



2022 FASC. III

(ESTRATTO)

ANDREA LOLLO

**RIFLESSIONI CRITICHE A MARGINE DEL SECONDO RINVIO
DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULL'ERGASTOLO "OSTATIVO"**

12 OTTOBRE 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Andrea Lollo
**Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio
della Corte costituzionale sull’ergastolo “ostativo”***

ABSTRACT: *The contribution deals with the issue of the relationship between the Constitutional Court and Parliament in the matter of life imprisonment, starting from ordinance 122 of 2022. Order by which the Court has postponed the question of the constitutionality of the life imprisonment for the second time to a new role. After having proceeded to outline the jurisprudential framework, the Author dwells on the content of the Court's decision, formulating some critical remarks on the decision itself and, more generally, on the relationship between Parliament and the Judge of the laws within the constitutional system.*

SOMMARIO: 1. L’[ordinanza n. 122 del 2022](#) della Corte costituzionale. – 2. Le coordinate tracciate dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale. – 3. L’[ordinanza n. 97 del 2021](#) della Corte costituzionale. – 4. Il “seguito” dell’[ordinanza n. 97 del 2021](#): osservazioni critiche.

1. [L’ordinanza n. 122 del 2022](#) della Corte costituzionale

Con [l’ordinanza n. 122](#), pubblicata il 13 maggio 2022 (redattore Amato), la Corte costituzionale ha rinviato nuovamente la trattazione delle questioni di legittimità sollevate dalla Corte di cassazione sugli artt. 4-*bis*, comma 1, 58-*ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354 («Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà»), e 2 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 («Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell’attività amministrativa»), conv., con modif., nella l. 12 luglio 1991, n. 203, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato “ostativo” che non collabori con la giustizia.

Si tratta, come presagito in dottrina¹, del secondo rinvio, atteso che con la precedente [ordinanza n. 97 del 2021](#) la Corte aveva già calendarizzato a nuovo ruolo la questione, concedendo un anno di tempo al Parlamento, con l’auspicio che quest’ultimo ponesse rimedio a una situazione di incostituzionalità ormai conclamata, ancorché non dichiarata².

Sebbene l’intervento del legislatore non si fosse ancora concretizzato, la circostanza che la Camera avesse approvato e trasmesso al Senato un disegno di legge³ recante modifiche alla suddetta disciplina ha indotto il Giudice delle leggi a rinviare ancora una volta la trattazione del merito all’udienza pubblica dell’8 novembre 2022, considerando inalterate le ragioni – ovverosia, l’esigenza di una «una complessiva e ponderata disciplina della materia» – che l’avevano indotta a optare per il primo rinvio. Così facendo, dunque, la Corte ha rimesso per la seconda volta a un legislatore inadempiente il compito di sanare una frattura costituzionale vieppiù evidente e grave, considerato che la normativa impugnata nelle more continua a produrre i propri effetti.

La circostanza, peraltro, evidenziata dall’Avvocatura generale dello Stato nell’istanza di differimento dell’udienza, che la discussione sia ancora in corso non significa che la stessa sarà completata con l’approvazione di una riforma (tanto più in ragione dello scioglimento anticipato delle Camere avvenuto nel mese di luglio 2022 e del conseguente avvio di una nuova legislatura



¹ Cfr., per tutti, M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell’ergastolo ostativo*, in [Nomos](#), 2/2021, *passim*.

² Di «incostituzionalità prospettata» ragiona Giorgio Lattanzi, v. [Relazione annuale del Presidente Giorgio Lattanzi sull’attività svolta nell’anno 2018](#), 12.

³ Si tratta del d.d.l. C. 1951-A recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborino con la giustizia».

nell'ottobre 2022). E, ciò che più rileva, non significa che il testo definitivo eventualmente varato sarà conforme ai *desiderata* del Giudice delle leggi.

L'ordinanza *de qua* suggerisce, a parere di chi scrive, talune considerazioni che attraversano due piani, distinti ma intimamente connessi, della riflessione teorica: l'uno di carattere sostanziale; l'altro di carattere processuale. Il primo attiene ad una delle questioni più dibattute negli ultimi anni nella dottrina costituzionalistica (e non solo)⁴, ossia quella della conformità costituzionale dell'ergastolo "ostativo": espressione, questa, che notoriamente compendia il regime carcerario per taluni delitti considerati particolarmente gravi (*in primis*, i delitti di criminalità organizzata, terrorismo ed eversione), sicché i detenuti, ove non collaborino con la giustizia, non possono accedere alla liberazione condizionale.

