



ERGASTOLO OSTATIVO E PROBLEMI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE*

ANDREA CARDONE** – ELEONORA SANTORO***

SOMMARIO: 1. L’ordinanza n. 97 del 2021: i precedenti giurisprudenziali. – 2. L’incostituzionalità prospettata ma non dichiarata dell’ergastolo ostativo. – 3. *Pro e contra*: due unità di misura dell’ordinanza. – 4. Gli automatismi legislativi e la vanificazione della funzione giurisdizionale. – 5. Una riflessione di chiusura: criticità costituzionali dell’ergastolo in quanto tale.

1. L’ordinanza n. 97 del 2021: i precedenti giurisprudenziali

Mentre questo scritto veniva licenziato alle stampe, la Corte costituzionale ha pronunciato l’ordinanza n. 122 del 2022 con la quale, come presagito in dottrina¹, ha nuovamente rinviato – dopo aver fatto ricorso alla tecnica dell’incostituzionalità prospettata ma non dichiarata e aver assegnato al Parlamento un termine annuale per ridisciplinare la materia (termine scaduto il 10 maggio 2022) – la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale dell’ergastolo ostativo all’udienza pubblica dell’8

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. Il contributo è frutto della riflessione comune dei due Autori. Al prof. Andrea Cardone si deve la stesura dei paragrafi 1 e 5, i restanti sono stati redatti dalla dott.ssa Eleonora Santoro. Il testo è in corso di pubblicazione nel volume destinato a raccogliere gli atti del Convegno “Criminalità Mafiosa. Memoria e cultura della legalità”, tenutosi a Firenze nella primavera del 2022.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze.

*** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze.

¹ Su questo profilo cfr., per tutti, M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell’ergastolo ostativo*, in *Nomos, Osservatorio sulla Corte costituzionale*, 2/2021, *passim*, il quale non solo reputa plausibili ulteriori rinvii nelle ipotesi di interventi legislativi avviati e non terminati, ma sostiene anche che tale possibilità debba essere attentamente presa in considerazione se la collaborazione con il legislatore vuole essere «leale e reale». L’Autore richiama alla mente, inoltre, che tra i primi commentatori della tecnica decisoria, già M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*, 19 novembre 2018, riteneva possibile che la Corte calibrasse il termine del rinvio a seconda delle circostanze, eventualmente anche restringendolo in presenza di forti esigenze di certezza del diritto.

novembre 2022². Inevitabilmente, dunque, lo stato dell’arte della giurisprudenza costituzionale in materia di ergastolo ostativo, da cui si prenderà le mosse, non potrà tenere conto di questo ulteriore fondamentale passaggio, dal quale, per le ragioni che si avrà modo di esporre nel prosieguo del presente scritto, è lecito attendersi un significativo chiarimento circa le condizioni di compatibilità dell’istituto con il quadro costituzionale. In disparte qualsiasi considerazione sull’opportunità di un ulteriore rinvio in costanza di un intervento legislativo *in fieri* alla data del 10 maggio 2022, le riflessioni sviluppate in questa sede mantengono comunque la loro attualità, sia con riguardo alle valutazioni specificamente legate allo strumento dell’ordinanza di rinvio a data certa nella fattispecie dell’ergastolo ostativo³, sia, più in generale, in relazione al punto di vista, complementare a quello della giustizia costituzionale, rappresentato dalle fonti del diritto, segnatamente dalle problematiche generate dalla tecnica dell’automatismo legislativo⁴, sia, infine, ai residui dubbi di illegittimità costituzionale della disciplina vigente in tema di pena perpetua, ovvero quelli non ancora posti all’attenzione della giurisprudenza costituzionale⁵.

Come si accennava, con l’ordinanza n. 97 del 2021 – preceduta e seguita da un fervente dibattito dottrinario⁶ – la Corte costituzionale ha rinviato all’udienza pubblica del 10 maggio 2022 la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte di cassazione, prima sezione penale, in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma e 117, primo comma, Cost., degli artt. 4-*bis*, comma 1 e 58-*ter*, della l. 26 luglio 1975, n. 354, nonché dell’art. 2 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, come convertito, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all’ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia⁷.

Tale pronuncia può essere considerata il frutto di una lunga elaborazione giurisprudenziale, anche sovranazionale, sulla legittimità costituzionale e convenzionale dell’ergastolo ostativo e, per questo motivo, non appare pretermisibile un richiamo ai più vicini precedenti, in particolare alla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale e alla sentenza *Viola c. Italia* (n. 2) della Corte Europea dei Diritti dell’uomo (d’ora in poi, Corte Edu).

Con la sentenza n. 253 del 2019, il Giudice delle leggi ha realizzato un significativo scostamento rispetto alla sua pregressa giurisprudenza sul regime di ostatività di cui all’art. 4-*bis* dell’ordinamento penitenziario. Infatti, nonostante avesse sempre osservato criticamente la tendenza alla «configurazione normativa di “tipi di

² Corte cost., 10 maggio 2022, n. 122.

³ Di cui ci si occuperà, *infra*, § 3.

⁴ Su cui *infra*, § 4.

⁵ Cui si accennerà, *infra*, § 5.

⁶ Si veda, ad esempio, il proficuo dibattito in occasione dei Nuovi Seminari Preventivi Ferraresi del 25 settembre 2020: G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena. Sull’ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, (Ferrara, 25 settembre 2020), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, *Rassegna*, 4/2020; nonché i numerosi commenti alla decisione apparsi su *Consulta Online*.

⁷ Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97.

autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o non potrebbe essere perseguita»⁸, sembrava che la Corte avesse in sostanza avallato il regime penitenziario differenziato, non avendo mai messo in discussione il requisito della collaborazione con la giustizia quale chiave di accesso alle misure rieducative. Di conseguenza, affinché il sistema potesse essere considerato costituzionalmente legittimo, si riteneva sufficiente che la collaborazione fosse oggettivamente esigibile; pertanto, la normativa sottoposta al vaglio costituzionale veniva dichiarata costituzionalmente illegittima solo nei casi in cui l’accesso ai benefici penitenziari risultasse precluso nonostante fosse inesigibile un’utile collaborazione da parte del condannato⁹. L’innovativa sentenza n. 253 del 2019 ha, invece, dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-*bis*, comma 1, dell’ordinamento penitenziario, «nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all’art. 416-*bis* del codice penale [reati di associazione mafiosa e/o di contesto mafioso] e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell’art. 58-*ter* del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti»¹⁰.

Per comprendere l’importanza del precedente, è fondamentale definire il perimetro della decisione: *i*) la sentenza interessa chiunque sia stato condannato (all’ergastolo o ad altra pena detentiva temporanea) per uno dei reati ricompresi nel variegato contenitore dell’art. 4-*bis* o.p.; *ii*) investe, in virtù dell’illegittimità consequenziale, tutti i reati in esso compresi; *iii*) rimuove dal regime ostativo soltanto il beneficio dei permessi premio (art. 30-*ter*) e non anche le altre misure alternative¹¹; ragion per cui – come ha evidenziato la stessa Corte costituzionale – non riguarda la legittimità costituzionale dell’ergastolo ostativo, non investendo la preclusione all’accesso alla liberazione condizionale.

Il perno intorno al quale ruota la pronuncia è la collaborazione con la giustizia, che, da un lato, viene assunta come l’unica scelta «idonea a rimuovere l’ostacolo alla concessione dei benefici, in ragione della sua valenza “rescissoria” del legame con il sodalizio criminale»¹², dall’altro, se assente, come presunzione assoluta della permanenza, nonché dell’attualità, del collegamento con l’associazione criminale e della relativa pericolosità sociale del condannato. Per la Corte, però, tale presunzione non è in sé costituzionalmente illegittima, in quanto duplicemente giustificata, sul versante processuale, dalle esigenze investigative, su quello penitenziario, dalla rottura del legame con l’organizzazione di appartenenza espressa dalla collaborazione.

⁸ Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁹ Sul punto Corte cost., 19 luglio 1994, n. 357 e 22 febbraio 1995, n. 68.

¹⁰ Cfr. Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253. La Corte ha esteso in via consequenziale la dichiarazione di incostituzionalità, nei limiti e nei termini sopra indicati, anche ai detenuti per gli altri delitti contemplati nell’art. 4-*bis*, comma 1, o.p. Inoltre, con la sent. n. 263 del 2019 ha rimosso analoga preclusione con specifico riguardo all’esecuzione penale minorile.

¹¹ In tal senso v. A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell’ostatività penitenziaria*, in *Studium Iuris*, 4/2020, 3.

¹² Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, punto 7.1. del *Considerato in diritto*.

L'incostituzionalità, perciò, non risiede nella presunzione in quanto tale, ma nella sua assolutezza che, non rendendola superabile attraverso alcuna prova contraria, si pone in contrasto con il principio di ragionevolezza e con la finalità di rieducazione della pena (artt. 3 e 27, terzo comma, Cost). Affinché la normativa possa dirsi compatibile con il dettato costituzionale, la presunzione non può, dunque, che essere relativa, per tre ordini di ragioni: *i)* perché premiare la collaborazione è legittimo, punire la mancata collaborazione è invece un'afflizione ulteriore rispetto alla pena stessa, che opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare che l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto; *ii)* perché la presunzione assoluta comprime totalmente il potere del giudice di valutare il percorso detentivo in concreto svolto dal detenuto, potendo così frustrare la volontà riabilitativa del condannato; *iii)* perché la generalizzazione statistica secondo cui l'assenza di collaborazione equivale necessariamente a permanenza del collegamento col contesto criminale di appartenenza deve poter essere contraddetta da una valutazione attuale e individualizzata della magistratura di sorveglianza, non vertendosi nell'astratto campo delle relazioni algebriche, ma nella realtà fattuale della vita umana¹³.

L'aspetto della pronuncia che preme in questa sede evidenziare è, per l'appunto, la scelta compiuta dal giudice costituzionale di fondare il percorso argomentativo sull'irragionevolezza dell'automatismo legislativo e della presunzione assoluta, che consente di ricondurre anche la materia penitenziaria all'indirizzo giurisprudenziale consolidato in base al quale, in particolare quando vengono in gioco diritti costituzionali, al giudice non può essere sottratta la valutazione del caso concreto¹⁴, dovendosi intendere la ragionevolezza innanzitutto come «razionalità pratica»¹⁵.

La valorizzazione di questo profilo del percorso argomentativo adoperato dalla Consulta nelle varie dichiarazioni di illegittimità costituzionale degli automatismi legislativi ha indotto la dottrina ad elaborare per le pronunce in questione la denominazione di sentenze «additive per deficit di flessibilità»¹⁶. L'irragionevolezza degli automatismi risiede, infatti, proprio nella mancanza di flessibilità, dato che il meccanismo legale priva il giudice della sua ineliminabile discrezionalità, con la conseguenza che la dichiarazione di incostituzionalità determina l'introduzione di un meccanismo flessibile che consente all'organo giurisdizionale di operare il bilanciamento caso per caso in base alle esigenze regolative della fattispecie concreta. L'esito della declaratoria in tali contesti normativi, quindi, non è una nuova regola di

¹³ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, punti 8.1., 8.2. e 8.3. del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Cfr., tra le altre, Corte cost., 24 giugno 1993, n. 297; 29 maggio 1995, n. 220; 18 luglio 1996, n. 303; 18 luglio 1997, n. 240; 18 gennaio 1999, n. 2; ovvero, per riferimenti più recenti, Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48; 8 luglio 2015, n. 185, 8 novembre 2016, n. 286; 21 giugno 2018, n. 149.

¹⁵ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, intervento in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, sezione "Studi e ricerche", 2013, 17.

¹⁶ Lo sforzo definitorio è di C.M.G. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali», in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, 279.

prevalenza capace di risolvere direttamente il conflitto tra gli interessi in gioco, bensì una regola sulla competenza¹⁷.

Detto altrimenti, con tali pronunce, la Corte costituzionale ridefinisce di fatto il linguaggio normativo della disposizione rendendo la regola più elastica, cosicché possano essere considerate dal giudice, attraverso una delega di bilanciamento, le eccezioni concrete che si verificano nella realtà fenomenica¹⁸. Il rinvio, dunque, è alla discrezionalità non del legislatore, ma del giudice ed è in questa sfumatura che si coglie la differenza con le sentenze additive di principio, dato che, seppur autoapplicative come quest’ultime, le sentenze additive per deficit di flessibilità non richiedono alcun intervento da parte del legislatore: spetterà esclusivamente all’organo giurisdizionale la declinazione del principio elaborato dalla Corte nella fattispecie concreta.

