

15 DICEMBRE 2021

Ergastolo ostativo alla liberazione  
condizionale: inesigibilità della  
collaborazione e destino di uno dei  
baluardi del “*Feindstrafrecht*”

di Andrea De Lia

Professore a contratto di Diritto penale  
Università degli Studi di Firenze

# Ergastolo ostativo alla liberazione condizionale: inesigibilità della collaborazione e destino di uno dei baluardi del “*Feindstrafrecht*”<sup>\*</sup>

**di Andrea De Lia**

Professore a contratto di Diritto penale  
Università degli Studi di Firenze

**Abstract [It]:** Il contributo, dopo brevi accenni alla funzione della pena criminale e al problema della compatibilità dell’ergastolo, in particolare di quello c.d. “ostativo”, con il principio di rieducazione, si sofferma sulle prospettive emergenti dalla recente ordinanza “interlocutoria” n. 97/2021 della Corte costituzionale, formulando dei rilievi circa i possibili interventi attuabili dal legislatore al fine di conformare il sistema alle indicazioni della Consulta e, più in generale, ai principi cardine della materia penale.

**Abstract [En]:** The paper, developed an overview of the function of the criminal penalty and the problem of the compatibility of life imprisonment, in particular of the so-called “Obstative”, with the principle of re-education, focuses on the perspectives emerging from the recent “interlocutory” ordinance no. 97/2021 of the Constitutional Court, formulating remarks about the possible interventions that can be implemented in order to conform the system to the indications given by the Court and, more generally, to the cardinal principles of criminal matters.

**Parole chiave:** Ergastolo; Ostativo; Collaborazione; Inesigibilità; Rieducazione

**Keywords:** Life imprisonment; Ostative; Collaboration; Inesigibility; Re-education

**Sommario:** 1. Premesse. La questione (irrisolta) della funzione della pena criminale. La progressiva valorizzazione dello scopo rieducativo nel contesto della visione “polifunzionale”. Il rapporto di conflitto tra rieducazione (che presuppone un approccio individualizzato alla posizione del reo) e automatismi sanzionatori, quali quelli che attengono all’esecuzione delle pene di lunga durata. 2. L’ordinanza “interlocutoria” della Consulta sulla liberazione condizionale nei confronti dei detenuti per reati ostativi non collaboranti. 3. Il “fine pena mai” al cospetto dei principi sovranazionali. 4. L’atteggiamento “prudente” della Consulta dinnanzi ad un tema di giustizia criminale particolarmente “divisivo”. 5. Conclusioni. Il problema del rispetto del principio del *nemo tenetur se detegere* e le prospettive a seguito dell’ordinanza “interlocutoria” n. 97/2021. Il grande protagonista della riforma “Cartabia”: la giustizia riparativa. Proiezioni *de iure condendo*.

**1. Premesse. La questione (irrisolta) della funzione della pena criminale. La progressiva valorizzazione dello scopo rieducativo nel contesto della visione “polifunzionale”. Il rapporto di conflitto tra rieducazione (che presuppone un approccio individualizzato alla posizione del reo) e automatismi sanzionatori, quali quelli che attengono all’esecuzione delle pene di lunga durata**  
Pur essendo la pena l’elemento identificativo più significativo del diritto “criminale”<sup>1</sup>, ancor oggi si discute sulla funzione che essa riveste (o debba rivestire) alla luce del rinnovato contesto costituzionale e dell’art.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Sulla difficoltà di definizione della nozione di “materia penale”, proprio a partire dal concetto di “pena criminale”, vd., di recente, FRA. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*,

27 Cost. che, in effetti, menziona esclusivamente, al comma 3, quella rieducativa<sup>2</sup>; per il vero, come emerge dai lavori preparatori e, in particolare, dai rilievi degli Onorevoli Bettiol, Moro e Tupini, l'organo costituente, nel contesto di un ampio dibattito connotato da opinioni contrapposte, non volle affatto intendere, però, che dovesse esser quello l'unico scopo legittimato dalla Carta<sup>3</sup>; tant'è che la giurisprudenza della Consulta, in principio, affrontando il tema con estrema cautela<sup>4</sup>, si limitò sibillantemente a riconoscerle, per l'appunto, la natura c.d. "polifunzionale"<sup>5</sup>.

La medesima Corte, tra gli anni '70 e '80, affermò tra l'altro, a più riprese, che la funzione rieducativa avrebbe dovuto ritenersi caratteristica soprattutto (se non addirittura soltanto) della fase di esecuzione<sup>6</sup>; tale idea – espressione del *self restraint* della Consulta rispetto alle scelte di politica criminale operate dal

---

Giappichelli, Torino, 2017; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018; M. DONINI - L. FOFFANI (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2018.

<sup>2</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Assago, 2017, pp. 715 ss. Sulla problematica individuazione delle funzioni della pena vd. L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1985; L. EUSEBI, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1990; L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena tra legalità ed equità*, Giuffrè, Milano, 2010; D. BERTACCINI, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario*, BUP, Bologna, 2020. Sul tema dello scopo della pena vd., di recente, anche G. GENTILE, *Il carcere e l'idea di scopo*, in A.M. Stile e alt. (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, UUP, Urbino, 2020, pp. 591 ss; F. SCHIAFFO, *Fondamento e limiti dell'idea di scopo per la scienza integrata del diritto penale*, in *loc. ult. cit.*, pp. 1021 ss. In argomento, assai significative si rivelano le conclusioni rassegnate da G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Bari, 2017, pp. 38-39: «a ben vedere, nessuna teoria della pena – da quelle plurisecolari a quelle più recenti – riesce a spiegare in maniera appagante ed esaustiva il fenomeno del punire considerato nella molteplicità delle sue forme di manifestazione... il legislatore o la dottrina giuridica possono certo, dal canto loro, privilegiare quel profilo della pena che considerano di volta in volta più consonante con lo spirito dei tempi, ma peccerebbero di astrattezza se perdessero di vista la stratificata polifunzionalità che da secoli inerisce alla sanzione penale».

<sup>3</sup> M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3, 2018, pp. 1693 ss.

<sup>4</sup> Cfr. ad esempio Corte cost., 4 febbraio 1966, n. 12. La Corte, nell'occasione, analizzando la questione della legittimità costituzionale delle pene pecuniarie, rilevò che la rieducazione sarebbe stato uno scopo che il legislatore avrebbe dovuto perseguire attraverso il sistema nel suo complesso, con la conseguenza che singole disposizioni, ad avviso della Consulta, avrebbero potuto essere informate a finalità puramente retributive. Su questo tema vd. L. GOISIS, *Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive*, 22 novembre 2017, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (*amplius*, in precedenza, ID., *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Giuffrè, Milano, 2008).

<sup>5</sup> Vd. Corte cost., 22 novembre 1973, n. 167, nonché Corte cost., 22 novembre 1974, n. 264. In argomento vd. P. TRONCONE, *Il faticoso cammino della funzione rieducativa della pena. La Corte costituzionale marchia a fuoco la probation processuale*, in *Cass. Pen.*, n. 2, 2020, pp. 806 ss. La tesi della c.d. "polifunzionalità" della pena, peraltro, risulta ancor oggi sostanzialmente prevalente anche in dottrina. Vd. in questo senso anche A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 674 ss. Questa impostazione deriva, evidentemente, come si è già rilevato, dal fatto che il sistema penale costituisce «il prodotto della plurisecolare sedimentazione storica dei bisogni, idee e atteggiamenti culturali» che gravitano intorno all'intervento del legislatore in ambito penale (C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Utet, Assago, 2016, pp. 14-15). In argomento vd. anche A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 33 ss (il quale ha comunque posto sotto il faro gli strettissimi legami, funzionali e logici, tra prevenzione, retribuzione ed emenda/rieducazione) e F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "metalegalità", dintorni*, ETS, Pisa, 2019, pp. 19 ss.

<sup>6</sup> Vd. Corte cost., 22 maggio 1974, n. 143; Corte cost., 21 maggio 1975, n. 119; Corte cost., 27 maggio 1982, n. 104; Corte cost., 30 luglio 1984, n. 237; Corte cost., 4 aprile 1985, n. 102; Corte cost., 25 maggio 1985, n. 169; Corte cost., 9 novembre 1988, n. 1023. Sulla funzione rieducativa della pena in fase esecutiva vd. l'art. 1 comma 2 l. 26 luglio 1975, n. 354, che sotto la rubrica "trattamento e rieducazione" stabilisce, per l'appunto, che «il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale». Vd. inoltre l'articolo 10 § 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che prevede che quella rieducativa sia la principale e, quindi, non l'esclusiva finalità dell'esecuzione penale.

legislatore – venne però rinnegata già a partire dalla sentenza Corte cost., 2 novembre 1990, n. 313 che rivelò, invece, che il principio innervasse l'intero sistema penale, impegnando per l'effetto il legislatore anche in sede di introduzione delle fattispecie incriminatrici, oltre che il giudice, al momento dell'irrogazione della pena<sup>7</sup>.

Il progressivo consolidamento di tale visione, però, non impedì alla Corte di mantenere un atteggiamento assai ambiguo<sup>8</sup>; inoltre, la Consulta, chiamata a scrutinare la questione di costituzionalità dell'art. 564 c.p., sull'incesto, rifiutò recisamente la prospettazione del giudice remittente, per il quale l'unica funzione della pena sarebbe stata rappresentata dalla rieducazione; ciò rilevando che tale soluzione “estremistica” avrebbe aperto la strada ad «una valutazione sulla congruità del nesso tra tipo di reato e tipo di pena che, potendosi applicare per qualunque fattispecie incriminatrice, avrebbe finito per sconvolgere il sistema sanzionatorio penale *conducendo* all'assurda conclusione che, per fatti di possibile rilevanza penale, possa accadere che non vi siano pene idonee, per irraggiungibilità del risultato al quale, secondo l'art. 27, terzo comma, della Costituzione, esse devono tendere»<sup>9</sup>. Insomma: una pena a funzionalità piuttosto cangiante<sup>10</sup>.