Sembra superfluo, d'altra parte, evidenziare come il "fine pena mai" costituisca un tema di vitale importanza per una liberal-democrazia come la nostra, improntata al principio di rieducazione della pena. Risulta interessante, di conseguenza, volgere lo sguardo con spirito critico alle prospettive di riforma attualmente in cantiere.

Il secondo piano riguarda, invece, le evoluzioni di una tecnica decisoria di recente conio, che continua a ingenerare perplessità in dottrina: l'ordinanza di rinvio a nuovo ruolo⁵. Come già accennato, la decisione in commento contiene un elemento di assoluta novità, costituendo il caso inedito di un secondo rinvio a nuovo ruolo di una questione di costituzionalità, atteso che in precedenza l'inerzia del legislatore era stata puntualmente sanzionata con l'illegittimità della normativa impugnata⁶.

Come emergerà meglio nel corso di queste riflessioni, le questioni di natura sostanziale assumono carattere preliminare rispetto a quelle processuali. Alla luce di ciò, appare necessario ricostruire brevemente il contesto normativo e giurisprudenziale in cui si colloca l'ultima decisione in tema di ergastolo "ostativo".

2. Le coordinate tracciate dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale.

Ad orientare la giurisprudenza costituzionale in favore della compatibilità dell'ergastolo con il principio di rieducazione del reo sono state le previsioni legali che, progressivamente, hanno consentito al detenuto l'accesso ai benefici premiali e, in particolare, a quello della liberazione

⁴ I contributi in tema sono innumerevoli. Limitando l'attenzione solo ai commenti a margine dell'[ordinanza n. 97/2021](#), cfr., *ex multis*, M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#), 28 febbraio 2022, 1 ss.; A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giur. cost.*, 3/2021, 1169 ss.; M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, cit., 1 ss.; E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in [Sistema Penale](#), 25 maggio 2021.

⁵ Per una sinossi dei rilievi critici formulati dalla dottrina cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4 agosto 2020, 105. Cfr., altresì, in argomento, *ex multis*, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), § 1, 19 novembre 2018; U. ADAMO, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 23 novembre 2018; L. BUSATTA, *Il caso Cappato e la Corte costituzionale: un'incostituzionalità accertata ma non dichiarata?* in *Riv. it. cur. pall.*, 4/2018, 233; L. RISICATO, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in [disCrimen](#), 11 marzo 2019, 1 ss.; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e 'nuovi diritti': i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte*, in [federalismi.it](#), 6/2019, 4; R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle "rime obbligate": la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali*, in *Il Foro italiano*, 9/2020, 2566.

⁶ A tale tecnica decisoria, infatti, la Corte ha fatto ricorso altre due volte: si tratta delle [ordinanze nn. 207 del 2018](#) (caso "Cappato") e [132 del 2020](#) (sul trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa ex art. 595, comma 3, c.p.). In entrambi i casi, come è noto, il Parlamento ha disatteso i moniti della Corte, costringendo quest'ultima a intervenire successivamente per dichiarare l'incostituzionalità della disciplina censurata, che, nel frattempo, ha continuato a produrre i propri effetti nell'ordinamento.

condizionale. Permessi premio e liberazione condizionale, pur con le loro diversità ontologiche, sono istituti volti a consentire il graduale reinserimento del condannato nella società: i primi, quali modalità di trattamento costituenti parte integrante del programma rieducativo⁷; la seconda, quale causa estintiva della pena operante sul piano del diritto sostanziale⁸.

