



17 MAGGIO 2023

Fine pena (forse): ergastolo ostativo e prospettive di riscatto

di Francesca Polacchini

Ricercatrice di Diritto costituzionale

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Fine pena (forse): ergastolo ostativo e prospettive di riscatto *

di **Francesca Polacchini**

Ricercatrice di Diritto costituzionale

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Abstract [It]: Il d.l. 162/2022 rappresenta l'epilogo normativo di un percorso giurisprudenziale lungo e composito, che ha visto convergere gli esiti ricostruttivi dei giudici di Strasburgo e della Corte costituzionale, accomunati dallo spirito di scardinare le fondamenta di legittimazione dell'ergastolo c.d. ostativo, ponendone in luce i profili di illegittimità convenzionale e costituzionale. Dopo aver ricostruito l'impianto concettuale che sorregge la posizione delle due Corti in materia di ostatività penitenziaria, il lavoro prende in esame la novella normativa, evidenziandone i principali tratti di problematicità e i profili di convergenza e divergenza rispetto ai moniti formulati dalla Consulta e dalla Corte europea.

Title: End of sentence (perhaps): life imprisonment and prospects for redemption

Abstract [En]: The decree-law 162/2022 represents the epilogue of a long jurisprudential path, which has seen the reconstructive results of the judges of Strasbourg and the Italian Constitutional Court converge, united by the spirit of undermining the legitimacy of the life imprisonment without parole. After having reconstructed the conceptual structure that supports the position of the two Courts, the work examines the new legislation, highlighting the main problematic features and the convergence and divergence profiles with respect to the warnings formulated by the Italian Constitutional Court and the Court of Strasbourg.

Parole chiave: ergastolo ostativo, rieducazione, divieto di trattamenti inumani e degradanti, benefici penitenziari, diritto alla speranza

Keywords: life imprisonment, reeducation, prohibition on inhuman and degrading treatment, prison benefits, right to hope

Sommario: **1.** Premessa: inquadramento del d.l. 162/2022 nell'orizzonte finalistico della pena. **2.** I limiti alla pretesa punitiva dello Stato: l'integrazione tra l'art. 27, comma 3, Cost. e l'art. 3 Cedu. **3.** Il carattere assoluto e inderogabile del divieto di pene inumane e degradanti, componente dei *core rights* del sistema Cedu e dell'ordine pubblico europeo. **4.** L'ergastolo ostativo come pena inumana: il caso *Viola c. Italia* e i suoi precedenti. **4.1.** La tutela contro le violazioni potenziali del divieto di pene inumane: i principi dei casi *Soering* e *Saadi* applicati all'extradizione o espulsione verso Paesi che ammettono il *life imprisonment without parole*. **4.2.** Il temperamento dei criteri *Vinter* per le ipotesi di estradizione ed espulsione finalizzate alla pena dell'ergastolo: la necessità di un "*adapted approach*" e l'*overruling* di *Trabelsi c. Belgio*. **5.** La giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi preclusivi alla riducibilità *de iure* e *de facto* dell'ergastolo ostativo: il significato della collaborazione con la giustizia al cospetto della finalità rieducativa della pena. **6.** Il d.l. 162/2022 nel quadro del materiale ermeneutico passato in rassegna. Una preliminare considerazione sul metodo. **7.** Il cuore della novella legislativa: il superamento dell'assolutezza della presunzione di pericolosità sociale del detenuto non collaborante, controbilanciata da un rigoroso e complesso onere di probatorio. **7.1.** Il contenuto degli obblighi dimostrativi alternativi rispetto alla collaborazione. **8.** La parificazione degli oneri probatori per tutti i benefici penitenziari, con il conseguente livellamento della progressività trattamentale. **9.** L'abrogazione degli istituti della collaborazione impossibile e irrilevante, in controtendenza rispetto alla distinzione giurisprudenziale tra chi è "silente per scelta" e chi è "silente suo malgrado". **10.** L'estensione dell'area della ostatività ai reati connessi, contro il tendenziale favore verso lo scioglimento del cumulo. **11.** L'innalzamento a trent'anni della soglia temporale per la liberazione condizionale dell'ergastolano non

* Articolo sottoposto a referaggio.

collaborante: profili di frizione con la giurisprudenza di Strasburgo. **12.** Riflessioni conclusive sul complessivo impianto del d.l. 162/2022: convergenze e divergenze rispetto ai moniti dei giudici costituzionali e di Strasburgo.

1. Premessa: inquadramento del d.l. 162/2022 nell'orizzonte finalistico della pena

Il d.l. 162/2022 rappresenta l'epilogo normativo di un percorso giurisprudenziale lungo e composito, che ha visto convergere gli esiti ricostruttivi dei giudici di Strasburgo e della Corte costituzionale, accomunati dallo spirito di scardinare le fondamenta di legittimazione dell'ergastolo c.d. ostativo, ponendone in luce i profili di illegittimità convenzionale e costituzionale. Il decreto in esame dovrebbe rappresentare la traduzione normativa dell'invito delle Corti ad intervenire sul quadro normativo in tema di condizioni ostative all'accesso ai benefici penitenziari e alla libertà condizionale, temperando l'assolutezza con cui le stesse sono in grado di privare il reo di ogni speranza di riacquistare la libertà. L'orizzonte che fa da sfondo a questa operazione di ridefinizione del volto dell'ergastolo ostativo è quello di una profonda riflessione sui limiti alla potestà punitiva dello Stato, che mai può tradursi in invincibili automatismi tali da neutralizzare il reo, da immobilizzare la sua posizione al momento della commissione del delitto, anche qualora abbia dimostrato, in modo differente dall'utile collaborazione con la giustizia, di aver intrapreso un percorso di riabilitazione e risocializzazione che ho hanno reso una persona nuova, pronta per vivere una rinnovata esistenza. Le presunzioni, *iuris et de iure*, che si trovano alla base di questi rigidi automatismi tradiscono, infatti, una prevalenza assoluta delle esigenze di prevenzione generale e speciale su quelle di recupero e reinserimento dei condannati, sfregiando il volto costituzionale dell'illecito penale¹, che si oppone con fermezza a situazioni di inerzia e tolleranza dello Stato rispetto a condizioni penitenziarie che conducano alla distruzione della dimensione esistenziale del condannato, trascurando il fatto che, come avverte la Corte costituzionale «La personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento. Prospettiva, quest'ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, (...) ma che non può non chiamare in causa - assieme - la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino»². Come osservato, una delle lacune più vistose dell'ordinamento risiede nella disciplina delle pene, che rivela «la permanenza di scorie non irrilevanti di concezioni pre-costituzionali della convivenza umana»³. Il principio della finalità rieducativa della pena sottende l'idea che, almeno in astratto, non esistano condannati irrecuperabili a cui non sia doveroso offrire un percorso di risocializzazione volto al loro

1 L'efficace espressione è tratta da A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista Aic*, 2/2014.

2 Corte costituzionale, sentenza 149/2018.

3 G. SILVESTRI, *Prefazione*, in C. Musumeci, A. Pugiotta, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. x.

reinserimento nella società libera. Seguendo un ideale normativo di mitezza penale, che investe sulla possibilità che il reo ricominci una nuova vita, è, perciò, fondamentale che il giudice sappia decidere l'entità della sanzione affinché, adattandosi alla personalità del detenuto, essa sia occasione proficua di recupero⁴.

Riferendosi agli ergastolani, Luigi Settembrini, nelle Ricordanze⁵, avvertiva: «Ma dopo che questi sciagurati hanno commesso il delitto, voi che avete fatto per correggerli? Ogni pena che non ha per iscopo la correzione del colpevole ed una riparazione alla società da lui offesa, non è pena, ma cieca e spietata vendetta, che offende Dio e l'umanità»; «da pena sia dura, lunga, ma senza sdegno, ma abbia un fine e una speranza». In questa prospettiva, l'umanità della pena rappresenta una precondizione affinché la sanzione medesima possa adempiere alla missione costituzionale di rieducare il reo, che deve potersi sentire trattato dall'ordinamento non come un “animale nocivo” da neutralizzare e isolare in modo permanente, ma come destinatario di misure volte a promuovere il recupero della sua socialità, che rappresenta un elemento costitutivo della dignità della persona, poiché «da vera offesa alla libertà dell'uomo è quella di vedere ormai in lui un animale incapace di ritornare un uomo»⁶. Sul punto, la Corte costituzionale è stata chiarissima, proponendo un paradigma antropologico tutto fondato sulla socialità dell'uomo: nella sentenza resa sulla legge quadro sul volontariato⁷, si discorre della profonda socialità che caratterizza la persona, della primigenia vocazione sociale dell'uomo, della originaria connotazione dell'uomo *uti socius*. Risulta, pertanto, contrario non solo al principio costituzionale di umanità della pena, ma altresì alla concezione antropologica ricavabile dall'art. 2 Cost. configurare la detenzione in carcere come uno spazio di vita in cui il tempo descrive un cerchio inesorabile destinato a non spezzarsi mai, anche quando il condannato abbia mostrato il proprio ravvedimento e si dimostri pronto per riacquisire quella socialità indispensabile per vivere la propria condizione umana in modo degno. La sottrazione della speranza di un recupero futuro della propria socialità significa privare la persona dei fondamenti ideali e materiali della propria dignità, spogliandola, quindi, non solo della libertà personale, ma della sua stessa dimensione esistenziale, annientata dalla consapevolezza di poter incontrare la libertà solo con la morte.

Occorre, dunque, inscrivere il d.l. 162/2022 all'interno dell'impianto concettuale sopra introdotto, che condensa i risultati ricostruttivi cui sono pervenute la giurisprudenza costituzionale e di Strasburgo, e interrogarsi sulla rispondenza del decreto in esame ai moniti formulati dalla Consulta, che, come noto, dopo un periodo di riconoscimento della polifunzionalità della pena e di conseguente sostanziale

4 P. CHIARELLA, *Perché punire*, in O. Sapia, A. Scerbo (a cura di), *Tem, problemi e prospettive del sistema penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2022, p. 23.

5 L. SETTEMBRINI, *Ricordanze della mia vita*, A. Barion, casa per edizioni popolari di Sesto San Giovanni, 1941, p. 291.

6 F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, XI, 3.

7 Corte costituzionale, sentenza 266/1991.

bilanciamento della funzione rieducativa con le altre dimensioni finalistiche della sanzione penale, ha infine promosso un'opzione esegetica volta a garantire la massima valorizzazione della funzione rieducativa della dimensione punitiva, con la conseguenza di porre in discussione la legittimità dell'ergastolo ostativo. Questa operazione evolutiva è stata favorita da un proficuo dialogo con la Corte di Strasburgo, che, pur con alcune oscillazioni⁸, da tempo ha rilevato l'illegittimità convenzionale delle sanzioni penali irriducibili *de iure* e *de facto*, tra le quali rientrano quelle norme punitive che, istituendo delle presunzioni *iuris et de iure* di pericolosità sociale, non consentono al condannato di vedere riesaminata la propria posizione. In particolare, la Corte, pur ammettendo che lo Stato possa pretendere la dimostrazione della "dissociazione" dalle organizzazioni criminali, ritiene che questa rottura possa esprimersi con strumenti diversi dalla collaborazione con la giustizia e dall'automatismo legislativo in vigore nell'ordinamento italiano⁹.

2. I limiti alla pretesa punitiva dello Stato: l'integrazione tra l'art. 27, comma 3, Cost. e l'art. 3 Cedu

La regolamentazione delle sanzioni di natura penale rappresenta certamente una tipica prerogativa appartenente alla sovranità degli Stati. Tuttavia, la partecipazione a sistemi regionali di protezione dei diritti fondamentali, come quello istituito dal Consiglio d'Europa attraverso la Cedu, e la ratifica delle principali Convenzioni in materia dei diritti dell'uomo, produce come conseguenza una limitazione della potestà punitiva dello Stato e un temperamento della sovranità in materia penale, che deve coordinarsi non solo con la cornice costituzionale, ma, altresì, con le principali acquisizioni raggiunte dal sistema internazionale di tutela dei diritti umani. In questa prospettiva, la dimensione costituzionale della pena si apre a nuovi significati, che vengono disvelati dal combinato argomentare dei giudici costituzionali e di Strasburgo, i cui approdi ricostruttivi consentono di dare nuova luce all'art. 27, comma 3 Cost., evidenziandone tutte le potenzialità semantiche. Il confronto tra le due giurisdizioni ha negli anni condotto ad emancipare la funzione rieducativa della pena dalla sola natura di principio costituzionale e ad elevarla a diritto del condannato, che ha la facoltà di pretendere che lo Stato gli offra tutti gli strumenti necessari per intraprendere un percorso rieducativo tale da accompagnarlo al suo rientro nella società¹⁰. L'elaborazione giurisprudenziale ha così consentito di valorizzare il risvolto soggettivo dei limiti alla

⁸ Il riferimento è alla sentenza *Kafkaris v. Cipro*, 12.2.2008, G.C., le cui criticità sono state rilevate da D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista Aic*, 4/2017, p. 29 e alla sentenza *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, 17.1.2012, le cui ombre sono state rilevate da F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 Cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della corte di Strasburgo*, in *Rivista Aic*, 2/2012.

⁹ Corte Edu, sentenza *Viola c. Italia*, 13.6.2019.

¹⁰ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale*, 2023, p. 24

potestà punitiva dello Stato, tradizionalmente considerati come criteri orientativi della legislazione in materia criminale, come criteri ermeneutici per il giudice e per le autorità penitenziarie, nonché come criteri di valutazione della legittimità costituzionale delle scelte del legislatore. Nell'operazione ermeneutica di potenziamento contenutistico della teleologia dei limiti in materia penale, che dalla dimensione dei principi sono transitati nella sfera dei diritti individuali, ha svolto un ruolo chiave la Cedu, come interpretata dal suo "giudice naturale", che ha aperto nuove prospettive epistemologiche. Come autorevolmente osservato, «La "scoperta" della Convenzione europea ha posto, però, la dottrina italiana di fronte a una prospettiva nuova: e precisamente alla possibilità di rileggere questi principi come altrettanti "diritti umani": di rileggerli, cioè, dal punto di vista della persona sulla quale si esercita la potestà punitiva dello Stato»¹¹.

L'orizzonte costituzionale del finalismo penale si accompagna al patrimonio della cultura giuridica europea, come declinato dalla giurisprudenza della Corte europea e scolpito, altresì, dall'art. 49, par. 3, CDFUE. Come noto, la materia delle condizioni dei detenuti e il connesso profilo delle pene perpetue senza speranza di liberazione sono stati ricondotti dalla Corte europea nella sfera di applicazione dell'art. 3 Cedu, che contempla il divieto di tortura e di pene e trattamenti inumani e degradanti. Da disposizione laconica, contenente la mera enunciazione di un divieto, l'art. 3 si è trasformato in un contenitore idoneo ad offrire tutela a plurime situazioni complesse ed eterogenee e ad obblighi di varia natura in materia di condizioni di vita e di salute dei detenuti, ma anche di estradizione, espulsione, respingimenti in mare, obblighi positivi sostanziali e obblighi positivi procedurali. L'art. 3 Cedu è una delle disposizioni che manifestano in modo emblematico la forza espansiva e le molteplici traiettorie evolutive della giurisprudenza creativa di Strasburgo, che consente, quindi, di enucleare molteplici aree tematiche che vanno ad arricchire la portata normativa dell'art. 3 e che contribuiscono, altresì, a colorare di nuove tinte il principio di umanità della pena, espresso dall'art. 27, comma 3, Cost.

I meccanismi ostativi alla concessione dei benefici penitenziari devono, pertanto, essere vagliati alla luce di tale orizzonte euro-costituzionale che, occorre, dunque, ricostruire nei suoi tratti caratterizzanti prima di interrogarsi sulla disciplina introdotta dal d.l. 162/2022.