Altro peculiare aspetto della sentenza n. 253 del 2019 si collega alla circostanza che l’incostituzionalità del meccanismo ostativo è intervenuta unicamente in relazione al profilo afflittivo, mentre in precedenza, per l’accoglimento della *quaestio*, era sempre stato necessario il coinvolgimento di un interesse terzo – quello del minore privato della possibilità di avere rapporti stabili e frequenti con il genitore detenuto¹⁹ – affinché gli automatismi preclusivi fossero dichiarati incostituzionali, stante la loro irragionevolezza.

Infine, non può tacersi che, come è stato messo in luce anche dalla dottrina che ha classificato la decisione fra le sentenze additive ad effetti sostitutivi²⁰, la Corte ha svolto una funzione sostanzialmente paralegislativa²¹ perché, non essendo la pronuncia a “rime obbligate”, ha inserito un onere probatorio non previsto dalla disciplina. La sentenza, infatti, per realizzare un equo temperamento anche degli interessi di difesa sociale²², ha indicato alcuni stringenti criteri attraverso cui potrà essere superata la presunzione legislativa, non più assoluta. Non basterà, infatti, la buona condotta, la mera partecipazione al percorso rieducativo o la semplice dichiarazione di dissociazione dal contesto criminale, ma sarà necessaria l’acquisizione di altri, congrui e specifici

¹⁷ In questo senso R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento in concreto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1991, 3575-3576.

¹⁸ Cfr. L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 3/2014, 5.

¹⁹ Sulla portata dirompente del principio del preminente interesse del minore nei giudizi costituzionali sugli automatismi preclusivi v. Corte cost., 15 febbraio 2012, n. 31; 16 gennaio 2013, n. 7; 22 ottobre 2014, n. 239; 8 marzo 2017, n. 76; 14 luglio 2018, n. 74; 15 gennaio 2020, n. 18. Sul principio del *best interest of the child* si veda, in dottrina, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

²⁰ S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 3/2019, 737.

²¹ Sul punto cfr. anche M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019, che sottolinea come la Corte abbia introdotto un vero e proprio «regime probatorio rafforzato», ricavato peraltro anche da diverse pronunce del giudice di legittimità, come emerge dalla citazione delle sentenze della Corte di cassazione, sezione prima penale, 12 ottobre 2017, n. 77044, 8 luglio 2019, n. 29869, 13 agosto 2019, n. 36057.

²² Cfr. M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull’ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Diritti comparati*, 20 maggio 2021, 4, che sottolinea l’addizione con finalità di difesa sociale legata ai criteri di particolare rigore indicati per la concessione dei permessi premio da parte della magistratura di sorveglianza, con particolare riguardo al pericolo del ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata.

elementi, tali da escludere sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del loro ripristino. Rispetto a entrambi gli elementi, graverà sul detenuto l'onere di fare specifica allegazione, tanto che in dottrina si è parlato di una «*probatio quasi diabolica*»²³.

Quanto, invece, al contesto sovranazionale, con una significativa coincidenza temporale, il 7 ottobre 2019 diventava nel frattempo definitiva la sentenza *Viola c. Italia* (n. 2). Veniva, infatti, rigettata la richiesta, presentata dal Governo italiano ai sensi dell'art. 43 della CEDU, di rinvio alla Grande Camera del caso già deciso dalla Sezione Prima della Corte con la sentenza del 13 giugno 2019, con la quale il giudice di Strasburgo aveva affermato la non conformità dell'ergastolo ostativo di cui all'art. 4-bis o.p. con l'art. 3 della CEDU, a norma del quale, come noto, «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

La controversia trae origine dal ricorso proposto il 12 dicembre 2016 da Marcello Viola contro la Repubblica Italiana per ottenere la condanna di quest'ultima a rimuovere la violazione dell'art. 3 CEDU derivante dalla sottoposizione a una pena detentiva incompressibile e, in quanto tale, giudicata degradante e inumana.

La pronuncia rappresenta la prima statuizione della giurisprudenza convenzionale in tema di ergastolo ostativo²⁴. Fino a quel momento, infatti, la Corte Edu si era pronunciata esclusivamente sulla compatibilità con l'art. 3 della Convenzione dell'ergastolo comune (art. 22 c.p.), sempre nei confronti dell'Italia nei casi *Scoppola* e *Garagin*²⁵. La circostanza è evidenziata dalla stessa Corte di Strasburgo proprio per sottolineare la differenza dell'istituto sottoposto al suo vaglio rispetto all'ergastolo comune di cui alle sue precedenti sentenze, nelle quali aveva avuto modo di chiarire che, essendo «in Italia le pene perpetue (...) *de jure e de facto ridicibili*», in ragione del fatto che il condannato all'ergastolo può essere liberato (art. 176 c.p.), nonché ammesso al regime di semilibertà (art. 50, comma 5, o.p.), la disciplina dell'ergastolo ordinario non è incompatibile con l'art. 3 della Convenzione, poiché, essendoci la prospettiva concreta di liberazione, il mantenimento in carcere del [detenuto], anche per un lungo periodo di tempo, non è costitutivo di un trattamento inumano e degradante»²⁶.

²³ M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, cit. Per i dettagli dell'onere probatorio cfr. Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, punto 9 del *Considerato in diritto*.

²⁴ Anche in ragione di questa assoluta novità, la letteratura di commento è vastissima. Di essa, in questa sede, non si può dare conto, per cui ci si limita a rinviare, fra tutti, a E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2/2019, 925 ss.; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDIBlog*; V. ALBERTA, M.S. MORI, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *Giurisprudenza Penale*, 1 ss.; D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola c. Italia n. 2)*, in *Osservatorio AIC*, 4/2019, 1 ss.

²⁵ Corte Edu, 8 settembre 2005, *Scoppola v. Italia* e Corte Edu, 29 aprile 2008, *Garagin c. Italia*.

²⁶ Cfr. Corte Edu, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (n. 2), § 94, ove si legge anche che la Corte di Strasburgo si è riferita al diritto interno italiano, nel caso *Vinter e a. c. Regno Unito*, quale esempio positivo della volontà degli Stati contraenti di favorire il reinserimento dei condannati all'ergastolo e, al contempo, di offrire loro una prospettiva di liberazione. Più in generale, ai fini della valutazione della riducibilità della pena, la giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato i c.d. criteri *Murray*, v. Corte Edu, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, § 99-100, in base ai quali, i meccanismi di controllo sull'esecuzione

Nel caso *Viola*, invece, la situazione propria del ricorrente, derivante dall'applicazione dell'art. 4-bis o.p., si collocava in una posizione intermedia fra quella del condannato all'ergastolo ordinario, la cui pena è riducibile *de iure e de facto*, e quella del detenuto a cui è preclusa dal sistema penitenziario, a causa di un ostacolo giuridico o fattuale, qualsiasi possibilità di liberazione, in violazione dell'articolo 3 CEDU²⁷.

Benché la repressione rimanga una delle finalità della reclusione, la Corte di Strasburgo richiama la circostanza che le politiche in materia di pena in Europa pongono ormai diffusamente l'accento sull'obiettivo del reinserimento, anche nel caso di detenuti condannati all'ergastolo, e imposta la questione sottoposta chiedendosi se, nell'applicazione pratica dell'ergastolo ostativo, l'equilibrio fra le finalità di politica criminale e la funzione risocializzante della pena non finisca «per limitare eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità per quest'ultimo di chiedere il riesame della sua pena»²⁸. Essa ribadisce, inoltre, il proprio orientamento per cui il condannato all'ergastolo ha il diritto di sapere cosa deve fare perché sia esaminata una sua possibile liberazione e quali siano le condizioni applicabili, con la conseguenza che sull'ordinamento grava corrispettivamente un obbligo di mezzi, e non di risultato, consistente nella predisposizione di regimi detentivi che consentano una progressione trattamentale in tal senso.

In relazione al regime ostativo italiano, quindi, i giudici di Strasburgo dubitano della libertà della scelta del detenuto di collaborare con la giustizia, nonché dell'opportunità di prevedere un automatismo legislativo dal quale discenda che l'assenza di collaborazione equivale a pericolosità sociale del condannato²⁹. Sul punto, infatti, la sentenza, anche in forza delle considerazioni proposte dal ricorrente, relativamente all'osservazione statistica dei motivi del rifiuto degli ergastolani ostativi di collaborare con la giustizia, rileva che la ragione principale della scelta risulta essere il timore, per i detenuti condannati per reati di tipo mafioso, di mettere in pericolo la propria vita o quella dei familiari. A ciò la Corte Edu aggiunge che, se la collaborazione con la giustizia assume il ruolo di ago della bilancia fra la pena di morte in carcere e la possibilità di ottenere, seppure in un futuro remoto, la liberazione, diventa concreto il

della pena ed eventualmente di riduzione della stessa devono: *i*) essere regolati da una legge chiara ed accessibile; *ii*) tener conto delle istanze di reinserimento sociale; *iii*) essere accessibili a partire da non oltre 25 anni dall'inizio dell'espiazione e attivabili su base periodica; *iv*) essere assistiti da adeguate garanzie processuali.

²⁷ Quest'ultima ipotesi è quella alla base dei fatti di causa nella nota sentenza *Öcalan*, v. Corte Edu, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia* (n. 2), perché la legge turca non prevedeva, neppure dopo un certo periodo di detenzione, alcun meccanismo per il riesame della pena all'ergastolo comminata per talune categorie di reati, con la conseguenza che non vi era alcun mezzo per consentire al condannato di ottenere una valutazione della permanenza di legittimi motivi a sostegno del perdurare della detenzione. Nel caso *Viola*, invece, la posizione del ricorrente non era equiparabile né a quella dell'ergastolano comune, la cui pena può essere effettivamente ridotta, né a quella del ricorrente del caso *Öcalan*, perché a quest'ultimo non era riconosciuto alcun tipo di strumento, nemmeno astrattamente previsto dalla legislazione, per far riesaminare la sua pena. L'ergastolano ostativo si pone, dunque, in una posizione intermedia giacché con lo strumento della collaborazione, sia pure con i limiti che vengono chiariti nel testo, il detenuto ha la possibilità di accedere alla liberazione condizionale.

²⁸ Corte Edu, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., § 110.

²⁹ Corte Edu, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., § 116.

rischio che si possa generare un paradosso utilitarista, in base al quale il condannato potrebbe finire per collaborare con le autorità esclusivamente per ottenere i vantaggi previsti dalla legge, senza che tale comportamento rispecchi il suo sincero ravvedimento o la sua effettiva dissociazione dal sodalizio criminale.

Secondo la Corte, dunque, la normativa italiana in tema di ergastolo ostativo, prevedendo una presunzione assoluta e inconfutabile di pericolosità derivante dall’assenza di collaborazione con la giustizia, ha l’effetto di privare il detenuto di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione. La Corte osserva, infatti, che quest’ultimo «si trova nell’impossibilità di dimostrare che non sussiste più alcun motivo legittimo in ordine alla pena che giustifichi il suo mantenimento in detenzione, e che pertanto tale mantenimento è contrario all’articolo 3 della Convenzione, in quanto, mantenendo l’equivalenza tra l’assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale, il regime vigente riconduce in realtà la pericolosità dell’interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna»³⁰.

Il percorso argomentativo della sentenza, conseguentemente, finisce per fondarsi sulla constatazione che la presunzione assoluta impedisce *de facto* al giudice di esaminare la domanda di liberazione condizionale eventualmente presentata dall’ergastolano. Sul punto può forse valere la pena di rilevare sin d’ora che l’argomentazione del giudice convenzionale, tutta giocata sulla preclusione del diritto del detenuto di ottenere un sindacato di merito della propria pretesa alla liberazione condizionale da parte della magistratura di sorveglianza, determina un esito sostanzialmente convergente con quello che si raggiunge, a partire dalla ricordata giurisprudenza costituzionale, se si muove dalla censura nei confronti della vanificazione della funzione giurisdizionale determinata dalla rigidità dell’automatismo legale. In questo senso, pare potersi dire che le ragioni della tutela delle posizioni giuridiche soggettive e quella della garanzia del principio di separazione dei poteri rimano nella stessa direzione.

Del resto, secondo la Corte di Strasburgo, pur essendo stabilito per reati legati ad un fenomeno di particolare allarme sociale – anche se, oggi, il catalogo previsto dall’art. 4-*bis* o.p. è molto variegato³¹ – l’automatismo preclusivo di tipo assoluto non può giustificarsi nemmeno in ragione della nobile finalità per la quale è stato introdotto, ovvero la lotta alla criminalità organizzata, la quale di per sé non può giustificare deroghe astratte e permanenti all’art. 3 CEDU. La collaborazione con la giustizia, dunque, secondo la sentenza convenzionale, non è uno strumento effettivamente in grado di rendere riducibile la pena dell’ergastolo nel caso dei reati ostativi, né lo sono – contrariamente a quanto sostenuto dal Governo italiano – la domanda di grazia presidenziale o la domanda di sospensione della pena per motivi di salute, non

³⁰ Corte Edu, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., § 128.