Dapprima la l. 25 novembre 1962, n. 1634⁹ ha stabilito che la liberazione condizionale potesse essere accordata anche al condannato all'ergastolo, nel concorso di ulteriori presupposti, dopo che egli avesse «effettivamente» scontato almeno ventotto anni di pena. Il riferimento testuale all'esecuzione effettiva della pena aveva indotto la giurisprudenza maggioritaria a negare che la soglia indicata potesse *de facto* ridursi attraverso la concessione ai condannati alla pena perpetua di periodi di liberazione anticipata. Tuttavia, con la [sentenza n. 264 del 1974](#) la Corte ha risolto nel senso della non fondatezza la questione della compatibilità tra l'art. 22 c.p. e l'art. 27, comma 3, Cost., anche attraverso un riferimento alla possibilità di accedere alla liberazione condizionale, ormai riconosciuta al condannato pur nel caso in cui risultasse privo dei mezzi utili all'adempimento delle obbligazioni nascenti da reato. La sentenza si chiude con un riferimento alla precedente pronuncia della stessa Corte [n. 204 del 1974](#), che aveva dichiarato costituzionalmente illegittima la norma attribuita al Ministro della giustizia del potere di concedere la liberazione condizionale. Da qui in avanti la decisione sarebbe spettata all'autorità giudiziaria, la quale, con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, avrebbe dovuto accertare se il condannato avesse tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento.

Successivamente, anche il beneficio della liberazione anticipata è stato esteso ai condannati all'ergastolo.

La [sentenza n. 274 del 1983](#) della Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 54 ord. pen. nella parte in cui non prevedeva, ai soli fini della maturazione della soglia di pena che consente la richiesta di liberazione condizionale, la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo le detrazioni di pena previste da quella norma. A seguito di detta pronuncia, l'art. 28 della l. 10 ottobre 1986, n. 663¹⁰ ha modificato l'art. 176, comma 3, c.p., riducendo a ventisei anni la soglia minima di pena eseguita a carico del condannato prima del suo potenziale accesso alla liberazione condizionale, eliminando, nel contempo, il riferimento al carattere effettivo dell'esecuzione. Altresì, al fine di superare ogni residua controversia sulla rilevanza dei periodi di liberazione anticipata nel computo della pena da scontare prima della richiesta di liberazione condizionale, il legislatore ha modificato anche l'ultimo comma dell'art. 54 ord. pen., specificando che la regola di equivalenza all'esecuzione effettiva si applica pure ai condannati all'ergastolo.

Muovendo dal presupposto che la pena dell'ergastolo sia conforme a Costituzione nella sola misura in cui non si traduca in una pena *de facto* perpetua, la Corte, sin dalla [sentenza n. 264 del 1974](#), ha vieppiù valorizzato il significato costituzionale delle disposizioni premiali contenute nell'ordinamento penitenziario, che, per l'appunto, incidendo sulla natura dell'ergastolo, hanno di fatto azzerato il carattere della perpetuità che connotava tale pena alle sue origini¹¹.

Si tratta, a ben vedere, di una declinazione della teoria polifunzionale della pena, che si fonda sul presupposto che la Costituzione, oltre a quella di prevenzione speciale e di rieducazione, assegna alla pena stessa una funzione general-preventiva e di difesa sociale. Rispetto a tali finalità, per il Giudice delle leggi, non è possibile stabilire «a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione»; il legislatore può far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, ciascuna funzione nei limiti della ragionevolezza, «a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata»¹².

⁷ In tal senso, Corte cost., [sent. n. 113/2020](#), ma già Corte cost., [sent. n. 235/1996](#).

⁸ In tal senso, Corte cost., [sent. n. 32/2020](#) e [n. 193/2020](#).

⁹ Recante «Modificazioni alle norme del Codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale».

¹⁰ Recante «Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà».

¹¹ Corte cost., [sent. n. 168/1994](#).

¹² Corte cost., [sent. 306/1993](#), punto 10 del *Cons. in dir.*, con richiamo alla sentenza [n. 282/1989](#).

Nel caso dell'ergastolo, la possibilità di accesso all'istituto della liberazione condizionale renderebbe ragionevole tale rapporto.

Con un'affermazione ormai divenuta *jus receptum* nella giurisprudenza costituzionale, il Giudice delle leggi ha avuto modo di chiarire che tale condizione costituisce il fattore di riequilibrio tra l'obiettivo costituzionale della risocializzazione e le esigenze di prevenzione e difesa sociale che orientano l'azione statale di contrasto al crimine¹³.