3. Il carattere assoluto e inderogabile del divieto di pene inumane e degradanti, componente dei *core rights* del sistema Cedu e dell'ordine pubblico europeo

Il divieto di pene inumane e degradanti ha carattere assoluto e inderogabile, in quanto preordinato a salvaguardare l'intangibilità dell'integrità fisica e psichica della persona. Secondo la Corte di Strasburgo «il divieto enunciato dall'art. 3 della Convenzione europea consacra un valore fondamentale della società

11 F. VIGANÒ, *Ibid*, p. 17.

democratica e costituisce il contenuto di una norma imperativa del diritto internazionale generale»¹². L'art. 3 non rappresenta la semplice trasposizione sul piano intergovernativo di un principio nazionale che gli Stati si impegnano a rispettare, ma contiene uno dei principi fondamentali sui cui si fonda la comunità di Paesi che ha dato vita al Consiglio d'Europa, pertanto la sua violazione integra non solo l'inosservanza di un divieto previsto dalla Cedu, ma un atto di violazione dell'«ordine pubblico europeo». Per queste ragioni, la Corte accorda all'art. 3 Cedu una «tutela differenziata e rafforzata rispetto ad altri articoli, in virtù del carattere assoluto ed imperativo dei diritti che essi vanno a garantire»¹³. Paradigmatico, in questo senso, è tale arresto: «anche nelle circostanze più difficili, quali la lotta al terrorismo o al crimine organizzato, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o i trattamenti disumani o degradanti (...). Il divieto di tortura o delle pene o trattamenti disumani o degradanti è assoluto, quale che sia la condotta della vittima»¹⁴. Come precisato dai giudici di Strasburgo, il divieto di cui all'art. 3 esprime uno dei più alti valori propri delle società democratiche¹⁵ ed è strettamente collegato al rispetto della dignità umana¹⁶.

L'assolutezza del divieto emerge anche dal dato normativo, in particolare dall'art. 15 Cedu che, al par. 1, prevede la possibilità di derogare al rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione nei casi di stato d'emergenza, ovvero quando ricorra la duplice condizione dell'esistenza di un pericolo che minacci la vita della nazione e della necessità della misura derogatoria. Tale disposizione prosegue escludendo la possibilità di derogare ai diritti previsti dagli artt. 2, 3, 4, par. 1, e 7 della Convenzione, neppure qualora si sia in presenza delle condizioni di emergenza menzionate al primo paragrafo. Tale precetto risulta in linea con quanto disposto dall'art. 2 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984: «Nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato di eccezione, può essere invocata per giustificare la tortura». Anche il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, all'art. 4, par. 2, include il diritto a non subire tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti tra i diritti il cui godimento non può essere sospeso neppure in caso di pericolo eccezionale che minacci l'esistenza della nazione.

Il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani e degradanti assume carattere assoluto e inderogabile non solo nel sistema Cedu, ma anche nel complesso sistema del diritto internazionale pattizio, che annovera una pluralità di accordi che riconoscono l'inderogabilità, anche in circostanze eccezionali di

12 F. CASIBBA, A. COLELLA, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 64.

13 Corte Edu, *F. c. Regno Unito*, sentenza del 22.6.2004.

14 Corte Edu, *Labita c. Italia*, sentenza del 6.4.2000.

15 Corte Edu, *Selmouni c. Francia*, sentenza del 28.7.1999; par. 95; GC, *Labita c. Italia*, sentenza del 6.4.2000, par. 119; GC, *Gäfgen c. Germania*, sentenza del 1.6.2010, par. 87; GC, *El-Masri c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, sentenza del 13.12.2012, par. 195; GC, *Mocanu e altri c. Romania*, sentenza del 17.9.2014.

16 Corte Edu, *Cantaragiu c. Moldavia*, sentenza del 24.3.2020.

emergenza, della tutela dei diritti sottesi al divieto in commento, ovvero la dignità umana e l'integrità fisica e psichica della persona¹⁷. Nulla, quindi, autorizza lo Stato a sospendere il diritto a non subire tortura e gli altri trattamenti e pene vietati dall'art. 3 Cedu.

4. L'ergastolo ostativo come pena inumana: il caso *Viola c. Italia* e i suoi precedenti

La Corte è stata chiamata in diverse occasioni ad esprimersi sulla "legittimità convenzionale" dell'ergastolo, ritenuto dai ricorrenti una misura che, in virtù della sua natura di pena perpetua, rischia di privare il reo di ogni speranza di risocializzazione e di recupero della propria libertà, ponendosi in collisione con il divieto di pene inumane e degradanti (art. 3 Cedu).

Nella propria giurisprudenza, la Corte ha sempre ricondotto al margine di apprezzamento degli Stati l'individuazione sia della pena, detentiva o di altra natura, adeguata per i differenti tipi di reato sia della durata della detenzione¹⁸. Gli Stati sono parimenti liberi di determinare i casi in cui comminare una pena perpetua per gli autori di crimini particolarmente gravi, nel rispetto del principio della necessaria proporzionalità tra pena irrogata e gravità del reato. È compito degli Stati fornire la risposta più adeguata ai fenomeni criminosi, e la Corte sul punto può svolgere solo un sindacato esterno, che non tocchi il merito delle scelte punitive, ma la loro ragionevolezza *sub specie* di proporzionalità. Ciò che confligge con l'art. 3 Cedu è la non riducibilità della pena, tenendo presente che «il semplice fatto che la pena della reclusione a vita possa in pratica essere scontata integralmente non la rende una pena non riducibile. Una pena riducibile *de jure* e *de facto* non solleva alcuna questione dal punto di vista dell'articolo 3»¹⁹. Affinché il sistema possa dirsi conforme all'art. 3 Cedu non è necessario che, in concreto, ogni detenuto a vita acceda alla liberazione; al contrario, è sufficiente che vi sia in astratto la possibilità che ciò accada, qualora ricorrano i presupposti per l'interruzione del trattamento carcerario. Pertanto, non emergono profili di incompatibilità con l'art. 3 Cedu se, ad esempio, un condannato all'ergastolo veda respinta la propria richiesta di liberazione sulla base della valutazione della sua perdurante pericolosità. Le funzioni della pena sono infatti plurime: oltre al reinserimento del reo, la pena deve altresì assicurare una protezione

¹⁷ Il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, la Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo del 1969, la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984, la Convenzione europea per la prevenzione della tortura del 1987, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000.

¹⁸ *ex plurimis*, *T. c. Regno Unito*, sentenza del 16.12.1999; *V. c. Regno Unito*, sentenza del 16.12.1999; *Sawoniuk c. Regno Unito*, sentenza del 29.5.2001; *Kafkaris c. Cipro*, sentenza del 12.12.2008; *Vinter e a. c. Regno Unito*, sentenza del 9.7.2013; *Murray c. Paesi Bassi*, sentenza del 26.4.2016; *Hutchinson c. Regno Unito*, sentenza del 17.1.2017.

¹⁹ *Kafkaris c. Cipro*, sentenza del 12.12.2008, par. 98. Nel caso *de quo* la Corte europea ritenne il potere discrezionale di revisione, commutazione e riduzione delle sentenze che la Costituzione cipriota attribuisce al Presidente della Repubblica come uno strumento tale da rendere la pena perpetua riducibile *de iure* e *de facto*.

generale della società dai futuri ed eventuali comportamenti di una persona che sconta una pena detentiva per aver commesso crimini violenti e che destano allarme sociale²⁰.

Ciò che la Corte prende in considerazione al fine di valutare se in astratto la pena sia suscettibile di riduzione è la struttura della legislazione nazionale, che deve contemplare meccanismi che consentano una revisione della pena «al fine di commutarla, sospenderla, porvi fine o liberare il detenuto con la condizionale»²¹. Ne consegue che «per rimanere compatibile con l'articolo 3, una pena perpetua deve offrire sia una possibilità di liberazione che una possibilità di riesame»²². In ossequio al principio della dignità umana, che orienta l'essenza stessa del sistema convenzionale²³, e tenute presenti le linee evolutive del sistema europeo in materia di pena perpetua, che incoraggiano l'obiettivo di reinserimento sociale del detenuto soprattutto verso la fine delle pene detentive di lunga durata, «laddove il diritto nazionale non prevede la possibilità di un tale riesame, una pena dell'ergastolo effettivo contravviene alle esigenze derivanti dall'articolo 3 della Convenzione»²⁴. Con riferimento alle pene perpetue, l'art. 3 deve quindi essere interpretato «nel senso di esigere che esse siano riducibili, ossia sottoposte a un riesame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione». In applicazione di tale criterio, nel caso di specie la Grande Camera ritenne che la possibilità di ottenere la grazia da parte del Presidente della Repubblica cipriota, su proposta del Procuratore generale, rendesse la pena riducibile ed escluse, di conseguenza, la violazione dell'art. 3 Cedu.

Il principio espresso nella sentenza *Kafkaris* è stato approfondito e precisato nella pronuncia *Vinter e altri c. Regno Unito*²⁵, in cui i giudici hanno chiarito che il sistema di riesame deve essere conformato in modo tale da consentire al detenuto di conoscere sin dall'inizio dell'esecuzione della pena le condotte che sono suscettibili di incidere in senso positivo sugli esiti del riesame. Il detenuto «ha il diritto, in particolare, di conoscere il momento in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto. Pertanto, quando il diritto nazionale non prevede alcun meccanismo né alcuna possibilità di riesame delle pene dell'ergastolo effettivo, la conseguente incompatibilità con l'articolo 3 decorre dalla data in cui la pena è stata inflitta e non in una fase successiva della detenzione» (par. 122).

²⁰ *Mastromatteo c. Italia*, sentenza del 24.10.2002, par. 72; *Maiorano e altri c. Italia*, sentenza del 15.12.2009, par. 108; *Choreftakis e Choreftaki c. Grecia*, sentenza del 17.1.2012, par. 45.

²¹ *Kafkaris c. Cipro*, sentenza del 12.12.2008, par. 98.

²² *Kafkaris c. Cipro*, sentenza del 12.12.2008, par. 110.

²³ *Pretty c. Regno Unito*, sentenza del 29.4.2002; *V.C. c. Slovacchia*, sentenza del 8.11.2001.

²⁴ *Kafkaris c. Cipro*, sentenza del 12.12.2008, par. 121.

²⁵ *Vinter e a. c. Regno Unito*, sentenza del 9.7.2013.

Come noto, le argomentazioni formulate in tema di pena perpetua sono state utilizzate anche in alcune pronunce contro l'Italia. Con riguardo all'ergastolo "ordinario", la Corte ne ha riconosciuto la compatibilità con l'art. 3 Cedu, poiché nell'ordinamento italiano esiste una disposizione, l'art. 176 c.p., che assicura al condannato una prospettiva di liberazione e di conseguente reinserimento sociale. Dunque, in Italia le pene perpetue sono *de iure* e *de facto* riducibili, sottraendosi ad una qualificazione come trattamento inumano e degradante²⁶. Si può, dunque, ritenere che la disciplina italiana dell'ergastolo risponda ai criteri ben sintetizzati nella pronuncia *Murray c. Paesi Bassi*, del 26.4.2016, secondo cui: a) la sanzione dell'ergastolo non deve essere manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del reato; b) nel corso dell'esecuzione della pena perpetua è necessario che vi siano «*both a prospect of release and a possibility of review*», che consentano al condannato di lasciare il carcere quando non vi siano più legittime ragioni penologiche che giustifichino la detenzione; c) il meccanismo di revisione della pena deve essere sufficientemente definito e tale da permettere al detenuto di conoscere *ab initio* ciò che gli viene richiesto per poter porre fine alla sua pena, e da quale momento ciò divenga possibile; d) seguendo le tendenze provenienti dal diritto internazionale e dalla comparazione tra ordinamenti europei, lo strumento del riesame dovrebbe essere attivato entro venticinque anni dall'inizio della carcerazione, ed essere poi seguito da periodiche verifiche del percorso rieducativo del condannato²⁷. Su quest'ultimo punto, però, la Corte ha sempre riconosciuto agli Stati un certo margine di apprezzamento.

La posizione della Corte nel caso *Viola c. Italia*²⁸ si assesta su posizioni radicalmente diverse con riferimento all'ergastolo ostativo, ovvero alla pena detentiva la cui applicazione si fonda sul combinato disposto dell'articolo 22 c.p. con gli articoli 4 bis e 58 ter della legge sull'ordinamento penitenziario. Secondo queste disposizioni, per il detenuto colpevole dei reati di cui all'art. 4 bis o.p., l'assenza di «collaborazione con il sistema giudiziario» ostacola in modo assoluto la concessione della liberazione condizionale e degli altri benefici previsti dal sistema penitenziario. Il contenuto della collaborazione con l'autorità giudiziaria è regolato dall'articolo 58 ter, secondo cui il condannato deve fornire alle autorità elementi decisivi che permettano di prevenire le ulteriori conseguenze del reato o agevolare l'accertamento dei fatti e l'identificazione dei responsabili di reati. Il condannato è dispensato da questo

26 Corte Edu, *Garagin c. Italia*, sentenza del 29.4.2008; *Scoppola c. Italia*, sentenza del 8.9.2005.

27 P. BERNARDONI, *Ancora in tema di ergastolo e art. 3 Cedu: la Corte di Strasburgo pone un limite al margine di apprezzamento degli Stati?*, in *Archivio Dpc*, 28 novembre 2016.

28 Corte Edu, *Viola c. Italia*, sentenza del 7.10.2019. Per un commento si rinvia a D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 4/2019; E. DOLCINI, *Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDIBlog*, 2019; S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

obbligo se tale collaborazione può essere definita «impossibile» o «irrilevante» e se dimostra la rottura di qualsiasi legame attuale con l'organizzazione criminale. A differenza del sistema legislativo turco, giudicato incompatibile con l'art. 3 in ragione dell'automatico divieto di riesame della pena collegato alla natura del reato ascritto al ricorrente (reato contro la sicurezza dello Stato)²⁹, la legislazione italiana non vieta, in maniera assoluta e con effetto automatico, l'accesso alla liberazione condizionale e agli altri benefici propri del sistema penitenziario, ma lo subordina alla «collaborazione con la giustizia». L'adempimento di questa condizione si giustifica sulla base della necessità che il reo dimostri la propria dissociazione dall'ambiente mafioso, la rottura dei forti, solidi e continuativi legami con la consorteria criminale, suscettibili di proseguire anche in costanza di reclusione, e l'esito positivo del percorso di risocializzazione. La Corte si domanda, quindi, «se l'equilibrio tra le finalità di politica criminale e la funzione di risocializzazione della pena non finisca, nella sua applicazione pratica, per limitare eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità per quest'ultimo di chiedere il riesame della sua pena» (par. 110). La risposta è nel senso della violazione dell'art. 3: «la presunzione inconfutabile di pericolosità, prevista in materia di ergastolo per i reati di cui all'articolo 4 bis della legge sull'ordinamento penitenziario, derivante dall'assenza di collaborazione con la giustizia, rischia di privare i condannati per tali reati di qualsiasi prospettiva di liberazione e della possibilità di ottenere un riesame della pena» (par. 142). La previsione di una invincibile relazione biunivoca tra mancata collaborazione con la giustizia e pericolosità sociale priva quindi il detenuto della possibilità di dimostrare che non sussiste più alcun motivo legittimo in ordine alla pena che giustifichi il suo mantenimento in detenzione e sottrae al giudice la facoltà di esaminare la domanda di liberazione condizionale e di verificare se, durante l'esecuzione della sua condanna, il ricorrente abbia compiuto una reale evoluzione e abbia fatto progressi nel cammino della correzione e della revisione critica del proprio passato. La presunzione assoluta di pericolosità collegata all'assenza di collaborazione con la giustizia preclude la possibilità di condurre un'indagine sulla personalità del condannato e sulle sue vicende personali e giudiziarie, impedendo così all'autorità competente quella valutazione individualizzata che è, invece, necessaria al fine di attribuire al trattamento educativo le massime opportunità di riuscita.

Infine, viene sottoposta a revisione critica l'idea che la collaborazione rappresenti sempre e comunque una scelta individuale libera e consapevole, in quanto il condannato potrebbe esservi indotto per mere ragioni utilitaristiche ovvero per oltrepassare il muro all'accesso ai benefici penitenziari, riflettendo in tal modo non la volontà di dissociarsi effettivamente dal sodalizio criminale, ma il solo scopo di ottenere un vantaggio. Per contro, la mancanza di collaborazione non può sempre ritenersi indice di pericolosità,

²⁹ Corte Edu, *Öcalan c. Turchia*, sentenza del 18.3.2014, parr. 200-202.

posto che le motivazioni che inducono il detenuto a rifiutare la collaborazione potrebbero essere dettate dalla paura di ritorsioni da parte della consorte mafiosa a danno proprio o dei propri familiari.