³¹ Originariamente legato alla lotta, sul versante penitenziario, alla criminalità organizzata, il regime ostativo di cui all’art. 4-*bis* o.p. è attualmente un contenitore di ipotesi criminose estremamente eterogenee, comprensive anche di delitti contro la personalità individuale, connotate semplicemente da un forte allarme sociale. A titolo di mero esempio, si pensi ai reati di carattere sessuale oppure ai reati contro la pubblica amministrazione.

configurando una «prospettiva di liberazione» ai sensi della stessa giurisprudenza della Corte europea.

Pertanto, la sentenza *Viola c. Italia (n. 2)* afferma la non compatibilità dell’istituto dell’ergastolo ostativo con il disposto dell’art. 3 «perché la dignità umana, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione, impedisce di privare una persona della sua libertà in maniera coercitiva senza operare nel contempo per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà»³². L’applicazione dell’art. 4-bis o.p., conseguentemente, limitando eccessivamente la prospettiva di liberazione del condannato all’ergastolo, nonché la possibilità di un riesame della sua pena, comporta la perpetuità della pena stessa, che, quindi, in quanto tale non può considerarsi compatibile ai sensi dell’art. 3 CEDU.

A completamento del quadro, può, inoltre, valere la pena di sottolineare che la violazione riscontrata rappresenta, secondo la Corte Edu, un problema strutturale dell’ordinamento italiano, in relazione al quale, però, invece che ricorrere ad una “sentenza pilota”, la Corte – con una procedura che è stata definita “quasi-pilota”³³ – identifica implicitamente il problema sistemico e le sue cause, fornendo indicazioni al Governo sulle misure conformative, di carattere generale, potenzialmente in grado di risolverlo e additando come strada maestra l’adozione, preferibilmente su iniziativa legislativa, di una riforma del regime ostativo che garantisca il riesame della pena³⁴. Segnatamente, secondo la sentenza, compete al Parlamento un intervento legislativo che, da un lato, consenta alle autorità giurisdizionali di valutare, ai fini della liberazione condizionale, il progresso evolutivo del detenuto e, dall’altro, che riconosca a quest’ultimo il diritto di sapere cosa deve fare affinché la sua liberazione possa essere presa in considerazione e quali sono le condizioni in concreto applicabili.

Il giudice di Strasburgo invita, infine, lo Stato italiano ad adeguatamente vagliare anche l’ipotesi di dimostrare la dissociazione dall’ambiente criminale di appartenenza in modo diverso rispetto all’adesione ai programmi di collaborazione con la giustizia, non mancando di chiarire – sempre nella ricordata prospettiva dell’obbligazione di mezzo e non di risultato – che «la possibilità di riesame della reclusione perpetua implica la possibilità per il condannato di chiedere una liberazione, ma non di ottenere necessariamente la scarcerazione se continua a costituire un pericolo per la società»³⁵.

La strada scelta dal giudice convenzionale, dunque, a differenza di quella percorsa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 253 del 2019 in tema di permessi premio, è quella di censurare «il meccanismo adottato dall’ordinamento italiano non in sé

³² Corte Edu, *Viola c. Italia (n. 2)*, cit., § 136.

³³ Per tale definizione v. A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, 2018, 39.

³⁴ Sul punto v. D. MAURI, “Scacco” all’ergastolo ostativo: brevi note a margine della pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Viola c. Italia (n. 2)* e del suo impatto sull’ordinamento italiano, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2019, 14 ss., ove si osserva che «la via legislativa alla riforma dell’ergastolo ostativo non esclude, se necessario, altre vie: la Corte Edu ribadisce infatti come rientri nel margine di apprezzamento dello Stato la predisposizione di meccanismi che consentano la valutazione dei progressi rieducativi anche dell’ergastolano non-collaborante. In particolare, non è da escludersi che, nell’inerzia del legislatore – come sovente è avvenuto ed avviene –, ad espungere dall’ordinamento le disposizioni in questione sia la Corte costituzionale».

³⁵ Corte Edu, *Viola c. Italia (n. 2)*, cit., § 144.

considerato, ma esclusivamente con riferimento alla sua possibile applicazione alla pena perpetua, considerando l’ergastolo ostativo in violazione del divieto convenzionale di trattamenti inumani o degradanti in quanto sanzione a vita»³⁶. Nonostante si intraveda nel percorso argomentativo la trama dell’irragionevolezza della preclusione, dunque, come si accennava, il fulcro della decisione è l’incompatibilità con la Convenzione della pena a vita irriducibile.

2. L’incostituzionalità prospettata ma non dichiarata dell’ergastolo ostativo

In questo dialogo interlocutorio fra Corti, l’ultimo approdo giurisprudenziale (ord. n. 97 del 2021) era atteso, perlomeno da parte di coloro che ne sostengono l’incostituzionalità³⁷, come punto di arrivo di un percorso multilivello³⁸ volto alla definitiva espunzione dell’ergastolo ostativo dall’ordinamento giuridico italiano. Tale aspettativa, però, come detto in apertura, è rimasta finora insoddisfatta per effetto dell’ulteriore rinvio disposto dalla Corte costituzionale dopo l’inutile decorso del termine annuale originariamente assegnato al Parlamento.

Con una tecnica decisoria di recentissima elaborazione, quella della «incostituzionalità prospettata»³⁹, la Corte ha rilevato l’illegittimità costituzionale della

³⁶ M. MENGOZZI, *I possibili altri passi lungo la via tracciata dalla sentenza n. 253/2019*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena. Sull’ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, (Ferrara, 25 settembre 2020), in *Forum di Quaderni Costituzionali, Rassegna*, 4/2020, 192-193.

³⁷ A favore dell’illegittimità costituzionale, *ex multis*, M. RUOTOLO, *L’ergastolo ostativo è costituzionale?*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 1-36; G. GIOSTRA, *Verso un’incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 37-50; E. DOLCINI, *Ergastolo ostativo, liberazione condizionale, diritto alla speranza*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 124-130; A. PUGIOTTO, *Dopo la sentenza (di accoglimento) che verrà*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 213-219; P. VERONESI, «Un passo dopo l’altro». È in arrivo il knock-down per la disciplina dell’ergastolo ostativo, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 241-249; F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all’ordinanza 97/2021*, in *Questione Giustizia*, 27 maggio 2021. Di opinione opposta, cfr. A. LEGGIERO, *Ancora una quaestio in tema di ergastolo: un’ingravescente idiosincrasia verso l’ostatività?*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 176 ss.; O. SFERLAZZA, *Riflessioni a margine della ordinanza della Corte Costituzionale n.97/2021 sull’ergastolo ostativo: molti dubbi e poche certezze*, in *Questione Giustizia*, 24 giugno 2021; L. TESCAROLI, *La Corte costituzionale e le scelte del legislatore sull’ergastolo ostativo*, in *Questione Giustizia*, 1° ottobre 2021; S. PELLEGRINI, *Ergastolo ostativo: da cosa nasce e perché non va abolito*, in *L’Espresso*, 19 aprile 2021.

³⁸ Sul punto sia consentito, soprattutto a fini bibliografici, un rinvio ad A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.

³⁹ L’espressione si deve al Presidente Giorgio Lattanzi, v. *Relazione annuale del Presidente Giorgio Lattanzi sull’attività svolta nell’anno 2018*, in www.cortecostituzionale.it, sezione “Relazioni annuali”, 12. La prima elaborazione di questa tipologia decisoria intervenne nel Caso Cappato, v. Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 207. Le riflessioni sullo strumento decisorio sono pressoché sterminate, cfr. *ex multis*, fra i primi contributi apparsi in dottrina, per un giudizio positivo A. ANZON, *Un nuovo tipo di decisione di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2018, 2459 ss., la quale, dopo aver tracciato le differenze e le similitudini fra l’ordinanza Cappato e le decisioni di inammissibilità, considera questa nuova tipologia decisoria un buon espediente per non contraddire il quadro di riferimento del processo costituzionale e, al contempo, governare gli effetti temporali delle

disciplina – in quanto, essendo la collaborazione l’unico strumento per poter acquisire la libertà, si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, nonché con l’art. 3 della CEDU – ma, diversamente da ciò che era lecito attendersi, non l’ha dichiarata nel dispositivo. La normativa censurata impedisce, infatti, la concessione del beneficio penitenziario della liberazione condizionale al condannato all’ergastolo per i delitti ostativi di “contesto mafioso”, che non abbia utilmente collaborato con la giustizia e che abbia scontato già 26 anni di carcere (anche grazie ai provvedimenti di liberazione anticipata), sulla base di una presunzione assoluta di mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, superabile soltanto per effetto della condotta collaborativa.

La Corte se, da un lato, giudica ragionevole che la collaborazione sia un positivo strumento di dimostrazione dell’avvenuta rottura dei rapporti col sodalizio criminale, dall’altro, ne afferma chiaramente la incompatibilità con la Costituzione se e in quanto risulti l’unico strumento per poter accedere alla liberazione condizionale (e, quindi, alla libertà)⁴⁰, perché, contrariamente, è necessario che la presunzione di pericolosità possa essere vinta da prova contraria, valutabile dalla magistratura di sorveglianza in ordine all’intero percorso carcerario del condannato e non solo sulla base della scelta di non collaborare con la giustizia. Il giudice costituzionale, specificando che, ai fini della concessione della misura, dovranno essere acquisiti elementi tali da escludere sia

pronunzie di accoglimento, sia *pro praeterito*, sia *pro futuro*; M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, in part. 662 ss., laddove sostiene che l’esigenza di rendere giustizia costituzionale può legittimare anche l’ideazione di tecniche decisorie più efficaci al fine di assicurare, all’esito del giudizio della Corte, “situazioni normative” conformi a Costituzione o almeno di evitare che si creino situazioni di maggiore incostituzionalità rispetto a quelle che si vanno a rimuovere; invece, tra le posizioni contrarie alla nuova ordinanza interlocutoria cfr. E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/2019, 531 ss., il quale dubitava pure che la tipologia decisoria potesse consolidarsi e trovare applicazione al di là del Caso Cappato; ma anche A. RUGGERI, *Frattendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta OnLine*, 1/2019, 108-112, e R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2018, 2470 ss. Prima dell’ordinanza n. 97 del 2021, l’incostituzionalità prospettata è stata utilizzata in una sola altra vicenda, riguardante l’obbligatorietà della pena detentiva per i reati di diffamazione aggravata dall’uso della stampa, v. Corte cost., 9 giugno 2020, n. 132; per qualche commento cfr., fra molti, A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 406 ss.; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, 103 ss.; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, 1411 ss.; A. CARDONE, *Pena detentiva per la diffamazione e funzione democratica della libertà di espressione. Quid iuris oltre il caso della professione giornalistica*, in *Consulta OnLine*, 1/2022, 349 ss.

⁴⁰ Di diverso avviso A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l’ord. n. 97 del 2021 sull’ergastolo ostativo*, in *Consulta OnLine*, 2/2021, 388, secondo cui «La Corte non afferma mai apertamente l’incostituzionalità della disposizione oggetto per violazione dell’art. 27 Cost., almeno non come aveva fatto il roboante comunicato stampa preventivo, poi corretto in quello contestuale». Il riferimento è al comunicato stampa del 15 aprile 2021 dal titolo «*Ergastolo ostativo incompatibile con la Costituzione ma occorre un intervento legislativo. Un anno di tempo al Parlamento*» (corsivo aggiunto).

l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino, ritiene che un intervento demolitorio comprometterebbe la tenuta complessiva della disciplina in esame. Per tale ragione, rileva come appartenga alla incomprimibile discrezionalità del legislatore individuare il punto di equilibrio fra lotta alla criminalità organizzata e la funzione rieducativa della pena che, anche per i condannati all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 4-bis, comma 1, o.p., non può non essere orientata alla fine della detenzione.

In ragione di esigenze di collaborazione istituzionale, come detto, la Corte costituzionale ha assegnato un congruo tempo al legislatore per affrontare la materia, riservandosi il compito di valutare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte. La conclusione della pronuncia sembra essere, quindi, «un'accorata denuncia pubblica dei "limitati strumenti" di cui dispone il giudice delle leggi per svolgere la sua funzione in linea con la Costituzione scritta, con un parallelo appello al legislatore»⁴¹ affinché si assuma prioritariamente la responsabilità «delle ricadute sull'impianto normativo predisposto a contrasto della criminalità organizzata, conseguenti all'incompatibilità costituzionale dell'attuale meccanismo di ostatività»⁴².

