 3896/2010.

<sup>55</sup> Corte Edu, 4 ottobre 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, Ric. 10511/10.

principi: 1) l'ergastolo non contrasta, di per sé, con l'art. 3 CEDU, salvo che tale sanzione sia manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto accertato; 2) l'esecuzione della pena deve consentire di prevedere « *both a prospect of release and a possibility of review* », cioè sia la prospettiva della liberazione che la possibilità di revisione della pena, al fine di evitare che il condannato all'ergastolo resti privato della libertà anche quando la sanzione pena non risulta più giustificata; c) il meccanismo di revisione deve essere sufficientemente definito *ab initio*, in modo che al condannato ristretto in carcere sia assicurata la conoscenza, sin dall'inizio della pena, di ciò che gli viene richiesto per poter porre fine, comprendendosi in tale indicazione anche quella del *dies a quo* per intraprendere il relativo percorso; d) in base ad una valutazione comune alla maggioranza degli Stati membro del Consiglio d'Europa, il meccanismo di revisione dovrebbe essere attivato entro venticinque anni dall'inizio della carcerazione, ed essere poi seguito da periodiche verifiche del percorso rieducativo del condannato, fermo restando un certo margine di apprezzamento in capo ai singoli Stati tradizionalmente riconosciuto dalla Corte.

Particolarmente importante pare, in quella pronuncia, il passaggio relativo alla necessità che la personalità del condannato non rimanga fissata al momento in cui il reato è stato commesso, poiché deve considerarsi che essa è suscettibile di evolvere durante la fase di esecuzione della pena <sup>56</sup>, che infatti ha una spiccata funzione risocializzante. Altrettanto significativo è il principio della prevedibilità *ab initio* delle possibili sorti della pena, perché il condannato ha diritto di conoscere con anticipo le strade percorribili per accedere, sempre che ne ricorrano i presupposti, alla liberazione anticipata.

Una battuta di arresto di tale tensione fortemente garantista fu realizzata, qualche anno dopo, in occasione di una nuova pronuncia contro il Regno Unito <sup>57</sup>: la sentenza è citata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 97/2021 e ritenuta, comunque, sintomatica di una semplice tendenza all'abbassamento del livello di tutela in termini di concretezza e prevedibilità degli strumenti per la liberazione del condannato "rieducato", e non idonea perciò a scalfire il cuore della esegesi operata, nella materia della pena perpetua, dalla Corte Edu, che può così riassumersi: l'astratta comminatoria della pena perpetua non è un fatto in sé lesivo della dignità della persona, e quindi non costituisce un trattamento degradante, purché siano previsti in astratto, e risultino realisticamente applicabili in concreto, strumenti giuridici utili a interrompere la detenzione e a reimmettere i condannati meritevoli nella società <sup>58</sup>.

Accogliendo il ricorso di Marcello Viola contro l'Italia, nel 2019 la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu rilevando che l'art. 4-bis L. ord. pen. – nella versione in vigore sino al 31 dicembre 2022 – limita in modo eccessivo la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità di un *riesame della sua pena*.

Prescindendo dalla considerazione per cui la pronuncia alsaziana, riferendosi, in generale, alla possibilità di "riesame" della pena, comporta la necessità di una riflessione più estesa rispetto al solo campo dei benefici penitenziari, ciò che preme di evidenziare, in questa sede, è che secondo la Corte Edu il principio della dignità umana impedisce di privare una persona della sua libertà con la costrizione senza operare, nel contempo, per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà. In questa prospettiva, la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata a una scelta libera e volontaria e neppure giustificata soltanto dalla persistenza della adesione ai "valori criminali" e al mantenimento dei legami con il gruppo di appartenenza. Considerando la collaborazione con le autorità come l'unica dimostrazione possibile della dissociazione del condannato e della sua correzione, non si tiene conto degli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto: non è escluso, evidenzia la Corte, che la "dissociazione" dall'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia <sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Si veda, in particolare, il par. 102.

<sup>57</sup> Corte Edu, Gr. Chambre, 17 gennaio 2017, Hutchinson c. Regno Unito, con nota di Galliani, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte Edu*, cit.

<sup>58</sup> Corte cost., ord. n. 97/2021, cit., punto n. 4 della motivazione.

<sup>59</sup> Corte Edu, Viola c. Italia, cit., par. 121.

Premesso, dunque, che la collaborazione non può essere eretta a unico criterio rivelatore dell'effettivo distacco con la criminalità organizzata, resta da chiedersi se la nuova disciplina dell'ergastolo “diversamente ostativo” sia sufficiente a rispettare gli standard convenzionali di tutela.