Si delinea, in tal modo, un quadro nel quale, ad avviso dei giudici della Corte Edu, la formula «collaborazione uguale rieducazione» risulta irrazionale se inserita nella dinamica del sistema penitenziario, poiché non consente una valutazione del percorso di riabilitazione compiuto dal detenuto. Conseguentemente, mantenere ferma tale equivalenza significherebbe ancorare la valutazione della pericolosità al momento della commissione del fatto illecito, senza tener conto dei progressi raggiunti nel corso dell'esecuzione della pena e dell'evoluzione intrapresa dal reo nella direzione del reinserimento sociale.

Invero, la funzione rieducativa della pena trova consacrazione anche a livello internazionale universale, precisamente nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966), che individua come fine essenziale del sistema penitenziario la rieducazione e la reintegrazione sociale del detenuto, che si pongono in un rapporto di stretta connessione con il paradigma della dignità umana quale criterio di trattamento delle persone sottoposte a detenzione (art. 10, par. 3). La funzione retributiva della pena non può, dunque, rappresentare la cifra qualificante la dimensione punitiva, come sottolineato dal Comitato per i diritti umani nel General Comment No. 21: Article 10 (Human Treatment of Persons Deprived of Their Liberty): «No penitentiary system should be only retributory; it should essentially seek the reformation and social rehabilitation of the prisoner.» (paragrafo 10)³⁰. Alle disposizioni convenzionali rinvenibili in seno al Patto e alla Cedu si aggiungono strumenti di soft-law, come le Regole standard per il trattamento dei detenuti³¹, adottate dal I Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine e il trattamento dei rei (Ginevra, 1955), e le più recenti Mandela Rules, che contengono previsioni specifiche sul reinserimento del reo nella società³², valorizzando il profilo della flessibilità della pena e dell'individualizzazione del trattamento penitenziario, nonché il principio per cui l'esecuzione della sanzione deve essere preordinata non all'esclusione del reo dalla società, ma all'inveramento dell'idea che egli vi ritorni in seguito al compimento del percorso rieducativo (Regole 87, 88, 89).

30 CCPR General Comment No. 21: Article 10 (Human Treatment of Persons Deprived of Their Liberty). Adopted at the Forty-fourth Session of the Human Rights Committee, on 10 April 1992.

31 UN General Assembly, Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 30 August 1955, Rules 58-61, 65, 66.

32 UN General Assembly, United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules), 8 January 2016.

4.1. La tutela contro le violazioni potenziali del divieto di pene inumane: i principi dei casi *Soering* e *Saadi* applicati all'extradizione o espulsione verso Paesi che ammettono il *life imprisonment without parole*

La Corte Edu ha spesso affrontato la questione della compatibilità dell'espulsione e dell'extradizione dello straniero con l'art. 3 della Convenzione. È proprio nell'applicazione dell'art. 3 che la giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato la tecnica di tutela c.d. *par ricochet*, ossia quella tecnica che le ha consentito di valutare la conformità alla Convenzione anche di istituti o pratiche che non rientravano direttamente nella sua sfera di applicazione. Procedendo in tal modo, la Corte ha potuto colmare alcune lacune soprattutto nei settori delle condizioni di detenzione e delle misure nei confronti degli stranieri³³.

Prima di passare in rassegna le pronunce più significative in materia, occorre rilevare che il divieto di *refoulement* è sancito da diversi trattati sui diritti umani di portata sia generale sia settoriale. Si possono menzionare la Quarta convenzione di Ginevra del 1949, la Convenzione relativa allo status di rifugiato del 1951, la Convenzione americana sui diritti umani del 1969, la Carta africana dei diritti dell'uomo del 1981, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti del 1984, la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata del 2006 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il principio generale internazionale ricavabile dal complesso di tale normativa è, dunque, quello secondo cui nessuno può essere respinto verso un luogo in cui i suoi diritti umani rischiano di essere violati³⁴.

Nel contesto del sistema Cedu, questo divieto è stato desunto in via interpretativa dalla Corte di Strasburgo direttamente dal divieto di tortura e di pene e trattamenti inumani o degradanti. È il caso *Soering c. Regno Unito*, del 7.7.1989, a consacrare l'utilizzo di tale sistema di protezione, che ha permesso alla Corte di ricondurre all'interno del divieto di cui all'art. 3 Cedu l'espulsione dello straniero dal territorio nazionale al ricorrere di alcune condizioni. In particolare, la Corte ha affermato che «se la materia dell'extradizione, dell'espulsione e del diritto di asilo non rientrano tra quelle espressamente previste dalla Convenzione, gli Stati contraenti hanno nondimeno accettato di restringere i poteri loro conferiti dal diritto internazionale generale ivi compreso quello di controllare l'ingresso e l'uscita degli stranieri, nella misura e nel limite degli obblighi che essi hanno assunto in virtù della Convenzione. Allora, l'espulsione o l'extradizione di un individuo può, in alcuni casi eccezionali, essere contraria alla Convenzione ed in particolare all'art. 3, quando ci sono serie ragioni di credere che quello sarà sottoposto nello Stato di destinazione a trattamenti proibiti da questo articolo. (...)». Uno Stato contraente si comporterebbe in

33 A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 222.

34 E. GROSSO, *I respingimenti in mare: quando i Governi tentano di sottrarsi alla fatica di prendere i diritti sul serio*, in DPCE, 2009, p. XVIII.

modo incompatibile con i valori sottostanti alla Convenzione, la quale esprime patrimonio comune di ideali e tradizioni politiche, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto (...), se consegnasse consapevolmente un latitante - per odioso che possa essere il delitto imputatogli - ad un altro Stato dove esistono seri motivi di pensare che un pericolo di tortura minacci l'interessato. Nonostante l'assenza di indicazione esplicita nel testo breve e generico dell'art. 3, tale estradizione contrasterebbe manifestamente con lo spirito di quest'ultimo». I giudici della Corte hanno riconosciuto, quindi, la responsabilità degli Stati contraenti per una violazione solo potenziale ed indiretta dell'art. 3: questa decisione presuppone, infatti, la possibilità che un comportamento non ancora verificatosi possa risultare incompatibile con i dettami convenzionali. La Corte ha delineato, da un lato, una responsabilità per concorso causale rispetto a prevedibili violazioni del diritto a non subire torture o pene o trattamenti disumani o degradanti, dall'altro, ha configurato la categoria delle violazioni potenziali della Convenzione, le quali comportano, al pari delle violazioni attuali, la responsabilità dello Stato contraente³⁵. Nel caso di specie, i giudici hanno stabilito che l'extradizione di un uomo accusato di omicidio verso gli Stati Uniti, dove era esposto al rischio di una condanna a morte, avrebbe costituito una violazione del divieto di tortura, in considerazione del lungo periodo di tempo che solitamente i condannati trascorrono nel corridoio della morte, patendo uno stato di angoscia e di crescente tensione nell'attesa dell'esecuzione.

La pronuncia *Soering* ha trovato conferma nella sentenza resa all'unanimità nel caso *Saadi c. Italia*³⁶, in cui i giudici hanno riaffermato il carattere assoluto del divieto di cui all'art. 3, sotto il peculiare profilo dell'obbligo di *non-refoulement* qualora esista il rischio reale di subire torture o pene o trattamenti disumani o degradanti nel Paese di destinazione, precisando che l'obbligo sussiste anche se l'individuo che lo Stato intende rinviare costituisce una minaccia per la sicurezza dello Stato. Il caso *Saadi* rappresentava il test case per indurre la Corte a prendere in considerazione le esigenze di sicurezza che giustificano l'extradizione o l'espulsione di stranieri ritenuti implicati in attività di terrorismo internazionale, bilanciandole con le garanzie sottese all'art. 3. La Corte ha ribadito con fermezza il divieto di *refoulement* e ha negato la possibilità di introdurre elementi di apprezzamento ulteriori rispetto al rischio di sottoposizione a tortura nel contesto della valutazione relativa alla liceità dell'espulsione³⁷. I giudici si sono rifiutati di procedere a qualsiasi forma di bilanciamento tra l'esposizione al rischio di tortura e la possibile lesione di altri diritti individuali, seppur fondamentali, sottraendosi alla logica del c.d. "*ticking-bomb scenario*" e offrendo un contributo fondamentale al consolidamento su scala universale del principio

35 V. STARACE, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed estradizione*, in F. Salerno (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione, espulsione. Atti del Convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999)*, Cedam, Padova, 2003, p. 103.

36 Corte Edu, sentenza *Saadi c. Italia*, del 28.2.2008.

37 A. GIANNELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 449.

di *non-refoulement* quale garanzia assoluta e non suscettibile di affievolimento neppure di fronte alle gravi minacce per la sicurezza nazionale poste dal terrorismo transnazionale³⁸.

Secondo la giurisprudenza di Strasburgo l'art. 3 della Convenzione è violato anche qualora il respingimento sia attuato verso uno Stato che a sua volta non rispetta il principio di *non-refoulement*, ossia che procede ad indiscriminate espulsioni verso altri Stati senza tenere conto dell'effettivo rispetto, da parte loro, dei diritti umani garantiti dalla Convenzione³⁹. Nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*⁴⁰ la Grande Camera ha chiarito la natura dei doveri che incombono sullo Stato che decida di espellere un richiedente asilo verso un Paese terzo, senza aver prima esaminato nel merito la sua richiesta⁴¹. In questo caso, a differenza di ciò che avviene quando lo Stato di destinazione sia quello di origine, le autorità nazionali non possono sapere se il richiedente asilo rischi di subire nel proprio Paese trattamenti contrari all'art. 3 oppure se sia semplicemente un migrante economico. Pertanto, in queste circostanze lo Stato ha il dovere di informarsi sull'adeguatezza delle procedure d'asilo previste nel Paese terzo di destinazione, in particolare sotto il profilo del *non refoulement* qualora l'individuo corra il rischio di essere sottoposto a misure vietate dall'art. 3. Gli standard di tutela sono i medesimi sia per l'estradizione che per l'espulsione: la presenza di un "rischio reale" di trattamenti contrari all'art. 3 Cedu, ovvero di una pena o una detenzione contraria alla disposizione in esame, preclude tanto l'estradizione, quanto qualsiasi forma di allontanamento della persona dal territorio dello Stato.

4.2. Il temperamento dei criteri *Vinter* per le ipotesi di estradizione ed espulsione finalizzate alla pena dell'ergastolo: la necessità di un "adapted approach" e l'overruling di *Trabelsi c. Belgio*

La Corte ha spesso affrontato il tema dell'ergastolo connesso alle procedure di estradizione o di espulsione e, in tutti i casi, ha tentato di accertare, anche sulla base delle assicurazioni diplomatiche fornite dal Paese richiedente, se l'allontanamento dei ricorrenti li esponesse effettivamente al rischio di essere sottoposti ad una pena perpetua *without parole* e, in caso affermativo, se la condanna a questo tipo di sanzione potesse essere ridotta in base alla legislazione dello Stato di destinazione. Invero, la traiettoria evolutiva percorsa dalla giurisprudenza di Strasburgo mostra alcune oscillazioni e, soprattutto, l'esplicito

38 A. SACCUCCI, *Espulsione, terrorismo e natura assoluta dell'obbligo di non-refoulement*, in *Dir. uomo*, 2008, p. 34.

39 Corte Edu, *Viharajah c. Regno Unito*, sentenza del 30.10.1991; *Cruz Varas c. Svezia*, sentenza del 20.3.1991; *Saadi c. Italia*, sentenza del 28.2.2008.

40 Corte Edu, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, sentenza del 21.11.2019.

41 Gli Stati membri dell'Unione europea possono adottare norme nazionali che consentono di non esaminare nel merito una domanda di protezione internazionale, dichiarandola inammissibile ai sensi dell'art. 33, par. 2, lett. c), della direttiva procedure del 2013, quando il richiedente abbia un sufficiente collegamento con un Paese diverso da quello di origine, a condizione che tale Paese sia da ritenersi sicuro per il richiedente stesso, anche in virtù di una designazione ex ante, e che lo riammetta sul proprio territorio (art. 38 Direttiva procedure).

overruling della pronuncia *Trabelsi c. Belgio*⁴², con la quale i giudici avevano riconosciuto al condannato la massima garanzia contro l'extradizione nel caso in cui il Paese di destinazione prevedesse il *life imprisonment without parole*. In questa pronuncia, la Corte ha richiamato i criteri *Vinter*, ricordando il diritto del reo di conoscere in modo approfondito e chiaro gli strumenti attraverso cui ottenere l'esame del percorso carcerario svolto ed eventualmente la liberazione, e il momento a partire dal quale tali strumenti siano utilizzabili. Le prospettive di liberazione devono essere concrete ed effettive e delle loro modalità e tempi il condannato deve avere contezza già al momento della condanna, affinché ciò possa incentivarne il percorso rieducativo⁴³. Sviluppata questa premessa, la Corte ha valutato non dirimenti le rassicurazioni fornite all'autorità belga dal Governo statunitense, secondo cui, per il reato contestato, la comminazione dell'ergastolo non rappresentava una scelta obbligata per il giudice ed era comunque prevista una possibilità di liberazione anticipata, affidata al potere di clemenza del Presidente degli Stati Uniti. I giudici hanno ritenuto che l'extradizione del ricorrente integrasse una violazione dell'art. 3 Cedu, in quanto il quadro di garanzie offerto dal sistema statunitense risultava vago e generico e tale da non consentire al condannato di conoscere anticipatamente i tempi e le modalità della scarcerazione, rivelandosi non rispettoso dei criteri *Vinter* e, dunque, in conflitto con l'art. 3 Cedu⁴⁴.

Più di recente, nella pronuncia *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito*⁴⁵ la Corte ha temperato l'applicabilità dei principi *Vinter* nelle ipotesi di estradizione, sia sul versante dell'onere probatorio a carico del ricorrente sia sul versante della natura, *in subiecta materia*, degli obblighi di cui all'art. 3 Cedu, che, con un'interpretazione manipolativa dei propri precedenti, vengono scissi in obblighi procedurali e obblighi sostanziali, questi ultimi soltanto applicabili, in caso di estradizione, agli Stati richiedenti non facenti parte della Convenzione. I giudici hanno, quindi, evidenziato la necessità di adattare i criteri *Vinter* alle ipotesi di estradizione e di espulsione dello straniero finalizzate all'esecuzione di una sentenza alla pena dell'ergastolo.

Sul terreno probatorio, l'onere di allegazione si articola in due fasi. In un primo momento, occorre che il ricorrente produca elementi idonei a dimostrare la sussistenza di fondati motivi per ritenere che, in caso di condanna, esista un rischio concreto di comminazione dell'ergastolo senza prospettive di liberazione. Tale rischio sarà più facilmente accertabile qualora il richiedente abbia commesso un delitto per cui è prevista la condanna obbligatoria all'ergastolo (par. 95)⁴⁶. Superata positivamente questa fase, la seconda parte dell'indagine si concentrerà sulla verifica circa il rispetto della garanzia sostanziale che costituisce

42 Corte Edu, *Trabelsi c. Belgio*, sentenza del 16.2.2015.

43 Tra le pronunce più recenti si segnala *Kupinsky c. Ucraina*, sentenza del 10.2.2023.

44 Corte Edu *Trabelsi c. Belgio*, sentenza del 16.2.2015, par. 137.

45 Corte Edu, *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito*, sentenza del 3.11.2022.

46 Corte Edu, *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito*, sentenza del 3.11.2022.

l'essenza della giurisprudenza *Vinter*, agevolmente trasferibile dal contesto interno a quello dell'extradizione. I giudici hanno, infatti, ricostruito gli obblighi in materia di pene perpetue classificandoli nell'obbligo sostanziale che la pena non si traduca in trattamenti incompatibili con l'art. 3 Cedu, e in obblighi procedurali, che vengono individuati attraverso il richiamo alla sentenza *Murray c. Paesi Bassi* (parr. 99-104)⁴⁷ e che «are not ends in themselves but serve in their observance by Contracting States to avoid a breach of the prohibition of inhuman and degrading punishment» (par. 93). Le garanzie procedurali incontrano, dunque, un'applicazione limitata esclusivamente agli Stati firmatari la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non sono trasferibili nell'ambito estradizionale, poiché, in caso contrario, «la responsabilità degli Stati contraenti sarebbe interpretata in senso troppo ampio». In particolare, la Corte esclude che gli Stati contraenti possano essere ritenuti responsabili per le carenze procedurali di uno Stato terzo, stante la difficoltà di esaminare la legislazione e la prassi ivi vigenti. Pertanto, con riguardo alla decisione in commento, i richiamati obblighi procedurali non sarebbero estendibili agli Stati Uniti.