Solo in tempi più recenti, allora, la Consulta è giunta a riconoscere che la funzione principale della pena sia rappresentata proprio dalla rieducazione nonché dal reinserimento sociale, assumendo le altre, tra cui la prevenzione, soprattutto quella generale, un rilievo, in un certo qual modo, “minore”<sup>11</sup>; tale sviluppo

<sup>7</sup> Vd. anche Corte cost., 6 luglio 1994, n. 283; Corte cost., 22 luglio 1994, n. 341.

<sup>8</sup> Come dimostra la pronuncia Corte cost., 8 aprile 1997, n. 85, intervenuta nel settore del diritto penale alimentare, poiché in quel precedente si dichiarò che singole “tappe” del percorso che intercorre tra l'introduzione, da parte del legislatore, della norma incriminatrice astratta e l'esecuzione della pena, nei confronti del singolo, avrebbero potuto essere legittimamente caratterizzate da finalità diverse da quella rieducativa.

<sup>9</sup> Corte cost., 15 novembre 2000, n. 518. Su questa pronuncia vd. A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 1, 2009, pp. 143 ss; R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3, 2018, pp. 1540 ss; V. MASARONE, *La dimensione offensiva del delitto di incesto (art. 564 c.p.) e la collocazione dommatica del “pubblico scandalo” nella struttura del reato*, 3 dicembre 2019, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it). L'incesto è stato oggetto di questioni di legittimità costituzionale anche nell'ordinamento tedesco, in relazione al ben noto caso “Stübing”, analizzato anche dalla Corte EDU. Sulla vicenda d'oltralpe vd. A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, 18 ottobre 2012, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2, 2018, pp. 447 ss.

<sup>10</sup> Come del resto ribadito a chiare lettere dalla successiva sentenza Corte cost., 4 luglio 2006, n. 257.

<sup>11</sup> Vd. Corte cost., 28 maggio 2010, n. 189. Nell'occasione la Corte, chiamata a valutare la legittimità dell'art. 58-*quater*, comma 1, o.p., nella misura in cui esso imponeva il divieto di concessione dei benefici penitenziari ai condannati resisi responsabili del delitto di cui all'art. 385 c.p. (evasione), ha negato che la disposizione precludesse, in modo rigido ed automatico, come prospettato dal remittente, il riconoscimento di dette misure senza lasciare al giudice alcun margine di valutazione del caso concreto, residuando, di contro, la possibilità di valutare, caso per caso, la personalità e le condotte concretamente poste in essere dal condannato; ciò al fine di scongiurare – ha rilevato la Consulta – la lesione di diritti fondamentali della persona e la violazione del principio di ragionevolezza, nonché per preservare la finalità rieducativa della pena. Vd. inoltre Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149 (su cui G. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3, 2018, pp. 1088 ss; D. MICHELETTI, *La prescrizione a cinque stelle*, in *Par. Dif.*, n. 10, 2018, pp. 371 ss; S. ZIRULIA, *La riforma della prescrizione del reato*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2018, pp. 113 ss; V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 1, 2019, pp. 557 ss; F.

può definirsi il frutto di una rinnovata visione dei rapporti tra individuo e Stato, definibile come “antropocentrica”, che ha connotato altresì quei pronunciamenti con i quali si è dichiarata l’illegittimità di meccanismi sanzionatori fondati su automatismi<sup>12</sup>, perché preclusivi di una reale ponderazione della posizione del singolo e, quindi, (anche) in patente contrasto con il principio di proporzionalità nonché con quello di ragionevolezza, di cui all’art. 3 Cost., che impone che situazioni diverse, sul piano individuale, debbano essere “trattate” dall’ordinamento in maniera differenziata<sup>13</sup>.

---

CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell’art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giust. Cost.*, n. 2, 2019, pp. 1231 ss; E. AMATI, *Legge “spazzacorrotti” e disciplina intertemporale*, in *Cass. Pen.*, n. 10, 2019, pp. 3486 ss). Con la suddetta pronuncia, in particolare, è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale del comma 4 dell’art. 58-*quater* o.p. nella parte in cui stabiliva specifici divieti di concessione di benefici penitenziari in favore dei condannati all’ergastolo per il delitto di cui all’articolo 630 c.p. (e, in via consequenziale, per quello disciplinato dall’art. 289-*bis* c.p.) nel caso di morte del sequestrato. Il tutto essendo stata rimarcata la funzione rieducativa della pena e la necessità di favorire il progressivo reinserimento del reo nella società. In dottrina, tuttavia, si rintracciano, ancor oggi, tesi contrarie. Vd. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale, op. cit.*, pp. 715 ss. L’A., che sposa la tesi della polifunzionalità della pena, rileva, infatti, che il nucleo portante sia pur sempre rappresentato dalla retribuzione (vd. p. 720). In questa stessa direzione vd. M. RONCO, *Il problema della pena*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 198; in precedenza G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 1, 1961, pp. 297 ss.

<sup>12</sup> Vd. Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222 (su cui P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo “riformatore” della Corte Costituzionale*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 2, 2019, pp. 216 ss; A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2, 2019, pp. 785 ss; S. LARIZZA, *Durata delle pene accessorie: le Sezioni unite “rivedono” l’interpretazione dell’art. 37 c.p.*, in *Giur. It.*, n. 12, 2019, pp. 2739 ss. Sugli automatismi relativi alle pene accessorie vd., di recente, C. BERNASCONI, *L’accessorietà punitiva. Una rivisitazione*, Jovene, Napoli, 2020, spec. pp. 117 ss); Corte cost., 19 febbraio 2019, n. 88 (su cui si è soffermato C. PIERGALLINI, *L’omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli self restraint e imbarazzati silenzi*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2019, pp. 1199 ss). Sulla recidiva, vd. Corte cost., 8 luglio 2021, n. 143, solo per citare l’ultima pronuncia in ordine temporale; in dottrina, in argomento, vd. F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d’indagine nel sistema penale integrato*, ESI, Napoli, 2020; A. PECCIOLI, *La progressiva erosione della blindatura della recidiva reiterata alla luce del principio di colpevolezza: il caso del vizio di mente*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4, 2020, pp. 1975 ss; sulle controverse previsioni normative in tema di recidiva, oggetto di plurimi interventi legislativi e della Consulta, vd. anche S. TIGANO, *La recidiva reiterata fra teoria e prassi*, in *Arch. Pen.*, n. 1, 2012, pp. 293 ss; D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. Pen.*, n. 5, 2013, pp. 1755 ss; A. MASSARO, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: un rapporto ancora “privilegiato”?*, in *Giur. Cost.*, n. 2, 2016, pp. 680 ss; D. PULITANÒ, *Bilanciamento di circostanze. Problemi di legittimità costituzionale*, in *Giur. Cost.*, n. 4, 2017, pp. 1797 ss; F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 6, 2018, pp. 644 ss; E. MATTEVI, *Il riconoscimento della recidiva e i suoi effetti*, in *Giur. It.*, n. 3, 2020, pp. 671 ss. Sui problemi tradizionali relativi alla disciplina della recidiva vd. inoltre F. DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Giappichelli, Torino, 1981; E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Cedam, Padova, 1997 e, successivamente, V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Giappichelli, Torino, 2008. Su quelli emergenti dalla riforma attuata nel 2005, vd. M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation: la nuova disciplina della recidiva*, in G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, Padova, 2006, pp. 15 ss; F. BOTTALICO, *Effetti dell’obbligatorietà della nuova disciplina della recidiva*, in *Giur. Mer.*, n. 6, 2007, pp. 1734 ss; S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 121 ss; G. CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche, discrezionalità*, 8 novembre 2011, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

<sup>13</sup> Su questo tema vd. il lavoro monografico di G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018 e, più di recente, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim*; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, spec. pp. 55 ss. Per un’analisi comparatistica vd. anche M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L’esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Giappichelli, Torino, 2020; sugli automatismi sanzionatori vd. anche A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3, 2016, pp. 1427 ss. In ordine agli automatismi in sede esecutiva, sul loro rapporto conflittuale con le esigenze di individualizzazione a fondamento della legislazione penitenziaria, vd. D. SCHIRÒ, *Profili critici del trattamento penitenziario*, 8 maggio 2019, in

Degli “automatismi” vigono (in un certo senso) anche nel contesto dell’esecuzione, con particolare riferimento alle pene detentive più severe<sup>14</sup>, atteso che in queste ipotesi i permessi premio, le misure alternative previste dal sistema penitenziario, nonché la liberazione condizionale di cui all’art. 176 c.p. sono subordinati alla preventiva espiazione di una parte della sanzione irrogata; il tutto sebbene quest’ultima talora possa essere eseguita (anche tenendo conto dei termini, ampissimi, di prescrizione della pena di cui all’art. 172 c.p.) a notevole distanza di tempo dal fatto di reato (e dal passaggio in giudicato della sentenza), potendo “colpire”, in queste ipotesi, anche soggetti che possono aver già concretamente dimostrato, attraverso la propria condotta di vita, un pieno “ravvedimento” e, cioè, in contesti di totale carenza di pericolosità sociale<sup>15</sup>.

In questi casi, allora, è difficile negare che l’applicazione della sanzione criminale si riveli, di fatto, sfrondata della proiezione finalistica indicata dalla Costituzione, mostrando, per l’effetto, il suo volto più antico e truce, che è quello della retribuzione<sup>16</sup> (che si affianca ad una teleologia general-preventiva), accreditando, dunque, quelle correnti di pensiero secondo le quali, in fondo, la pena rappresenterebbe un fenomeno complesso e variegato, niente affatto riducibile *ad unum* quanto a scopo; per altro verso, si riscontrano in dottrina tesi ancor più estremistiche, che esaltano (in maniera affatto condivisibile)<sup>17</sup> la componente afflittiva/retributiva, tra cui quella di Günter Jakobs, che è il più noto sostenitore dell’idea del c.d. “diritto penale del nemico”<sup>18</sup>.

---

*www.archiviopenale.it*; C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella storia del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3, 2019, pp. 1431 ss.

<sup>14</sup> Per le quali non possono trovare applicazione le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi; la clausola di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui agli artt. 131-*bis* c.p. e 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 sulla competenza del giudice di pace; la sospensione del processo con messa alla prova di all’art. 168-*bis* c.p.; l’estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie, di cui agli artt. 162-*ter* c.p. e 35 d.lgs. n. 274/2000 cit.; la sospensione condizionale di cui agli artt. 163 ss c.p.