Emblematica appare, in tal senso, la [sentenza n. 161 del 1997](#), con cui la Corte, nel dichiarare illegittimo il divieto di reiterabilità della richiesta di liberazione condizionale dopo un provvedimento di revoca subito dal condannato (sancito dall'art. 177, comma 1, c.p.), osserva che detto divieto escluderebbe in modo permanente i condannati all'ergastolo dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, in contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost. Viceversa, il connotato di perpetuità dell'ergastolo non può autorizzare, sia pure dopo l'esito negativo di un periodo trascorso in liberazione condizionale, una preclusione assoluta all'ottenimento di un nuovo beneficio, naturalmente a condizione che sussista il presupposto del sicuro ravvedimento¹⁴.

La pronuncia rimarca il concetto secondo cui il precetto costituzionale che declina il principio di risocializzazione del condannato appare soddisfatto dall'estensione ai detenuti delle misure premiali che anticipano il reinserimento sociale come effetto del sicuro ravvedimento. Si staglia qui un'affermazione angolare: se la liberazione condizionale è l'unico istituto in grado di rendere non contrastante con il principio rieducativo la pena dell'ergastolo, va da sé che detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, venga totalmente preclusa la riammissione del condannato alla liberazione condizionale¹⁵.

Ciò nondimeno, allorché è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della preclusione assoluta di accesso alla liberazione condizionale per i detenuti non collaborativi, la Corte ha escluso il contrasto con il principio rieducativo della pena, valorizzando l'elemento della "scelta" del condannato nella decisione di non collaborare con la giustizia.

Nella [sentenza n. 135 del 2003](#), il Giudice delle leggi rileva come la disciplina dell'ergastolo ostativo, facendo salve le ipotesi di collaborazione impossibile, irrilevante o comunque oggettivamente inesigibile, risulti «significativamente volta ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato»¹⁶. Con la conseguenza che detta normativa, subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale a una decisione del condannato, non preclude in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio e non si pone, dunque, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27, comma 3, Cost.

A ben vedere, la tesi patrocinata dalla Corte costituzionale, per cui la mancata collaborazione si fonderebbe su una "libera" scelta del condannato, tale da far desumere la mancata rescissione dei legami con il consorzio criminale di appartenenza, non appariva condivisibile nella misura in cui trascurava la circostanza che la scelta collaborativa implicasse per il detenuto una decisione dal carattere "drammatico" che la rendeva non autenticamente libera. Segnatamente, appare evidente come il detenuto versasse nella condizione di chi deve "bilanciare" la possibilità di ottenere nuovamente la libertà con il rischio di mettere a repentaglio l'incolumità propria e dei propri affetti. Senza considerare che, talvolta, la scelta collaborativa può essere determinata da circostanze che esulano dal percorso di revisione critica raggiunto dal detenuto. La collaborazione, per esempio, può essere meramente opportunistica (stanti i vantaggi che ad essa si riconnettono); parimenti, la non collaborazione può essere determinata dalla professata innocenza del detenuto (ipotesi, questa, che non può realisticamente essere scartata), o dal timore di ritorsioni.

¹³ Cfr. Corte cost., sentt. [nn. 264/1974](#) e [274/1983](#).

¹⁴ Corte cost., [sent. n. 161/1997](#), punto 6 del *Cons. in dir.*

¹⁵ Ivi, punto 3 del *Cons. in dir.*

¹⁶ Corte cost., [sent. n. 135/2003](#), punto 4 del *Cons. in dir.*

Tale precedente giurisprudenziale, sebbene fondato su argomentazioni poco persuasive, ha costituito per lungo tempo un filtro nella giurisprudenza comune rispetto a ulteriori questioni di costituzionalità aventi a oggetto l'ergastolo ostativo¹⁷. Ciò, fin a quando, la Corte EDU, prima, e la Corte costituzionale, poi, hanno rinverdito la questione con due pronunce che hanno introdotto una «breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria»¹⁸.

Il riferimento è alla sentenza della Corte EDU, [Viola contro Italia](#), del 13 giugno 2019 e alla sentenza della Corte costituzionale [n. 253 del 2019](#).

