

PER SEMPRE DIETRO LE SBARRE?

L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti

a cura di
GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI



PER SEMPRE DIETRO LE SBARRE?

L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti

*Atti del Seminario
Ferrara, 27 settembre 2019*

a cura di
GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI

*FORUM DI QUADERNI COSTITUZIONALI RASSEGNA,
fasc. n. 10 del 2019*

INDICE

<i>Prefazione</i>	X
<i>Documentazione</i>	XV
<i>Traccia per la discussione</i>	XVII

Relazioni introduttive

L'ERGASTOLO OSTATIVO NEL FUOCO DELLA <i>QUAESTIO LEGITIMITATIS</i> di FRANCESCO PALAZZO.....	1
LA PENA DETENTIVA «FINO ALLA FINE» E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI di VLADIMIRO ZAGREBELSKY.....	15

Discussione

L'ERGASTOLO OSTATIVO AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: UN DIALOGO POSSIBILE CON LA CORTE EDU? di FRANCESCA BAILO.....	27
IL 4-BIS ALL'ESAME DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LE QUESTIONI SUL TAPPETO E LE POSSIBILI SOLUZIONI di FRANCESCA BIONDI.....	33
<i>SPES</i> , ULTIMA DEA di MARIA BRUCALE.....	49
DIRITTO AL GIUDICE E <i>HABEAS CORPUS</i> PENITENZIARIO: L'INSOSTENIBILITÀ DELLE PRESUNZIONI ASSOLUTE SUI PERCORSI INDIVIDUALI di STEFANIA CARNEVALE.....	56
A PARTIRE DAL BENE OFFESO COME PARAMETRO DI LEGITTIMAZIONE DELLA PENA CARCERARIA di SILVIA CECCHI.....	64

LA CORTE SIA CHIARA E CORAGGIOSA SUL PRINCIPIO DELL'INCOSTITUZIONALITÀ, ANCHE SE PRUDENTE NELLA SCELTA DELLO STRUMENTO TECNICO di MARIO CHIAVARIO.....	71
L'ERGASTOLO OSTATIVO NEL PRISMA DEL SOTTOSISTEMA PENALE PREMIALE di ENRICO COTTU.....	75
IL POSSIBILE DIALOGO TRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTE EDU SULLA (IL)LEGITTIMITÀ DELL'ERGASTOLO OSTATIVO di ILARIA DE CESARE.....	83
ERGASTOLO OSTATIVO E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ TRA REATO E PENA: SPUNTI DALLE VICENDE FRANCESI di ANDREA DEFFENU.....	89
COLLABORAZIONE IMPOSSIBILE E ERGASTOLO OSTATIVO di EMILIO DOLCINI.....	96
QUEL CHE POSSIAMO FARE PERCHÉ IL “DIRITTO ALLA SPERANZA” TROVI CONCRETE APPLICAZIONI IN CARCERE di ORNELLA FAVERO.....	104
IL PASSO CORAGGIOSO CHE ANCORA RESTA DA COMPIERE di FABIO FIORENTIN.....	107
ORA TOCCA AI GIUDICI COSTITUZIONALI. IL VIAGGIO DELL'ERGASTOLO OSTATIVO AL CAPOLINEA? di DAVIDE GALLIANI.....	113
LA POSSIBILITÀ DI UNA PRONUNCIA DI INCOSTITUZIONALITÀ DIFFERITA SUL FINE PENA MAI? di MIRIANA LANOTTE.....	123
UNA NECESSITÀ DI POLITICA CRIMINALE O UN'ANACRONISTICA, CRUDELE ED ABNORME PUNIZIONE DI STATO? di ANTONIO LEGGIERO.....	128
IL DIALOGO TRA LE CORTI SULL'ERGASTOLO OSTATIVO: UN'OPPORTUNITÀ PER IL GIUDICE DELLE LEGGI di MARTA MENGOZZI.....	137
L'ART. 4-BIS COMMA 1 O.P. ALLA PROVA DEI FATTI: IL <i>DEFICIT</i> DI RAZIONALITÀ EMPIRICA E TELEOLOGICA di CLAUDIA PECORELLA e MONICA TRAPANI.....	142
ALCUNE BUONE RAGIONI PER UN ALLINEAMENTO TRA ROMA E STRASBURGO di ANDREA PUGIOTTO.....	147

PROBLEMI DELL'OSTATIVITÀ SANZIONATORIA. RILEVANZA DEL TEMPO E DIRITTI DELLA PERSONA di DOMENICO PULITANÒ.....	153
LA DECISIONE SULL'AMMISSIBILITÀ DEGLI INTERVENTI DEI TERZI: UN ALTRO BANCO DI PROVA PER L'“APERTURA” DEL PROCESSO (E DELLA CORTE) di GIORGIO SOBRINO.....	160
SE LA PENA È DAVVERO “A OLTRANZA”: I (SERI) DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ SULL'ERGASTOLO E LE PRECLUSIONI OSTATIVE di PAOLO VERONESI.....	169

SE LA PENA È DAVVERO “A OLTRANZA”: I (SERI) DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ SULL’ERGASTOLO E LE PRECLUSIONI OSTATIVE

di PAOLO VERONESI*

SOMMARIO: 1. “Sovraffollamento” ed “ergastolo ostativo”: due “superlativi di superlativi”. – 2. Segue: due “trattamenti inumani e degradanti”. – 3. L’“ergastolo senza fine” tra pena di morte e tortura. – 4. Quando la pena ha da essere davvero “senza fine”. – 5. Il rilievo del “tempo” che passa e del “cambiamento” che può portare con sé. – 6. I rimedi all’ergastolo ostativo: sono davvero idonei? – 7. Esiti.