<sup>15</sup> Talchè, in altri termini, in questi casi la pena “guarda soltanto al passato” e, quindi, alla colpevolezza, alla retribuzione, piuttosto che all’emenda o alla pericolosità sociale del reo. In questo senso G. DE SIMONE, *Pena: caratteristiche e finalità*, in S. Canestrari - L. Cornacchia - G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Mulino, Bologna, 2017, p. 52. Sulla prescrizione della pena e la rieducazione vd. M. MANTOVANI, *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto*, Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>16</sup> Vd. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979, spec. pp. 143 ss.

<sup>17</sup> Vd. G. DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale*, Mulino, Bologna, 2019, p. 166.

<sup>18</sup> Non è certo questa l’occasione per affrontare in maniera ampia l’elaborazione dello studioso tedesco, che procede, innanzitutto, attraverso l’antitesi, o meglio l’individuazione di alcune (presunte) aporie “storiche” nell’ambito delle teorie che si sono sviluppate, nei secoli, intorno al fondamento e allo scopo della *Staatliche Strafe* (la pena statale); fatto è che l’Autore ha posto sotto il fuoco della critica l’impostazione illuministica, soprattutto in ragione dell’impalpabilità dei criteri in base ai quali essa ha tentato di legittimare l’intervento punitivo, sostenendo, dunque, nella *pars instruens*, una visione iper-normativizzata dello *ius criminale* e della pena, che finisce col prescindere, nella sostanza, anche dal problema della selezione dei beni giuridici da sottoporre a tutela. Sugli scenari distopici derivanti dall’abbandono del bene giuridico come parametro essenziale per le scelte legislative vd., però, E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 55 ss; G. COCCO, *L’eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in Id., *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Cedam, San Giuliano Milanese, 2016, pp. 22 ss; A. ABUKAR HAYO, *I molteplici aspetti della funzione di garanzia della fattispecie penale. Argini culturali e normativi al potere coercitivo dello stato nella teoria del reato*, ESI, Napoli, 2019, pp. 301 ss.

Per Jakobs, il diritto penale è uno strumento che, autolegittimandosi<sup>19</sup>, consente la stabilizzazione del sistema attraverso l'orientamento della condotta dei consociati che, violando il precetto, tradiscono le aspettative dello *ius criminale* e, quindi, si rivelano, nei casi più estremi, e cioè nel contesto di reati che l'ordinamento valuta a monte come altamente riprovevoli, dei veri e propri “nemici” dello Stato. Il che determina la frattura del sistema criminale, segmentato in un “diritto penale del cittadino” e in un *Feindstrafrecht* (“diritto penale del nemico”, per l'appunto), riservato agli autori di fatti più marcatamente antisociali<sup>20</sup>.

È agevole, allora, cogliere i punti di contatto tra questo concetto di diritto penale, come forma di “lotta”, e quell'ampio e variegato settore dell'ordinamento che è definibile come “legislazione anti-mafia”<sup>21</sup> e, in

<sup>19</sup> Il che per alcuni tratti sembra evidenziare delle forti affinità di tale costruzione dommatica con la logica del c. d. “metodo tecnico-giuridico”.

<sup>20</sup> G. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità* (trad. D. Valitutti), Editoriale Scientifica, Napoli, 2019. Sul concetto di “diritto penale del nemico” vd. anche, a livello monografico, M. PAPA - M. DONINI (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, PUP, Pisa, 2014; A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 1 ss; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019. Per i contributi, O. DI GIOVINE, *Un punto di vista alternativo? Dal diritto della paura al diritto alla paura*, in *Quad. Storia Pen. Giust.*, n. 1, 2019, pp. 239 ss; F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2, 2020, pp. 701 ss; G. FORNASARI, *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico*, in *loc. ult. cit.*, 1049 ss. Sulle tendenze legislative protese spesso alla “neutralizzazione” dell'individuo che abbia realizzato comportamenti antisociali vd., a livello monografico, A. BONDI, *Odissea penalistica. Cercando giustizia*, UUP, Urbino, 2018, spec. p. 38; per i saggi, C.E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4, 2004, pp. 1011 ss; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. Pen.*, n. 2, 2006, pp. 735 ss; G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. Pen.*, n. 1, 2007, pp. 51 ss; G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2, 2008, pp. 559 ss; F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4, 2012, pp. 1334 ss; G. MARRA, *Il paradosso della legalità nella modernità penalistica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2, 2018, pp. 725 ss; A.F. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in *Quad. Stor. Pen. Giust.*, n. 1, 2019, pp. 263 ss. Sul concetto di “diritto penale d'autore”, come forma di lotta contro il “nemico dello Stato”, vd. G. MARINUCCI, *Soggettivismo ed oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 1, 2011, pp. 1 ss; A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo Novecento*, Giappichelli, Torino, 2019 (spec. pp. 221 ss); F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, ESI, Napoli, 2020. Sulla “lotta al nemico” caratteristica della legislazione c.d. “emergenziale” vd. di recente V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del “tipo d'autore” e derive emergenziali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2, 2020, pp. 966 ss. Sul contrasto tra l'idea di “diritto penale del nemico” e i principi cardine dell'ordinamento vd. le considerazioni di V. MILITELLO, *La “lotta” alla criminalità organizzata*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2, 2020, pp. 272 ss. Sul “populismo” come fonte di interpretazioni giurisprudenziali disallineate rispetto ai principi cardine dell'ordinamento e di iniziative legislative che tendono a identificare un “nemico” vd. anche D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2014, pp. 254 ss. Sul problema del populismo penale e “dell'ansia repressiva” che determina le scelte del legislatore in termini di lotta a presunti “nemici” vd., nella sterminata letteratura, E. LO MONTE, *Il commiato dalla legalità: dall'anarchia legislativa al “piroettismo” giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, n. 4, 2013, pp. 221 ss e, in tempi più recenti, C. PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, n. 4, 2017, pp. 77 ss.

<sup>21</sup> Vd. anche G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, ETS, Pisa, 2019, p. 25, nonché i molti contributi compendati in E. MEZZETTI - L. LUPARIA DONATI (a cura di), *La legislazione antimafia*, Zanichelli, Bologna, 2020. Tra gli altri, per quanto attiene alle problematiche di diritto penale sostanziale, vd. I. MERENDA - C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis c.p. tra teoria e diritto vivente*, *ibidem*, pp. 37 ss (i quali hanno sottolineato le interpretazioni “lasche” in *subiecta materia* da parte della giurisprudenza); V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, *ibidem*, pp. 70 ss (che ha rimarcato l'eccessiva “capacità attrattiva”, per difetto di tipizzazione, del concorso esterno). A livello monografico vd. altresì P. POMANTI, *Le metamorfosi delle associazioni di tipo mafioso e la legalità penale*, PUP, Pisa, 2018, *passim*. Sui problemi definitivi delle fattispecie associative e del concorso esterno vd. anche G.

particolare, con la disciplina penitenziaria a quest'ultima correlata<sup>22</sup>, sulla quale è intervenuta, per l'appunto, la Corte costituzionale con l'ordinanza dell'11 maggio 2021, n. 97 (rel. Zanon), sulla quale ci si soffermerà qui di seguito<sup>23</sup>.

I temi della funzione della sanzione criminale, degli automatismi sanzionatori e del “diritto penale del nemico” (argomenti, questi, particolarmente ampi e complessi, ai quali si è operato in questa sede, ovviamente, solo un rapido accenno), del resto, come si preciserà, si fondono in un unico crogiolo proprio nella prospettiva della disciplina vigente dell'ergastolo ostativo, facendo temere future scelte legislative (volte a scongiurare l'intervento della Consulta) ispirate a concezioni della pena ormai generalmente ritenute superate.

## **2. L'ordinanza “interlocutoria” della Consulta sulla liberazione condizionale nei confronti dei detenuti per reati ostativi non collaboranti**

La Prima Sezione Penale della Cassazione, con ordinanza del 3 giugno 2020, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 27 comma 3 e 117 comma 1 Cost., degli artt. 4-*bis* comma 1 e 58-*ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354 (recante “norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”), introdotti dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (conv. l. 12 luglio 1991, n. 203), nella misura in cui dette disposizioni escludono la concedibilità del beneficio della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero per agevolare le consorterie criminali ivi indicate, in difetto di collaborazione con la giustizia.

Il giudice remittente, in particolare, ha rilevato che, per l'effetto del combinato disposto delle disposizioni dianzi citate, l'ergastolano possa accedere alla misura di cui all'art. 176 c.p. (che stabilisce, in generale, che tale soggetto possa ottenere la liberazione condizionale dopo 26 anni di detenzione, laddove abbia dimostrato un sicuro ravvedimento e abbia adempiuto alle obbligazioni civili da reato, salvo che non compri di non essere in condizione di provvedervi) soltanto in caso di collaborazione «con la giustizia oppure nei casi di accertata impossibilità o inesigibilità della collaborazione medesima» (in aggiunta alla dimostrazione dell'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, *ex art. 4-bis* comma 1-*bis*).

---

PANEBIANCO, *Reati di associazione e declinazioni preterintenzionali della criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2018, spec. pp. 225 ss.

<sup>22</sup> Sul tema vd. G. AMARELLI, *L'attenuante della dissociazione*, in V. Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, in Trattato teorico-pratico di Diritto penale diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. XII, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 197 ss.

<sup>23</sup> Per un commento alla pronuncia vd. anche I. ROBERTI, *I moniti “a termine” della Corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del Parlamento*, 14 luglio 2021, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); F. PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, 22 settembre 2021, *ibidem*.

Sul punto occorre rammentare, per inciso, che l'introduzione delle suddette previsioni ha rappresentato una svolta epocale nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, anche per via della logica c.d. “*stick-carrot*” sottostante al sistema nel suo complesso, nel senso che maggiori restrizioni all'accesso a benefici si sono accompagnate a premialità per particolari forme di resipiscenza *post-delictum* che, per quanto riguarda nello specifico la liberazione condizionale, derogano alla disciplina comune<sup>24</sup>.