Dopo ben diciotto anni dalla sua prima pronuncia in tema di ergastolo ostativo (sentenza n. 135 del 2003)⁴³, la Corte si trova dinnanzi alla scelta fra l'accoglimento "secco" della *quaestio*, l'addizione manipolativa e il monito attraverso la doppia pronuncia. In quella occasione, con delle argomentazioni decisamente poco persuasive⁴⁴, il giudice costituzionale aveva affermato che la «disciplina censurata, subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia, che è rimessa alla scelta del condannato, non preclude[va] in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio, e non si pone[va], quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27, terzo comma, Cost»⁴⁵. Difatti, ricollegandosi alla sua pregressa giurisprudenza in tema di compatibilità dell'ergastolo comune con il principio di risocializzazione⁴⁶, la Consulta arrivava a valorizzare, anche per l'ergastolo ostativo, il ruolo di fattore di riequilibrio assunto dall'accesso alla liberazione condizionale – «unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo»⁴⁷ – non apprezzando in modo adeguato che la collaborazione fosse imposta dall'automatismo legale contenente la presunzione assoluta e non, invece, una libera scelta del condannato.

⁴¹ A. MORRONE, *Finale di partita*, cit., 388.

⁴² Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Relazione al Parlamento del 2021*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 218.

⁴³ A commento della sentenza, si vedano L. CREMONESI, *La Consulta "stoppa" la rieducazione*, in *Diritto e Giustizia*, 19/2003, 14 ss.; A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, 11/2003, 1351 ss.; G. VARRASO, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 bis ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, in *Giustizia penale*, 2004, pt. I, 81 ss.

⁴⁴ Cfr. E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4/2017, 1500 ss.

⁴⁵ Corte cost., 9 aprile 2003, n. 135, punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ Cfr. Corte cost., 21 novembre 1974, n. 264; 21 settembre 1983, n. 274; 27 aprile 1994, n. 168.

⁴⁷ Corte cost., 2 giugno 1997, n. 161, punto 6 del *Considerato in diritto*.

Come già evidenziato, quest'aspetto è, invece, il punto centrale dell'ordinanza n. 97 del 2021, grazie anche all'utilizzo da parte del rimettente del parametro di cui all'art. 3 Cost. – e non solo del principio rieducativo dell'art. 27, terzo comma, Cost. (utilizzato assieme all'art. 117 Cost.) – che ha fornito alla Corte costituzionale l'occasione di attivare il sindacato di ragionevolezza per censurare la presunzione assoluta preclusiva all'accesso alla liberazione condizionale e valorizzare la necessità di riespandere la discrezionalità della magistratura di sorveglianza nella valutazione sulla concessione della misura.

In questo argomentare, la drastica battuta d'arresto nel percorso diretto all'accoglimento è intervenuta nel confronto con quello che, per la dottrina, era il precedente più diretto a favore dell'incostituzionalità, ossia la ricordata sentenza n. 253 del 2019 sui permessi premio⁴⁸. Il giudice delle leggi, infatti, sottolinea che, rispetto al caso precedente, da un lato, «la posta in gioco è ancora più radicale, giacché, in termini ordinamentali, sono in questione le condizioni alle quali la pena perpetua può dirsi compatibile con la Costituzione; mentre, dal punto di vista del condannato, è in discussione la sua stessa possibilità di sperare nella fine della pena. Dall'altro lato, però, proprio per il profilo da ultimo sottolineato, è qui in esame l'accesso al ben diverso istituto che determina, all'esito positivo del periodo di libertà vigilata, l'estinzione della pena e il definitivo riacquisto della libertà, e non semplicemente, come nel caso del permesso-premio, la concessione di una breve sospensione della carcerazione, senza interruzione dell'esecuzione della pena, in costanza dei connessi controlli»⁴⁹. Per giustificare il diverso *decisum*, quindi, la Corte enfatizza la differenza fra la natura sostanziale delle due misure: i permessi premio sono dei benefici penitenziari concedibili nel corso dell'esecuzione e strettamente collegati alla risocializzazione dei condannati⁵⁰, mentre la liberazione condizionale è una causa di estinzione della pena, che opera come «vera e propria rinuncia, sia pure sottoposta a condizioni prestabilite, da parte dello Stato alla ulteriore realizzazione della pretesa punitiva nei riguardi di determinati condannati»⁵¹. Nel primo caso, quindi, la misura si colloca fra le modalità di esecuzione della pena, nel secondo, invece, nell'ambito della sospensione della sua esecuzione, per il periodo di libertà vigilata, all'esito positivo del quale la pena in concreto si estingue. In tale differenza viene ravvisato il discrimine che impedisce l'accoglimento della questione con una sentenza manipolativa.

⁴⁸ Attribuiscono espressamente alla sentenza n. 253 del 2019 il valore di precedente favorevole all'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo P. VERONESI, «Un passo dopo l'altro». È in arrivo il knock-down per la disciplina dell'ergastolo ostativo, cit., 241; M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Diritti comparati*, 20 maggio 2021, 3; M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il "commiato" dell'ergastolo ostativo? La parola spetta ora alla Corte costituzionale*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 108; E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021; A. MARTUFI, *Rieducazione, diritto alla speranza e prospettive della liberazione condizionale dopo la "fine" dell'ergastolo ostativo*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 189.

⁴⁹ Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97, punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova 2015, 779-780.

⁵¹ Corte cost., 27 giugno 1974, n. 204, punto 2 del *Considerato in diritto*.

La Corte, facendo riferimento all’“apicalità”⁵² dei profili sottoposti alla sua attenzione – ossia che la disciplina riguardi condannati per reati di criminalità organizzata mafiosa, ai quali è inflitta la pena dell’ergastolo e che chiedono la liberazione condizionale – ritiene, *in primis*, che l’intervento demolitorio genererebbe delle incoerenze di sistema e metterebbe a rischio le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva. Per tale ragione dichiara la sua (temporanea) incompetenza a integrare la disciplina normativa, rinunciando a svolgere una funzione paralegislativa, come avvenuto nella sentenza n. 253 del 2019, in nome della discrezionalità del legislatore.

Ferma «la contraddittorietà di fondo tra l’idea che spetti solo al legislatore definire gli interventi necessari e quella che sia possibile, per il giudice delle leggi, decidere per un accoglimento laddove il termine assegnato al Parlamento scada infruttuosamente»⁵³, non sembrano essere particolarmente convincenti gli argomenti posti alla base della scelta di non utilizzare le *rationes decidendi* elaborate nel più diretto precedente. La Corte costituzionale, infatti, riferendosi alla possibilità di effettuare un mero intervento demolitorio, non prende in considerazione l’armamentario decisionale che ha sviluppato nella sua giurisprudenza, ove si ritrovano strumenti decisori in grado di colmare eventuali vuoti di disciplina generati dalla dichiarazione di incostituzionalità. Secondariamente, essa sembra volutamente ignorare l’opportunità di superare le incoerenze sistematiche attraverso l’illegittimità consequenziale (art. 27, l. 11 marzo, 1953, n. 87) – strumento utilizzato proprio nel caso dei permessi premio. In terzo luogo, infine, potrebbe apparire addirittura pretestuoso il riferimento alla circostanza che la Corte Edu, come evidenziato, abbia espresso una marcata preferenza per un intervento legislativo di riforma della disciplina dell’ergastolo ostativo⁵⁴.

D’altronde, anche il Parlamento non potrà fare a meno di restituire alla magistratura di sorveglianza lo spazio valutativo del caso concreto, risultato che poteva essere raggiunto anche attraverso una sentenza additiva per deficit di flessibilità, stabilendo una regola sulla competenza del giudice nel bilanciamento concreto fra esigenze di sicurezza e concessione della liberazione condizionale al condannato. Anche in questo caso, infatti, il carattere assoluto della presunzione impedisce all’organo giurisdizionale di valutare – dopo un lungo tempo di carcerazione, che può aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto⁵⁵ – l’intero percorso carcerario dell’ergastolano, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero sociale, ai sensi dell’art. 27, terzo comma, Cost.

Preme evidenziare come argomento centrale nella scelta del rinvio della trattazione della questione sia la creazione di disarmonie «che sarebbe derivata, nell’art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., tra condannati all’ergastolo per reati di mafia o di contesto mafioso, che avrebbero potuto ottenere il vaglio nel merito della loro istanza anche se

⁵² Cfr. F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo*, cit.

⁵³ M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro*, cit., 4.

⁵⁴ Così M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro*, cit., 4.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149, punto 7 del *Considerato in diritto*, ove si evidenzia che la personalità del condannato resta aperta, nonostante il reato commesso, alla prospettiva di un possibile cambiamento.

non collaboranti, e i condannati all'ergastolo per altri reati di prima fascia del 4 bis, che nulla hanno a che fare con la mafia (come nel caso dei reati di terrorismo) o addirittura nulla hanno a che fare con la criminalità organizzata»⁵⁶, come i reati contro la pubblica amministrazione o quelli di natura sessuale, ai quali è precluso l'accesso a tutti i benefici penitenziari (salvo la liberazione anticipata e, dopo la sentenza n. 253 del 2019, il permesso premio).

Da ultimo, la Corte aggiunge che «la normativa risultante da una pronuncia di accoglimento delle questioni, conclusa nei termini proposti dal giudice *a quo*, darebbe vita a un sistema penitenziario caratterizzato, a sua volta, da tratti di incoerenza»⁵⁷ anche in relazione all'ulteriore profilo in forza del quale i condannati per i reati di cui all'art. 4-bis, comma 1, o.p., pur se non collaboranti, possono attualmente essere valutati al fine di ottenere uno o più permessi premio e all'esito di una pronuncia di accoglimento delle odierne questioni potrebbero accedere (anche) al procedimento di ammissione alla liberazione condizionale, ma resterebbe loro inibito l'accesso al lavoro all'esterno e alla semilibertà – «cioè proprio alle misure che invece normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso il recupero della libertà»⁵⁸.

Premesso che, con riguardo al primo aspetto, «i criteri probatori di maggior rigore, chiamati a prendere il posto della prova legale della collaborazione, non dovrebbero valere quando si tratta di concedere, oggi i permessi premio, domani (speriamo) la liberazione condizionale, a condannati per i reati di cui al primo comma dell'art. 4-bis, diversi da quelli di criminalità organizzata di stampo mafioso o terroristico»⁵⁹, entrambe le problematiche sollevate dalla Corte potevano essere risolte con l'illegittimità consequenziale, sia con riguardo all'estensione della disciplina agli altri reati di prima fascia, sia, *a fortiori*, con riferimento alle altre misure del lavoro all'esterno e della semilibertà. Tanto che la disarmonia è già oggi presente in ragione della differente disciplina normativa modellata dalla Corte solo per i permessi premio. Se nella sentenza n. 253 del 2019 la necessità di estendere gli effetti della pronuncia *ex art. 27 cit.* non ha rappresentato un ostacolo all'accoglimento, infatti, non si coglie pienamente il motivo per cui lo è stato nel caso della liberazione condizionale, in merito alla quale «semmai, proprio il carattere 'apicale' della disciplina da ultimo all'esame della Corte avrebbe potuto dare maggior forza alla soluzione dell'illegittimità consequenziale»⁶⁰.

Conclusivamente, sembra di poter dire che l'ordinanza n. 97 del 2021 lascia aperte almeno tre questioni particolarmente problematiche: *i)* qualora il termine scada infruttuosamente, senza l'intervento del legislatore, bisognerà capire come «il giudice delle leggi vorrà cucire una disciplina che oggi ritiene impossibile trascrivere "a rime

⁵⁶ E. DOLCINI, *L'ordinanza*, cit.

⁵⁷ Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97, punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ Di nuovo, Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97, punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁵⁹ G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata?*, cit., 46.

⁶⁰ E. DOLCINI, *L'ordinanza*, cit.; v. G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata?*, cit., 43, che parla di estensione orizzontale (tipologia di reati) e verticale (tipologia di pena) dell'incostituzionalità. Evidenziano invece delle perplessità in merito all'illegittimità consequenziale M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il "commiato" dell'ergastolo ostativo?*, cit., 108.

obbligate” secondo la Costituzione scritta»⁶¹; ii) al contrario, invece, qualora il legislatore intervenga, occorrerà verificare se e come la Corte dovrà vagliare la normativa riformata per valutarne la conformità a Costituzione e alle motivazioni, ovvero se si orienterà per una restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché valuti la non manifesta infondatezza della questione di legittimità⁶²; iii) sembra necessario, infine, riflettere su come, *medio tempore*, sarebbe stato consono orientarsi per i condannati ad altri reati di prima fascia e per gli altri benefici penitenziari: sospendere (impropriamente) il giudizio fino al 10 maggio 2022 (oggi fino all’8 novembre 2022) oppure sollevare nuove questioni di legittimità costituzionale?