1. È noto come la persona carcerata si muova, per definizione, entro *coordinate spaziali e temporali* alquanto particolari e assai diverse da quelle di chi vive in libertà.

La *dimensione spaziale* in cui vive il recluso – già assai compressa – può poi addirittura dar luogo al cosiddetto “sovrappollamento”: una vera e propria aberrazione dell’esperienza carceraria, specie se vissuta in un regime che si vorrebbe democratico e fondato sul rispetto della persona. Tale fenomeno costituisce infatti un conclamato esempio di trattamento inumano e degradante, perciò in contrasto con numerose norme della Costituzione italiana (artt. 2, 3, 13, 27), oltre che con l’art. 3 della Convenzione EDU: lo ha espressamente riconosciuto la stessa Corte di Strasburgo nella famosa “sentenza pilota” *Torreggiani c. Italia*, 8 gennaio 2013 (ma lo stesso assunto è stato espresso in molte altre sue decisioni)¹.

Dunque, nel *sovrappollamento* – stravagante “superlativo di un superlativo”² – la dimensione spaziale della pena rivela una sua palese “patologia”. Una “deviazione di percorso” che genera conseguenze assolutamente invasive sullo stretto piano costituzionale. Senza chiamare in

* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara*

¹ Già prima della sentenza *Torreggiani* – che ai §§65 e ss. elenca una copiosa giurisprudenza CEDU conforme – l’Italia è stata condannata, per le medesime ragioni, nell’altrettanto nota sentenza *Sulejmanovic c. Italia* 16 luglio 2009, n. 22635/03.

² A. PUGIOTTO, *Aprire le celle alla Costituzione*, in F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, Roma, 2012, p. 228.

causa il concetto di dignità – il quale entra però senz'altro in gioco in tali casi ed è, dunque, utilizzato dalla stessa giurisprudenza CEDU (sentenza Torreggiani compresa) – il sovraffollamento impedisce infatti di raggiungere la finalità rieducativa della pena *ex art. 27, comma 3, Cost.*; ostacola la risocializzazione del condannato; lo rende oggetto di un trattamento contrario al senso di umanità (ancora *contra l'art. 27, comma 3*), sottoponendolo, in aggiunta, a un'evidente violenza fisica e morale, la quale si aggiunge (illegittimamente) al *quantum* di pena che gli è stato comminato (violandosi, così, anche l'art. 13, comma 4, Cost.).

A ben vedere – però – anche l'inevitabile (e peculiare) *dimensione temporale* della pena può debordare, a sua volta, verso un “superlativo del superlativo”.

Occorre infatti prendere atto dell'esistenza, nel nostro ordinamento, non solo di un ergastolo “comune” e “ordinario” – che già parrebbe collocarsi al *top* delle pene – ma anche della ben distinta realtà di un “ergastolo (davvero o tendenzialmente) perpetuo”, “ostativo”, “di durata indefinita”. Come a dire che esiste certo l'ergastolo, ma, al di là del perimetro temporale tracciato da quello “di base” – variamente ridimensionabile in base ai risultati della risocializzazione – ne esiste un'ulteriore tipologia ancora più estrema, escludente, risolutiva, spesso invincibile. Un ergastolo che quasi si sovrappone (fino talvolta a identificarsi) con l'autentico e irreversibile “fine pena mai”, e per il quale, cioè, il superamento della potenziale perpetuità – senza dire della totale esclusione dai vari benefici premiali previsti per il reo – appare ben «più difficile, ... più stretto che in quello ordinario, con [ancora] maggiore compressione dunque della finalità rieducativa»³. La parola “ergastolo” è insomma la stessa; gli effetti delle varie sottospecie di questa pena dal medesimo *nomen* sono, però, concretamente molto diversi.

Mutatis mutandis, osservazioni analoghe valgono altresì per quella congerie di pene (in espansione) non ridimensionabili, né alleviabili da benefici penitenziari nonostante i progressi del reo sul fronte della sua emenda: è il caso delle c.d. preclusioni ostative disciplinate all'art. 4-*bis* dell'ord. pen.

2. La seconda (ben più severa) versione della pena perpetua appena evocata – l'ergastolo “ostativo” appunto, ovvero la condanna a vita e senza possibilità di accesso a benefici premiali, comminata a chi si sia reso colpevole dei reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. e, pur essendo in condizioni di collaborare con la giustizia, non si adegui a quanto previsto dall'art. 58-*ter* ord. pen. – si presenta assai simile, si diceva, a un vero ergastolo senza rimedio. Per questo motivo essa ha quindi tutta l'aria di configurarsi quale l'equivalente sul piano temporale (anche considerando i vari benefici penitenziari altrimenti possibili e

³ Così (efficacemente) scrive F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis*, in questo volume. §3.

qui non concessi), di quanto incarnato dal “sovraffollamento” sul versante spaziale dell’esperienza carceraria.