Per quanto riguarda, più di preciso, l'art. 58-ter o.p., tale disposizione, in combinazione con gli artt. 4-bis comma 1 o.p. e 2 d.l. n. 152/1991, stabilisce l'inapplicabilità di deroghe temporali all'espiazione intramuraria per coloro che, avendo realizzato alcuni reati di particolare allarme sociale (con le aggiunte più di recente operate dalla c.d. “legge spazzacorrotti”)<sup>25</sup>, non abbiano prestato una collaborazione

---

<sup>24</sup> La dottrina penalistica, rinvenuta la radice dell'istituto disciplinato dall'art. 176 c.p. nella tradizione anglosassone e, in particolare, nel c.d. “*ticket of leave*”, si è prodigata nel tempo in una complicata opera di individuazione della sua più intima *ratio* (vd. anche Corte cost., 25 maggio 1989, n. 282). In argomento si può osservare che, nella prospettiva della necessità di una preventiva espiazione della pena irrogata (trenta mesi e, comunque, un tempo pari alla metà della sanzione inflitta), la disposizione in disamina sembrerebbe mostrare un certo polimorfismo. Difatti, rispetto alle pene detentive brevi, tale limite oggettivo sembra riposare sull'esigenza di garantire coerenza (e autonomia funzionale) tra la fase di merito (con riferimento al beneficio della sospensione condizionale e alle sanzioni sostitutive di cui agli artt. 53 ss l. 24 novembre 1981, n. 689: cfr. art. 58 comma 2) e quella esecutiva, nonché, per certi versi, in prospettiva “intrasistemica”, in quella di delimitare il campo di operatività dell'istituto in disamina rispetto a quello delle misure alternative di cui agli artt. 47 ss o.p. (e, in particolare, l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, la semilibertà e la liberazione anticipata, nella parte in cui è stabilito che la concessione di tali benefici, senza preventiva espiazione in carcere, sia subordinata a valutazioni attinenti alla pericolosità e alle prospettive di reinserimento del reo nel tessuto sociale. Sul punto vd. Corte cost., 10 maggio 1979, n. 8); quanto alle sanzioni più gravi, invece, la tesi secondo cui non sarebbe ipotizzabile una funzione rieducativa della pena in difetto della sua concreta espiazione, seppur parziale, non apparrebbe idonea a garantire una giustificazione per tutte le costellazioni di ipotesi che potrebbero verificarsi nella prassi, atteso che non di rado l'esecuzione medesima interviene, per quanto accennato, a distanza di molto tempo dalla commissione del fatto, nel qual caso essa potrebbe colpire, quindi, anche soggetto assai “diverso” dall'autore dell'illecito, che potrebbe avere dimostrato una condotta di vita successiva al reato sprovvista di caratteri di antisocialità. In questi casi, allora, lo sbarramento rappresentato dalla preventiva espiazione di una parte della pena irrogata sembra rappresentare espressione della natura afflittivo-retributiva della sanzione criminale, mentre quella rieducativa è più correttamente correlata alle sole ipotesi in cui la pericolosità sociale risulti concretamente sussistente al momento dell'esecuzione (nel qual caso detta funzione concorre con quella special-preventiva). Sulla funzione rieducativa dell'istituto vd. però Corte cost., 17 maggio 2001, n. 138 (che, peraltro, ha avallato gli orientamenti giurisprudenziali in tema di ravvedimento del condannato in base ai quali, nel caso di impossibilità di adempimento delle obbligazioni civili, il reo può ottenere il beneficio solo dimostrando di essersi attivato per lenire le conseguenze del reato). Cfr. anche, di recente, Cass., Sez. I, 23 marzo 2021, n. 19818 («in tema di liberazione condizionale, la nozione di ravvedimento comprende il complesso dei comportamenti tenuti ed esteriorizzati dal soggetto *durante il tempo dell'esecuzione della pena*, obiettivamente idonei a dimostrare, anche sulla base del progressivo percorso trattamentale di rieducazione e recupero, la convinta revisione critica delle pregresse scelte criminali ed a formulare - in termini di certezza ovvero di elevata e qualificata probabilità confinante con la certezza - un serio, affidabile e ragionevole giudizio prognostico di pragmatica conformazione della futura condotta di vita del condannato all'osservanza delle leggi in precedenza violate»). Nella manualistica vd. M. ROMANO - G. GRASSO - T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2013, 272 ss (i quali sottolineano la necessità della detenzione ai fini dell'attuazione di un trattamento “rieducativo”).

<sup>25</sup> L. 9 gennaio 2019, n. 3, sulla quale vd. Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, che ha stabilito l'illegittimità costituzionale (parziale) della novella, per contrasto con il principio di legalità/irretroattività, nella misura in cui, per il “diritto vivente”, essa avrebbe dovuto essere applicata anche a condotte realizzate prima della sua entrata in vigore. Per un commento alla pronuncia vd. A. GARGANI, *L'estensione “selettiva” del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione “storica”*, in *Giur. Cost.*, n. 1, 2020, pp. 263 ss. Sulle criticità di tale intervento legislativo, in generale, vd. N. PISANI, *Il disegno di legge “spazza corrotti”: solo ombre*, in *Cass. Pen.*, n. 11, 2018, pp. 3589 ss; M.V. DEL TUFO (a cura di), *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019 n. 3, aggiornata alla legge 28 giugno 2019, n. 58*, Giappichelli, Torino, 2019; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova legge spazzacorrotti: il micro-sistema delle fattispecie di corruzione*,

tangibile, definendo, così, particolari connotati del ravvedimento necessario alla liberazione condizionale; in questo quadro, dunque, la collaborazione con la giustizia rappresenta *conditio sine qua non* (al netto di quanto previsto dal comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* e delle pronunce della Consulta di cui si dirà) per l'accesso (tra l'altro) alla liberazione condizionale per i reati c.d. "di prima fascia", mentre per tutti le ipotesi indicate dall'art. 4-*bis* (quindi anche quelli di c.d. "seconda fascia") per l'applicazione dei limiti temporali ordinari (art. 58-*ter* o.p.).

Tale impianto è stato oggetto di varie questioni di legittimità; in particolare, la Consulta, con la sentenza Corte cost., 23 marzo 1999, n. 89 ha declinato quella, prospettata alla luce degli artt. 3 e 27 Cost., relativa alle norme che stabiliscono che ai condannati per i reati, per l'appunto, di "seconda fascia" la liberazione condizionale possa essere concessa dopo l'espiazione di almeno due terzi (anziché di metà) della pena, nel caso di impossibilità di utile collaborazione con la giustizia. E ciò osservando che le disposizioni di riferimento non si sarebbero prestate a censura in quanto si è giudicata ragionevole la scelta del legislatore di subordinare l'applicazione di norme favorevoli ad un comportamento attuoso e significativo in termini di resipiscenza.

La questione della legittimità della subordinazione della liberazione condizionale a condotte collaborative, prospettata anche nel prisma del principio di legalità/irretroattività (trattandosi, nel giudizio *a quo*, di fattispecie di reato realizzata prima delle riforme operate dal legislatore negli anni '90), è stata altresì rigettata per infondatezza con la sentenza Corte cost., 20 luglio 2001, n. 273; la Corte, in particolare, ha rilevato, nell'occasione, che la modifica introdotta dal legislatore all'art. 176 c.p. con la l. 25 novembre 1962, n. 1634 (con la sostituzione del requisito della "buona condotta" con quello del "sicuro ravvedimento") avrebbe dovuto ritenersi sufficiente a conformare l'istituto al principio di rieducazione sancito a livello costituzionale, rappresentando segno tangibile – così si è sostenuto – del superamento della precedente logica, puramente retributiva, che avrebbe connotato, di fondo, la disposizione codicistica.

Quanto, invece, ai reati realizzati nel contesto di consorterie criminali, la Consulta ha rimarcato che, stante la saldezza dei vincoli interpersonali che caratterizzano tali ambiti, la previsione di uno sbarramento,

---

in *Cass. Pen.*, n. 1, 2019, pp. 44 ss; L. STORTONI, *Il diritto penale sotto il segno dell'efficienza del sistema*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 1, 2019, pp. 379 ss; S. MASSI, *L'induzione indebita dopo la riforma della c.d. legge "spazzacorrotti"*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, nn. 3-4, 2019, pp. 614 ss; A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Proc. Pen. Giust.*, n. 4, 2019, pp. 947 ss; R. RAMPIONI, *La immediata applicabilità della legge c.d. "Spazzacorrotti"*, in *Arch. Pen.*, n. 1, 2020, pp. 245 ss; E.R. BELFIORE, *I tempi della giustizia al tempo del giustizialismo*, 10 gennaio 2020, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it); A. CAVALIERE, *Le norme spezzaprescrizione nella l. n. 3/2019*, 12 febbraio 2020, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu); G.L. GATTA, *Ancora a proposito del divieto di applicazione retroattiva del riformulato art. 4-bis o.p. Scarcerazioni già disposte (anche da un giudice a quo) prima del deposito della sentenza della Corte costituzionale sulla legge "Spazzacorrotti"*, 24 febbraio 2020, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it); E. DINACCI, *Esecuzione della pena e problematiche intertemporali*, in *Giur. It.*, n. 7, 2020, pp. 1773 ss; F. DE SIMONE, *L'ergastolo ostativo, una lenta uscita di scena*, 27 dicembre 2020, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

superabile attraverso la collaborazione con la giustizia, non avrebbe potuto esser valutato irragionevole, essendo quest'ultima dimostrativa dell'effettiva resipiscenza (la Corte ha qualificato la collaborazione come "indice legale" di ravvedimento, riconducendo, per l'effetto, le previsioni *de quibus* nell'alveo del diritto processuale penale, nel quale vige il principio del *tempus regit actum*).

Con la pronuncia Corte cost., 24 aprile 2003, n. 135, invece, la Consulta ha rilevato che il divieto di concessione della liberazione condizionale nei confronti del non collaborante, secondo le previsioni più volte richiamate, non si sarebbe prestato a fondati rilievi rispetto all'art. 27 terzo comma Cost. in quanto «la preclusione prevista dall'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, dell'ordinamento penitenziario non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta».