In particolare, «in relazione ad istanze di semilibertà o di affidamento in prova al servizio sociale, provenienti da condannati per delitti di 4 *bis* co. 1 ord. penit. a pena temporanea non collaboranti, le questioni di costituzionalità [eventualmente] sollevate potrebbero di certo essere rinviate ad un vaglio successivo ad un eventuale ripensamento globale della materia da parte del legislatore, [...] ma potrebbe pure esservi una soluzione diversa, di accoglimento alla stregua della soluzione adottata con la sent. 253/2019, posto che non saremmo più di fronte a scelte tre volte apicali»⁶³.

Una parziale risposta a quest’ultimo interrogativo potrebbe essere fornita dal giudice costituzionale qualora dovesse fissare la data di discussione dell’ordinanza di rimessione del Tribunale di Sorveglianza di Perugia del 23 settembre 2021 (non ancora iscritta al ruolo)⁶⁴, con cui è stato sottoposto alla Corte un nuovo scrutinio di legittimità sull’art. 4-*bis*, comma 1, o.p., in relazione agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., nella parte in cui preclude, ai detenuti condannati per delitti diversi dall’associazione mafiosa o di “contesto mafioso”, l’accesso all’affidamento in prova al servizio sociale, pur in assenza del requisito della collaborazione con la giustizia⁶⁵.

3. Pro e contra: due unità di misura dell’ordinanza

L’uso dello strumento decisionale dell’ordinanza di rinvio della trattazione a data certa richiede qualche considerazione inerente sia gli effetti nel caso di specie, sia le ricadute più generali in termini di tendenze della giurisprudenza costituzionale. Infatti, se si conviene, come pare possibile fare, sulla conclusione che tale opzione decisoria

⁶¹ A. MORRONE, *Finale di partita*, cit., 390.

⁶² Cfr. D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all’ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull’ergastolo ostativo*, in *Giustizia insieme*, sezione “Giustizia e pene”, 20 maggio 2021. Si ricorda che nelle precedenti occasioni, v. Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 207, 9 giugno 2020, n. 132, il legislatore ha mancato di intervenire nel termine assegnato con l’ordinanza, quindi la Corte, attualmente, non si è mai trovata davanti al problema di valutare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte dal Parlamento.

⁶³ F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo*, cit.

⁶⁴ Reg. Ord. n. 194 del 2021, pubbl. in G.U., I serie speciale, del 15/12/2021, n. 50.

⁶⁵ Tale *quaestio* di legittimità costituzionale è stata compiutamente analizzata da F. SIRACUSANO, *Affidamento in prova al servizio sociale del condannato, per reati diversi da quelli di “ambito mafioso”, non collaborante con la giustizia: un’altra questione, circa la tenuta del modello preclusivo imposto dall’art. 4-bis comma 1 ord. penit., approda al sindacato della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 26 ottobre 2021.

non era l'unica praticabile, diventa necessario interrogarsi su quali siano i *pro* e i *contra* di aver compiuto questa scelta.

Innanzitutto, è utile domandarsi quali siano stati i “costi” della pronuncia. Pare abbastanza evidente che il costo maggiore sia sofferto da coloro che continuano a subire gli effetti di una normativa incostituzionale, incidente sulla libertà personale e comportante, tra l'altro, una violazione dell'art. 3 CEDU, i quali fino a novembre 2022 (stante l'ulteriore rinvio), ovvero sino all'intervento del legislatore o della Consulta, non potranno ottenere un vaglio nel merito dell'istanza di ammissione alla liberazione condizionale. L'istanza sarà dichiarata inammissibile «e ciò, paradossalmente, in forza di una disciplina della quale la Corte ha accertato, con solide argomentazioni, l'illegittimità costituzionale. Il condannato non avrà alcuna chance di tornare in libertà, anche se la Costituzione impone che quella possibilità gli venga offerta»⁶⁶. Costo ancor più oneroso se si considera che il principio di umanità di cui all'art. 3 CEDU rappresenta una norma convenzionale inderogabile ai sensi dell'art. 15, comma 2, della medesima Convenzione, e «nondimeno, [...] viene derogato dalla Corte costituzionale italiana in relazione al condannato all'ergastolo ostativo, al quale – ancora per un anno – potrà essere negato il diritto alla speranza»⁶⁷.

Un secondo “prezzo”, seppur qualitativamente diverso, è stato pagato dalla stessa giustizia costituzionale, poiché tradendo un suo diretto precedente (quello della sentenza n. 253 del 2019) la Consulta sembra aver oscillato nell'atteggiamento decisionale, perdendo coerenza motivazionale. La creatività giurisprudenziale ha comportato difatti «evidenti sconfinamenti nella politica criminale e nella costruzione per sentenza di fattispecie normative in materia penale»⁶⁸, dunque, anche in questo caso pareva plausibile attendersi un simile epilogo; contrariamente, almeno per il tempo del rinvio, la Corte costituzionale sembra invece essersi protetta dalla cattura “politica”. Si pensi al riguardo che nel giudizio sono state ammesse ben cinque opinioni di *amici curiae* (Macrocrimes, Associazione Antigone, L'Altro Diritto ODV, Garante Nazionale dei diritti dei detenuti, Nessuno Tocchi Caino)⁶⁹ e che, nonostante fossero tutte indubbiamente orientate a favore dell'accoglimento, la Corte si è giovata degli elementi innovativi da esse apportati rispetto all'ordinanza di rimessione (es. dati statistici) senza,

⁶⁶ E. DOLCINI, *L'ordinanza*, cit.

⁶⁷ Ancora E. DOLCINI, *L'ordinanza*, cit. Inoltre, v. H.J. WOODCOCK, *Un giudizio sull'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale che mette in luce, oltre ai profili positivi, alcuni rischi. Uno più di tutti: quello di far rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta*, in *Questione Giustizia*, 26 maggio 2021, per il quale, questo singolare protrarsi dell'applicazione di una normativa incostituzionale sembra porsi in contrasto anche con altri principi cardine del nostro ordinamento: l'art. 25 della Costituzione e l'art. 2 del codice penale.

⁶⁸ A. MORRONE, *Finale di partita*, cit., 389.

⁶⁹ Sulla modifica del «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» v. M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 2, 402 ss.; A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 426 ss.; T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *Lavoce.info*, 17 gennaio 2020; A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020. Per un'analisi specifica del ruolo dell'*amicus curiae* nel giudizio di legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo v. C. MASCIOTTA, *Il ruolo dell'amicus curiae nella giurisprudenza costituzionale alla luce della prassi applicativa*, in corso di pubblicazione in opera collettanea.

però, subirne le pressioni decisionali. Pare, inoltre, di poter osservare che la mancata esposizione “politica”, da considerare certamente in maniera positiva, rischia di apparire, però, meramente illusoria. La forza e la persuasività delle pronunce costituzionali risiedono, infatti, nell’intellegibilità degli itinerari argomentativi attraverso i quali la Corte «si fa carico nello spazio pubblico della “sua” responsabilità di decidere»⁷⁰, responsabilità che viene progressivamente meno ove le decisioni vengono legittimate attraverso gli altri⁷¹: in negativo, attraverso l’inerzia del legislatore, in positivo, attraverso le sollecitazioni derivanti dalla società civile, che sembrano spingere il giudice delle leggi a svolgere un’impropria funzione di assicurazione sociale⁷².

Infine, una terza criticità deriva dal fatto che, diversamente dalle decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata⁷³, con questa nuova tipologia decisoria, quella che si limita a “prospettare” l’incostituzionalità, la Corte incisivamente fissa nel dispositivo una data precisa per la successiva udienza – ed eventualmente per l’accoglimento della *quaestio*, qualora si protragga l’inerzia legislativa – che assume la veste di *expiry date* della tollerabilità dell’*horror vacui*⁷⁴. Pertanto, la Consulta «più che “decidere di non decidere” decide di decidere entro un anno dal monito legislativo, giudicando così non procrastinabili sia l’invito a legiferare sia la dichiarazione di illegittimità costituzionale»⁷⁵. Sembrano delinearci, quindi, due vincoli temporali: il primo etero-imposto alle Camere per l’esercizio del potere legislativo e il secondo auto-imposto a se stessa per censurare l’eventuale persistenza della normativa incostituzionale.

Tale *modus operandi* fa sorgere qualche perplessità circa la possibilità di «ammettere che la Corte interpreti estensivamente gli artt. 134 e 136 Cost, fino al punto di riconoscere la capacità di stabilire la data entro cui la sua pronuncia di incostituzionalità è da considerarsi improcrastinabile»⁷⁶. Se, infatti, l’*horror vacui* ha da sempre influenzato l’elaborazione teorica e l’utilizzazione pratica di nuove tecniche

⁷⁰ P. RIDOLA, “La Corte si apre all’ascolto della società civile”, in *Federalismi.it*, n. 2/2020, viii.

⁷¹ Cfr. S. BARBARESCI, *La Corte costituzionale si apre all’ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 400-401, il quale scrive che «questa legittimazione di sé attraverso gli altri potrebbe disvelare una certa debolezza del giudice delle leggi, evidenziandone le difficoltà nel risolvere alcune questioni sulla base dell’interpretazione costituzionale e del bilanciamento degli interessi, nonché apparire alla stessa società civile manifestazione dell’anima politica o finanche di parte della Consulta».

⁷² G. GIOSTRA, *Verso un’incostituzionalità prudentemente bilanciata?*, cit., 47.

⁷³ Tali sentenze segnalano la violazione del dettato costituzionale, ma decidono di rinviare ad un momento indeterminato la pronuncia di accoglimento cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 236-238; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993, 53-55; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 410-412. Si precisa che, nella nomenclatura dell’armamentario decisionale della Corte, in dottrina è stata definita incostituzionalità accertata ma non dichiarata anche l’ordinanza di rinvio della trattazione a data certa, cfr. A. ANZON, *Un nuovo tipo di decisione di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”*, cit.

⁷⁴ Per una riflessione sull’*horror vacui* nel giudizio di legittimità costituzionale v. R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia del legislatore*, Milano, 2007.

⁷⁵ I. ROBERTI, *I moniti “a termine” della corte costituzionale e le implicazioni sull’attività legislativa del parlamento*, in *Federalismi.it*, 17/2021, 176.

⁷⁶ Ancora I. ROBERTI, *I moniti “a termine”*, cit., 178.

decisorie – tanto che in dottrina si è giunti a sostenere che «la storia degli strumenti decisori forgiati dalla Corte per via pretoria» possa essere letta «come un costante tentativo di ridurre al minimo i vuoti normativi conseguenti alla declaratoria d’incostituzionalità»⁷⁷ – occorre ad ogni modo interrogarsi su quale sia il punto di frizione fra la modulazione degli effetti, anche temporali, dell’accoglimento⁷⁸ e l’attenuazione del principio di cui all’art. 28 della l. 11 marzo 1953, n. 87, in forza del quale, come noto, dovrebbe considerarsi precluso ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento⁷⁹, ivi compreso quello di stabilire i tempi dei lavori parlamentari. Sebbene «il modello di giustizia costituzionale disciplinato in Costituzione è di natura embrionale, nel senso che con il tempo è stato “aggiornato” dal Giudice delle leggi in base all’evoluzione del contesto politico e istituzionale, [...] resta il fatto che la *ratio* di quelle norme è diretta a definire e al contempo delimitare l’azione della Consulta in uno schema rispettoso dei poteri all’interno dello Stato costituzionale»⁸⁰. Pur rispecchiando l’originaria concezione kelseniana della Corte come giudice delle leggi piuttosto che come giudice dei diritti⁸¹, la l. 11 marzo 1953, n.

⁷⁷ A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso e implicazioni*, Milano, 1994, 563.

⁷⁸ M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni 90*, in A.A.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, 110-112; di nuovo R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 53-55; inoltre, con riguardo alla celebre sent. n. 10 del 2015 v. M. CAREDDA, M. RUOTOLO, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d’incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivista AIC*, 2/2015. Può, forse, non essere privo di utilità richiamare anche Corte cost., 25 gennaio 2021, n. 41, ove la Consulta ha inserito un termine finale di vigenza della norma sottoposta al suo vaglio di costituzionalità, degradandola da disciplina stabile a disciplina provvisoria, cfr. fra altri R. PINARDI, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta OnLine*, 1/2021, 288 ss.; A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo “bilanciamento” tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all’art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *Giustizia Insieme*, 13 aprile 2021.

⁷⁹ Ai sensi dell’art. 28, l. 11 marzo 1953, n. 87, infatti, «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento».

⁸⁰ I. ROBERTI, *I moniti “a termine”*, cit., 179.