Gli obblighi sostanziali, che operano anche con riguardo alla procedura di estradizione, sono identificati nell'esistenza di un meccanismo di revisione della sentenza che permetta alle autorità competenti di considerare i progressi compiuti dal detenuto nel suo percorso di rieducazione e di valutare se, sulla base degli stessi, il mantenimento della sua detenzione non sia più giustificabile sulla base di legittime ragioni penologiche (par. 96). Nel caso concreto, la Corte ha escluso che l'extradizione del ricorrente integrasse una violazione dell'art. 3 poiché non erano state fornite sufficienti prove circa l'elevato rischio di essere sottoposto alla pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione. Nel contesto di questa pronuncia, la Corte si è preoccupata di precisare che l'articolazione del giudizio in due fasi comporta un *overruling* della sentenza *Trabelsi c. Belgio*⁴⁸, in cui i giudici avevano concluso nella direzione della violazione dell'art. 3 sulla base della sola valutazione del secondo elemento, senza acclarare l'esistenza del pericolo concreto che il ricorrente fosse sottoposto ad una pena incompatibile con l'art. 3 Cedu.

5. La giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi preclusivi alla riducibilità *de iure* e *de facto* dell'ergastolo ostativo: il significato della collaborazione con la giustizia al cospetto della finalità rieducativa della pena

In questa sede non si intende ripercorrere la giurisprudenza costituzionale in materia di pena perpetua, per cui si rinvia alle estese analisi compiute dalla letteratura costituzionalistica e penalistica⁴⁹, ma

47 Corte Edu, *Murray c. Paesi Bassi*, sentenza del 26.4.2016.

48 Corte Edu, *Trabelsi c. Belgio*, sentenza del 4.10.2014.

49 Tra i molti studi, si rinvia a F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1956; P. FIORELLI, *Ergastolo. Premessa storica*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966; A. ASCHIERI, *Ergastolo*, in *Dig. it.*,

evidenziare il mutamento di prospettiva che la Consulta ha dimostrato rispetto all'istituto della collaborazione con la giustizia, originariamente concepito quale elemento imprescindibile ai fini della dimostrazione del sicuro ravvedimento del detenuto per reati ostativi e, come tale, indispensabile ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari. Questa trasformazione si è perfezionata parallelamente alla valorizzazione della funzione rieducativa della pena come autentica missione costituzionale della sanzione, che esige un monitoraggio costante dei progressi del reo e una individualizzazione del percorso rieducativo all'interno del quale la collaborazione può certamente assumere valore sintomatico della resipiscenza del reo, ma mai assurgere ad unico elemento in grado di testimoniare la sua non pericolosità sociale e la conseguente possibilità di un suo reinserimento nella comunità.

Come chiarito nella sentenza 204/1974, sulla base dell'art. 27, comma 3, Cost., che la Corte definisce come precetto costituzionale, «sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale.» (punto 2). La scelta di ingabbiare le speranze di liberazione nelle sole maglie della collaborazione si scontra, quindi, con la finalità rieducativa della pena «poiché il percorso alternativo non è prerogativa di coloro che mostrano confortanti risultati nel corso del programma di trattamento, ma soltanto di quanti optano per l'offerta di 'collaborazione' di cui all'art. 58-ter dell'Ordinamento penitenziario»⁵⁰. In questa dimensione, la rilettura dell'art. 27, comma 3, come la pietra angolare su cui fondare l'esistenza del diritto inalienabile e incomprimibile dei detenuti alla risocializzazione, a prescindere dalla gravità e dall'efferatezza dei loro delitti e dalla loro presunta "pericolosità", deve orientare nella direzione di non assolutizzare la portata della collaborazione quale unico indice del fruttuoso esito del percorso di rieducazione. Come evidenziato nelle sentenze 306/1993 e 253/2019 e confermato nell'ordinanza 97/2021, l'automatismo preclusivo collegato al requisito della collaborazione non rappresenta un infallibile baluardo a protezione delle esigenze di prevenzione speciale, giacché la collaborazione con la giustizia non sempre è un'autentica testimonianza della resipiscenza del detenuto,

volume X, Utet, Torino, 1895-1898; S. LUGNANO, *Considerazioni sull'ergastolo*, in *Arch. pen.*, 1983; S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo: il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Ediesse, Roma, 2009; A. PUGIOTTO, *Una questione sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. cont.*, 2013; C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo: fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016; E. DOLCINI, *Il diritto alla speranza: l'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019; S. ANASTASIA, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Contro gli ergastoli: perché il carcere a vita "non è la soluzione, ma il problema da risolvere"*, Futura, Roma, 2021; O. SAPIA, A. ORLANDO (a cura di), *Temi, problemi e prospettive del sistema penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2022; C. CONTI (a cura di), *Criminalità mafiosa: memoria e cultura della legalità. Nel ricordo di Piero Luigi Vigna e Gabriele Chelazzi*, Giuffrè, Milano, 2022.

50 R. PEROTTI, *Dalla normativa restrittiva del 1991-1992 alla legge cosiddetta "ex-Cirielli"*, in *L'altro diritto*, 2006.

«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 legami con associazioni criminali». Viene quindi sottoposta a revisione critica l'idea su cui poggiava la sentenza 135/2003, con cui la Corte aveva dichiarato non fondata, in riferimento all'art. 27, comma 3, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 bis, comma 1, primo periodo, l. 354/1975 in quanto, contrariamente all'assunto del rimettente, la preclusione all'ammissione alla liberazione condizionale prevista dalla norma oggetto di censura «non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta». Secondo questa, ormai superata, impostazione, l'inaccessibilità alla liberazione condizionale non si configurava quale conseguenza di un automatismo di disciplina, ma derivava dalla «scelta del detenuto di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo», pertanto, non si poneva in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27 comma 3, Cost.⁵¹. Inoltre, facendo salve le ipotesi di collaborazione impossibile od oggettivamente irrilevante, la disciplina dell'ergastolo ostativo appariva «significativamente volta ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato». Alla base di questa opzione legislativa risiedeva la presunzione assoluta che la mancata collaborazione con la giustizia – al di là dei casi di collaborazione impossibile o irrilevante – fosse sempre riconducibile all'assenza di progressi nel percorso verso la rieducazione⁵². È precisamente questa presunzione che è stata posta al centro delle riflessioni dei giudici di Strasburgo, che hanno dato un forte impulso alla Corte costituzionale nella direzione del mutamento di prospettiva con riguardo al valore della collaborazione. Una prima breccia nel muro degli automatismi è stata aperta dalla Corte con la sentenza 149/2018, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'automatismo legislativo operante per l'ergastolo “di terzo tipo”⁵³, conseguente al reato di sequestro di persona a scopo di terrorismo, eversione o estorsione seguito dalla morte della vittima (ex art. 289 bis, comma 3 e art. 630, comma 3 c.p.). In casi come questo,

51 Per un commento alla sentenza si rinvia a L. CREMONESI, *La Consulta “stoppa” la rieducazione*, in *Diritto e giustizia*, 2003; A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. proc. pen.*, 2003; G. VARRASO, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 bis ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, in *Giust. pen.*, 2004, I; R. PEROTTI, *Dalla normativa restrittiva del 1991-1992 alla legge cosiddetta “ex-Cirielli”*, *op. cit.*

52 E. DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo*, in *Sistema penale*, 2021, p. 19.

53 E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 28; A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 1654 ss.

l'art. 58 quater, comma 4, o.p. prevedeva una soglia minima di pena detentiva da espiare, pari a due terzi o, nel caso di ergastolo, ad almeno ventisei anni di reclusione, ai fini dell'ammissione ai benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4 bis. La disciplina realizzava, dunque, un appiattimento indifferenziato tendente a privilegiare l'aspetto repressivo della pena a scapito della sua finalità di reinserimento sociale, che rappresenta una dimensione irrinunciabile della pena, che non può essere sacrificata «sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena» e che trova concreta attuazione attraverso la «progressività trattamentale e flessibilità della pena» (parr. 5-7). Il finalismo rieducativo della sanzione penale trova inveramento in un «graduale tragitto unitario lungo una scala di istituti premiali diacronicamente ordinati, così da far corrispondere a ogni progresso rieducativo del detenuto opportunità di vita extramuraria in misura incrementale»⁵⁴. Pertanto, la previsione di un'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4 bis o.p. si pone in contrasto con il principio – sotteso all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario, in attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena – della progressività trattamentale e flessibilità della pena, ossia del graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione della pena. Questo argomento è degno di nota anche in relazione al d.l. 162/2022 che, prevedendo un unico onere probatorio per l'accesso a tutti i benefici penitenziari, si scontra con il principio del necessario rispetto di una gradualità nel percorso di risocializzazione e di contatto con l'esterno (*infra*, paragrafo 8).

Dopo la decisione dei giudici di Strasburgo sul caso *Viola c. Italia*, la Corte costituzionale ha adottato una pronuncia che, pur non avendo quale specifico oggetto l'ergastolo ostativo, aveva tuttavia l'attitudine ad incidere significativamente la disciplina: ancorché circoscritta ai soli permessi premio, la sentenza 253/2019 ha scardinato il valore della collaborazione come unica condizione per poter accordare questo beneficio penitenziario, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis, comma 1, o.p. nella parte in cui non prevedeva che ai detenuti per i delitti ivi contemplati (puniti con la reclusione o con l'ergastolo) potessero essere concessi permessi-premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia allorché fossero stati acquisiti elementi tali da escludere «non solo l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche il pericolo di un loro ripristino». La presunzione di pericolosità sociale connessa alla mancata collaborazione si trasforma da assoluta a relativa, potendo essere superata alla luce di elementi da valutarsi caso per caso secondo «criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale» (par. 9). L'incostituzionalità, dunque, non risiedeva nella presunzione in quanto tale, ma nella sua assolutezza, che comprimeva totalmente il potere del giudice di

54 A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, *op. cit.*, p. 1656.

compiere una valutazione attuale e individualizzata del percorso detentivo del reo, frustrando la sua volontà riabilitativa. L'irragionevolezza degli automatismi si situa nella mancanza di flessibilità sottesa ad un meccanismo legale che priva il magistrato di sorveglianza della sua ineliminabile discrezionalità nel valutare i progressi del detenuto⁵⁵. Il momento risocializzante, corollario diretto del principio rieducativo, pretende flessibilità nell'esecuzione della pena, al fine di adeguarla alla specificità di ciascun condannato, sotto il profilo sia della durata sia delle concrete modalità attuative; pertanto, le presunzioni di pericolosità non possono che essere relative, ovvero suscettibili di essere superate dall'apprezzamento del giudice.

Mutata la natura della presunzione legislativa da assoluta a relativa, la Corte si è preoccupata di precisare i «criteri di particolare rigore» necessari per superarla, proporzionati alla peculiare intensità del vincolo imposto dall'originario sodalizio criminale. La Corte ha escluso che possano bastare la regolare condotta carceraria e l'assenza di pericolosità sociale del detenuto (art. 30 ter o.p.), così come la partecipazione al trattamento rieducativo e la mera dichiarazione di dissociazione dalla consorteria criminale. Come testimoniato dalla prassi, colui che appartiene ad un'organizzazione criminale normalmente tende a essere un «detenuto modello»⁵⁶, intento a sfruttare tutti gli appigli che l'ordinamento gli offre per ridurre la pena o comunque migliorare la propria condizione, ivi compresi lo svolgimento di attività meritorie (lavorative, sociali, benefiche, ecc.) e la proclamazione dell'avvenuta presa di distanza dalla sua vita precedente. La Corte ha imposto, dunque, una valutazione aggiuntiva, più profonda, richiedendo che il vaglio della magistratura di sorveglianza si estenda all'acquisizione di elementi che escludano non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì «il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali», in quanto funzionali ad assicurare il rispetto dell'interesse costituzionale alla prevenzione della commissione di nuovi reati. Quando a richiedere il permesso premio sia il detenuto non collaborante condannato per reato ostativo⁵⁷, opera quindi un quadro rafforzato di condizioni, che si sostanziano nel decorso di un determinato numero di anni di reclusione (almeno dieci per l'ergastolano), nella piena prova di partecipazione al trattamento educativo e nell'acquisizione di elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata sia il pericolo del loro ripristino. Questi ultimi elementi devono essere oggetto di «specifiche allegazioni» da parte del richiedente, con una sostanziale inversione dell'onere probatorio in ordine alla rescissione dei rapporti con l'organizzazione criminale: è il detenuto a dover dimostrare di essere una persona diversa da quella che era al momento del commesso reato. I requisiti indicati dalla Corte costituzionale per la

55 A. CARDONE, E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in C. Conti (a cura di), *Criminalità mafiosa: memoria e cultura della legalità. Nel ricordo di Piero Luigi Vigna e Gabriele Chelazzi*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 165.

56 L. SIRACUSA, *La «moralità» dell'ergastolo c.d. «ostativo» per fatti di mafia*, in *Sistema penale*, 2021, p. 26.

57 A. PUGIOTTO, *La sent. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in E. Dolcini, F. Fiorentin, D. Galliani, R. Magi, A. Pugiotta, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41 bis*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 122.

concessione dei permessi premio sono alquanto stringenti, non solo per l'onere, che grava sul detenuto, di portare elementi a sostegno delle condizioni indicate, ma anche perché nella procedura di valutazione giudiziale sono coinvolti soggetti esterni (Procuratore nazionale antimafia, Procuratore distrettuale della Repubblica, Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, Amministrazione penitenziaria)⁵⁸. Come rilevato, questa pronuncia additiva, pur non contenendo un dispositivo sostitutivo, di fatto ha prodotto effetti sostitutivi⁵⁹, sebbene la individuazione dei criteri attraverso cui superare la presunzione non fosse a rime obbligate, in tal modo svolgendo una funzione paralegislativa mediante la quale si è realizzata la sostituzione di una presunzione assoluta con una non relativa, ma semi-assoluta⁶⁰.

Quantunque il dispositivo della sentenza fosse circoscritto ai permessi premio, la *ratio decidendi* non era costruita sulle peculiarità di questa misura, ma aveva l'attitudine ad illuminare tutte le misure alternative alla detenzione con riferimento ai meccanismi preclusivi assoluti⁶¹. Scardinando la natura assoluta della presunzione legale di pericolosità sociale in assenza di collaborazione, la Corte guardava più in alto, all'eliminazione dell'automatismo preclusivo di tutti i benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione⁶².

Nel 2021⁶³ la Corte ha impresso una ulteriore svolta al regime dell'ostatività penitenziaria, rilevando l'incostituzionalità della rigida equazione normativa in forza della quale la mancanza di collaborazione con la giustizia equivarrebbe a prognosi certa e automatica di pericolosità del condannato, con conseguente preclusione all'accesso dei benefici penitenziari. I giudici hanno riconosciuto l'irragionevolezza insita nella individuazione della scelta collaborativa come unico strumento per accedere ad un trattamento penitenziario individualizzato, comprensivo dei benefici extramurari e delle misure

58 M. PELLISSERO, *Il percorso sospeso: la posta in gioco "radicale" dell'ergastolo ostativo*, *Dir. pen. proc.*, 8/2021, p. 1003.

59 S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2019/3, p. 737.

60 M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, 2019.

61 A. PUGIOTTO, *La sent. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, *op. cit.*, p. 128.

62 A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in E. Dolcini, F. Fiorentin, D. Galliani, R. Magi, A. Pugiotto, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41 bis*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 131.

63 Corte costituzionale, ordinanza 97/2021. Per un commento alla pronuncia si rinvia a A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giur. cost.*, 2021; E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: enfonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 2021; D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giustizia Insieme*, 2021; F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *Questione Giustizia*, 2021. Prima della pronuncia, sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione, cfr. M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 2020; G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, in *Ibid.*

alternative alla detenzione, compresa la liberazione condizionale. Precisamente, la Consulta è stata chiamata dalla Corte di Cassazione ad esprimersi sulla compatibilità con gli artt. 3, 27 e 117 Cost., degli artt. 4 bis, comma 1, e 58 ter della legge n. 354 del 1975, e dell'art. 2 del d.l. 152 del 1991, nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo per 'reati di mafia' che non abbia collaborato con la giustizia possa essere ammesso alla liberazione condizionale. Per l'ergastolano ostativo non collaborante, il combinato disposto delle norme citate introduceva una presunzione assoluta di mancata rescissione dei legami con la criminalità organizzata, in virtù della quale le richieste del detenuto di accedere alla liberazione condizionale venivano dichiarate *in limine* inammissibili, senza poter essere oggetto di un vaglio in concreto da parte del giudice di sorveglianza. La Corte ha rilevato che «la presunzione di pericolosità gravante sul condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso che non collabora con la giustizia non è, di per sé, in tensione con i parametri costituzionali evocati dal rimettente», in quanto «non è affatto irragionevole (...) presumere che costui mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza». L'esperienza ben dimostra la permanenza del vincolo associativo anche in esito a lunghe carcerazioni, finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, come quella che generalmente viene espressa dalla collaborazione con la giustizia.