La svolta, che ha segnato il passo per la più recente statuizione, allora, è rappresentata dalla sentenza Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253 (rel. Zanon), sui permessi premio, che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, l. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. 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* 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<sup>26</sup>. Mentre è corretto "premiare" la collaborazione con la giustizia prestata anche dopo la condanna - riconoscendo vantaggi nel trattamento penitenziario - non è invece costituzionalmente ammissibile "punire" la mancata collaborazione, impedendo al detenuto non collaborante l'accesso ai benefici penitenziari normalmente previsti per gli altri detenuti<sup>27</sup>».

Muovendo, ora, l'obiettivo dell'indagine, nuovamente, all'ordinanza n. 97/2021, si osserva che la Cassazione, affrontando il ricorso di un ergastolano condannato per fatti di mafia che, in difetto di collaborazione, aveva visto rigettata la propria richiesta di concessione della liberazione condizionale, prendendo le mosse anche dal diritto e dal formante giurisprudenziale sovranazionale (su cui *infra*),

---

<sup>26</sup> *In parte de qua* evidentemente la sentenza si rivela manipolativo-additiva, come rilevato anche da E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, 25 maggio 2021, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>27</sup> La sentenza è stata annotata, tra gli altri, da J. MAZZUCA, *Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico*, 5 febbraio 2020, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); G. DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, o.p. di fronte alla Costituzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 1, 2020, pp. 259 ss; A. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4-bis o.p.*, in *Oss. Cost.*, n. 2, 2020, pp. 307 ss. Nella manualistica vd. M. PELISSERO, *Diritto penale. Appunti di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 168.

rammentando la pronuncia della Consulta dianzi citata sui permessi premio, ha dubitato della legittimità della disciplina, sollecitando l'intervento demolitorio della Corte delle leggi.

La Consulta, evidenziando che la scelta collaborativa da parte del reo, in taluni casi, possa rivelarsi “tragica”, per l'effetto di ritorsioni e di eventuali dichiarazioni autoaccusatorie, ha rimarcato che essa non possa legittimamente rappresentare l'unica via per l'ottenimento della liberazione condizionale, operando come una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale attuale del condannato; di contro, ha statuito la Corte, a fronte del pericolo di protrazione nel tempo del vincolo tra associato e sodalizio mafioso, nonostante la detenzione, o comunque di un suo futuro ripristino, la concessione della liberazione condizionale potrebbe essere validamente subordinata (in difetto di collaborazione) all'acquisizione di elementi – ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione a processi rieducativi e alla proclamata dissociazione – idonei a dimostrare l'avvenuto ravvedimento.

La Corte costituzionale, conclusivamente, paventando gli effetti, in termini di irragionevolezza, di una pronuncia demolitoria parziale nella prospettiva di situazioni ostative diverse da quella oggetto della *quaestio legitimitatis* («potrebbe risultare incongrua l'equiparazione, per le condizioni di accesso alla libertà condizionale, tra il condannato all'ergastolo per delitti connessi alla criminalità organizzata, che non abbia collaborato, e gli ergastolani collaboranti»), anche nella prospettiva delle previsioni per i condannati per fatti di mafia e per altre fattispecie (che avrebbe richiesto una pronuncia di incostituzionalità c.d. “conseguenziale”, sulla falsa riga della sentenza n. 253/2019 che, intervenendo nel contesto di condanne per reati di mafia, si è pronunciata su tutte le figure richiamate dal comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p.), nonché della persistenza del divieto di concessione dei benefici penitenziari diversi dai permessi premio, sottolineando l'esigenza di una leale collaborazione istituzionale con il legislatore, ha rinviato l'esame delle questioni di legittimità all'udienza del 10 maggio 2022, onde concedere, per l'appunto, al Parlamento un congruo termine per intervenire e modificare il sistema *in parte de qua*.

### **3. Il “fine pena mai” al cospetto dei principi sovranazionali**

La giurisprudenza costituzionale, in passato, in più occasioni, ha riconosciuto la legittimità dell'ergastolo, anche di quello ostativo, a partire dalla già dalla sentenza Corte cost. n. 264/1975 fino a giungere alla sentenza Corte cost. n. 135/2003. In sostanza, fino ai tempi più recenti, la Consulta non ha mai “preso di petto” il “fine pena 31/12/9999”, aprendo soltanto qualche timido varco.

La questione della legittimità dell'ergastolo è stata affrontata a più riprese anche dalla Corte EDU, rispetto al parametro rappresentato dall'art. 3 CEDU, che vieta pene inumane e degradanti; inizialmente, tuttavia, pure la Corte di Strasburgo ha mostrato un evidente *self restraint*, come dimostra la pronuncia sul caso *Léger*, ove si è affermato che in una prima fase la pena assumerebbe una portata puramente sanzionatoria,

tanto che il problema della risocializzazione, ad uno con quello della verifica della persistenza della pericolosità sociale, riguarderebbe un secondo segmento temporale della detenzione. In questo contesto – ha proseguito la Corte – la sussistenza di una pur flebile speranza di ottenere dei benefici penitenziari e la rimessione in libertà (il c.d. “*right to hope*”) avrebbe dovuto ritenersi sufficiente ad escludere la violazione del parametro convenzionale suddetto<sup>28</sup>.

La giurisprudenza successiva ha poi cristallizzato il principio in base al quale l’ergastolo potrebbe essere ritenuto conforme all’art. 3 CEDU solo a talune condizioni, rappresentate da:

- a) la proporzionalità della pena inflitta rispetto alla gravità del fatto commesso;
- b) la sussistenza di “*way out*”, cioè di una qualche possibilità per il reo-condannato di essere rimesso in libertà, qualora questi abbia dimostrato, durante la detenzione, di aver tenuto un comportamento tale da rendere chiara la carenza di pericolosità sociale.

A tale ultimo riguardo, dunque, si è statuito che l’ergastolo è in contrasto con l’art. 3 CEDU ogni qualvolta risulti *de iure* e *de facto* irriducibile attraverso la liberazione anticipata o condizionale<sup>29</sup>.

In particolare, con la sentenza Vinter, la Corte Europea ha sottolineato che la pena perpetua, senza possibilità di liberazione, precluderebbe la rieducazione del condannato («una persona condannata alla pena perpetua senza alcuna prospettiva di liberazione rischia di non potersi mai riscattare. Così, anche quando l’ergastolo è una punizione meritata alla data in cui viene inflitta, col passare del tempo esso non garantisce più una sanzione giusta e proporzionata»), auspicando altresì che gli Stati membri indichino, in maniera esplicita, nei rispettivi ordinamenti, il *quantum* di pena da scontare affinché il reo possa beneficiare della libertà e, inoltre, quali siano i comportamenti valutabili positivamente dalle autorità nazionali a tal fine<sup>30</sup>.

Assai rilevante è, altresì, la sentenza Murray; nell’occasione la Corte, infatti, pur sostenendo che la pena non dovrebbe ritenersi irriducibile laddove l’ordinamento giuridico degli Stati membri preveda strumenti eccezionali, quali la grazia, nel contempo, ha affermato che nel caso in cui l’amministrazione penitenziaria non mettesse a disposizione strumenti atti a risocializzare l’internato l’ergastolo si rivelerebbe di fatto insuperabile, con ogni consequenziale effetto in punto di violazione dell’art. 3 CEDU<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Corte EDU, Seconda Sezione, 11 aprile 2006, Léger c. Francia. Su questa pronuncia vd. A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’uomo*, in *Rass. Pen. Crim.*, n. 3, 2012, pp. 153 ss.

<sup>29</sup> Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro; Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito; Corte EDU, Quarta Sezione, 8 luglio 2014, Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria; Corte EDU, Grande Camera, 26 aprile 2016, Murray c. Paesi Bassi; Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 2017, Hutchinson c. Regno Unito.

<sup>30</sup> Su questa pronuncia vd. anche D. FALCINELLI, *L’umanesimo della pena dell’ergastolo. Ideologia e tecnica del diritto dell’uomo ad una pena proporzionalmente rieducativa*, 15 febbraio 2013, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>31</sup> Più in generale, si osserva che già a partire dalla Risoluzione 76(2), del 17 febbraio 1976, del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, si è stabilita la necessità della proporzione delle pene “a lungo termine” rispetto alla gravità del fatto di reato, nonché quella di predeterminazione di un tempo congruo affinché il condannato possa beneficiare della

Più di recente la Corte EDU ha affrontato l'*affaire* Viola, che è stato deciso con sentenza Corte EDU, Prima Sezione, 13 giugno 2019, Viola c. Italia. In questo caso, l'*applicant*, condannato all'ergastolo per fatti di mafia, era stato sottoposto ad una lunga detenzione e, per via dell'assenza di collaborazione, aveva visto preclusa la possibilità di ottenere la liberazione condizionale; la Corte, allora, ha affermato in quella sede che la retribuzione rappresenterebbe soltanto uno degli scopi della pena (§ 108) e che gli Stati membri dovrebbero apprestare misure idonee per garantire ai condannati il re-inserimento sociale (§ 109). La Corte di Strasburgo, su tali premesse, ha ribadito, in generale, che per i condannati all'ergastolo gli ordinamenti interni dovrebbero contemplare delle ipotesi di liberazione del condannato, scontata una certa parte della pena detentiva, poiché in difetto non sarebbe possibile raggiungere l'obiettivo della rieducazione del condannato e la sanzione irrogata nei confronti di questi si porrebbe in contrasto con l'art. 3 della CEDU (§ 113); quanto al sistema oggetto di censure da parte dell'*applicant*, la Corte ha osservato che se la *da un lato* la collaborazione non costituisce *ex se* prova della respicenza del reo, *dall'altro* la mancata collaborazione con la giustizia non possa essere neppure elevata a dimostrazione invincibile della permanenza del vincolo del condannato con ambienti criminali e dell'attualità della pericolosità sociale (§§ 118-121).