⁸¹ Sul punto cfr. P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, Milano, 2015, 86 ss., secondo cui la giustizia costituzionale si è trasformata in «una giurisdizione non [più] sulla costituzionalità della legge, ma sul diritto preteso da chi ha agito in giudizio». Pur non essendo questa una sede idonea per più puntuali riflessioni sul nostro modello di giustizia costituzionale accentrato (sulla cui evoluzione si rimanda, soprattutto per l’alterazione dell’originario rapporto fra giustizia costituzionale e giustizia comune, *ex multis*, a P. PINNA, *Il costituzionalismo del secondo dopoguerra e la crisi del controllo di costituzionalità accentrato*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”: verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 490 ss.; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 291 ss.; G. VOLPE, *Sviluppi del giudizio incidentale sulle leggi in Italia: verso un processo di “amparo”?*, in F. FERNANDEZ SEGADO (a cura di), *The Spanish Constitutions in the European Constitutional Context – La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, 2003, 1195 ss.) non può essere taciuto l’inesorabile allontanamento dall’originario paradigma contromaggioritario, a favore di una funzionalizzazione del sindacato di costituzionalità alla tutela dei diritti fondamentali, per effetto in particolare del meccanismo di accesso incidentale. A tal proposito, pare condivisibile l’osservazione di O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Diritto pubblico*, 1/2004, 851 ss., secondo cui la Corte costituzionale sembra avere progressivamente assunto un ruolo arbitrale fra le contrapposte pretese, nel giudizio incidentale, dei giudici, portatori di principi, e del legislatore, artefice

87 pone difatti degli argini al pericolo di suprematismo giudiziario⁸², a maggior ragione in contesti come questo, nei quali l'organo di giustizia costituzionale si muove all'interno di una categoria elastica difficilmente confinabile in un concetto di «tempo costituzionalmente obbligato»⁸³.

È, dunque, sommesso parere di chi scrive che, per giustificare una così puntuale delimitazione temporale del monito al legislatore, la Corte costituzionale dovrebbe quantomeno mantenersi all'interno della logica crisafulliana del costituzionalmente obbligato⁸⁴, esplicitando, attraverso un'attività interpretativa, un arco temporale che, almeno allo stato latente, è già presente nell'ordinamento e che rappresenta l'unico imposto dal dettato della Costituzione. Nondimeno, individuare un termine costituzionalmente imposto non sembra essere un'operazione agevole, soprattutto per l'estrema discrezionalità che connota tale valutazione in ragione sia dei diritti, sia dei fattori istituzionali che vengono in gioco nel caso di specie⁸⁵. Dunque, l'intervento della Corte finisce per essere legato indissolubilmente al seguito parlamentare, tanto che il termine ultimo di tolleranza dell'incostituzionalità pare coincidere con il tempo della normazione, generandosi così un'insolita incursione del giudice costituzionale nell'attività, o meglio, nella tempistica dei lavori delle Camere, che dovrebbe invece assurgere a «sfera di indifferenza costituzionale»⁸⁶.

Per quanto, allo stato attuale, questo modello decisionale non sembri potersi definire ancora una tecnica decisoria consolidata, non può tacersi il rischio ad esso congenito di sovrapporre il termine della legalità costituzionale e il tempo della legislazione, cioè, il pericolo di confondere il compito della Corte di rendere giustizia costituzionale e quello del Parlamento di stabilire i tempi di attuazione della nostra Carta fondamentale⁸⁷. In definitiva, dunque, un terzo costo sembra derivare dall'invasione non tanto (o meglio, non solo) nella discrezionalità decisionale del legislatore, come nei moniti tradizionali, ma (anche) nell'organizzazione dei lavori parlamentari. Fermo restando che l'eventualità distopica di un tale controllo della Consulta sull'attività parlamentare potrebbe forse essere scongiurata attraverso la riforma, da alcuni auspicata, «della legislazione vigente, al fine di stabilire i confini del potere normativo della Corte costituzionale, specie nelle situazioni in cui le ragioni della Costituzione esigono contemperamenti che non possono essere lasciati al caso, ma che meritano un quadro legale certo, rispettoso della divisione dei poteri, in grado di rendere

delle politiche maggioritarie. Sulla trasformazione della funzione del giudice costituzionale cfr. anche, più di recente, A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, 115 ss., il quale definisce la Corte come «giudice dell'esperienza costituzionale».

⁸² A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021, 170 ss.

⁸³ L'espressione è di I. ROBERTI, *I moniti "a termine"*, cit., 179.

⁸⁴ Il riferimento è alla celebre teoria della «legislazione a rime obbligate» di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1980, 84.

⁸⁵ Cfr. I. ROBERTI, *I moniti "a termine"*, cit., 179.

⁸⁶ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 412, ove si distinguono i moniti di legalità costituzionale che «consistono nell'affermazione e nell'esplicitazione di obblighi derivanti dalla Costituzione» e i moniti di politica legislativa che «sono il frutto di punti di vista d'opportunità, riguardanti una sfera d'indifferenza costituzionale».

⁸⁷ In tal senso, I. ROBERTI, *I moniti "a termine"*, cit., 191.

concreto il metodo della collaborazione istituzionale tra legislatore e Corte costituzionale»⁸⁸.

In definitiva, allora, v'è da chiedersi quali siano i vantaggi in grado di compensare i menzionati “costi”. La Consulta sostiene di aver voluto rispettare la discrezionalità del legislatore in ragione di esigenze di collaborazione istituzionale⁸⁹, anche se nell'ultimo triennio, soprattutto in ambito penitenziario, si era al contrario mossa con minor deferenza rispetto al passato nei confronti della discrezionalità legislativa⁹⁰, dando l'impressione di ritenere che la domanda di giustizia costituzionale in un settore dell'ordinamento che incide particolarmente sui diritti fondamentali della persona richieda un controllo penetrante e puntuale⁹¹.

Dato che la discrezionalità delle Camere sembra essersi già trasformata da limite assoluto, che consentiva solo interventi “a rime obbligate”, a limite relativo, che permette alla Corte di colmare l'omissione incostituzionale anche quando la soluzione non è direttamente e immediatamente ricavabile dal tessuto della Costituzione⁹² (c.d. “rime possibili”), non convince del tutto che la sola necessità di rispettare il principio di leale collaborazione possa continuare a “lasciare in attesa” i bisogni di giustizia costituzionale collegati alla fattispecie. Ciò anche perché, in altre situazioni, come nel caso dei permessi premio, la stessa Corte non ha mancato di reagire all'apatia costituzionale del Parlamento nel costruire discipline normative conformi ai canoni costituzionali.

A ben vedere, infatti, questa tecnica decisoria ha almeno un ulteriore «potenziale nascosto», quello di «garantire l'esecuzione di sentenze della Corte Edu *oltre* il caso di specie»⁹³. Invero, non è un caso che la Corte costituzionale abbia sottolineato che è stata la stessa Corte di Strasburgo ad esprimere una preferenza nei confronti di una riforma legislativa dell'ergastolo ostativo.

In sede di esecuzione, nell'ambito della procedura davanti al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che ha classificato il caso come «structural problem»⁹⁴, si richiede allo Stato italiano di adottare sia misure individuali, per porre fine alla violazione dei diritti del ricorrente, sia generali, che mettano fine alla violazione convenzionale. Per l'adozione di quest'ultima tipologia di misure, se è scontato che l'interlocutore istituzionale primario del Comitato dei Ministri sia il Governo italiano –

⁸⁸ A. MORRONE, *Finale di partita*, cit., 392.

⁸⁹ Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97, punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁹⁰ Cfr. *Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività del 2019*, in www.cortecostituzionale.it, sezione “Relazioni annuali”, 21 ss.

⁹¹ Il Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale nella *Relazione al Parlamento del 2020*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 36, ha definito «chirurgico, nell'incisione sulla norma oggetto del suo giudizio» il controllo della giurisprudenza costituzionale in ambito penitenziario.

⁹² Per questo filone, in ambito penitenziario, v. a titolo meramente esemplificativo Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222; 23 gennaio 2019, n. 40 e 20 febbraio 2019, n. 99. In dottrina, cfr. M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale. Fonti, diritti, giustizia costituzionale*, Torino, 2020, 225, che parla di «allentamento della “morsa” delle rime obbligate».

⁹³ D. MAURI, *La prevista censura dell'ergastolo ostativo non andrà in onda: al suo posto, «un invito al legislatore»*, in *SIDIBlog*, 27 maggio 2021.

⁹⁴ <https://hudoc.exec.coe.int/ENG#%7B%22fulltext%22:%5B%22viola%22%5D,%22EXECIdentifier%22:%5B%22004-53045%22%7D>.

che ha presentato l’ultima *submission* il 16 dicembre 2021⁹⁵ – non è altrettanto ovvio che non sia anche la Corte a dover garantire l’esecuzione degli obblighi convenzionali all’interno dell’ordinamento giuridico⁹⁶. In attuazione del principio di sussidiarietà, infatti, sebbene siano *in primis* gli Stati a dover garantire il rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU, nulla osta a che gli organi costituzionali interni operino per assicurare il rispetto effettivo di tali diritti fondamentali. Si potrebbe, allora, ritenere che il ricorso alla tecnica decisoria in commento dimostri che l’ordinamento è in procinto di celebrare una nuova possibile ulteriore evoluzione della giustizia costituzionale, ovvero che il giudice delle leggi diventi, in questa materia, da giudice dei diritti dei detenuti un «giudice dell’ottemperanza delle sentenze europee»⁹⁷.

In seconda battuta, un altro aspetto positivo dell’ordinanza sembra essere collegato al ruolo del tempo nella progressione trattamentale dei regimi carcerari. Nella logica del lasciare impregiudicato uno spazio per l’intervento del legislatore, la Corte ha, cioè, dato a quest’ultimo l’opportunità di decidere discrezionalmente in quale misura e con quali modalità valorizzare il tempo trascorso in espiazione dal condannato. Sarà il Parlamento a scegliere come prendere in considerazione l’elemento temporale nella riscrittura dell’art. 4-*bis* o.p., ma quel che non appare revocabile in dubbio è che, per non giungere a risultati ancora una volta di dubbia costituzionalità, non potrà non dare ad esso il debito valore ai fini della deliberazione sulla liberazione condizionale, nel rispetto del principio di progressività dei benefici penitenziari. Ovverosia, l’esecuzione della pena con la partecipazione a trattamenti individualizzati di lungo periodo, dunque accompagnata «ad un conclamato percorso di ravvedimento e di autentica dissociazione dall’originario contesto criminale, emblematico [...] dell’autentica volontà del detenuto di reinserirsi nella società», dovrà rappresentare il punto focale su cui orientare il vaglio nel merito dell’istanza di concessione della misura.

Dalla nuova normativa, quindi, non pare implausibile attendersi una consona valorizzazione del tempo dell’esecuzione penale piuttosto che della mera delazione (legata ai programmi di collaborazione con la giustizia), «sintomatica di tutto, tranne che di autentico ravvedimento»⁹⁸, attraverso un’opportuna sottolineatura del fatto che «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»⁹⁹.

4. Gli automatismi legislativi e la vanificazione della funzione giurisdizionale

⁹⁵ [https://hudoc.exec.coe.int/ENG#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD\(2021\)1355E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/ENG#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD(2021)1355E%22%5D%7D).

⁹⁶ Sempre D. MAURI, *La prevista censura*, cit.

⁹⁷ Cfr. S. CIUFFOLETTI, *Spunti per una lettura dialogica dell’ergastolo ostativo in Italia*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 92; per una riflessione simile v. anche E. ROSSI, *Una questione di cultura*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 222.

⁹⁸ H.J. WOODCOCK, *Un giudizio sull’ordinanza*, cit.

⁹⁹ Come sottolineato da Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149, punto 7 del *Considerato in diritto*.

Le riflessioni svolte sulla pronuncia in tema di ergastolo ostativo conducono necessariamente ad un’ultima considerazione sul fatto che l’ordinanza n. 97 del 2021 non si pronunci sull’incostituzionalità della pena dell’ergastolo in quanto tale, ma su quella dell’automatismo legislativo contenente la presunzione assoluta preclusiva all’accesso alla liberazione condizionale. La decisione in commento è, dunque, una decisione innanzitutto sull’automatismo legale, che rappresenta uno degli «ambiti emergenti»¹⁰⁰ in cui la Corte costituzionale si avvale del giudizio di ragionevolezza e proporzionalità¹⁰¹.