Lo conferma (indirettamente) la stessa giurisprudenza della Corte EDU, nella quale si è progressivamente imposta la tesi per cui l’ergastolo senza concrete (o almeno sufficienti) possibilità di rimodulazione della pena – pur in presenza di buoni risultati sul piano della risocializzazione del reo – costituisce una patente violazione dell’art. 3 della Convenzione; come il sovraffollamento, anche una simile tipologia di “pena perpetua” (o “quasi perpetua”) dà infatti luogo a un trattamento inumano e degradante⁴.

Sul piano temporale, la CEDU esige pertanto un ripetuto riscontro dei progressi concretamente compiuti dal condannato⁵, così come – sul versante spaziale – essa pretende il rispetto di alcune condizioni minime atte a preservare il condannato da situazioni di inumano sovraffollamento (e che la sentenza Torreggiani si pregia di enucleare).

Come tuttavia si dirà, l’ergastolo ostativo – nella disciplina ospitata dal nostro ordinamento penitenziario – prescinde proprio da un simile (sufficiente, ragionevole ed efficace) apparato di riscontri. Esso può venire infatti ridimensionato (e attratto nella più “mite” orbita di disciplina dell’ergastolo che ammette la possibile concessione di permessi premio *et similia*) in base ad “indici” che – per quanto progressivamente ricalibrati e messi a fuoco dalla giurisprudenza⁶ – appaiono comunque decisamente asfittici (e nient’affatto risolutivi) proprio sul versante del riscontro della rieducazione-risocializzazione del reo⁷. Analoghe considerazioni valgono tuttavia per l’intera platea delle preclusioni ostative. Altri se ne sono occupati in questa sede ma – per quanto d’interesse – se ne dovrà dire (succintamente) anche più oltre.

3. Non senza buone ragioni, è stato così possibile argomentare che l’ergastolo ostativo, in quanto “superlativo” dell’ergastolo ordinario – pena potenzialmente senza termine o con una possibilità solo teorica di essere ridimensionata (pur a fronte di un obiettivo recupero del reo) – oltre a essere un peculiare esempio di trattamento inumano e degradante, rappresenterebbe, di fatto, una «pena di morte nascosta»⁸. Come la pena di morte – ma con altri “mezzi” – esso azzerava infatti le possibilità del condannato di “riprendersi la

⁴ Si v. la giurisprudenza citata da V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine” e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in questo volume, *passim*.

⁵ Corte EDU, Grande Camera, sentenza Vinter 9 luglio 2013.

⁶ Si v., ad esempio, le sentt. n. 357/1994 e n. 68/1995.

⁷ Un’ampia disamina delle incongruenze che questo quadro determina è svolta da A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI - A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, spec. pp. 77 ss., 87 ss., 125 ss., 133 ss., 141 ss., 149 ss.

⁸ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, cit., p. 128 ss., ma, dello stesso A., si v. già *Una quaestio sulla pena dell’ergastolo*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 marzo 2013.

vita” anche quando lo meriterebbe. Esso è insomma «privazione di vita perché privazione di futuro, azzeramento di ogni speranza, amputazione dal consorzio umano»⁹. Lo conferma la fredda determinazione dell'*escamotage* burocratico con il quale si indica la data di scadenza della pena riportata nei documenti carcerari di chi vi è sottoposto: il 9999. Un traguardo temporale non a caso definito «metafisico»¹⁰, proprio com'è letteralmente “metafisica” (almeno per certi versi) la morte.

Del resto – com'è noto – lo stesso Beccaria preferiva l'ergastolo alla pena di morte non in quanto pena più mite e umana, bensì – al contrario – proprio perché lo riteneva maggiormente afflittivo¹¹. In base a tali coordinate – e se è vero che il più comprende il meno – l'ergastolo dovrebbe dunque essere assunto quale una pena di morte all'ennesima potenza. E se nel nostro ordinamento – dopo la legge di revisione costituzionale n. 1/2007 – è ormai costituzionalmente vietata la pena di morte (art. 27, comma 4), tale dovrebbe dunque essere anche questa tipologia di ergastolo: in quanto tendente allo stesso effetto o – per portare fino in fondo la riflessione di Beccaria – perché produttiva di effetti addirittura più “cruenti” di una pena capitale.

Non solo. L'ergastolo senza rimedio (o con rimedi solo apparenti e troppo “grossolani”) rivela un'inquietante somiglianza con la tortura: come la tortura finisce quando finisce, senza che sia possibile conoscere in anticipo il momento in cui (e se) terminerà¹². Come la tortura – e considerando gli indici in base al quale, come vedremo, tale ergastolo può essere mitigato – pone il condannato di fronte al dilemma se privilegiare se stesso o danneggiare (direttamente o indirettamente) altri soggetti (colpevoli o, perché no, addirittura incolpevoli); come la tortura può quindi indurre (anche) a dire il falso. Se ne riparlerà comunque più oltre¹³.