Talché, preso atto delle deduzioni del ricorrente, che aveva rilevato di aver tenuto in carcere un comportamento ineccepibile e partecipativo a programmi di recupero, la Corte ha riconosciuto che la disciplina dell'ergastolo di cui all'art. 4-*bis* comma 1 o.p., in difetto di comportamenti collaborativi,

---

scarcerazione, con l'eliminazione dei meccanismi di rifiuto, una volta scontata una parte consistente della pena, determinati da mere finalità general-preventive. La successiva Raccomandazione Rec(2003)23, adottata il 9 ottobre 2003, ha fatto riferimento, inoltre, all'onere per gli Stati aderenti di implementare gli strumenti per consentire ai prigionieri di reinserirsi nella società civile dopo la liberazione (in conformità con le Regole minime *standard* delle Nazioni Unite per il trattamento dei prigionieri del 1957, al punto 58), nonché a quello di prevedere misure di "progressivo allentamento" rispetto alla detenzione *intra-muraria* in base al comportamento individuale osservato all'interno delle strutture detentive, ribadendo quanto indicato nella Raccomandazione del 24 settembre 2003 Rec(2003)22 e sancendo, altresì, che «neanche i detenuti condannati all'ergastolo dovrebbero essere privati della speranza di ottenere il rilascio». Tra le Regole Penitenziarie Europee del 2006, oggetto della Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri degli Stati membri, si può richiamare, nella Parte I, tra i Principi fondamentali, quella indicata al n. 6, per la quale «ogni detenzione deve essere gestita in modo da facilitare il reinserimento nella società libera delle persone che sono state private della loro libertà». Dal canto suo anche l'art. 110 comma 3 dello Statuto di Roma, relativo alla Corte penale internazionale, stabilisce che nel caso di imposizione dell'ergastolo, il protrarsi della detenzione debba essere rivalutato una volta scontati venticinque anni di reclusione, mentre l'art. 5 § 2 della Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio d'Europa, del 13 giugno 2002, sul mandato d'arresto europeo e sulle procedure di consegna tra Stati membri, subordina quest'ultimi alla condizione che lo Stato emittente preveda un sistema di liberazione del condannato a pene perpetue (sul tema vd. A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 211 ss). Si deve poi rammentare la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 ottobre 2017, sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione, che ha sollecitato gli Stati membri all'adozione di sistemi punitivi alternativi alla detenzione, con il superamento del sistema "carcerocentrico" e l'introduzione di forme, diffuse, di *restorative justice*. Su questi temi vd. anche, di recente, a livello monografico, T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Giuffrè, Milano, 2018; S. ALEO, *Dal carcere. Autoriflessione sulla pena*, Pacini, Pisa, 2019. Sulla scarsa funzionalità del carcere in termini di rieducazione e sul problema delle c.d. "porte girevoli" vd. M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 216 ss e, in precedenza, C. MAZZUCATO - I. MARCHETTI, "La pena in castigo". *Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2006.

essendo fondata su una presunzione *iuris et de iure* di persistenza di condizioni ostative alla liberazione del condannato, avesse provocato un'apprezzabile lesione della sfera giuridico-soggettiva dell'*applicant* nel prisma dell'art. 3 della CEDU<sup>32</sup>.

Tale pronuncia ha, allora, influenzato in maniera decisiva la Corte costituzionale che, per quanto si è rammentato, è intervenuta dichiarando dapprima l'illegittimità del sistema ostativo rispetto ai permessi premio e, successivamente, con la sentenza Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263, dell'analoga disciplina relativa ai minorenni, dettata dall'art. 2, comma 3, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121<sup>33</sup>. Il tutto, dunque, gettando le basi per il pronunciamento più recente.

#### **4. L'atteggiamento "prudente" della Consulta dinnanzi ad un tema di giustizia criminale particolarmente "divisivo"**

Allorquando la Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni sopra indicate, nella misura in cui le stesse vietano la concessione della liberazione condizionale nei confronti dei detenuti condannati per fatti di mafia, è subito emersa la particolare delicatezza del compito assegnato alla Consulta, che è stata chiamata a decidere su uno dei temi maggiormente divisivi dell'intero sistema penale.

Si è dinnanzi, infatti, a situazioni che si inseriscono all'interno di un annoso rapporto di tensione tra la necessità di conformazione del sistema penitenziario ai più alti principi che reggono la materia (e, in particolare, a quello della funzione rieducativa della sanzione caratteristica), *da un lato*, e, *dall'altro*, il "bisogno di pena", cioè la necessità, per la collettività, che per i fatti più gravi, di più alto allarme sociale, lo Stato "retribuiscia" l'individuo in maniera severa, come se fosse effettivamente questo lo strumento per sanare la "frattura" determinata dall'illecito<sup>34</sup>.

Tra i due poli, opposti, vi è, inoltre, l'esigenza preventiva che, nel particolare contesto, assume un carattere del tutto peculiare, in quanto l'intensità dei legami tra il singolo associato e la consorteria criminale di tipo mafioso è tale – secondo *l'id quod plerumque accidit* – da rendere tale rapporto potenzialmente "a vita",

---

<sup>32</sup> La pronuncia è stata oggetto di innumerevoli commenti. Tra i tanti, vd. M. CATERINI, *L'ergastolo in cammino: da Strasburgo a Roma, passando dallo Stato sociale di diritto, sta giungendo al capolinea*, 4 maggio 2020, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu). Sull'evoluzione della giurisprudenza europea sulla questione affrontata dalla Corte EDU vd. anche L. SIRACUSA, *Criminalità organizzata e trattamento penitenziario*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, n. 1, 2021, pp. 192 ss.

<sup>33</sup> Vd. A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Riv. AIC*, n. 1, 2020, pp. 501 ss.

<sup>34</sup> Vd. M. PELISSERO, *Il percorso sospeso: la posta in gioco "radicale" dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 8, 2021, pp. 1001 ss.

salva, per l'appunto, l'ipotesi in cui irrompa sulla scena la resipiscenza del reo-detenuto, con le chiamate in correità<sup>35</sup>.

Per inciso, si tratta di un tema che ha interessato, direttamente, anche la disciplina delle misure di prevenzione, che ha fatto registrare un importante arresto delle Sezioni Unite che, con la sentenza “Gattuso” (Cass., Sez. Un., 14 gennaio 2018, n. 111), hanno stabilito che la pregressa appartenenza del proposto ad associazioni criminali di tipo mafioso non possa rappresentare *ex se* prova dell'attualità della pericolosità sociale dell'individuo; il tutto rimarcando che detta prova debba essere fornita dagli organi preposti<sup>36</sup>.

Insomma, appare particolarmente evidente, nell'ambito dell'ergastolo ostativo per reati consumati in contesto mafioso, l'intreccio tra funzione retributiva, preventiva e rieducativa della pena anche se, a ben considerare, l'impianto sul quale si è soffermata la Consulta sembra far emergere il ruolo preponderante di quella retributiva, sol che si consideri che le uniche *way out* al carcere a vita – nel sistema attuale – sono rappresentate dalla collaborazione, dalla collaborazione (offerta ma) “oggettivamente irrilevante” (art. 4-*bis* comma 1-*bis* o.p.), nonché da quella impossibile o “inesigibile”, tanto che, ancor oggi, possono risultare ininfluenti ai fini della concessione del beneficio non solo una condotta di vita *intra moenia* assolutamente indicativa del “cambio di rotta” da parte dell'individuo rispetto al passato, ma addirittura quelle situazioni in cui il gruppo criminale di afferenza si sia disciolto e sia divenuto inoperativo, per le ragioni più disparate, con ogni conseguenziale effetto in punto di pericolosità sociale del detenuto.

In questo contesto la Cassazione ha preso spunto dalla precedente pronuncia della Consulta sul tema dei permessi premio (Corte cost. n. 253/2019), riferita a reati consumati in ambienti mafiosi puniti con l'ergastolo (che ha destato l'attenzione anche della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie istituita con la l. 7 agosto 2018, n. 99, che, infatti, ha presentato al Parlamento, in data 1 giugno 2020, una relazione sulle sorti dell'art. 4-*bis* o.p. all'esito della suddetta sentenza, *infra*), che ha rappresentato la base per un ampio dibattito pubblico e per un largo interesse rispetto alla questione successivamente sottoposta alla Corte delle leggi, come attestano anche i numerosi interventi spiegati (nella veste di *amicus curiae*) da varie associazioni nel giudizio sfociato nell'ordinanza n. 97/2021.

Tale “fermento”, sicuramente, ha condizionato l'approccio alla questione da parte della Consulta che, diversamente da quanto accaduto nel precedente sopra menzionato, ha operato la scelta di rimettere

---

<sup>35</sup> Sul tema vd. anche C. PECORELLA - M. TRAPANI, *L'art. 4-bis comma 1 o.p. alla prova dei fatti: il deficit di razionalità empirica e teleologica*, in G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo e il dialogo tra le Corti*, in *Forum quaderni costituzionali*, n. 10, 2019, pp. 142 ss.

<sup>36</sup> Sul problema degli *standard* probatori nel settore delle misure di prevenzione vd. anche A. MANGIONE, *La “situazione spirituale” della confisca di prevenzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2, 2017, pp. 614 ss; T. GUERINI, *Criminalità organizzata e prevenzione ante delictum*, in G. Insolera - T. Guerini, *Diritto penale della criminalità organizzata*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 212 ss; V.N. D'ASCOLA, *Il confine di carta. Prevenzione e punizione nel prisma della pericolosità da reato*, 15 dicembre 2020, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

“la palla” al Parlamento, sollecitando l’organo legislativo ad assumere una presa di posizione rispetto ad un complesso di norme che la Corte ha ritenuto – sulla scia di suddetto precedente – non conforme all’art. 27 comma 3 Cost. e al divieto di trattamenti inumani e degradanti, sancito a livello europeo dall’art. 3 CEDU.

Si tratta di un “esperimento” di dialogo con il legislatore già tentato due volte, attraverso le ordinanze Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207 (sull’aiuto al suicidio, originata dalla vicenda Cappato -“DJ Fabo”)<sup>37</sup> e Corte cost., 26 giugno 2020, n. 132 (sulla diffamazione a mezzo stampa)<sup>38</sup>, senza tuttavia un tangibile risultato, atteso che in entrambi i casi, come ben risaputo, il Parlamento non ha colto l’invito della Consulta, che è stata costretta, dunque, a intervenire (rispettivamente Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242; Corte cost., 12 luglio 2021, n. 150).