La tensione con i principi costituzionali si manifesta laddove viene stabilito che la collaborazione sia l'unica strada a disposizione del condannato a pena perpetua per l'accesso alla valutazione da cui dipende la sua restituzione alla libertà. Anche in tal caso, è dunque necessario che la presunzione in esame diventi relativa e possa essere «contraddetta, ad esempio, alle determinate e rigorose condizioni già previste dalla stessa sentenza n. 253 del 2019, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che, appunto, devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza, particolarmente nel caso in cui il detenuto abbia affrontato un lungo percorso carcerario, come accade per i condannati a pena perpetua». In definitiva, la presunzione di pericolosità gravante sul condannato per il delitto di associazione mafiosa e/o per delitti di «contesto mafioso», che non abbia collaborato con la giustizia, deve poter essere superata anche in base a fattori diversi dalla collaborazione e indicativi del percorso di risocializzazione proficuamente compiuto.

Già nella sentenza sui permessi premio (238/2019), la Corte aveva stabilito che, per i condannati per reati di affiliazione ad una associazione mafiosa, il superamento della presunzione di pericolosità in assenza di collaborazione doveva essere controbilanciato da una valutazione in concreto rispondente a «criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo»⁶⁴. *A fortiori*, «per l'accesso alla liberazione condizionale di un ergastolano (non collaborante) per delitti collegati alla criminalità organizzata, e per la connessa valutazione del suo sicuro

64 Corte costituzionale, sentenza 238/2019.

ravvedimento, sarà quindi necessaria l'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi, tali da escludere, sia l'attualità di suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino»⁶⁵. La Corte ha, quindi, sottolineato l'importanza di compensare il superamento del rifiuto della collaborazione, che si configura come non irragionevole fondamento di una presunzione di pericolosità specifica, con un complesso di elementi idonei a dimostrare il sicuro ravvedimento del reo. Si rende, dunque, necessaria un'operazione di compatibilizzazione del principio della funzione rieducativa della pena e della risocializzazione del reo con le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che la disciplina normativa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa. Questa operazione di messa in equilibrio dei due poli deve essere lasciata alla discrezionalità del legislatore, che deve trovare un congegno idoneo ad accompagnare l'eliminazione della collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale, mentre compito della Corte sarà quello di verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte. Per tale ragione, con l'ordinanza in commento la Consulta ha rinviato ad un'udienza successiva la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di Cassazione, concedendo al Parlamento il termine di un anno, poi prorogato, per affrontare la materia e ricondurla *ad Constitutionem*. Infine, in considerazione dell'entrata in vigore del d.l. 162/2022, direttamente incidente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione del 3 giugno 2020, con l'ordinanza 227/2022 è stata disposta la restituzione degli atti alla Corte di Cassazione per la valutazione della portata applicativa dello *ius superveniens* nel giudizio *a quo*. Nella medesima direzione si muovono le ordinanze 30 e 31/2023, con cui la Corte ha restituito gli atti alla magistratura di sorveglianza dopo aver preso atto della «modifica complessiva della disciplina interessata dalle questioni di legittimità costituzionale in esame e, per quel che particolarmente interessa, di una trasformazione da assoluta in relativa della presunzione di pericolosità del condannato per reati ostativi non collaborante, cui è concessa – pur in presenza degli stringenti requisiti ricordati – la possibilità di domandare, tra l'altro, la concessione della misura della semilibertà e, così, di vedere vagliata nel merito la propria istanza».

6. Il d.l. 162/2022 nel quadro del materiale ermeneutico passato in rassegna. Una preliminare considerazione sul metodo.

Il Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo, redatto dall'Unione Camere penali italiane nel maggio 2019, individua tra i tratti maggiormente espressivi dell'erosione dei principi cardinali dello Stato di diritto «la crescente legittimazione della normazione penale mediante atti equiparati alla legge (decreto-legge e decreto legislativo), attraverso un ricorso pressoché ordinario a ragioni di necessità ed

⁶⁵ Corte costituzionale, ordinanza 97/2021.

urgenza solo apparenti, o a deleghe legislative costituenti autentiche cambiali in bianco in favore del Governo, con conseguente svuotamento della funzione sovrana del Parlamento e di ogni effettiva potestà di controllo della minoranza parlamentare sulla maggioranza di governo».

Sebbene sia preferibile che in materia penale intervenga il Parlamento, in ossequio alla ratio illuministica e garantistica dell'istituto della riserva di legge, occorre nondimeno evidenziare che il profilo connesso all'adeguatezza del decreto-legge a soddisfare il principio della riserva di legge in materia penale è stato affrontato all'interno di un vivace dibattito scientifico⁶⁶ ormai risolto dalla giurisprudenza costituzionale. In particolare, con la sentenza 330/1996 la Consulta ha chiarito che «Non si può affermare, in linea di principio, che i decreti-legge non possano toccare fattispecie e sanzioni penali. Se così fosse, verrebbe introdotto un limite al contenuto dei decreti-legge non previsto dall'art. 77 della Costituzione e che non può essere desunto dal principio di riserva di legge in materia penale (art. 25 della Costituzione), venendo tale riserva osservata anche da atti aventi forza di legge (cfr. sentenza n. 184 del 1974), purché nel rigoroso rispetto dei presupposti costituzionali ad essi inerenti». Il Giudice delle leggi ha, quindi, ricondotto nell'alveo dell'art. 25, comma 2, Cost. anche gli atti aventi forza di legge del Governo, in ragione del coinvolgimento delle Camere, comunque assicurato (a monte per il decreto legislativo, a valle per il decreto-legge), dagli articoli 76 e 77 Cost.

Il decreto in esame sembra, invece, sollevare alcune criticità sul versante del rispetto dei presupposti straordinari di necessità ed urgenza, declinati nel requisito dell'omogeneità contenutistica, funzionale e finalistica delle norme nello stesso contenute. Il requisito dell'omogeneità, che l'art. 15, comma 3, l. 400/1988 affianca al carattere della specificità e della corrispondenza al titolo, sebbene non imponga che il decreto-legge interessi un solo "oggetto", richiede tuttavia che vi sia almeno una finalizzazione unitaria del complesso di norme⁶⁷. In particolare, nella sentenza 171/2007 la Corte costituzionale ha qualificato il carattere dell'omogeneità come indice alla stregua del quale verificare «se risulti evidente o meno la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e urgenza di provvedere». Ancorché lontana

66 Tra i molti contributi, si rinvia a A. PAGLIARO, *Legge penale: principi generali*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973; L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Treccani, Roma, 1990; M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Art. 25, comma 2, Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006; N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. Gianfrancesco, N. Lupo (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Luiss University Press, Roma, 2007; P. PITTARO, *Art. 25, comma 2 Cost.*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008; C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011; F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo "in" Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivista Aic*, 1/2012; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale, Problemi e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 2015; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale, problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017.

67 A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, Vol. I., Cedam, Padova, 1997, p. 458.

dal considerare la mancanza di omogeneità quale autonomo vizio del decreto sindacabile in sede di giudizio di costituzionalità, nella pronuncia richiamata la Corte ha individuato in questo requisito «la condicio per quam del suo accertamento: non l'essenza, né la radice del vizio, ma semplicemente il suo sintomo», come efficacemente osservato in dottrina⁶⁸. Nonostante l'articolo 15, comma 3, l. 400/1988 faccia espresso riferimento al contenuto del decreto-legge, è stato fatto notare in dottrina come l'assenza di omogeneità debba essere rilevata con riferimento all'oggetto e non al contenuto, potendo un medesimo oggetto essere disciplinato attraverso disposizioni eterogenee dal punto di vista contenutistico⁶⁹. L'eterogeneità dell'oggetto, più facilmente individuabile nella generalità dei casi indicati nel titolo del decreto, è indice assai probabile di una corrispondente eterogeneità dei contenuti del decreto, mentre non necessariamente si ha l'ipotesi contraria⁷⁰. In ogni caso, l'inserimento di norme eterogenee in un unico decreto-legge espone quest'ultimo al sospetto che il Governo abbia concepito l'intervento normativo non come un mezzo impiegato per far fronte ad imprevedibili e perciò straordinarie situazioni di necessità e urgenza, ma come uno strumento per disciplinare situazioni prevedibili, la cui disciplina è dalla Costituzione demandata e attribuita al solo Parlamento. In presenza di decreti-legge ad oggetto plurimo – che contengano, cioè, disposizioni vertenti su più oggetti o materie e che siano quindi destinati a regolare ambiti e settori diversi – l'urgente necessità del provvedere, più in particolare, potrà ricavarsi «o dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ovvero dall'intento di fronteggiare una situazione straordinaria complessa e variegata, che richiede interventi oggettivamente eterogenei, in quanto afferenti a materie diverse, ma indirizzati tutti all'unico scopo di approntare urgentemente rimedi a tale situazione» (sentenza 8/2022).

Alla luce delle osservazioni formulate, il d.l. 162/2022 si espone ad alcuni rilievi critici con riguardo al requisito della omogeneità, poiché accorpa al proprio interno una pluralità di norme tra loro

68 P. CARNEVALE, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2684.

69 A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in *Il Foro italiano*, 2007, p. 2666. P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della "omogeneità normativa"*, in *federalismi.it*, 2014, p. 9, articola l'omogeneità su differenti versanti: a) una omogeneità in senso soggettivo, in cui l'elemento unificante si desume dall'unicità della competenza ministeriale ad intervenire nell'ambito normativo delineato dalla disciplina recata dal decreto; alla quale si accompagna; b) una omogeneità teleologica, basata sul comune vincolo finalistico che legherebbe tra loro i precetti della normativa ex decreto, ancorché obiettivamente afferenti ad ambiti diversi, e, infine, c) una omogeneità in senso oggettivo, significata dalla sostanziale unitarietà del settore normativo inciso, vale a dire della materia o della sub materia oggetto della disciplina decretizia, sebbene talvolta relativizzata mercé il riferimento alla necessità di economizzare l'esercizio della funzione normativa. Per una ricostruzione delle diverse posizioni in materia di omogeneità del decreto-legge si rinvia a N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in G. D'elia, G. Tiberi, M. P. Viviani Schlein (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 419 ss.

70 A. DI CARLO, *Omogeneità e decreti-legge: spunti di riflessione da uno studio di casi Concreti della XVI legislatura*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2011, p. 10.

manifestamente eterogenee, anzitutto dal punto di vista oggettivo-materiale. Il provvedimento in esame, infatti, nell'ambito di soli sette articoli interviene in ambiti e settori molto distanti, ovvero nelle materie "ordinamento penale" (articoli 1, 2, 3, 4, 5 e 6), "profilassi internazionale", "tutela della salute" e "protezione civile" (articolo 7). In proposito, sembra utile richiamare alcune delle argomentazioni sviluppate dal Tribunale di Siena nell'ordinanza con cui ha sollevato questione di legittimità costituzionale del d.l. *de quo* per violazione, tra gli altri, dell'art. 77 Cost. Nell'ordinanza si legge «4.15.2.– Quanto al profilo *oggettivo-materiale*, pertanto, non vi è dubbio alcuno che l'intervento normativo in questione non sia affatto riconducibile ad una matrice unitaria: altro è infatti intervenire in materia di profilassi sanitaria, di emergenza pandemica e di tutela della salute pubblica, altro è invece provvedere in materia penale, incidendo così sui fondamentali diritti di libertà delle persone. (...) Ma la palese eterogeneità delle norme incluse nel decreto-legge in esame si coglie, soprattutto, dal punto di vista *finalistico-funzionale*, in nessun caso potendosi sostenere che i quattro interventi normativi sopra già enumerati siano riconducibili ad un'unica "traiettoria finalistica portante" (così Corte cost., sentenza n. 8 del 2022, punto 6.2. del *considerato in diritto*), né che gli stessi possano ritenersi in rapporto, tra loro, di congruenza funzionale. (...) 4.18.2.– Già il preambolo del citato decreto-legge fornisce, in questo senso, chiare ed esplicite indicazioni, là dove prevede diverse e tra loro concettualmente distinte ragioni giustificative, ciascuna indicata come fondamento dell'"*urgente necessità*" di provvedere rispetto ai quattro, già citati, interventi normativi con esso disposti. In relazione all'intervento in materia di ergastolo ostativo, e di connessa disciplina dei benefici penitenziari esterni, si evocano infatti i "*moniti rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore per l'adozione di una nuova regolamentazione dell'istituto al fine di ricondurlo a conformità con la Costituzione*" e, soprattutto, "*l'imminenza della data dell'8 novembre 2022, fissata dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore*".».

7. Il cuore della novella legislativa: il superamento dell'assolutezza della presunzione di pericolosità sociale del detenuto non collaborante, controbilanciata da un rigoroso e complesso onere di probatorio

Il d.l. 162/2022 è intervenuto in funzione di correzione dei meccanismi ostativi alla concessione dei benefici penitenziari, ritenuti dalla Corte costituzionale lesivi degli artt. 3, 27, comma 3, 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 3 Cedu). Come già accaduto in passato con riguardo a temi pervasi da un'alta densità politica⁷¹, con l'ordinanza 97/2021 i giudici della Consulta si sono limitati ad accertare,

⁷¹ In passato, questa tecnica è stata utilizzata nel giudicare la costituzionalità dei reati di aiuto al suicidio (ord. n. 207/2018) e di diffamazione giornalistica (ord. n. 132/2020). In entrambi i casi, rimasto inerte il legislatore, l'esito è stato coerentemente obbligato: alla ripresa del processo, la Consulta ha dichiarato illegittime le norme in esame

senza tuttavia dichiarare, l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis, volendo, da un lato, rispettare il principio di leale cooperazione tra istituzioni, e dall'altro, scongiurare i gravi pregiudizi che una pronuncia puramente demolitoria avrebbe prodotto sul complessivo equilibrio della disciplina in esame, e, soprattutto, sulle esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare l'allarmante fenomeno della criminalità mafiosa. Il decreto in esame è stato, quindi, licenziato dopo un anno e mezzo dalla ordinanza con la quale la Corte costituzionale aveva stabilito il rinvio della trattazione della questione - poi ulteriormente differita - per consentire al Parlamento di disporre di un "congruo tempo per affrontare la materia", e dopo più di due anni e mezzo dalla decisione sul caso *Viola c. Italia*, con la quale la Corte Edu aveva imposto al nostro Paese di intraprendere, preferibilmente attraverso interventi legislativi, una riforma del regime dell'ergastolo ostativo, che garantisca la possibilità di un riesame della pena.

Il cuore della novella, rinvenibile nel superamento del carattere assoluto della presunzione di pericolosità sociale del detenuto per reati ostativi non collaborante, si situa nel riformato art. 4 bis, comma 1 bis, che viene sostanzialmente riscritto, e nel seguente comma 1 bis 1. La prima novità concerne l'individuazione di due differenti categorie di reati ostativi. Come noto, a seguito di numerose stratificazioni legislative, l'ambito di operatività dell'art. 4 bis o.p. ha progressivamente esteso i propri confini, finendo per comprendere, oltre ai reati di associazione per delinquere di stampo mafioso e quelli ad essi assimilati, un complesso eterogeneo di fattispecie concernenti i reati commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico, i reati contro la pubblica amministrazione, la prostituzione minorile, la pornografia minorile, la violenza sessuale di gruppo, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, tutti inseriti nella cd. "prima fascia" (art. 4 bis, comma 1, detenuti collaboranti). Mentre i condannati collaboranti continuano a costituire una categoria unitaria, per i detenuti non collaboranti il decreto ha tracciato una distinzione che incide sui presupposti per poter accedere ai benefici penitenziari. In particolare, nella prima categoria rientrano i delitti propriamente riconducibili alla criminalità organizzata, tra cui i delitti di terrorismo o di eversione, i delitti di mafia, favoreggiamento dell'immigrazione illegale, associazioni finalizzate al traffico di stupefacenti o al contrabbando di tabacchi etc. (art. 4 bis, comma 1 bis). Nella seconda, si annoverano i delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti in materia di schiavitù, tratta di persone, prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale di gruppo, sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 4 bis, comma 1 bis 1).