Posto quindi che l'art. 13, comma 4, vieta la tortura e le altre violenze fisiche e morali sulle persone *in qualsiasi modo private della libertà personale*, lo stesso dovrebbe valere anche per l'ergastolo senza rimedio (o corredato da rimedi non adeguati, pretestuosi e solo di facciata); in quanto, cioè, trattamento inumano e degradante che, pur avendo altro nome e forma diversa, alla tortura (e alla stessa pena di morte) finisce per assomigliare moltissimo.

⁹ A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, Roma 2012, p. 131.

¹⁰ A. PUGIOTTO, *Progettare lo spazio della pena: il fatto, il non fatto, il mal fatto*, in F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Volte e maschere della pena*, Roma 2013, p. 68.

¹¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Le Monnier, Firenze 1950, p. 249 ss. Tra i primi a sottolineare adeguatamente questo profilo del pensiero dell'illuminista milanese è stato I. MEREU, *La morte come pena*, Espresso Strumenti, Milano 1982, p. 94.

¹² A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 139.

¹³ V. *infra* § 6.

4. Sia chiaro: vi possono essere casi in cui la pena perpetua può (o addirittura deve) senz'altro mantenersi concretamente e lungamente tale. Quando, ad esempio, faccia seguito a fattispecie gravissime e a vicende in cui il necessario tendere della pena – anche di questa pena – alla rieducazione del condannato, non consegua – nonostante gli sforzi volti a recuperare il soggetto – alcun risultato; ipotesi in cui il condannato preserva ed esercita cioè il diritto di non deviare dalla patologia criminale che ne ha già suggerito i comportamenti, legittimando così la difesa che la società si attrezza ad approntare nei suoi confronti.

È quanto pare ricavarsi tra le righe di ciò che sostiene anche la giurisprudenza della Corte EDU, laddove essa afferma che l'ergastolo non è in sé incompatibile con la Convenzione¹⁴: insomma, dipende.

Se si preferisce¹⁵, può però anche auspicarsi – con forse maggior rigore teorico – l'abolizione della pena perpetua (o simil tale) dall'ordinamento, corredando, però, tale scelta con l'opportuna applicazione di misure di sicurezza che, in quanto tali, non possano venire revocate se non quando il soggetto non abbia effettivamente cessato di manifestare la sua pericolosità¹⁶.

Ciò che però appare davvero illegittimo – usando le stesse chiavi di lettura adottate dalla citata giurisprudenza EDU in materia di ergastolo¹⁷ – è però il sostanziale automatismo con il quale questa pena può divenire davvero invincibile e indiscutibile *ex art. 4-bis* dell'ordinamento penitenziario italiano, a prescindere, cioè, dai concreti progressi compiuti dal reo¹⁸. Lo si legge anche nell'importantissima sentenza della CEDU, Viola c. Italia n. 2 del 13 giugno 2019 (ric. n. 77633/16): il meccanismo tracciato dall'*art. 4-bis* non impedisce, in assoluto, di alleviare la condanna all'ergastolo ma – di fatto – limita

¹⁴ V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine”*, cit., §3, il quale sottolinea pertanto che la Corte EDU «ha giudicato inumano il mantenimento in detenzione quando questo, nel corso del tempo, diventi ingiustificato in rapporto alla finalità rieducativa della pena» (§ 2); è dunque in contrasto con la Convenzione una disciplina che non consenta la liberazione del condannato quando questi abbia perseguito e raggiunto la sua emenda, mentre la lunga durata della pena ancora da sopportare ne faccia venir meno la proporzionalità (§. 3). A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 112 s. afferma pertanto che – a suo avviso – «lo standard di tutela fissato in Costituzione resta... più elevato di quello ora ricavato in via interpretativa dalla CEDU», il quale non esclude a priori la possibilità di un ergastolo davvero senza fine. Per un'analisi dell'evoluzione positiva giurisprudenza della Corte EDU in materia di ergastolo, sino alla parziale «battuta d'arresto» rappresentata dalla sentenza della sez. IV, 3 febbraio 2015 e ribadita dalla Grande Camera, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. regno Unito* – ora superata dalla recentissima sentenza *Viola c. Italia n. 2 – v. D. GALLIANI, Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in *Studium Iuris* 2017, p. 968 ss.

¹⁵ F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo*, cit., § 3.

¹⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2007, p. 826.

¹⁷ Si rinvia ancora a V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine”*, loc. cit.

¹⁸ Sulla decisa contrarietà dell'ergastolo ostativo con la funzione rieducativa della pena si v., tra gli altri, le osservazioni di E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, p. 32 s.

«eccessivamente» l'accesso del reo alle misure premiali, oltre che la possibilità di un sempre aggiornato riesame della pena che gli è stata comminata in base ai risultati raggiunti¹⁹.