Il complicato onere probatorio che incombe sul detenuto integra davvero una *probatio diabolica*?

Oppure la pena detentiva perpetua può considerarsi riducibile in modo sufficientemente determinato (*de iure*) e “alla portata” (*de facto*) dell'ergastolano ostativo?

La conoscibilità, in astratto, delle prospettive di liberazione e della strada per ottenerla sono state disegnate dal legislatore in maniera piuttosto fluida – nonostante l'utilizzo di molti sintagmi e di una numerazione normativa puntigliosa <sup>60</sup> – e saranno riempite di contenuto dalla magistratura di sorveglianza, cui spetta un compito delicatissimo.

La Corte costituzionale ci insegna che, per valutare in termini costituzionalmente legittimi una pena, è necessario considerare insieme esecuzione, cognizione e scelte legislative, poiché la rieducazione indica «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» <sup>61</sup>.

L'interrogativo di fondo è se la pena del nuovo ergastolo ostativo nasca e viva come pena certa, anche rispetto ad una sua possibile rideterminazione in una sanzione di durata determinata... oppure se il reticolato probatorio nel quale il legislatore ha ingabbiato il superamento della presunzione di pericolosità sia, in realtà, espressivo di una mal celata volontà di ribadire l'ostatività totale, rendendo, di fatto, impossibile fornire la prova contraria richiesta.

Per sciogliere il quesito sulla compatibilità costituzionale e convenzionale del nuovo ergastolo ostativo occorrerebbero ben più robusti strumenti culturali.

Chi scrive si limita, per ora, a riflettere, ricordando le parole di Valerio Onida, comparse sul Corriere della Sera, all'indomani della sentenza n. 253 del 2019:

« [...] *Ma – dicono alcuni – la mafia si può combattere efficacemente solo con pene che non possono di fatto venir meno in assenza di collaborazione: chi entra nella mafia fa un giuramento di sangue che potrebbe essere rotto solo passando esplicitamente e attivamente all'«esercito» avversario, quello dello Stato che la persegue. Questa tesi ha due punti deboli. Il primo è che suppone una «forza» dell'affiliazione mafiosa comunque più forte di qualsiasi processo personale di ravvedimento: in sostanza il mafioso sarebbe «irricuperabile» alla società, salvo convincerlo o costringerlo a passare al «nemico». È un corollario dell'idea per cui l'attitudine a delinquere sarebbe un marchio incancellabile. La Costituzione invece parte dal presupposto che nessuna persona è a priori irrecuperabile.*

*Il secondo punto debole della tesi è che sembra supporre che di fronte a un male come la mafia si debba poter agire anche al di là dei limiti normalmente imposti all'esercizio del potere dello Stato. Con questo tipo di argomenti si potrebbe giungere a giustificare la pena di morte o l'uso della tortura, con la scusa che bisogna combattere mali estremi, come il terrorismo. Ma, come ha ricordato la Corte Suprema dello Stato di Israele in una famosa sentenza, «una democrazia deve talora combattere con un braccio legato dietro alla schiena», ma questo ne fa la forza. Rispettare sempre la dignità umana e i diritti inviolabili costituisce la sua essenza, ed è un importante aspetto della stessa esigenza di sicurezza »<sup>62</sup>.*

---

<sup>60</sup> Non deve dimenticarsi che, tra i principi superiori cui la Legge penale deve ispirarsi, ci sono anche quelli della certezza della pena e della sua prevedibilità, che si fanno derivare, tra l'altro, dall'obbligo di chiarezza e accessibilità delle norme giuridiche, che incombe su chi ha il compito di redigerle. Autorevolissima dottrina non ha esitato a definire l'art. 4-bis L. ord. pen. una norma “incivile”, proprio per l'infelice formulazione testuale, di difficile comprensione e frutto di numerosi interventi riformatori stratificatisi nel tempo.

<sup>61</sup> Corte cost., 26 giugno 1990, dep. 2 luglio 1990, n. 313.

<sup>62</sup> [https://www.corriere.it/opinioni/19\\_novembre\\_06/ergastolo-mafiosidietro-quella-scelta-a00685be-00c9-11ea-90df-c7bf97da0906.shtml](https://www.corriere.it/opinioni/19_novembre_06/ergastolo-mafiosidietro-quella-scelta-a00685be-00c9-11ea-90df-c7bf97da0906.shtml).