(sentt. nn. 242/2019 e 150/2021). Su questa tecnica, si rinvia a M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?*, in *federalismi.it*, 3/2021.

Tanto premesso, si può evidenziare che i due punti principali su cui insiste la novella risiedono, da un lato, nelle condizioni in presenza delle quali il detenuto (o internato) non collaborante può essere ammesso al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alle misure alternative alla detenzione o alla liberazione condizionale e, dall'altro lato, negli adempimenti richiesti al giudice in vista della decisione sull'istanza presentata dal condannato non collaborante.

Per quanto concerne il primo versante, la nuova disciplina trasforma da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità ostativa alla concessione dei benefici e delle misure alternative in favore dei detenuti non collaboranti, che vengono ora ammessi alla possibilità di farne istanza, sebbene in presenza di stringenti e concomitanti condizioni, diversificate a seconda dei reati che vengono in rilievo.

Ai condannati per i reati di criminalità organizzata (art. 4-bis, comma 1 bis) che decidano di non collaborare si richiede che «dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile. Al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa».

Per l'altra categoria di reati, il nuovo art. 4 bis, comma 1 bis 1, prevede condizioni analoghe a quelle sopra indicate, che peraltro vengono rimodellate tenendo conto dell'assenza di un'organizzazione criminale di cui il condannato faccia parte: la disposizione fa esclusivo riferimento ai "collegamenti" con il "contesto nel quale il reato è stato commesso", richiedendo che si possa escluderne l'attualità e non anche il pericolo di ripristino⁷², come, invece, è preteso per i reati di cui al comma 1 bis.

Con riferimento all'adempimento delle obbligazioni civili, si tratta di un requisito che sino ad oggi era contemplato in questi termini soltanto in connessione al beneficio della liberazione condizionale o della riabilitazione, che intervengono al termine del percorso carcerario. L'anticipazione al momento in cui, ad esempio, si richieda un permesso premio, che si colloca in una fase intermedia del cammino rieducativo, appare, quindi, poco conferente alla natura del beneficio che si richiede e decisamente prematura⁷³. Il

⁷² E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *Sistema penale*, 2022, p. 4.

⁷³ F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso a ostacoli per il condannato e per l'interprete*, in *Giustizia insieme*, 2022.

requisito dell'adempimento delle obbligazioni civili da reato deve essere, infatti, collegato al giudizio complessivo di buona condotta e ha valore dimostrativo dell'avvenuta emenda del riabilitando, collocandosi concettualmente nella fase conclusiva della vita penitenziaria. Il pregresso adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato e degli obblighi di riparazione pecuniaria derivanti dalla condanna non è certamente una novità per l'accesso alla liberazione condizionale: l'art. 176, ultimo comma, c.p., stabilisce che la concessione della liberazione condizionale è subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle. La previsione, piuttosto, è nuova con riferimento agli altri benefici penitenziari: i condannati non collaboranti dovranno adempiere a tali obbligazioni (o dimostrare di essere impossibilitati a farlo) anche per accedere al lavoro all'esterno o alla semilibertà, ovvero a misure che si situano in una fase intermedia del processo rieducativo.

7.1. Il contenuto degli obblighi dimostrativi alternativi rispetto alla collaborazione

Come sopra evidenziato, il tratto maggiormente innovativo della nuova disciplina è rinvenibile nel superamento dell'ostatività assoluta della mancata collaborazione mediante la previsione di nuovi oneri in capo al condannato, come richiesto dalla Corte costituzionale sia nell'ordinanza 97/2021 sia, con specifico riguardo ai permessi premio, nella sentenza 238/2019. In entrambe le pronunce, i giudici hanno infatti sottolineato l'importanza di compensare il superamento del rifiuto della collaborazione, che si configura come «non irragionevole fondamento di una presunzione di pericolosità specifica»⁷⁴, con un complesso di elementi idonei a dimostrare il sicuro ravvedimento del reo. Già nella sentenza sui permessi premio, la Corte aveva stabilito che, per i condannati per reati di affiliazione ad una associazione mafiosa, il superamento della presunzione di pericolosità in assenza di collaborazione dovesse essere controbilanciato da una valutazione in concreto rispondente a «criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo»⁷⁵. *A fortiori*, «per l'accesso alla liberazione condizionale di un ergastolano (non collaborante) per delitti collegati alla criminalità organizzata, e per la connessa valutazione del suo sicuro ravvedimento, sarà quindi necessaria l'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi, tali da escludere, sia l'attualità di suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino»⁷⁶.

Il decreto in esame modifica il regime del c.d. ergastolo ostativo sostituendo l'assenza di collaborazione con un complesso iter di accertamento che richiede al detenuto di allegare e dimostrare una serie di circostanze tali da riflettere il suo sicuro ravvedimento. Sul punto, è stato rilevato come l'individuazione

⁷⁴ Corte costituzionale, ordinanza 97/2021.

⁷⁵ Corte costituzionale, sentenza 238/2019.

⁷⁶ Corte costituzionale, ordinanza 97/2021.

di tali elementi sia avvenuta solo in parte in conformità alle indicazioni della Corte costituzionale, affermandosi che «la nuova disciplina formalmente elimina quale requisito per l'ammissibilità della domanda di un beneficio penitenziario la collaborazione con la giustizia, ma in concreto crea un procedimento talmente denso di requisiti aggiuntivi, tautologici o assolutamente disancorati rispetto alla congrua valutazione della esclusione di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e del pericolo di ripristino degli stessi, da rendere la possibilità di revisione della pena ostativa impossibile quanto meno de facto (il riferimento è alla giurisprudenza europea, che richiede che la pena sia rivedibile decorso un certo tempo non soltanto per previsione normativa ma anche attraverso procedure in concreto effettive)»⁷⁷. Si sostiene che nei confronti dei condannati per reati ostativi di c.d. prima fascia il decreto ha dettato una serie di requisiti e condizioni oltremodo stringenti, perché molto più severi di quelli individuati dalla Corte costituzionale per superare l'ostatività assoluta⁷⁸.

In proposito, è doveroso richiamare quanto chiarito dalla Corte Edu nel caso *Viola c. Italia*, secondo cui gli strumenti giuridici utili a interrompere la detenzione e a reimmettere i condannati meritevoli nella società devono essere non solo astrattamente fruibili, ma anche realisticamente applicabili in concreto, diversamente si rischia di incorrere in una non rivedibilità di fatto della pena. Tuttavia, occorre istituire un discrimine tra una disciplina che renda inaccessibile di fatto l'ammissione alla liberazione condizionale e una che la renda molto difficile, ma non impossibile. Nella distanza che intercorre tra le due ipotesi si situano le scelte di politica criminale del legislatore, che, se non poteva eludere le indicazioni vincolanti della Consulta e dei giudici di Strasburgo, ben poteva allargare o restringere le maglie per l'accesso alla liberazione condizionale in ragione di un libero apprezzamento che tenesse conto, come ricorda l'ordinanza 97/2021, della necessità di non indebolire il contrasto alla criminalità organizzata e, quindi, di tutelare i beni pubblici dell'ordine e della sicurezza pubblica, nonché di non minare il rilievo che la collaborazione con la giustizia continua ad assumere nel sistema.

Invero, sono molti i commenti critici rispetto alla concreta articolazione dell'onere di allegazione sostitutivo della collaborazione, la cui complessità e tortuosità rischia di divenire un ostacolo insormontabile per chi sia detenuto da decenni, cosicché si osserva che l'obbligo di collaborare con la giustizia, formalmente espunto, rientra dalla finestra del farraginoso procedimento probatorio⁷⁹.

Venendo, dunque, al contenuto di tali obblighi dimostrativi, essi sono individuati, anzitutto, in negativo: non bastano «la regolare condotta carceraria, la partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e la mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza», ma occorre un *quid pluris*, ovvero elementi specifici, diversi e ulteriori che provino l'avvenuta rescissione dei

77 V. ALBERTA, *Ergastolo ostativo: la nuova disciplina risolve i problemi di costituzionalità?*, in *Leggi d'Italia legale*, 2022, p. 2.

78 M. MERLINO, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, in *Questione giustizia*, 2023, p. 2.

79 V. ALBERTA, *Ergastolo ostativo: la nuova disciplina risolve i problemi di costituzionalità?*, *op. cit.*, p. 3.

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. Gli elementi probatori specifici, diversi e ulteriori rispetto alla buona condotta, all'adesione al trattamento o alle dichiarazioni di dissociazione 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, anche eventuali iniziative riparative realizzate dal condannato.

8. La parificazione degli oneri probatori per tutti i benefici penitenziari, con il conseguente livellamento della progressività trattamentale

Al fine di dimostrare la cessata pericolosità sociale correlata alla rottura dei legami con l'organizzazione criminale o con il contesto in cui è maturata l'azione criminosa, la novella richiede ai detenuti non collaboranti di rispettare il medesimo standard probatorio indipendentemente dalla misura richiesta. Il d.l. 162/2022 ha, dunque, previsto una disciplina uniforme sia nel caso in cui il condannato debba iniziare la sperimentazione all'esterno, con la richiesta di permesso premio, sia nel caso in cui il medesimo debba provare il ravvedimento al fine di ottenere la misura finale della liberazione condizionale. La parificazione generalizzata dei presupposti richiesti per l'accesso ai benefici si pone in contrasto con i principi della flessibilità della pena e della progressività trattamentale, producendo un illogico livellamento tra misure molto diverse tra loro. Come osservato dalla Consulta, se è vero che nella fase di comminazione legale le ragioni di prevenzione generale vanno considerate dal legislatore, in quanto essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine pubblico contro la delinquenza, nella fase esecutiva della sanzione quelle stesse esigenze «nemmeno possono (...) operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima (...), da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento sociale del condannato nella società, e da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato»⁸⁰.

Il principio del contemperamento delle diverse funzioni della pena⁸¹ impone, dunque, in fase esecutiva la preminenza della prevenzione speciale positiva e, di qui, la garanzia di un percorso trattamentale flessibile

⁸⁰ Corte costituzionale, sentenza 149/2018.

⁸¹ Per un inquadramento delle funzioni costituzionali della pena si rinvia a I. NICOTRA, *Seminario A.i.c. – “il significato della pena”*, Roma, 28 maggio 2014, in *Rivista Aic*, 2/2014; P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando, L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

e progressivo che tenga conto delle specificità del singolo detenuto e dello sviluppo nel tempo della sua rinnovata personalità⁸². Solleva, pertanto, alcune perplessità la previsione di un sistema omogeneo e identico di condizioni alle quali è subordinata la concessione dei benefici penitenziari (lavoro all'esterno e permessi premio), delle misure alternative alla detenzione (semilibertà ed affidamento in prova al servizio sociale) e della liberazione condizionale, misure tra loro ontologicamente diverse per finalità ed estensione⁸³. Il pensiero è rivolto, in particolare, alla uniformità dei parametri probatori richiesti per accedere al beneficio del permesso premio (istituto che determina un primo, breve contatto con l'esterno svolgendo il ruolo di possibile ponte verso più ampi benefici extramurari), all'affidamento in prova e persino alla liberazione condizionale, attraverso cui si punta al graduale e guidato rientro in società del condannato. In definitiva, non viene osservata alcuna progressività nella integrazione delle condizioni che vada di pari passo con la progressività trattamentale e il diverso grado di libertà che caratterizza le singole misure (appare singolare chiedere da subito per la concessione di un permesso premio le stesse condizioni previste per l'affidamento in prova o persino la liberazione condizionale)⁸⁴. Il principio rieducativo esige che le occasioni di contatto con la libertà vengano inserite in un itinerario operativo contraddistinto da gradualità e progressività e suscettibile di variazioni in base all'evolversi dell'esecuzione penale e dei risultati raggiunti dal detenuto nel percorso di rivisitazione critica del proprio passato. L'affidamento al giudice del compito di verificare la ricorrenza delle condizioni che ne legittimano la fruizione costituisce il riflesso del diritto del condannato di essere valutato per i progressi compiuti verso la risocializzazione, lungo un tracciato che consente una rimodulazione qualitativa e quantitativa della pena⁸⁵.

Progressività trattamentale e flessibilità della sanzione penale rappresentano, dunque, il logico corollario del finalismo rieducativo della pena, che reclama un trattamento individualizzato, mai fisso e, di conseguenza, la definizione di condizioni diverse, rispettose del principio di gradualità, per l'accesso ai differenti benefici penitenziari. In altri termini, il principio di cui all'art. 27, comma 3, Cost. impone di assicurare una corrispondenza tra la misura richiesta e lo stadio raggiunto del percorso rieducativo e di rispettare quindi una progressione nella premialità, che deve seguire l'evoluzione intrapresa dal detenuto nel cammino verso la risocializzazione. Come rilevato dalla Corte, «la logica di progressività (...) muove l'intero (e individualizzato) programma trattamentale» (sentenza 257/2006). «Per realizzare appieno i principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento

82 Corte costituzionale, sentenza 149/2018.

83 A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza penale web*, 11/2022, p. 4.

84 *Ibid.*, pp. 4, 5.

85 F. SIRACUSANO, *Punire e rieducare tra individualizzazione e differenziazione trattamentale: un difficile equilibrio da ricondurre entro i binari della legalità costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 3, p. 8.

penitenziario (sentenze n. 445 del 1997; n. 504 del 1995; n. 306 del 1993) e che a loro volta discendono dagli artt. 27, primo e terzo comma, e 3 della Costituzione (sentenze n. 203 del 1991 e n. 50 del 1980), (...) è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena» (sentenza 255/2006).

L'impianto delineato dal d.l. 162/2022 determina, pertanto, una alterazione del principio di gradualità nell'opera di reinserimento sociale del condannato, spezzando il rapporto biunivoco che lega il comportamento del detenuto al tipo di misura extramuraria e finendo per sminuire la parabola evolutiva che porta il reo a reintegrarsi per gradi nel contesto sociale esterno al carcere. In questa logica evolutiva era stato disegnato dal legislatore il "percorso ideale" dell'esecuzione della pena, che dalla iniziale e più cauta ammissione del reo al lavoro esterno (art. 21 o.p.), premia poi la regolare condotta del detenuto con permessi che consentono di coltivare i propri interessi culturali, lavorativi o affettivi esterni al carcere (art. 30 ter o.p.) e così di cominciare a dare prova della potenziale capacità di reinserimento nella società - elemento quest'ultimo indispensabile per la successiva concessione della più decisa misura della semilibertà (art. 50, comma 4, o.p.) - fino a giungere al vertice del cammino di reintegrazione attraverso la liberazione condizionale (prevista all'art. 176 c.p.), disposta qualora possa essere ritenuto sicuro il ravvedimento del condannato⁸⁶. Il sovvertimento di questo disegno rieducativo si scontra con l'idea secondo cui «il riconoscimento di un beneficio penitenziario che non risulti correlato alla positiva evoluzione del trattamento, compromette inevitabilmente l'essenza stessa della progressività, che costituisce il tratto saliente dell'iter riabilitativo»⁸⁷ e si pone in collisione con la funzione rieducativa della pena intesa in una prospettiva dinamica e individualizzata, come «necessità di costante valorizzazione [...] dei progressi compiuti dal condannato durante l'intero arco di espiazione della pena»⁸⁸.

La possibilità di fruire, per gradi, di questo progetto rieducativo risponde non solo a finalità di risocializzazione orientate alla persona del reo, ma anche a ragioni di difesa sociale, posto che l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative abbate in modo significativo il rischio di recidiva, come documentato da diverse ricerche⁸⁹. È, infatti, statisticamente accertato che tra i detenuti ammessi alle misure extramurarie si registra un tasso di recidiva considerevolmente inferiore rispetto a quello presente tra i detenuti che scontano integralmente una pena all'interno dell'istituto penitenziario⁹⁰. Il sacrificio del

86 T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La funzione rieducativa della pena, le rigidità dell'ergastolo e l'opera correttiva della giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2019, pp. 366, 367.