Alla medesima conclusione può giungersi valorizzando (e conducendo al suo logico sviluppo) quel solido filone della giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente eliminato gli automatismi normativi che impedivano l'applicazione dei benefici penitenziari a prescindere dal percorso di risocializzazione del condannato all'ergastolo²⁰. Una sequela di pronunce in continuo consolidamento, che ha però conosciuto un'improvvisa battuta d'arresto a seguito della recente sentenza n. 188/2019: in essa – infatti – il richiamo alla necessità di rispondere a un troppo evanescente “allarme sociale” finisce per giustificare, in pratica, un meccanismo senz'altro di tal tipo, vanificando le più raffinate distinzioni e i più complessi ragionamenti “personalistici” adottati in altre pronunce della stessa Consulta²¹.

Sul piano interno e sovranazionale è comunque (e insomma) prevalsa (opportunamente) l'idea per la quale va sempre praticata una valutazione individualizzata e calibrata del percorso concretamente intrapreso dal reo e dei risultati da esso così raggiunti; un'attenta analisi «del caso concreto» in cui egli è avvolto, un giudizio diacronico sul suo concreto atteggiamento, il quale rimane «nel tempo comunque rivedibile»²²: solo questo approccio consente che chi è sottoposto alla pena dell'ergastolo operi un effettivo «cambiamento di personalità», ovvero proceda a una vera «ricostruzione della propria personalità», dovendosi, di conseguenza, costantemente agevolare la «stima giudiziale dei progressi compiuti dal condannato»²³: con tutto ciò, ovviamente, che dovrà derivarne.

Come si trova quindi scritto nella sentenza Vinter della Corte EDU²⁴, «anche quando l'ergastolo è una punizione meritata alla data in cui viene inflitta, *col passare del tempo* essa non garantisce più una sanzione giusta e proporzionata»²⁵. La recente e già citata sentenza CEDU, Viola c. Italia n. 2, rincara ulteriormente la dose, aggiungendo la giusta convinzione per cui «la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso. Essa può evolvere», mentre un ergastolo perpetuo o quasi perpetuo, quale quello previsto (accanto a quello ordinario) nell'ordinamento italiano, impedisce una ponderata e attenta verifica dell'«evoluzione» del detenuto «verso la risocializzazione». I motivi sono stati già illustrati da molti ma verranno ulteriormente richiamati (per quanto utile e davvero per sommi capi)

¹⁹ Si v. specialmente il § 110.

²⁰ V., ad esempio, le sentt. n. 57/2013, n. 105/2014, n. 239/2014, nonché, da ultimo, la chiarissima sent. n. 149/2018.

²¹ Per motivate critiche v. F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo*, cit., § 6.

²² Sent. n. 149/2018.

²³ Si v. ancora la sent. n. 149/2018.

²⁴ Sulla quale cfr., molto nitidamente, D. GALLIANI, *The right to hope. La sentenza Vinter e altri v. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris* 2013, p. 404 ss.

²⁵ Corsivo non testuale.

più oltre; tenendo altresì conto che queste considerazioni sono idonee a stendersi su tutte le preclusioni ostative

5. Gli automatismi punitivi, e le connesse presunzioni legali, di norma fissano insomma un *istante*. Gli uni e le altre non si aprono, cioè, all'*evoluzione diacronica* della personalità del condannato e non consentono di saggiarne gli effettivi progressi. Scattano una “fotografia” destinata assai spesso a sbiadire; non proiettano un film teso a registrare come il reo muti davvero (o no) – nel tempo – il proprio essere nel mondo.

Di contro, riaffermare (e tradurre in un’adeguata normativa) la necessità che la pena perpetua (o non alleviabile da alcun beneficio) sia sempre rivedibile in base a una serie di indici che provino l’effettiva rieducazione del reo, rispecchia – anche su questo peculiare terreno – le modalità con le quali la Costituzione introietta nella sua trama il tema del “tempo” e del “cambiamento”²⁶.

Se ne trova conferma in una serie di fattori convergenti.

Lo testimonia la cospicua giurisprudenza costituzionale sulla personalizzazione della pena, tesa a colpire ogni automatismo semplicistico e ogni presunzione legale nient’affatto in grado di registrare quanto effettivamente accade ed evolve²⁷.

Lo confermano, in aggiunta, gli istituti (d’inevitabile creazione giurisprudenziale) tesi a registrare le “illegittimità costituzionali sopravvenute” e i connessi “anacronismi legislativi” causati da una progressione (nel tempo) di una serie di trasformazioni fattuali²⁸.

Lo conferma il principio personalista di cui agli artt. 2, 3 (e altri) della Cost., il quale – facendo perno sulla dinamica dei diritti inviolabili dell’uomo – esige una costante apertura dell’ordinamento verso quanto favorisce lo

²⁶ Su tale profilo, non troppo frequentato dai costituzionalisti, si v. almeno M. D’AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus* 1992, p. 39 ss.

²⁷ Si v., ad esempio, la limpidissima sent. n. 189/2010, punto 3 del *Considerato in diritto* (che rinvia anche ad altre pronunce). Cfr. anche, tra le altre, la sent. n. 68/2012. Utili conferme, a tal proposito, provengono dalla giurisprudenza in materia di giustizia minorile: cfr., tra le altre, la sent. n. 109/1997.