Per automatismi legislativi è possibile intendere quelle previsioni normative che, al verificarsi di una fattispecie concreta descritta con precisione dalla norma generale e astratta, fanno seguire una conseguenza giuridica predeterminata e inderogabile, secondo lo schema «se è a, allora deve essere b»¹⁰². Si tratta, cioè, dell’ideale perfetto dell’illuminismo giuridico – la «legge come regola inderogabile che prescinde dalle complicazioni della vita» – che diventa oggi, anziché un «vanto», un vizio della legge. Gli automatismi vengono dichiarati incostituzionali, quindi, perché mortificano la discrezionalità nell’applicazione della regola, necessaria perché la legge generale e astratta abbisogna «dell’intervento casistico di coloro che sono a contatto con la peculiarità dei singoli casi che non si prestano a essere previsti e pianificati con la legge»¹⁰³. L’illegittimità dal punto di vista costituzionale di questa tecnica legislativa non discende, pertanto, dalla semplice «esistenza di un rapporto rigido tra protasi e apodosi»¹⁰⁴, ma dall’irragionevole compressione di un diritto, conseguente alla mancata possibilità di tener conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare, in base ad esse, gli effetti della regola stabilita dal legislatore.

Nei giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto disposizioni contenenti automatismi¹⁰⁵, la Corte costituzionale, attraverso il controllo di ragionevolezza,

¹⁰⁰ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., 8 ss., che individua il bilanciamento dei diritti e le decisioni sugli automatismi legislativi quali ambiti privilegiati del giudizio di ragionevolezza.

¹⁰¹ Sul giudizio di ragionevolezza cfr., almeno, L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA. VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre del 1992*, Milano, 1994, 163 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; E. CHELI, *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, 2011.

¹⁰² G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 210, cui si riferisce anche il virgolettato che segue.

¹⁰³ Ancora G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *ivi*, 210 ss.

¹⁰⁴ Così L. PACE, *Gli automatismi legislativi*, cit., 1.

¹⁰⁵ Una disamina della giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi legislativi è compiuta da L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Napoli, 2020, 179 ss., il quale mette in luce, attraverso le pronunce selezionate – riguardanti la presunzione assoluta di pericolosità sociale, il meccanismo ostativo dell’art. 4-bis o.p. e il principio della speciale tutela del minore – che non tutti gli effetti automatici della legge rappresentano un aspetto patologico dell’ordinamento, ma che l’illegittimità dell’automaticità degli effetti debba ricercarsi nella loro natura derogatoria, tanto rispetto alla normazione primaria, quanto rispetto al livello costituzionale, con la puntuale sottolineatura che «l’essere in deroga rispetto alla disciplina generale non è sufficiente a far sorgere un automatismo illegittimo, poiché la sottrazione deve assumere le forme dell’illegittimità,

consente, dunque, al caso di irrompere nel diritto, in *primis* perché il dubbio di costituzionalità nasce dall'applicazione dell'automatismo legale alla vicenda del giudizio *a quo* e, in *secundis*, perché la decisione della Corte ha lo scopo di adeguare la previsione normativa proprio al caso concreto¹⁰⁶. L'irragionevolezza degli automatismi legislativi deriva, dunque, non dalla scelta politica tradotta nel contenuto della disposizione, ma dalla mancanza di flessibilità delle regole stabilite dal legislatore nell'esercizio della discrezionalità che gli appartiene. Quel che viene sanzionato dalla Corte è la predisposizione di un meccanismo legale che priva il giudice della sua discrezionalità¹⁰⁷, negandogli totalmente la possibilità di valutare le esigenze del caso concreto al fine di modulare gli effetti previsti in astratto dalla legge.

L'assenza di elasticità è la caratteristica tipica di tutti gli automatismi legislativi, tanto che in dottrina si è parlato di una sorta di presunzione di irragionevolezza¹⁰⁸, dalla quale discende una presunzione di incostituzionalità, salvo prova contraria. Il vaglio di costituzionalità viene superato, infatti, solo se l'automaticità della previsione normativa si giustifica in ragione di un prevalente – nel bilanciamento con il diritto compresso – interesse per la cui maggior tutela essa è funzionale¹⁰⁹. Nel momento in cui dichiara l'illegittimità costituzionale di un automatismo, la Corte costituzionale non sostituisce lo schema di interessi della norma impugnata, predisposto dal legislatore, con una sua diversa «valutazione in positivo [circa] il punto di equilibrio ottimale tra gli interessi in conflitto»¹¹⁰, al contrario essa inserisce, al posto dell'automatismo legale, un meccanismo flessibile rappresentato dalla possibilità di una valutazione concreta ad opera del giudice¹¹¹. La rigidità lascia, dunque, il posto – in quanto soluzione costituzionalmente più congrua – al potere del giudice di compiere, di volta in volta, caso per caso, il bilanciamento, ovvero, come è stato detto, «La regola della legge cede il passo, con il consenso della Costituzione, al regolo del giudice»¹¹².

Lo schema argomentativo delle decisioni sugli automatismi in materia di esecuzione della pena si arricchisce, rispetto alla generalità delle pronunce riguardanti gli automatismi legislativi in generale, di un elemento ulteriore: l'utilizzazione dell'art. 27 Cost. quale parametro di giudizio unitamente all'art. 3 Cost. In tal senso, fra le pronunce più significative rientra la sentenza n. 306 del 1993¹¹³, ove la Corte chiarisce

ciò nel sottrarre determinate fattispecie alla disciplina generale-derogata deve determinarsi un *sottrarsi* al costituzionalmente imposto» (*ivi*, 219).

¹⁰⁶ Il duplice senso dell'irruzione del caso concreto nel giudizio costituzionale viene messo in luce da L. PACE, *Gli automatismi legislativi*, cit., 2.

¹⁰⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 212: «nel caso dell'incostituzionalità degli automatismi legislativi, il rinvio è non alla discrezionalità del legislatore, ma a quella del giudice».

¹⁰⁸ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., 12.

¹⁰⁹ A conferma di ciò, cfr. Corte cost., 16 aprile 2014, n. 112, punto 2.2. del *Considerato in diritto*.

¹¹⁰ R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento in concreto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1991, 3575.

¹¹¹ Corte cost., 16 gennaio 2013, n. 7, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹¹² G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 214.

¹¹³ Corte cost., sent. n. 306 del 1993, riguardante la legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 2, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, il quale statuiva la revoca delle misure alternative alla detenzione concesse, prima dell'entrata in vigore del decreto, ai detenuti che avevano commesso uno dei delitti indicati dall'art. 416-bis, comma 1, c.p. (delitti di criminalità organizzata) e non collaborassero con la giustizia.

che i principi che devono animare la disciplina della materia dei benefici penitenziari sono quelli di proporzionalità e individualizzazione della pena, discendenti dal combinato disposto degli artt. 27, commi 1 e 3, e 3 della Costituzione, poiché l'uguaglianza di fronte alla pena significa "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono¹¹⁴. Il principio rieducativo diventa quindi un parametro addizionale su cui fondare lo scrutinio di ragionevolezza, il quale assume inizialmente una posizione collaterale rispetto al canone dell'art. 3 Cost. e successivamente un peso autonomo, tanto che il giudizio costituzionale comincia ad essere condotto interamente alla stregua dell'art. 27 Cost.¹¹⁵.

Nonostante quest'evoluzione del protocollo argomentativo della Corte, è bene chiarire che il giudizio continua a svolgersi secondo i canoni della ragionevolezza. Il finalismo rieducativo, infatti, rappresenta il punto specifico di emersione delle valutazioni di razionalità strumentale e assiologica del giudice costituzionale e non, invece, il fondamento della sua decisione¹¹⁶. Pur essendo formalmente il parametro di giudizio, esso riflette di fatto l'insieme delle «considerazioni etico-normative già svolte a monte». Come sostenuto in dottrina, si tratterebbe di un principio appartenente più «al piano delle conclusioni del percorso argomentativo che non a quello dei fondamenti sostanziali della decisione. Insomma, più capolinea che stazione di partenza». Ciò in quanto il sindacato di ragionevolezza, pur appoggiandosi formalmente al parametro costituzionale dell'art. 27, comma 3, Cost., sembra essere di fatto una «verifica a tutto campo della razionalità politico-criminale complessiva della fattispecie»¹¹⁷.

Si può, dunque, constatare come la finalità rieducativa svolga un duplice ruolo: essa è sia un parametro costituzionale violato dall'automatismo legale, sia la bussola che, una volta caduto il rigido sistema legislativo, deve orientare il giudice nel momento in cui, esercitando il suo potere discrezionale, si trova a decidere in merito alla concessione dei benefici penitenziari. Essa rileva, quindi, sia quale motivo d'illegittimità costituzionale dell'automatismo, sia quale strumento di giudizio per la magistratura di sorveglianza.

Nel diritto *latu sensu* punitivo, il tratto genetico degli automatismi, cioè l'esclusione del coinvolgimento del giudice dall'applicazione della norma al caso concreto, sembra assolvere la specifica funzione di impedire che le scelte di politica criminale del legislatore possano essere messe in discussione dall'intervento dell'organo giurisdizionale¹¹⁸. Rinunciare all'automatismo legale, però, non equivale a sacrificare le esigenze di difesa sociale. Significa solamente permettere al giudice di essere soggetto attivo nell'applicazione della norma con cui lo Stato esercita la sua azione punitiva e,

¹¹⁴ Cfr. Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, punto 13 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁵ Cfr. Corte cost., 14 aprile 1999, n. 137, punto 2 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁶ Cfr. L. PACE, *Gli automatismi legislativi*, cit., 30. Il riferimento bibliografico si riferisce anche ai virgolettati che seguono.

¹¹⁷ Cfr. A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2012, 4919.

¹¹⁸ L. PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi preclusivi alla luce della sentenza costituzionale n. 76/2017*, in *Studium iuris*, 12/2017, 10.

cioè, consentirgli di effettuare un prudente apprezzamento sulla base delle peculiarità del caso concreto.

Con riguardo al sistema delineato dall'art. 4-bis, ci si domanda quale sia la ragione della necessità di ricercare un interesse, quale la lesione dell'ideale rieducativo (sentenza n. 253 del 2019) o il preminente interesse del minore¹¹⁹, per giustificare la dichiarazione d'incostituzionalità del sistema legale rigido. Le pronunce costituzionali, infatti, concedendo sempre al giudice la valutazione non solo della pericolosità del condannato, ma anche l'apprezzamento dei requisiti di meritevolezza e progressione trattamentale, non comportano alcuna incondizionata prevalenza dell'ideale rieducativo sulle esigenze di sicurezza collettiva. Pertanto, per la dichiarazione d'incostituzionalità, sembra superfluo ricercare un interesse ulteriore rispetto alla semplice vanificazione della funzione giurisdizionale; elemento che rende sempre costituzionalmente illegittimi tutti gli automatismi, sia preclusivi sia applicativi¹²⁰. La strada che i giudici rimettenti, e conseguentemente la Corte costituzionale, potrebbero percorrere, ai fini della dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi, sembra poter essere costruita, in particolar modo nei casi in cui è in gioco la libertà personale, sulla violazione della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 della Costituzione, ossia sull'irrinunciabile presidio del necessario intervento dell'autorità giudiziaria. Si deve, però, prendere atto che, ad oggi, nessuna ordinanza di rimessione e, di conseguenza, nessuna pronuncia costituzionale valorizza questo profilo.

Se si ragiona esclusivamente nella prospettiva dell'interesse inciso dall'automatismo si finisce per lasciare comunque spazio ad eventuali giustificazioni circa restrizioni di diritti e libertà. L'incostituzionalità degli automatismi, invece, soprattutto quando incidono sulla libertà personale dell'individuo, sarebbe da ricercare primariamente nella lesione della garanzia giurisdizionale – ossia nell'esclusione dell'intervento del giudice – rispetto alla quale l'interesse inciso dal provvedimento risulta essere, semmai, l'effetto ovvero l'unità di misura per verificare la gravità dello svuotamento della riserva di giurisdizione.

A giudizio di chi scrive, pertanto, vi è spazio per argomentare che il parametro costituzionale che dovrebbe essere utilizzato è esclusivamente l'art. 13 Cost., il quale impone la riserva non solo di legge ma anche di giurisdizione a presidio della libertà personale, mentre il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost) potrebbe essere adoperato quale strumento di interpretazione e declinazione della garanzia costituzionale dell'*habeas corpus* e non come autonomo parametro di giudizio su cui fondare l'accoglimento della questione di costituzionalità¹²¹.

Detto altrimenti, ciò che si intende sostenere è che dovremmo intendere la riserva di giurisdizione non solo come formale intervento del giudice, ma anche come

¹¹⁹ Cfr. *supra*, § 1, nota 17.

¹²⁰ Tale ricostruzione si deve a A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da questioni: a proposito di automatismi legislativi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017.