La Corte costituzionale, per altro verso, ha rammentato che con la sentenza Corte cost. 264/1974 cit. sono state rigettate questioni di legittimità costituzionale dell’ergastolo proprio in ragione della possibilità del condannato di beneficiare, a determinate condizioni, della liberazione condizionale che, in tal modo, si appalesa come strumento che, in qualche modo, ha evitato la declaratoria di illegittimità della pena perpetua<sup>39</sup>; così come è stata ricordata, nella medesima prospettiva, la sentenza Corte cost., 4 giugno 1997, n. 161 che, nel dichiarare la parziale illegittimità dell’art. 177 c.p., ha assicurato al condannato al quale sia stata revocata la liberazione condizionale la possibilità di conseguirla nuovamente<sup>40</sup>.

Ed è proprio alla luce dei principi espressi in tali pronunce (oltre che del confronto con il diritto ed il formante giurisprudenziale della Corte EDU) che la Corte ha inteso “prendere le distanze” dalla precedente sentenza Corte cost. n. 135/2003 cit., mutando indirizzo e, per l’effetto, riconoscendo (sulla falsariga del *dictum* di cui alla sentenza n. 253/2019 cit.) l’inammissibilità della presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale derivante dalla mancata collaborazione con la giustizia nelle forme di cui all’art. 58-ter o.p. Il tutto evidenziando, di converso, la ragionevolezza di una presunzione *iuris tantum*, vincibile su istanza dell’interessato e previa acquisizione di elementi dimostrativi dell’insussistenza di profili di

---

<sup>37</sup> Sulla quale vd. ANT. NAPPI, *Vite strappate alla morte e rifiuto di dogmi: il proficuo dialogo tra scienza penalistica e giurisprudenza*, in *Cass. Pen.*, n. 3, 2020, pp. 984 ss; C. CUPELLI, *Il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell’agevolazione al suicidio. Dalla “doppia pronuncia” della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte d’assise di Milano*, in *Cass. Pen.*, n. 4, 2020, pp. 1428 ss.

<sup>38</sup> Sulla quale vd. M.C. UBIALI, *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva: la Corte costituzionale dà un anno di tempo al Parlamento per trovare un punto di equilibrio tra libertà di espressione e tutela della reputazione individuale, in linea con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3, 2020, pp. 1476 ss.

<sup>39</sup> Si sono soffermati nell’analisi di questa sentenza, tra gli altri, D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2, 2016, pp. 559 ss; L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *loc. ult. cit.*, 2015, pp. 1238 ss (la quale ha parlato di un ergastolo “ossimorico”, perché legittimo a patto che non si riveli perpetuo).

<sup>40</sup> Su questa pronuncia vd. S. SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell’ergastolo: una contradictio in terminis ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza n. 161/1997)*, in *Cass. Pen.*, n. 4, 2001, pp. 1356 ss.

pericolosità sociale, determinata da collegamenti attuali o potenziali con consorterie criminali descritte dall'art. 416-*bis* c.p. (si discute, per il vero, della sorte di situazioni in cui difetta la prova di un collegamento attuale del detenuto con associazioni criminali, poiché altrimenti il condannato per reati ostativi “non collaborante” sarebbe collocato in regime di “carcere duro”, *ex art. 41-bis* o.p.).

Fatto è che l'ordinanza “interlocutoria” (o “monito”), giustificata sul presupposto della necessità di consentire il successivo intervento *ad hoc* da parte del legislatore – teso ad evitare (presunte) disarmonie sistematiche che sarebbero derivate dall'immediata declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni indubiate<sup>41</sup> – rappresenta una scelta che può, comunque, essere condivisa sul piano dell'opportunità<sup>42</sup>, trattandosi di materia particolarmente dedicata (essendo, peraltro, la collaborazione uno strumento sul quale il legislatore ha decisamente “puntato” al fine del contrasto della criminalità organizzata, attraverso meccanismi di “dissociazione” tra reato e pena<sup>43</sup>), che richiederebbe una presa di posizione da parte del Parlamento, ferme le tradizionali perplessità, a monte, nutrite dalla dottrina – sempre declinate però dalla Consulta – sulla compatibilità dell'ergastolo con la funzione rieducativa della pena<sup>44</sup>.

Rappresenta, questo, un intervento particolarmente urgente, anche in ragione del fatto che – nel frattempo – è stata sollevata un'ulteriore questione di legittimità costituzionale relativa al divieto di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale per i soggetti condannati per reati ostativi diversi da quelli di “stampo mafioso”, da parte del Tribunale di Perugia, con ordinanza del 23 settembre 2021<sup>45</sup>.

## **5. Conclusioni. Il problema del rispetto del principio del nemo tenetur se detegere e le prospettive a seguito dell'ordinanza “interlocutoria” n. 97/2021. Il grande protagonista della riforma “Cartabia”: la giustizia riparativa. Proiezioni de iure condendo**

**5.1.** Le previsioni relative all'ergastolo ostativo sono al centro di un ampio e rinnovato dibattito, con il coinvolgimento di ambienti diversi rispetto a quelli degli operatori del diritto penale e dell'accademia. Al

---

<sup>41</sup> Vd. M. PELISSERO, *Il percorso sospeso: la posta in gioco “radicale” dell'ergastolo ostativo*, *op. cit.*, il quale ha messo, tuttavia, in discussione che si sia trattato di una soluzione imposta da tali esigenze.

<sup>42</sup> *Contra* B. ROMANO, *Ergastolo ostativo e liberazione condizionale: La Corte costituzionale decide di non decidere*, 15 aprile 2021, in [www.penedp.it](http://www.penedp.it), che ha sottolineato il problema dell'attuale vigenza, fino alla “scadenza” fissata dalla Consulta, di una disciplina già valutata, in effetti, come incostituzionale.

<sup>43</sup> Su questo concetto vd. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998.

<sup>44</sup> Vd. da ultimo, per un'analisi a largo raggio, A. MANNA, *Ergastolo, ergastolo ostativo, CEDU e Costituzione: cronaca di un dialogo mai interrotto, ma pieno di asperità*, 4 ottobre 2021, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it); a livello monografico, L. D'ALTILIA, *Nello specchio dell'ergastolo ostativo. Visioni e rifrazioni di una pena senza fine e senza fini*, Dike, Roma, 2020. Sempre sui rapporti tra ergastolo e rieducazione vd. T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La funzione rieducativa della pena, le rigidità dell'ergastolo e l'opera correttiva della giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 3, 2019, pp. 363 ss. Evoca l'annosità del dibattito sull'abolizione dell'ergastolo, nella manualistica, di recente, G. LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 554 ss.

<sup>45</sup> Reperibile su [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), con nota di FA. 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 o.p., approda al sindacato della Corte costituzionale*, 26 ottobre 2021, *ibidem*.

centro dell'attenzione vi è uno degli strumenti più chiaramente orientati alla tutela della società rispetto alle forme di criminalità storicamente più pericolose, impiegato sinora anche al costo della compressione delle garanzie individuali<sup>46</sup>, in linea con le tendenze di una legislazione che negli ultimi anni ha fatto registrare delle vere e proprie “eccedenze sanzionatorie”<sup>47</sup>.

La mancata collaborazione con la giustizia, per i reati di c.d. “prima fascia”, non è (per quanto previsto dal comma 1-*bis* dell’art. 4-*bis* o.p., inserito dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. l. 23 aprile 2009, n. 38) d’ostacolo al riconoscimento della liberazione condizionale, all’assegnazione al lavoro esterno, alla concessione di benefici penitenziari (diversi dai permessi premio) solamente nel caso di impossibilità di prestarla (per carenze conoscitive derivanti dalla “limitata partecipazione al fatto criminoso”, ovvero per intervenuto pieno accertamento dei fatti e delle responsabilità) o laddove essa (pur offerta) risulti “oggettivamente irrilevante”<sup>48</sup>.

Sono questi i casi in cui si è parlato di “inesigibilità oggettiva”, che si riferisce, come successivamente precisato dalle Sezioni Unite della Cassazione, non solo ai reati ostativi ma a tutti quelli oggetto di esecuzione (Cass., Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 14); in realtà, la Consulta, con la sentenza Corte cost., 7 agosto 1993, n. 306, in precedenza, aveva posto l’accento sulla necessità di valorizzare anche una forma di inesigibilità “soggettiva”, stabilendo che «la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere frutto di incolpevole impossibilità di prestarla, ovvero essere conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio, l’esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare».

Tutto questo, allora, pone in luce come i divieti correlati alla mancata collaborazione di cui all’art. 58-*ter* o.p. si rivelino in costante tensione, per l’appunto, con il principio di inesigibilità<sup>49</sup>; ciò, a ben considerare, anche sotto il profilo del *nemo tenetur se detegere*. Quest’ultimo, a più riprese riconosciuto dalla Consulta

---

<sup>46</sup> Su questi temi vd. M. SBRICCOLI, *Caratteri originali e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in L. Violante (a cura di), *Storia d’Italia. Annali*, XIV, *Legge, Diritto, Giustizia*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 517 ss.

<sup>47</sup> G. FORTI, *Una prospettiva “diabolicamente umana” sul rapporto tra norma e sanzione nell’ordinamento penalistico*, in C.E. Paliero - F. Viganò - F. Basile - G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, op. cit., pp. 201 ss.

<sup>48</sup> Tale previsione normativa, peraltro, è stata introdotta dopo gli interventi della Consulta – con sentenze Corte cost., 27 luglio 1994, n. 357 e Corte cost., 1 marzo 1995, n. 68 – che aveva dichiarato, per l’appunto, illegittimo l’art. 4-*bis* cit. nella misura in cui non teneva conto della collaborazione “impossibile” (nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna ed in quello l’integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile). Su queste pronunce, nonché sull’evoluzione determinata dagli interventi del legislatore e della Corte costituzionale, vd. A. DELLA BELLA, *La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità*, 16 aprile 2020, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>49</sup> Su questo tema è fondamentale il riferimento a G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990.

nella sua dimensione costituzionale quale corollario del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.<sup>50</sup>, infatti, mette in crisi la pretesa della collaborazione con la giustizia da parte di soggetti inseriti in (o collegati a) consorterie criminali, che si traduce di frequente nella chiamata in correità che può, a sua volta, condurre ad un effetto *boomerang* per il collaborante medesimo. Il che dimostra, ulteriormente, la necessità di un intervento rifondativo della disciplina.