²⁸ Sulle varie ragioni che ne giustificano l’utilizzo v., ad esempio, R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, p. 536 ss. Tra gli esempi più classici di anacronismo legislativo è spesso riportata la cospicua successione di pronunce costituzionali che hanno legittimato il progressivo abbandono del monopolio statale in materia radiotelevisiva. Oppure, ancora, la successione tra le sentenze n. 64/1961 e n. 126/1968 (in materia di adulterio femminile). Anche la sent. n. 161/1985 (che dichiara infondata la *quaestio* proposta contra la legge che disciplina la rettifica dei tratti sessuali) è di norma considerata il frutto del progressivo recepimento di un nuovo concetto di identità sessuale. Grande spazio, su questo versante, ha comunque l’aggiornamento scientifico; da qui l’emergere di una sorta di «principio di ragionevolezza scientifica delle leggi in materia scientifica»: v. S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività scientifica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, spec. p. 434 ss.

“svolgimento della personalità” e il “pieno sviluppo della persona umana”, ovvero una sempre possibile trasformazione/evoluzione dei singoli.

Lo ribadisce il principio pluralista – variamente declinato nella Carta – il quale, unendosi allo stesso principio personalista, esalta il sempre esercitabile diritto di *exit* dalle proprie precedenti collocazioni ideali, sociali, politiche, sindacali, persino familiari o delinquenziali ecc²⁹.

Si tratta, poi, di un assunto tipicamente compreso nel DNA dei diritti sociali, i quali invocano una costante trasformazione (nel tempo) delle insoddisfacenti condizioni di partenza della “persona umana”³⁰.

Ed è altresì una logica sottesa alla dinamica – del tutto aperta al futuro – dei cosiddetti “nuovi diritti”, spesso neppure prevedibili nel loro conio eppure ininterrottamente generati dal volano messo in moto dall’accorta e aggiornata combinazione interpretativa dei diritti fondamentali già sanciti dalla Costituzione³¹.

Questa congerie di fattori (certamente diversi nella loro fisionomia) conferma insomma la contrarietà della Costituzione alle soluzioni definitive, agli ingabbiamenti troppo grossolani, all’irreversibilità delle scelte che non siano dettate da una matura autodeterminazione dello stesso interessato (e non già da una decisione dello Stato “sul” singolo). La nostra Carta elimina dunque (e definitivamente) dal proprio orizzonte ciò che rende impossibile il cambiamento, l’evoluzione, le soluzioni flessibili e calibrate. Ad esempio, esclude e ripudia il fascismo, il totalitarismo e la guerra, le semplificazioni di stampo razzista o le categorie forgiate sul “tipo” di persona e dei condannati, rifiuta ogni dignità giuridica ai pre-giudizi, nega che chicchessia possa venir totalmente privato dei diritti (anche se fosse in carcere o si trovasse immerso nelle fasi finali della vita), così come contrasta l’imposizione di un loro uso paradossalmente predefinito ed eterodeterminato.

Anche da questo quadro (certo sommario) si scorge il retroterra dal quale scaturisce la profonda avversione che l’ordinamento ha dedicato, nel tempo, alla già menzionata pena di morte, quale sanzione che rende tipicamente irrimediabile l’errore compiuto sui destini altrui. La definitiva (e citata) “correzione” incorporata nell’art. 27, ultimo comma, Cost., porta dunque a compimento quanto era già, sia pur solo in parte, anticipato nella precedente

²⁹ Principio personalista e pluralista si fondono tra loro e creano, in tal modo, i presupposti di «un grande processo di emancipazione personale e sociale», senza che la Costituzione indichi «un preciso modello di società»: M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI - G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione inattuata alla Costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano 2013, p. 61.

³⁰ P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2011, p. 489, sottolinea pertanto come i diritti sociali siano espressione del principio di solidarietà e solo mediante la loro dettagliata previsione la Costituzione del 1948 «completa... il catalogo dei diritti fondamentali contenuti nella prima parte» della stessa.

³¹ Sul tema si v. ad esempio F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995.

versione della stessa norma (la quale vietava la pena di morte ma faceva salvi i casi previsti dalle leggi penali militari di guerra), nonché esalta – soprattutto – l’ulteriore correzione inserita dalla legge 13 ottobre 1994, n. 250, la quale ha finalmente espunto dal Codice penale militare di guerra ogni riferimento alla pena capitale, neutralizzando – di fatto – quanto pur continuava a potersi astrattamente ammettere in base al dato testuale dell’art. 27.

Se ci si è insomma posti il problema di estirpare dall’ordinamento la “morte come pena” (anche) in quanto sanzione irrimediabile nei confronti di persone che potrebbero essere innocenti, analogamente dovrebbe escludersi la possibilità di correggere l’ergastolo ostativo solo in presenza di un comportamento collaborativo che – nonostante la condanna definitiva – potrebbe, di fatto, essere variamente inesigibile per il soggetto (perché magari innocente, perché non ha nulla da dire, perché magari teme che, parlando, metterebbe in pericolo i suoi cari, perché non vuole ottenere la libertà a scapito altrui altri ecc.).