87 Corte costituzionale, sentenza 255/2006.

88 Corte costituzionale, sentenza 149/2018.

89 F. BASILE, *Funzioni e finzioni della pena carceraria. Quattro idola theatri da rimuovere urgentemente*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero. I. Politica criminale e teoria della pena*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 288; F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. penit.*, 2007/2, pp. 7 ss.

90 G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 61, 62.

principio della progressività trattamentale finisce, quindi, per scaricare sulla collettività – al momento del fine pena – i rischi di una recidiva non adeguatamente disinnescata⁹¹.

9. L'abrogazione degli istituti della collaborazione impossibile e irrilevante, in controtendenza rispetto alla distinzione giurisprudenziale tra chi è “silente per scelta” e chi è “silente suo malgrado”

Gli istituti della collaborazione impossibile e irrilevante sono stati introdotti dalla Corte costituzionale negli anni '90⁹² come temperamento al rigore del meccanismo ostativo alla concessione dei benefici penitenziari per il condannato non collaborante e sono stati successivamente inseriti nel corpo dell'art. 4 bis o.p., comma 1 bis. La collaborazione impossibile⁹³ consente di equiparare le condizioni di accesso ai benefici penitenziari per chi collabori con la giustizia e per chi, pur volendo, non possa “suo malgrado” farlo, poiché l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile rende impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. La stessa equiparazione opera nei casi di collaborazione irrilevante, che discende dalla circoscritta partecipazione al fatto criminoso e dal conseguente limitato patrimonio di conoscenze di fatti o persone, che non permettono al reo di poter dimostrare il distacco dal mondo della criminalità organizzata procurando informazioni utili, con tutti gli effetti pregiudizievoli che ne derivano sul piano della ammissione ai benefici penitenziari. In entrambi i casi (collaborazione impossibile/collaborazione irrilevante), sulla base di un «profilo del tutto estrinseco ed occasionale, quale è quello rappresentato dalla maggiore o minore ampiezza ed incisività degli accertamenti compiuti e dei risultati conseguiti nel corso del procedimento dal quale è derivata la condanna»⁹⁴ nonché sulla base del pregresso limitato apporto alle dinamiche della criminalità organizzata, il condannato è posto in una condizione deteriore rispetto a chi, invece, può collaborare ed offrire un tangibile segno della propria dissociazione dalla consorteria criminale. Stante la ratio della collaborazione, che risiede nell'offerta di un segno importante di distacco del condannato dal mondo della criminalità organizzata, è evidente come la stessa non possa ritenersi elemento preclusivo dei benefici penitenziari quando il condannato, “suo malgrado” e non per libera scelta, non possa prestarla

91 D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, op. cit., p. 4.

92 Corte costituzionale, sentenza n. 357/1994 e sentenza n. 68/1995.

93 Sul punto si rinvia a E. DOLCINI, *Collaborazione impossibile e ergastolo ostativo*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *PER SEMPRE DIETRO LE SBARRE? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti. Atti del Seminario Ferrara, 27 settembre 2019, Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna*, fasc. n. 10 del 2019, pp. 96 ss.; D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 4/2019; A. RICCI, *“Collaborazione impossibile” e sistema penitenziario*, Cedam, Padova, 2013.

94 Corte costituzionale, sentenza n. 68/1995.

in ragione di elementi del tutto esterni rispetto al suo percorso rieducativo, poiché ciò manifesterebbe la contrarietà del sistema sia all'art. 3, che all'art. 27, comma 3, Cost. Tali indicazioni giurisprudenziali erano state recepite nel comma 1 bis dell'art. 4 bis, o.p., che aveva elevato a ragione ostativa alla concessione dei benefici penitenziari la sola collaborazione esigibile.

Per apprezzare il significato e gli effetti della attuale eliminazione di questi istituti, sembra utile ripercorrere lo snodo argomentativo fondamentale che aveva orientato la decisione della Corte costituzionale: «Collaborazione irrilevante e collaborazione impossibile, dunque, finiscono per saldarsi all'interno di un quadro unitario di collaborazione oggettivamente inesigibile, che permette di infrangere lo sbarramento preclusivo previsto dalla norma proprio perché privato, in simili casi, della funzione stessa che il legislatore ha inteso imprimergli. Introdurre, quindi, come presupposto per la applicazione di istituti funzionali alla rieducazione del condannato un comportamento che obiettivamente non può essere prestato perché nulla aggiungerebbe a quanto è stato già accertato con la sentenza irrevocabile, equivale evidentemente ad escludere arbitrariamente una serie importante di opportunità trattamentali, con chiara frustrazione del precetto sancito dall'art. 27 della Costituzione e senza alcuna “contropartita” sul piano delle esigenze di prevenzione generale sulle quali pure questa Corte non ha mancato di soffermarsi nelle pronunce più volte richiamate»⁹⁵. Sul punto, si potrebbe obiettare che l'espunzione di questi strumenti è attenuata e bilanciata dal superamento della presunzione assoluta di pericolosità sociale in caso di non collaborazione, che oggi può essere vinta qualora il condannato fornisca tutti gli elementi utili indicati nell'art. 4 bis, commi 1 bis e 1 bis 1, ma deve altresì evidenziarsi la complessità e il rigore di tali oneri dimostrativi, che probabilmente orientano i termini del bilanciamento verso un inasprimento del sistema complessivo.

Il d.l. 162/2022 ha abrogato la distinzione tra il condannato silente per sua scelta e il condannato silente suo malgrado, omologando due situazioni molto diverse e soprattutto imponendo in entrambi i casi di seguire il tortuoso iter introdotto con il comma 2. Peraltro, con la sentenza 20/2022 la Corte costituzionale ha ribadito la necessità di distinguere la situazione del non collaborante “suo malgrado” da quella del non collaborante “per sua scelta”, orientandosi nel senso della legittimità di mantenere standard probatori più affievoliti e diversificati per i non collaboranti “loro malgrado” rispetto a chi ha deciso consapevolmente, per le più svariate ragioni, di non collaborare. La novella trascura, quindi, l'opzione proposta dalla Consulta, che ha ravvisato un'ontologica differenza tra chi “oggettivamente può, ma soggettivamente non vuole” (silente per sua scelta), da quella di chi “soggettivamente vuole, ma oggettivamente non può” (silente suo malgrado). Pur dovendosi rigettare ogni automatismo nella valutazione della pericolosità sociale del reo, è evidente che «Il carattere volontario della scelta di non

⁹⁵ Corte costituzionale, sentenza 68/1995.

collaborare, infatti, costituisce – secondo l’id quod plerumque accidit – un sintomo di allarme, tale da esigere un regime rafforzato di verifica, esteso all’acquisizione anche di elementi (la cui allegazione spetta al richiedente) idonei ad escludere il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, e in mancanza dei quali la decisione sull’istanza di concessione del permesso premio si arresta già sulla soglia dell’ammmissibilità»⁹⁶.

Il d.l. 162/2022, abrogando il vecchio comma 1 bis, impone al giudice di procedere al vaglio delle condizioni previste dai nuovi commi 1 bis e 1 bis 1 anche in situazioni in cui la collaborazione risulterebbe impossibile o irrilevante, ponendo il detenuto che si trovi nelle situazioni richiamate in una posizione peggiore rispetto a quella in cui si trovava in passato. Di qui la previsione di una disciplina transitoria (art. 3, comma 2, d.l. 162/2022) per effetto della quale la normativa in materia di collaborazione impossibile e di collaborazione oggettivamente irrilevante continuerà ad applicarsi – per quanto riguarda le misure alternative e la liberazione condizionale, non anche il lavoro all’esterno e i permessi-premio – a quanti abbiano commesso i delitti di cui all’art. 4 bis, comma 1, prima dell’entrata in vigore della nuova normativa (prima cioè del 31 ottobre 2022); nei confronti del condannato all’ergastolo, allorché la collaborazione risulti impossibile od oggettivamente irrilevante, non si applicherà neppure il termine di trent’anni per l’accesso alla liberazione condizionale, né il prolungamento a dieci anni della durata della libertà vigilata⁹⁷.

10. L’estensione dell’area della ostatività ai reati connessi, contro il tendenziale favore verso lo scioglimento del cumulo

Il d.l. in esame ha sostanzialmente ampliato il catalogo dei reati ‘di prima fascia’ mediante l’introduzione della disposizione, inserita come ultimo periodo dell’art. 4 bis, comma 1, relativa alle ipotesi di connessione qualificata tra reati non ostativi e reati ostativi. Attraverso l’aggravante del nesso teleologico, si estendono le ostatività anche ai reati connessi non ostativi, con la conseguenza che chi sia stato condannato per un reato ostativo (es: concussione) e per reati connessi (es: falso ideologico, truffa), dopo aver eseguito la pena principale in regime di ostatività, dovrà scontare nel medesimo regime anche i reati connessi pur non ostativi, salvo l’onere di dimostrazione della inesistenza di una connessione qualificata. L’introduzione di questa nuova ipotesi delittuosa risponde alla logica del diritto penale d’autore, in quanto inserisce nell’elenco dei reati ostativi determinati tipi criminosi non in ragione della loro natura oggettiva, bensì per la finalità cui l’autore ha indirizzato la propria condotta⁹⁸.

⁹⁶ Corte costituzionale, sentenza 20/2022.

⁹⁷ E. DOLCINI, *L’ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *Sistema penale*, 2022, p. 9

⁹⁸ F.C. PALAZZO, *Ergastolo ostativo: criticità e prospettive di riforma*, in C. Conti (a cura di), *Criminalità mafiosa: memoria e cultura della legalità. Nel ricordo di Piero Luigi Vigna e Gabriele Chelazzi*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 206.

Diversamente dai numerosi interventi di modifica che hanno segnato la storia dell'art. 4 bis o.p. dal 1991 ad oggi, sempre accrescitivi dell'elenco dei delitti ostativi, la novella legislativa non ha introdotto nominalmente nuove tipologie delittuose, ma ha comunque sensibilmente ampliato l'area oggettiva della "ostatività" attraverso una clausola di carattere generale che, limitando l'applicazione del noto criterio interpretativo dello scioglimento del cumulo delle pene ostative e non ostative, tende a ricomprendervi anche delitti non elencati nel comma 1 dell'art. 4 bis o.p.⁹⁹. Ad essere sottoposti al nuovo regime differenziato per l'ammissione ai benefici penitenziari, infatti, saranno anche tutti i condannati in espiatione di pene inflitte «per delitti diversi da quelli ivi indicati, in relazione ai quali il giudice della cognizione o dell'esecuzione ha accertato che sono stati commessi per eseguire od occultare uno dei reati di cui al medesimo primo periodo ovvero per conseguire o assicurare al condannato o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di detti reati» (art. 4 bis, comma 1, ultimo periodo).

La disposizione pone seri problemi in relazione agli elementi che i condannati per reati ostativi sono tenuti ad allegare per essere ammessi ai benefici penitenziari. Un conto, infatti, è chiedere di allegare elementi tesi a escludere l'attualità di collegamenti e l'assenza di un pericolo di ripristino dei medesimi a chi è intraneo a un'associazione, un altro conto è chiedere tale sforzo probatorio a chi, nonostante il riconoscimento della menzionata aggravante, può essere rimasto ai margini esterni del sodalizio ed essere stato coinvolto nei fatti di reato del tutto occasionalmente¹⁰⁰. Si tratta di questione, quella del profilo criminale del condannato e della sua posizione nei confronti dell'associazione, che è già stata posta da autorevole dottrina con riferimento al concorrente esterno e al responsabile di reati commessi con metodo mafioso o al fine di agevolare l'associazione mafiosa¹⁰¹ e che, a maggiore ragione, si pone nell'evenienza del responsabile di delitti aggravati dall'art. 61, n. 2, c.p.

Il divieto (parziale) di scioglimento del cumulo per l'accesso ai benefici penitenziari, che produce l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione dei reati sottoposti al regime dell'art. 4 bis o.p., si pone poi in controtendenza rispetto all'orientamento giurisprudenziale consolidato¹⁰² concernente lo scioglimento

99 A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, op. cit., p. 3.

100 R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Questione Giustizia*, 2022.

101 M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, 28 febbraio 2022.

102 La giurisprudenza di legittimità è da tempo costante nel ritenere che, nel caso di cumulo, materiale o giuridico, di pene inflitte per diversi titoli di reato, alcuni dei quali soltanto compresi nell'elenco dell'art. 4-bis o.p., occorre procedere allo scioglimento del cumulo, venendo meno l'impedimento alla fruizione dei benefici penitenziari qualora l'interessato abbia già espiato la parte di pena relativa ai reati ostativi (*ex plurimis*, con riguardo al cumulo materiale, Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 18 giugno-20 luglio 2021, n. 28141; Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 11 dicembre 2020-7 aprile 2021, n. 13041; con riguardo al cumulo giuridico, conseguente, in particolare, all'applicazione della disciplina del reato continuato, Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 29 novembre-7 dicembre 2016, n. 52182; Corte di cassazione, sezione prima penale,

del cumulo al fine di consentire l'accesso ai benefici penitenziari qualora l'interessato abbia già espiato la parte di pena relativa ai delitti ostativi. La disciplina di *favor* sottesa al citato indirizzo, secondo cui le norme concernenti il cumulo non si possono mai risolvere in un danno per l'imputato o per il condannato, ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale nelle sentenze 361/1994 e 33/2022. Con la prima pronuncia, la Corte ha affermato che la disciplina di cui all'art. 4 bis o.p. «va interpretata, in conformità del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., nel senso che possono essere concesse misure alternative alla detenzione ai condannati per i reati gravi [...] quando essi abbiano espiato per intero la pena per i reati stessi e stiano espiando pene per reati meno gravi non ostativi alla concessione delle misure alternative alla detenzione», e, col più recente arresto, ha ribadito la necessità di evitare di attribuire ad una persona «una sorta di status di detenuto pericoloso destinato a permeare di sé l'intero rapporto esecutivo, a prescindere dallo specifico titolo di condanna concretamente in esecuzione»¹⁰³.

11. L'innalzamento a trent'anni della soglia temporale per la liberazione condizionale dell'ergastolano non collaborante: profili di frizione con la giurisprudenza di Strasburgo

Un altro aspetto di particolare interesse concerne le modifiche introdotte sulle soglie temporali che il condannato (non collaborante) per i reati di cui all'art. 4 bis, comma 1, o.p. deve raggiungere per poter accedere alla liberazione condizionale.

L'art. 2, comma 1, del d.l. 162/2022, intervenendo sul d.l. 152/1991, ha disposto che: «I condannati per i delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono le condizioni indicate nello stesso articolo 4-bis per la concessione dei benefici. Si osservano le disposizioni dei commi 2, 2-bis e 3 dell'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975.». Il comma 2 prosegue stabilendo che «Fermi restando gli ulteriori requisiti e gli altri limiti di pena previsti dall'articolo 176 del codice penale e fatto salvo quanto stabilito dall'articolo 8 della legge 29 maggio 1982, n. 304, i soggetti di cui al comma 1 non possono comunque essere ammessi alla liberazione condizionale se non hanno scontato almeno due terzi della pena temporanea o almeno trenta anni di pena, quando vi è stata condanna all'ergastolo per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354».

L'ammissione ai benefici penitenziari è consentita solo dopo che il reo abbia scontato almeno due terzi della pena, mentre il condannato all'ergastolo vi potrà accedere solo dopo aver scontato almeno

sentenza 31 marzo-26 luglio 2016, n. 32419): con l'ulteriore precisazione che, a questi fini, deve ritenersi scontata per prima la pena più gravosa per il reo, ossia quella riferibile ai reati che non consentirebbero l'accesso ai benefici (tra le altre, Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza n. 28141 del 2021; Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 28 ottobre 2015-22 febbraio 2016, n. 6817).

103 M. PASSIONE, *A proposito del d.l. 162/2022: rilievi costituzionali e proposte di modifica, con particolare riferimento alla disciplina in materia di 4 bis o.p.*, in *Sistema penale*, 2022.

trent'anni, con estinzione della pena dopo altri dieci anni trascorsi in libertà vigilata (art. 2, lett. b, d.l. 162/2022). Sul punto, attenta dottrina ha evidenziato come la soglia temporale di trent'anni per l'accesso alla liberazione condizionale da parte del condannato che non collabori con la giustizia, ma abbia comunque rescisso ogni collegamento con la criminalità organizzata, rischi di creare «un divario irragionevole tra la condizione di questo condannato e quella del condannato collaborante, che, a norma dell'art. 16 nonies del d.l. 8/1991, può accedere alla liberazione condizionale dopo aver espiato dieci anni di pena: una così radicale disparità di trattamento mi sembra integrare una violazione del principio di eguaglianza/ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.»¹⁰⁴.