**5.2.** La Corte costituzionale ha, quindi, accertato – pur non “dichiarandola” (c.d. “incostituzionalità differita”) – l’illegittimità parziale dell’art. 4-*bis* o.p.; è difficile prevedere se sarà necessario l’intervento della Consulta alla prossima udienza del 10 maggio 2022, ovvero se la Corte in quella occasione si limiterà a prendere atto dell’intervento del Parlamento a seguito dell’invito rivoltogli.

Si deve tener conto, tuttavia, che al momento sono state formulate diverse proposte di riforma.

La prima è quella di Bruno Bossio (del 2 luglio 2019), seguita da quella della Commissione parlamentare ex l. n. 99/2018 (del 20 maggio 2020), per la quale – in estrema sintesi – a modifica del sistema attuale, si dovrebbe riservare la disciplina più rigorosa (restringendo il novero dei reati di c.d. “prima fascia”) solo a soggetti detenuti per reati connessi alla criminalità organizzata, terroristica ed eversiva, vincolando la concessione di benefici penitenziari e della liberazione condizionale all’acquisizione di elementi dimostrativi della carenza di collegamenti attuali o *potenziali* con tali ambienti criminali, da sottoporre a verifiche particolarmente stringenti da parte di vari organi, con assegnazione, altresì, di un particolare valore suggestivo ad eventuali condotte riparatorie *post-delittuose*; sono seguite, da ultimo, le proposte di legge Ferraresi (11 maggio 2021), Delmastro (30 giugno 2021) nonché quella della Fondazione Falcone (23 ottobre 2021).

Si tratta, però, di progetti che mostrano incompiutezza (come la proposta Bruno Bossio e quella della Commissione parlamentare del 2020) o, comunque, come da qui a breve si rileverà, alcuni palesi difetti.

**5.3.** Tra le varie riforme oggetto della legge delega “Cartabia” (l. 27 settembre 2021, n. 134) vi è l’introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa, che dovrà essere informata alle disposizioni della Direttiva 2012/29/UE; si tratta di un mandato particolarmente ampio, come risulta dal comma 18 dell’art. 1, atteso che, tra l’altro, a fronte delle innumerevoli forme attraverso le quali la *restorative justice* può attuarsi<sup>51</sup>, il legislatore non ha fornito alcuna indicazione al Governo.

---

<sup>50</sup> Vd. da ultimo Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84. Sul tema del *nemo tenetur* vd. M. ZANOTTI, “Nemo tenetur se detegere”: *profili sostanziali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 1, 1989, pp. 174 ss; A. PERINI, *Ai margini dell’esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2, 1999, pp. 538 ss; D. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4, 1999, pp. 1271 ss; G. FORNASARI, “Nemo tenetur se detegere” *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 7, 2008, pp. 907 ss; *funditus*, D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, BUP, Bologna, 2012.

<sup>51</sup> Vd. G. MANNOZZI - G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017. E. DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell’ambito della legge delega Cartabia*, 20 ottobre 2021, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it). Sulla giustizia riparativa, nella sterminata letteratura, vd. anche L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia*

Si è precisato, in quella sede, soltanto che i programmi di giustizia riparativa dovranno essere accessibili in ogni stato e grado del procedimento penale, anche nella fase esecutiva, *senza alcuna limitazione per tipologia di reato e di gravità della pena*; appare, pertanto, eccessivamente vaga la previsione in base alla quale il Governo è stato delegato a prevedere che «l'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa possa essere valutato nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena». Valutato sì, ma in che termini? Certo, è ben noto che la Corte costituzionale, in più occasioni, abbia dimostrato un particolare *self restraint* nello scrutinio di legittimità dei decreti legislativi in materia penale, ammettendo provvedimenti di delega oltremodo indeterminati; ciò non di meno, non si può non nutrire una certa perplessità per via del fatto che, in questo caso, si è attribuito al Governo un potere davvero eccessivamente vasto, mentre sarebbe stata opportuna, trattandosi di interventi potenzialmente idonei a cambiare radicalmente il volto del sistema, una più puntuale definizione delle novità che l'Esecutivo è chiamato a varare.

Ad ogni modo, sarebbe auspicabile che per mezzo della delega venissero introdotte specifiche norme relative alla fase esecutiva proprio per i condannati all'ergastolo e all'ergastolo ostativo, prevedendosi che la positiva conclusione di programmi di *restorative justice*, con il coinvolgimento o meno delle “vittime” del reato, possa essere valutata, innanzitutto, nell'ottica del “ravvedimento” del reo, della carenza della pericolosità sociale e di collegamenti attuali o potenziali con ambienti criminali, nonché, ovviamente, come riparazione del danno, nella prospettiva dell'istituto della liberazione condizionale.

L'introduzione di procedure di giustizia riparativa rappresenta un obiettivo assai ambizioso, idoneo a incidere sensibilmente sul “problema-carcere”, anche in ordine alle pene di lunga durata; nel contempo, però, trattasi di una prospettiva che oltre a richiedere un particolare impegno “ingegneristico” da parte del Governo delegato, necessiterà di un tempo verosimilmente assai ampio affinché la “macchina” venga effettivamente attrezzata e messa in pista. I primi frutti verranno, dunque, raccolti soltanto tra alcuni anni. Sicchè, non essendo prospettabile un'alternativa nell'immediato, il legislatore – per evitare la scure della Consulta – dovrà porre in fretta opera alla disciplina penitenziaria secondo le indicazioni fornite dalla medesima Corte<sup>52</sup>; a tal proposito, tuttavia, si può rilevare che, in effetti, il superamento della presunzione *iuris et de iure* censurata “provvisoriamente” dalla medesima Corte non potrebbe legittimamente condurre a porre a carico dell'istante l'onere della prova dell'insussistenza attuale di collegamenti con consorterie criminali e, tanto meno, del pericolo di un loro ripristino (così, invece, la proposta Delmastro, nonché

---

*criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4, 2013, pp. 1760 ss; M. RIVERDITI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato (art. 162-ter c.p.): un primo sguardo d'insieme*, in *Giur. It.*, n. 10, 2017, pp. 2227 ss; C. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, 13 novembre 2017, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu).

<sup>52</sup> Si è espressa con scetticismo rispetto a tale soluzione L. RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2, 2021, pp. 653 ss. In senso ottimistico, invece, vd. E. DOLCINI, *Reati ostativi e collaborazione con la giustizia: la proposta della Fondazione Falcone*, 2 novembre 2021, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

quella della Fondazione Falcone. Sulla stessa direttrice si colloca la proposta Ferraresi, che “indugia” sulla *certezza* del difetto di collegamenti attuali o potenziali con consorterie criminali). Si tratterebbe, infatti, di una sorta di *probatio diabolica*, né più e né meno che una c.d. “prova negativa”, finalizzata ad aggirare i profili di criticità evidenziati dall’ordinanza n. 97/2021 piuttosto che a superarli; del resto, la stessa sentenza Corte cost. n. 253/2019 sui permessi premio si è riferita a “elementi” e ad un onere di “allegazione” da parte del condannato, non certo a quello di fornire una prova certa.

Per il vero, già l’allegazione di elementi significativi, tenendo conto della particolare posizione dell’interessato, potrebbe rilevarsi particolarmente difficoltosa per il condannato; talchè, una soluzione adeguata potrebbe forse essere rappresentata anche da un intervento di riforma, collaterale, della disciplina delle investigazioni difensive, con l’introduzione di specifici poteri di ricerca, in capo al difensore munito di procura speciale, di elementi fruibili nel contesto dell’esecuzione della pena.

La previsione di un coinvolgimento di varie autorità pubbliche, ai fini dell’espressione di un parere (che dovrebbe però essere non vincolante, per evitare che la decisione su questioni di fondamentale importanza risulti decentrata rispetto alla sede giurisdizionale) e di addurre elementi di prova, inoltre, dovrebbe essere accompagnata dall’introduzione di un termine entro il quale detti organi sono tenuti a fornire il loro apporto (termini proporzionati ai benefici, *lato sensu* intesi, invocati dal condannato), stabilendosi che, una volta che esso sia spirato, la magistratura di sorveglianza debba comunque pronunciarsi sull’istanza dell’interessato, se del caso previa acquisizione d’ufficio di prove, entro un ulteriore termine che andrebbe pure fissato.

Insomma, la soluzione dovrebbe essere quella di un profondo ripensamento della logica degli sbarramenti, con il ridimensionamento della collaborazione con la giustizia a indice probatorio (non dirimente) della carenza di pericolosità sociale e di ravvedimento (agli effetti dell’art. 176 c.p.), anche rispetto alle premialità in ambito penitenziario, e la conseguente dismissione della sua funzione di *conditio sine qua non* rispetto alla libertà.

Per altro verso, tenendo in considerazione la circostanza che la magistratura dovrà, comunque, valutare un ampio ventaglio di elementi, o “indici sintomatici”, già in passato isolati in sede giurisprudenziale, ai fini dell’esclusione della pericolosità sociale del detenuto, le preoccupazioni nutrite da molti in ordine al rischio di “recidiva” appaiono forse eccessive (il legislatore potrebbe comunque introdurre, come peraltro suggerito dall’ordinanza n. 97/2021, alcune limitate prescrizioni per i soggetti non collaboranti).

È ovvio, di contro, che degradando la collaborazione con la giustizia ad un mero indice di carenza di pericolosità sociale, tale portentoso strumento di contrasto alla criminalità organizzata ne uscirà in parte depotenziato. Nel bilanciamento tra la tutela della sfera soggettiva del singolo e l’esigenza di contrasto di fenomeni criminali particolarmente odiosi e pericolosi per la società, tuttavia, è il primo elemento che,



anche secondo quanto desumibile dalla decisione della Consulta, dovrebbe prevalere; in tale complesso ed articolato quadro, però, non può essere affatto escluso che il legislatore cada nella tentazione di neutralizzare il *decisum* della Corte, esponendosi ad ulteriori rilievi o, peggio, che in un contesto particolarmente delicato quale quello in disamina (per via dell'opinione pubblica, orientata al giustizialismo, nonché della complessità dell'intervento richiesto per conformare il sistema ai precetti costituzionali e sovranazionali), ancora una volta, attraverso l'inerzia, abdichi, ribaltando l'onere sulla Corte costituzionale.