A tal proposito, va insomma rilevato come una simile evoluzione normativa sottolinei la propensione più autentica della nostra Carta, indebolendosi – di risulta – quanto si trova affermato nella (per altri versi assai rilevante) sentenza n. 306/1993³²; ovvero che non avrebbe giuridica rilevanza il fatto che il condannato si professi innocente, posto che, dopo la condanna, una tale evenienza assume rilievo solo a seguito dell’avvio dell’apposita procedura di revisione. Non è insomma detto che la procedura di revisione sia l’unica risorsa per reagire a una condanna non meritata o, quanto meno, per “ridurre il danno” provocato da un errore giudiziario; anche l’accesso ai benefici penitenziari e l’osservazione diacronica del condannato possono fungere (almeno) da paracaduti per un ordinamento che non esclude, in realtà, la possibilità dell’errore giudiziario o una pena sempre più calibrata (anche) sul mutamento di personalità del reo nel corso del tempo.

6. A questo punto si colloca la domanda che costituisce il più autentico oggetto delle due *quaestiones* poste all’attenzione della Consulta (e che è sin qui solo aleggiata tra le righe di questo intervento): occorre dunque domandarsi se le condizioni in presenza delle quali il nostro ordinamento consente che l’ergastolo ostativo possa venire rimodulato e concretamente depotenziato mediante l’accesso ai benefici premiali siano tali da realizzare effettivamente il disegno costituzionale appena (sia pur per sommi capi) illustrato.

La risposta pare dover essere negativa, come altri hanno già abilmente motivato.

È infatti intrinsecamente irragionevole far dipendere – in modo peraltro non risolutivo³³ – l’accesso ai benefici penitenziari del condannato per un reato ostativo da una condotta di collaborazione *ex art. 58-ter* dell’ord. pen., la quale

³² Punto 11 del *Considerato in diritto*.

³³ Si rinvia alle osservazioni sviluppate *supra*, in questo volume, da Stefania Carnevale.

può costituire il mero «frutto di valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione»³⁴.

Né ciò tiene conto che – al contrario – vi può essere un effettivo ravvedimento del condannato senza che ciò si traduca in una conseguente collaborazione. È quanto avviene nelle circostanze opportunamente evidenziate anche nella menzionata sentenza Viola c. Italia n. 2 della Corte EDU, nella quale si afferma (sensatamente) che la scelta del condannato di non collaborare con la giustizia può non essere affatto libera, essendo invece condizionata anche dal timore di ritorsioni per sé e per i componenti della propria famiglia. In tali casi, il rifiuto di collaborare non è insomma indice di pericolosità sociale né di refrattarietà al percorso di risocializzazione³⁵. Tutti argomenti (e precedenti) che anche *ex artt.* 11 e 117 Cost. – nonché in base alla sua recente giurisprudenza in materia (e, dunque, a pena di adottare una decisione che potrebbe risultare poi del tutto incongrua) – la Consulta non può più pretermettere dai suoi *itinerari* logici. E ciò anche se questi parametri non venissero menzionati nel *thema decidendum*, proprio perché fatti propri da una consolidata giurisprudenza della stessa Corte EDU che, in quanto tale, s’impone – ripete il nostro giudice di legittimità – quale parametro interposto. Lo prova la stessa naturalezza con cui, nelle circostanze ora all’esame della Consulta, gli stessi remittenti menzionano (e si appoggiano) alla giurisprudenza della Corte EDU pur senza premurarsi di evocare i relativi parametri di richiamo contenuti in Costituzione.

Lo stesso rimettente perugino – analogamente a quanto si rinviene nella *quaestio* promossa dalla Cassazione – chiede pertanto alla Corte costituzionale di far sì che si possano finalmente «valutare nel caso concreto le ragioni che hanno indotto l’interessato a mantenere il silenzio». E sottolinea come lo *status* di condannato non faccia venir meno il “diritto al silenzio” comunque motivato (come si evince anche dall’ord. cost. n. 117/2019, opportunamente citata dal giudice *a quo*, nella quale peraltro si appoggia una simile prerogativa a «norme costituzionali, europee e internazionali») ³⁶.

Né paiono risolutivi, in senso contrario, i già menzionati interventi mediante i quali la Corte costituzionale ha meglio precisato che la “collaborazione” evocata ai fini dell’ottenimento dei benefici penitenziari da parte del condannato per un reato ostativo debba comunque essere “esigibile” e “possibile”³⁷, riducendo certo – ed è comunque un merito – lo spazio d’azione di un limite sin lì troppo gravoso all’accesso ai trattamenti premiali.

Neppure condivisibile appare il troppo sbrigativo assunto per il quale subordinare l’accesso ai benefici penitenziari alla riscontrata collaborazione con

³⁴ Così nella condivisibile sent. n. 306/1993, punto 9 del *Considerato in diritto* (contra quanto affermato nelle sentt. n. 273/2001, n. 135/2003 e n. 239/2014).

³⁵ V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine”*, cit., § 3 e A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, cit., 151 ss.