Si deve, altresì, osservare che la soglia temporale di trent'anni prevista per l'ergastolano non collaborante eccede ampiamente il limite che la Corte Edu¹⁰⁵ annovera tra le condizioni in presenza delle quali la pena detentiva perpetua può considerarsi 'riducibile' *de iure e de facto*. La Corte ha rilevato che tra gli Stati contraenti «vi è una netta tendenza in favore della creazione di un meccanismo speciale che garantisca un primo riesame entro un termine massimo di venticinque anni da quando la pena perpetua è stata inflitta» (par. 120). Inoltre, in una più recente pronuncia¹⁰⁶ i giudici di Strasburgo hanno giudicato incompatibile con l'art. 3 Cedu la norma della legislazione ungherese che consentiva ai detenuti di fare istanza di riesame della pena perpetua solo una volta che fossero trascorsi dai trenta a i quaranta anni di ergastolo; un periodo di attesa così lungo ritarda in modo irragionevole la valutazione dei progressi compiuti dal reo nella direzione della riabilitazione e impedisce alle autorità competenti di verificare se la continuazione della detenzione risulti ancora giustificata da legittime ragioni penologiche¹⁰⁷. La Corte non dimentica il proprio precedente *Bodein c. Francia*¹⁰⁸, in cui aveva ritenuto compatibile con l'art. 3 un meccanismo di riesame della pena che intervenisse dopo trenta anni di reclusione. In quel caso, però, la Corte, valorizzando le peculiarità del caso concreto, aveva dato particolare rilevanza al *dies a quo* del calcolo della pena, che coincideva con il primo momento di privazione della libertà, ovvero con l'inizio della custodia cautelare. Poiché il ricorrente aveva, quindi, potuto chiedere la libertà condizionale ventisei anni dopo l'irrogazione della condanna all'ergastolo, la Corte aveva concluso che la pena dovesse essere considerata riducibile ai fini dell'articolo 3.

104 E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, *op. cit.*, p. 7.

105 Grande Camera, sentenza del 9.7.2013, *Vinter c. Regno Unito*.

106 *Horváth e altri c. Ungheria*, sentenza del 2.3.2023.

107 Paragrafo 16: «In sum, the fact that the applicants in the present case can hope to have their progress towards release reviewed only after they have served thirty to forty years of their life sentences is sufficient for the Court to conclude that the applicants' life sentences cannot be regarded as reducible for the purposes of Article 3 of the Convention. Such a long waiting period unduly delays the domestic authorities' review of "whether any changes in the life prisoner are so significant, and such progress towards rehabilitation has been made in the course of the sentence, as to mean that continued detention can no longer be justified on legitimate penological grounds».

108 *Bodein c. Francia*, sentenza del 13.11.2014.

Il vincolo derivante dal sistema Cedu non è dunque rispettato dal limite temporale di trent'anni, con la conseguente esposizione della norma interna ad una possibile censura di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., come integrato dall'art. 3 Cedu. Profili di incompatibilità con gli obblighi internazionali sorgono altresì con riferimento allo Statuto della Corte penale internazionale, che ha individuato in venticinque anni il tempo di pena massimo da scontare affinché l'ergastolano possa accedere al riesame della pena (art. 110, comma 3)¹⁰⁹.

12. Riflessioni conclusive sul complessivo impianto del d.l. 162/2022: convergenze e divergenze rispetto ai moniti dei giudici costituzionali e di Strasburgo

I moniti provenienti dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte costituzionale hanno imposto al legislatore di affrontare in modo serio e urgente il tema dei rapporti tra ergastolo ostativo e principio di rieducazione della pena, in particolare sciogliendo il nodo problematico connesso alla necessità di compatibilizzare la permanente e ragionevole presunzione di non ravvedimento conseguente alla mancata collaborazione con l'imperativo della riducibilità *de iure* e *de facto* della pena. L'intervento normativo doveva assolvere il difficile compito di porre in equilibrio le indicazioni provenienti dalle due Corti con il mantenimento di una risposta ordinamentale decisa nei confronti dei più gravi ed allarmanti fenomeni criminosi, che espongono a serio pericolo la sicurezza dei cittadini per il loro livello di efferatezza e per la circostanza di manifestarsi attraverso forme associative in cui il sodalizio criminoso è di forza e di entità tali da proseguire anche in costanza di reclusione, poiché si nutre di processi sociali e culturali che entrano a far parte dell'identità del condannato, che fanno leva su un'adesione interiore comparabile ad una fede, come accade nel contesto delle associazioni di stampo mafioso. Le modalità con le quali è stata data concreta attuazione a questo bilanciamento consentono di formulare due rilievi, di metodo e di merito.

Con riferimento al metodo, la delicata operazione che il legislatore aveva il compito di condurre avrebbe dovuto essere intrapresa non *in limine temporis*, ma seguendo un iter deliberativo che consentisse una più estesa discussione in seno al Parlamento. La definizione delle condizioni per rendere i meccanismi ostativi ai benefici penitenziari compatibili con l'art. 27, comma 3, Cost. e con l'art. 3 Cedu avrebbe dovuto tradursi in una legge, non in un decreto-legge, che, individuando l'urgenza nei «moniti rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore per l'adozione di una nuova regolamentazione dell'istituto al fine di ricondurlo a conformità con la Costituzione e dell'imminenza della data dell'8 novembre 2022, fissata dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore», ha dato

109 E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, *op. cit.*, p. 7.

l'impressione di affrontare la questione come un "problema da risolvere"¹¹⁰, e non come un incentivo per ricondurre a Costituzione la normativa allora vigente.

Con riguardo ai contenuti, sarebbe stato ragionevole differenziare il regime probatorio per i reati monosoggettivi e per i reati associativi, prevedendo, come alternativa alla collaborazione, un parametro probatorio particolarmente elevato esclusivamente per i delitti associativi commessi per finalità di terrorismo o di eversione, l'associazione di tipo mafioso, i reati aggravati dal metodo mafioso e agevolanti l'associazione, il sequestro di persona a scopo di estorsione e l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti¹¹¹. Questa poteva essere l'occasione per rimettere ordine all'interno di un variegato catalogo di fattispecie delittuose che nel corso degli anni sono state aggregate in seno all'art. 4 bis secondo un criterio privo di alcuna coerenza criminologica: dai reati di "contesto mafioso" a quelli di carattere sessuale e a quelli volti a incidere sulla libertà individuale, attraverso quelli di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, sino all'ampia selezione di delitti commessi in danno della pubblica amministrazione¹¹².

Valorizzando il dato socio-criminologico della concreta fenomenologia della fattispecie associativa di stampo mafioso, si sarebbe potuto riservare il massimo rigore probatorio per l'accesso ai benefici penitenziari del condannato per reati di mafia, nella piena consapevolezza del fatto che «l'appartenenza a una associazione di stampo mafioso implica, di regola, un'adesione stabile a un sodalizio criminoso, fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo»¹¹³.

Il quadro normativo si muove nella direzione opposta, in quanto inserisce nella sfera di applicazione dell'art. 4 bis un complesso eterogeneo di reati, anche non tipicamente espressivi di forme di criminalità organizzata o di natura mono-soggettiva, come la prostituzione minorile, la pornografia minorile, la violenza sessuale di gruppo, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, i reati contro la pubblica amministrazione, tutti inseriti nella "prima fascia". Già in costanza della disciplina previgente, la dottrina aveva valutato irragionevole l'inclusione nell'art. 4 bis di una serie di reati che nulla hanno a che vedere con forme di criminalità organizzata e per i quali, dunque, non ha senso distinguere tra collaborante e non collaborante, giacché «una differenza tra collaboranti e non collaboranti, ai fini dell'accesso a benefici e misure alternative, ha senso con riguardo ad appartenenti a un mondo di criminalità organizzata, che si

110 A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo, la Consulta rinvia a novembre la decisione*, in *Il Riformista*, 10 maggio 2022.

111 M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, op. cit., p. 8.

112 F. SIRACUSANO, *Punire e rieducare tra individualizzazione e differenziazione trattamentale: un difficile equilibrio da ricondurre entro i binari della legalità costituzionale*, op. cit., p. 12.

113 Corte costituzionale, ordinanza 97/2021, paragrafo 8.

può supporre abbiano qualcosa da dire su quel mondo, al di là dei delitti per i quali siano sotto processo o già condannati»¹¹⁴.

Parimenti, all'interno dei reati associativi, si sarebbe potuto differenziare il carico probatorio in ragione del ruolo rivestito dal condannato, imponendo oneri più stringenti per l'affiliato rispetto a chi, invece, abbia dato un contributo marginale al sodalizio criminoso. In altri termini, gli oneri dimostrativi dovrebbero risultare proporzionati alla entità della partecipazione al sodalizio criminoso dal quale si esige l'allontanamento definitivo.

Infine, non possono trascurarsi gli elementi di criticità sollevati dalle soglie temporali per l'accesso alla liberazione condizionale, dal carattere obbligatorio e dalla durata fissa (doppia rispetto alla normativa previgente) della libertà vigilata da applicarsi all'atto della liberazione condizionale, dal livellamento degli oneri probatori per l'accesso indistintamente a tutti i benefici penitenziari, dall'estensione dell'area dell'ostatività attraverso il divieto di scioglimento del cumulo e, infine, dalla soppressione delle ipotesi di collaborazione impossibile o irrilevante. Inoltre, sul versante della formulazione linguistica, il legislatore ha consegnato un articolato normativo che, in diversi punti, appare di difficile interpretazione. In alcuni passaggi, si rinvengono formule che sembrano duplicare gli stessi concetti, come accade, ad esempio, quando il decreto si riferisce all'adempimento “delle obbligazioni civili” e “degli obblighi di riparazione pecuniaria” o alla nozione di “collegamento indiretto” e di “collegamento tramite terzi”. Si tratta di espressioni che evocano contenuti talmente contigui da rendere difficile l'enucleazione di tratti distintivi che possano conferire loro un'autonomia concettuale.

Con riferimento all'onere di allegazione di elementi atti a escludere l'attualità di collegamenti e il pericolo di un loro ripristino, il complesso disposto normativo si colloca sulla scia di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 253/2019 in tema di permessi premio per i condannati a reati ostativi e nella ordinanza 97/2021. Il tessuto della norma, tuttavia, è talmente denso di aggettivi, frasi, concetti elastici (ad esempio, il «contesto nel quale il reato è stato commesso» o i «collegamenti indiretti»), che sono privi di riferimenti a una materialità dimostrabile e che rendono il superamento della ostatività assoluta una «corsa a ostacoli difficilmente percorribile sino al traguardo», che, secondo alcuni autori, avrebbe trasformato «la presunzione assoluta di pericolosità sociale nella prova impossibile di non pericolosità»¹¹⁵.

114 D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2019, p. 238; esprimono analoghe perplessità anche V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 107; G.M. FLICK, *Le novelle su corruzione e dintorni: dal dire al fare o viceversa*, in *Cass. pen.*, 2019/10, pp. 3430 ss.; E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 209 ss., secondo il quale la disposizione sembra aver ormai «tradito la ratio originaria: da strumento strategico per la lotta al crimine organizzato, l'art. 4 bis appare oggi uno strumento di “governo dell'insicurezza sociale” con una accentuata valenza politico-simbolica (oltre che con effetti deleteri per il sistema dell'esecuzione penale)».

115 R. DE VITO, *Finisce davvero il “fine pena mai”? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, *op. cit.*

Oggi, in conformità a quanto richiesto dai giudici costituzionali e di Strasburgo, la scelta collaborativa non rappresenta più l'unico parametro per misurare il percorso di effettiva risocializzazione del condannato, potendo quella scelta far difetto per ragioni diverse dal mantenimento dei legami con l'organizzazione criminale. A questa apertura, si accompagnano, tuttavia, nuove chiusure rispetto al diritto previgente su aspetti tutt'altro che marginali, che sollevano il dubbio che il legislatore non abbia tenuto nel dovuto conto le aperture auspiccate dalla Corte costituzionale a favore del condannato non collaborante¹¹⁶. Peraltro, la pronuncia a cui il legislatore ha dato seguito si iscrive in una "riforma di sistema" che la Corte ha progressivamente concepito mediante una serie di pronunce che in tempi recenti hanno affrontato temi tradizionali in modo innovativo, percorrendo un «cammino verso la Costituzione»¹¹⁷ dell'esecuzione penitenziaria e promuovendo un deciso innalzamento nella tutela di principi e valori che contrassegnano il "volto costituzionale" del sistema penale¹¹⁸.

In conclusione, giova ricordare che il processo di rieducazione del condannato dovrebbe proiettarsi nella società come espressione di «un impegno dello Stato verso il delinquente»¹¹⁹, poiché l'idea rieducativa, pur non escludendo la responsabilità individuale, tiene conto della corresponsabilità della società nella genesi del reato: nella misura in cui il reato non è solo il risultato di scelte individuali, ma della interazione tra queste e i fattori familiari, sociali, culturali ed economici, il diritto penale non può non farsi carico di questa complessità, offrendo opportunità a chi ha violato la legge penale e sottraendo la pena a pure logiche di deterrenza o di neutralizzazione¹²⁰. Nella rieducazione è possibile ravvisare il riconoscimento di una sorta di corresponsabilità sociale per il reato commesso¹²¹. Tralasciando i reati colposi e i reati dei c.d. colletti bianchi, nelle altre ipotesi delittuose la pena andrebbe a recuperare, per quanto possibile, il fallimento in origine della società, la quale ha mancato nel progetto educativo e di formazione della persona, per cui la carenza di socializzazione, cultura o risorse economiche se non giustificano il reato, almeno lo spiegano¹²². Questa considerazione manifesta lo stretto legame che unisce la politica criminale, come insieme di strumenti che un sistema predispone per contrastare la criminalità, e la politica sociale, che deve intervenire in via preventiva per aggredire i fattori che predispongono alla commissione del reato, i c.d. fattori criminogeni, traducendo in termini attuali la teoria dei sostitutivi penali elaborata da

116 E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articulo mortis, *op. cit.*, pp. 9, 10.

117 G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2018.

118 V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sistema penale*, 2020, p. 2.

119 F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 33.

120 M. PELISSERO, *Funzioni della pena*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 643, 644.

121 P. NOLL, *La fondazione etica della pena*, in L. Eusebi (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 39.

122 *Ibid.*, p. 41.



Enrico Ferri¹²³. Si tratta di una congerie molto eterogenea di misure di ordine economico-sociale, politico, amministrativo, familiare ed educativo¹²⁴ che, pur non essendo concepibili quale panacea universale contro la delinquenza, possono certamente aiutare a individuare le cause dei fenomeni criminosi e a prevenire ed attenuare gli effetti. Questa teoria deve essere letta insieme all'art. 3, comma 2, Cost., vera chiave di volta del nostro Stato costituzionale-sociale, che impone alla Repubblica di estirpare quelle diseguaglianze di ordine economico, sociale e culturale, che operano creando situazioni di marginalizzazione e di esclusione dalle dinamiche partecipative della comunità, che a loro volta rappresentano un terreno fertile per la diffusione di molte forme di devianza. In questa prospettiva, affinché il carcere non diventi l'anticamera di ulteriori e future forme di esclusione, conseguenti ai pregiudizi riguardo al mondo carcerario, sembra doveroso che le istituzioni si impegnino per rendere realmente possibile il perseguimento dell'obiettivo rieducativo durante la permanenza in carcere, rivitalizzando l'offerta educativa anche in ambito intramurario, rinnovandone i criteri, i metodi e le tecniche, e investendo risorse maggiori su figure professionali che siano in grado di costruire percorsi formativi che possano rispondere il più possibile ai bisogni e alle aspirazioni dei detenuti.

123 La teoria dei sostitutivi penali fu impostata da E. Ferri per la prima volta nel suo *Dei sostitutivi penali*, in *Archivio di psichiatria*, I, 1880, pp. 67 ss. e 214 ss., per poi essere compiutamente sviluppata ne *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Zanichelli, Bologna, 1884.

124 E. FERRI, *Socialismo e criminalità. Appunti*, Fratelli Bocca, Torino, 1883, p. 144.