¹²¹ Cfr. L. PACE, *Assistenza ai figli minori e accesso ai benefici penitenziari. La sent. cost. n. 174 del 2018 rimuove un'altra preclusione*, in *Studium Iuris*, 4/2019, 439 ss.

necessario spazio riservato all'esercizio della discrezionalità che a quest'ultimo appartiene nell'applicazione della norma al caso concreto. Ai fini del soddisfacimento della garanzia costituzionale, dunque, non dovrebbe risultare sufficiente la mera adozione di un provvedimento giurisdizionale, se non accompagnata anche dall'effettiva possibilità per il giudice di esercitare il suo potere di valutazione delle circostanze e di bilanciamento degli interessi coinvolti nel caso concreto. Ma, per l'appunto, negli automatismi tutto ciò non è possibile: il giudice interviene ma non può compiere alcun prudente apprezzamento. In definitiva, quindi, sembra di poter ritenere che, attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 13 Cost., la formula costituzionale «ogni altra forma di restrizione» debba essere considerata comprensiva tutti gli atti giurisdizionali incidenti sulla libertà personale, anche quelli che, come le misure alternative e i benefici penitenziari, intervengono in un momento in cui una limitazione della libertà è già avvenuta con le garanzie previste dalla Costituzione, così estendendo la riserva di giurisdizione, nella sua valenza più effettiva, prima declinata, anche all'adozione di tali istanze¹²².

5. Una riflessione di chiusura: criticità costituzionali dell'ergastolo in quanto tale

In sede conclusiva, qualche sintetico accenno meritano i più generali dubbi sulla legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo in quanto tale¹²³, che prescindono quindi dal regime di ostatività penitenziaria. Il tema si pone inevitabilmente perché, in una certa misura, può apparire intimamente contraddittoria l'affermazione giurisprudenziale per cui l'ergastolo (comune e ostativo) deve essere riducibile *de iure* e

¹²² Sulla necessità di valorizzare lo spazio occupato dalla riserva di giurisdizione v. già A. PUGIOTTO, *Intervento al III Seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie giuspubblicistiche*, Giovedì 18 settembre 2014, Università di Roma Tre, in "Gruppo di Pisa", 2-6, il quale limpidamente afferma che: «In fondo, l'illegittimità delle presunzioni assolute sottese agli automatismi legislativi deriva dall'indebito assorbimento della riserva di giurisdizione nella riserva di legge, riducendosi la prima a vuoto simulacro. Quando, invece, per conservare le loro finalità costituzionali, i due meccanismi di garanzia devono restare separati: ripristinare questo loro confine – attraverso una delega di bilanciamento in concreto restituita ai giudici - è esattamente quanto fa la sentenza manipolativa che colpisce l'automatismo normativo per un difetto di flessibilità applicativa» (corsivo aggiunto). Cfr. anche A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, cit.

¹²³ Per una dettagliata ricostruzione dei profili di legittimità costituzionale (e di compatibilità convenzionale) della pena perpetua v. E. DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo*, in *Sistema penale*, 15 novembre 2021, 16 ss. La storia, legislativa e giurisprudenziale, dell'ergastolo nel nostro sistema penale è stata recentemente delineata in S. ANASTASIA, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Contro gli ergastoli*, Roma, 2021, che raccoglie diversi saggi attraverso i quali gli Autori affrontano con vigore il dibattito sulla necessità di superare l'istituto della condanna a pena prefissata senza fine. Per uno sguardo in chiave comparata, di recente, v. D. GALLIANI, *L'ergastolo nel mondo. Appunti di diritto costituzionale penale comparato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1/2022, 109 ss., il quale fornisce una panoramica degli Stati abolizionisti (*Life Imprisonment Free*) e degli Stati che invece prevedono la pena dell'ergastolo, con l'ulteriore *summa divisio* fra i Paesi che mantengono l'ergastolo con la possibilità di accedere alla liberazione condizionale e quelli che, contrariamente, la escludono.

de facto per essere costituzionalmente legittimo¹²⁴. A ben vedere, infatti, il giudice delle leggi ritiene che l'ergastolo non violi la Costituzione perché, in forza della sua riducibilità, non è più pena perpetua; il che equivale ad affermare che l'ergastolo è compatibile con il quadro costituzionale in quanto tende a non esistere¹²⁵. È, dunque, lo stesso argomento impiegato dalla Corte costituzionale a dimostrare, *a contrario*, che una reclusione a vita è di davvero difficile conciliabilità con la Carta repubblicana¹²⁶. Non appare, conseguentemente, un fuor d'opera portare conclusivamente l'attenzione su alcune criticità costituzionali della pena perpetua nella sua configurazione astratta ed indipendente dalla necessaria progressività trattamentale del regime penitenziario in cui essa è chiamata, *de iure e de facto*, ad operare.

Il più evidente profilo critico interessa l'art. 27, terzo comma, Cost., dal momento che l'ergastolo, quale pena *usque ad mortem*, assume i connotati di una sanzione penale tendenzialmente non rieducativa¹²⁷. La temporaneità del regime punitivo, infatti, è una *conditio sine qua non* del reinserimento sociale, ontologicamente precluso qualora la pena non sia finalizzata alla fuoriuscita del condannato dal circuito detentivo. Di ciò pare consapevole la Corte costituzionale nel momento in cui evoca la presenza di istituti come la grazia o la liberazione condizionale per conciliare il carcere a vita con il finalismo rieducativo¹²⁸. Ma ricorrere a tali istituti per la loro capacità di interrompere la perpetuità della pena – interruzione che rappresenta il presupposto fondamentale della risocializzazione, la quale, per l'appunto, necessita di un reingresso all'interno del consesso sociale – significa validare uno spostamento del piano delle argomentazioni costituzionali dalla dimensione statica della pena edittale a quella dinamica dell'esecuzione¹²⁹.

Ulteriori interrogativi si pongono, poi, in merito alla conciliabilità dell'ergastolo con gli artt. 3, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma Cost., dato che l'istituto entra in tensione con le esigenze di individualizzazione e proporzionalità della pena discendenti direttamente dalla finalità rieducativa. Il punto di rottura con tali principi

¹²⁴ Cfr. di nuovo Corte cost., 2 giugno 1997, n. 161, punto 6 del *Considerato in diritto*, in cui si legge chiaramente che «Se la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale».

¹²⁵ Similmente C. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 166.

¹²⁶ A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 marzo 2013, 4.

¹²⁷ Come evidenziava già negli anni Cinquanta, in seguito al riconoscimento costituzionale del principio rieducativo operato dalla Costituzione repubblicana, F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1/1956, 2. All'opposto, per una ricostruzione tesa a salvare la legittimità costituzionale della pena perpetua attraverso una minimizzazione del concetto di rieducazione, intesa come mera emenda interiore, v. G. BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1956, 557 ss.

¹²⁸ Cfr. Corte cost., 21 novembre 1974, n. 264; 27 aprile 1994, n. 168; 2 giugno 1997, n. 161.

¹²⁹ Analoga posizione esprime A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., 12.

sembra, infatti, doversi rinvenire nella fissità¹³⁰ e automaticità della pena perpetua, perché, da un lato, essendo astrattamente prevista dal legislatore come pena eterna, si trasforma in una detenzione sostanzialmente fissa poiché la durata minima e massima della reclusione coincidono con la vita del condannato, dall'altro, deve essere automaticamente irrogata dal giudice se ed in quanto stabilita quale conseguenza sanzionatoria del delitto commesso. Ed a queste censure non vale opporre l'argomentazione per cui l'obiettivo rieducativo si inserisce nella sola fase esecutiva, giacché è stata la stessa Consulta ad aver chiarito, a partire dalla sentenza n. 313 del 1990 che la rieducazione non può essere ridotta «entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario», caratterizzando la pena nel suo contenuto ontologico e accompagnandola «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»¹³¹.

Il duplice "difetto" della pena perpetua, che si atteggia a pena fissa e automatica, mostra, inoltre, la sua incompatibilità anche con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in ossequio al quale i trattamenti punitivi devono essere ragionevolmente differenziati in base all'entità del fatto e alle condizioni personali del reo, e con il principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost. Il giudice, infatti, tanto più in presenza di automatismi legislativi, non ha la possibilità di calibrare la sanzione in base alla specificità del singolo condannato e del fatto commesso, perché una valutazione in tal senso gli è preclusa dall'imposizione legislativa di una pena fissa. All'opposto, la normativa dovrebbe limitarsi a prevedere un sistema edittale mobile, all'interno del quale scegliere, in una cornice di cui sono fissati solo gli estremi, la risposta punitiva più adeguata al caso concreto¹³². Orbene, se tali principi costituzionali impongono una dosimetria sanzionatoria che consenta di conformare il *quantum* di pena alle peculiarità della fattispecie concreta, ne deriva che il principio di stretta legalità penale deve essere inteso nel senso che il monopolio della legge nel diritto punitivo va circoscritto alla determinazione di una previsione edittale compresa tra un minimo ed un massimo temporale. Non stupisce, quindi, che interpretato quale pena fissa (e sovente automatica) l'ergastolo generi problemi di costituzionalità anche in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost.¹³³.

Un ancora ulteriore parametro di legittimità costituzionale pare, inoltre, poter essere individuato nel divieto di trattamenti contrari al senso di umanità di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., che mal si concilia con l'idea della reclusione a vita¹³⁴.

¹³⁰ Sul problema della costituzionalità dell'ergastolo con riferimento alla sua natura di pena fissa cfr. G. FIANDACA, *Art. 27, 3° comma*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 312 ss.

¹³¹ Corte cost., 26 giugno 1990, n. 313, punto 8 del *Considerato in diritto*.

¹³² Già F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 269, rilevava che il combinato disposto fra l'art. 25, secondo comma, Cost. e l'art. 27, primo e terzo comma, Cost. fa sì che sul piano costituzionale, in ragione della funzione rieducativa della pena e dell'esigenza di adeguamento della sanzione penale alla colpevolezza, sia imposto un «certo margine di elasticità quanto alla [...] durata della pena tra un minimo e un massimo legislativamente fissati».

¹³³ A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., 14.

¹³⁴ Sull'umanità della condanna alla privazione perpetua della libertà personale cfr., di nuovo, F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, cit., 5.

Soccorrono al riguardo le parole di Aldo Moro, secondo cui l'ergastolo, essendo privo «di qualsiasi speranza, di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento e al ritrovamento del soggetto, appare crudele e *disumano* non meno di quanto sia la pena di morte». Non è, anzi, irragionevole domandarsi finanche se «in termini di crudeltà, non sia più crudele una pena che conserva in vita privando questa vita di tanta parte del suo contenuto, che non una pena che tronca, sia pure crudelmente, disumanamente, la vita del soggetto e lo libera, perlomeno, con sacrificio della vita, di quella sofferenza quotidiana, di quella mancanza di rassegnazione o di quella rassegnazione che è uguale ad abbruttimento, che è la caratteristica della pena perpetua. Quando si dice pena perpetua si dice una cosa estremamente pesante, estremamente grave, *umanamente non accettabile*»¹³⁵.

Alla luce di questa sottolineatura si comprende come nel solco tracciato da queste riflessioni si collochi pure un ultimo dubbio di costituzionalità della pena dell'ergastolo in riferimento all'art. 27, quarto comma, Cost., il quale, come noto, esclude che nel nostro ordinamento possa essere ammessa la pena di morte. Difatti, se «carcere a vita e pena capitale, possono essere sussunte nella stessa categoria della morte come pena [...], entrambe sono privazione di vita perché cancellazione di futuro, azzeramento di ogni speranza, amputazione dal consorzio umano»¹³⁶. Nei confronti di quella che è stata suggestivamente definita come «pena di morte viva»¹³⁷, dunque, si possono sollevare, in termini di incostituzionalità, le stesse questioni che nel tempo sono state rivolte alla pena capitale¹³⁸ e che, per la vastità delle implicazioni che ne deriverebbero, non possono essere certo affrontate in questa sede. Sia consentito, però, riassumerle con la laconica, quanto efficace, espressione di Beccaria, secondo il quale l'ergastolo, al pari della pena di morte, è una guerra di una intera nazione contro un cittadino¹³⁹.

¹³⁵ A. MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale tenute alla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma – A.A. 1975-1976*, raccolte e curate da Francesco Tritto, Bari, 2005, 116 (corsivo aggiunto), cui si riferisce anche il virgolettato che precede. Ma, già prima dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, dell'ergastolo quale «pena di morte più raffinata dell'estremo supplizio» ragionava E. DE GIULI, *Ergastolo*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, V, Milano, 1906, parte II, 419-420.

¹³⁶ Così, condivisibilmente, A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., 16.

¹³⁷ E. KALICA, *La pena di morte viva. Ergastolo, 41 bis e diritto penale del nemico*, Milano, 2019.

¹³⁸ Di recente, a livello monografico, i percorsi abolizionistici sono stati studiati, anche al fine di una loro classificazione, da P. PASSAGLIA, *La condanna di una pena. I percorsi verso l'abolizione della pena di morte*, Firenze, 2021.

¹³⁹ Come ricorda L. FERRAJOLI, "Ergastolo e diritti fondamentali", *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 81.