³⁶ Punto 4 del *Considerato in diritto*

³⁷ Sentt. n. 306/1993, n. 357/1994, 68/1995, n. 135/2003.

la giustizia, significa rimettere alla scelta del condannato la possibilità di accedere al beneficio, legittimando, con ciò, la scelta del legislatore di assumere quale «criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare “il sicuro ravvedimento” del condannato»³⁸.

Anche a prescindere da quanto appena affermato *supra* in riferimento alle ragioni che possono indurre il condannato al silenzio, tale argomento prova troppo e già *prima facie* rivela tutta la sua aleatorietà.

La possibile collaborazione del reo costituisce certo un elemento da prendere in considerazione nel percorso di recupero del condannato, ma è del tutto irrazionale e semplicistico farlo assurgere a requisito e a prova esclusivi di tale risultato³⁹. Vale quanto già precisato a proposito delle variegato ragioni che possono indurre il reo a tacere; rileva altresì che altri indici, ben più raffinati, potrebbero testimoniare come i risultati rieducativi raggiunti dal condannato testimonino i suoi effettivi passi in avanti nel percorso di risocializzazione.

Né può diventare una colpa aggiuntiva – come già si accennava – non essere addirittura in grado di collaborare, non avere nomi da denunciare, non voler danneggiare altre persone alle quali si è affettivamente vicini, essere persino innocenti.

L'intrinseca irrazionalità di tale disciplina emerge altresì riflettendo sul fatto che l'ergastolano “senza scampo” (o quasi senza rimedio), e non intenzionato (o non in grado) di svolgere una fattiva collaborazione, può comunque vedersi applicato (in astratto) il beneficio della liberazione anticipata⁴⁰. Tuttavia, un tale riconoscimento gli è del tutto inutile, posto che esso non potrà influire sulla durata della detenzione, né potrà svolgere lo scopo per cui è stato effettivamente concepito – ossia favorire il reinserimento sociale del reo – posto che, pur avendo diritto al beneficio (ed essendogli ciò riconosciuto), egli non potrà comunque farne uso se non – come sempre – dopo aver collaborato⁴¹. Come nello spazio di un imbuto, tutto torna comunque a transitare (e a trovare una diga) nello stesso punto.

Un percorso così intricato e barocco – oltre che esplicitamente ripiegato su se stesso fino a diventare privo di senso – evidenzia tutta la sua cristallina irragionevolezza: che senso ha riaffermare il diritto a godere del beneficio se – di fatto – tutto cospira al fine di renderlo normativamente impossibile? Che senso ha – ancor prima – subordinare la concessione dei benefici a comportamenti non adeguatamente significativi di un reale ravvedimento?

³⁸ Sent. n. 273/2001, ribadita da sent. n. 135/2003.

³⁹ Si v. la giurisprudenza CEDU già richiamata e citata da V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine”*, loc. cit., nonché, da ultimo, la già più volte menzionata sentenza Viola c. Italia n. 2.

⁴⁰ Sent. n. 306/1993.

⁴¹ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 81-82.

7. Da ciò, dunque, deriva la più che ragionevolmente sostenibile illegittimità dell'art. 4-*bis* ord. pen., aggredita, nel caso specifico, attraverso le lenti delle due diverse fattispecie tradotte nelle ordinanze di rinvio adottate dalla Corte di Cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia. Ossia con riguardo ai negati "permessi premio" nei confronti del condannato che abbia agito al fine di favorire associazioni di tipo mafioso, ovvero di colui che, ancor più nettamente, risulti essere un vero e proprio affiliato alla criminalità organizzata e si ostini a non collaborare.

Una dichiarazione di contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. che – se effettivamente pronunciata – potrebbe costituire l'utile aggancio per una serie di ulteriori pronunce di illegittimità costituzionale consequenziale con riguardo ai benefici diversi dal permesso premio: la sentenza CEDU Viola c. Italia n. 2 riguardava, non a caso, la mancata concessione della liberazione condizionale⁴².

Ma la Corte potrebbe addirittura affossare la preclusione ostativa in sé, senza magari avventurarsi a selezionare i reati ostativi per i quali sarebbe consono (o meno) eliminare simili preclusioni, ovvero senza distinguere misura premiale da misura premiale. Una tale operazione parrebbe infatti più consona all'attività del legislatore⁴³ e comunque non sopirebbe le perplessità che già si nutrono sulla disciplina ostativa degli altri istituti premiali e sul modo col quale essi continuerebbero a determinare il destino di numerosi ergastolani ostativi aventi (magari) già maturato il diritto a usufruire di un trattamento premiante.

Meglio sarebbe perciò eliminare sin da subito quanto appare davvero lesivo di diritti fondamentali – se così si ritenga – senza dover attendere l'avvio di quel faticoso effetto a grappolo che, in tali casi, porterebbe via altro tempo, provocando altre violazioni e sofferenze.

⁴² Queste le norme costituzionali usate dai rimettenti quali parametri. Nessun richiamo è invece effettuato all'art. 117 Cost. (benché la giurisprudenza della Corte EDU sia evocata in entrambe le ordinanze di rinvio), né all'art. 13, comma 4.

⁴³ Considerazioni (anche problematiche) sul punto in F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo*, cit., § 6.