Nel caso Viola contro Italia la Corte EDU ha dichiarato contraria alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani la normativa sull'ergastolo ostativo contenuta nell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario italiano, in relazione alla preclusione assoluta per il detenuto che non collabori con la giustizia, invitando, nel contempo, lo Stato italiano, preferibilmente per via legislativa, ad attuare una riforma organica del regime della reclusione dell'ergastolo, che garantisca la possibilità di riesame della pena.

Ad avviso della Corte di Strasburgo, infatti, la disciplina italiana sull'ergastolo ostativo si colloca in una zona intermedia tra l'ergastolo ordinario, soggetto all'applicazione dell'art. 176 c.p., e l'ergastolo che non preveda alcuna possibilità di commutazione della pena o di accesso ai benefici premiali. In particolare, tale sistema, che si fonda sul principio della «progressione trattamentale» – secondo cui la partecipazione attiva a un programma individuale di rieducazione e il decorso del tempo possono condurre al reinserimento del reo nella società –, stabilirebbe un'equazione teorica tra rifiuto di collaborare e pericolosità del condannato che altera l'equilibrio tra le diverse funzioni insite nel concetto di pena.

La finalità che orienta la disciplina italiana sull'ergastolo ostativo richiede, infatti, una prova di dissociazione dall'organizzazione criminosa che risulterebbe eccessiva nella misura in cui, chiedendo al detenuto di sostanzialmente contribuire allo smantellamento dell'organizzazione stessa, privilegia la funzione di prevenzione generale e di tutela della collettività, comportando una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena stessa.

La contrarietà alla Convenzione della presunzione di pericolosità del detenuto si fonda, dunque, sul carattere assoluto della presunzione stessa. Pur senza escludere la valenza che la collaborazione può assumere nel giudizio di pericolosità del detenuto, la Corte ha evidenziato, per un verso, la possibile equivocità della condotta del detenuto e, per l'altro, la possibile rilevanza di altri elementi, significativi in concreto per la decisione sulla concessione dei benefici penitenziari¹⁹. Il rifiuto di collaborare con la giustizia potrebbe, infatti, non essere di per sé indice univoco della pericolosità sociale del detenuto, essendo determinato, in tesi, dal timore di ritorsione della criminalità organizzata verso il reo e la propria famiglia. Viceversa, la collaborazione potrebbe essere dettata da un calcolo opportunistico e, di conseguenza, potrebbe non provare la rottura del legame con l'ambiente mafioso. Pertanto, secondo la Corte EDU, la “scelta” di collaborare o meno non è in realtà davvero libera. Il regime dell'ergastolo “ostativo”, implicando, inoltre, l'equivalenza tra rifiuto di collaborazione e presunzione assoluta di pericolosità sociale, collegherebbe quest'ultima al momento in cui il delitto è stato commesso, non tenendo conto del fatto che la personalità di un condannato non resta congelata al momento della commissione del reato, ma può evolversi nella fase di esecuzione della pena.

¹⁷ Poggiando prevalentemente su tale precedente della Corte costituzionale, ma anche sviluppando autonomi argomenti in relazione a parametri diversi dall'art. 27, comma 3, Cost., la Corte di cassazione ha più volte respinto come manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della presunzione assoluta di cui all'ergastolo ostativo (*ex plurimis*, cfr. Sez. I pen., 7-28 novembre 2012, n. 45978; Sez. I pen., 4 marzo 2014, n. 18206; Sez. I pen., 20 marzo-17 luglio 2015, n. 31203; Sez. I pen., 22 marzo-1 luglio 2016, n. 27149; Sez. I pen., 17 gennaio-16 febbraio 2017, n. 7428).

¹⁸ A. PUGIOTTO, *La versione della Consulta. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Contro gli ergastoli. Perché il carcere a vita «non è la soluzione ma il problema da risolvere»*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotta, Roma, 2021, 55.

¹⁹ [Viola c. Italia](#), 13 giugno 2019, §§ 120 ss.

Sulla scorta di tali argomenti, la Corte di Strasburgo ha affermato che le prospettive di liberazione del detenuto per un reato “ostativo” sono ristrette in modo sproporzionato, limitando eccessivamente la prospettiva della scarcerazione del reo e la possibilità di revisione della sua sentenza: con la conseguenza che l’ergastolo “ostativo” disciplinato dalla normativa italiana non può essere qualificato come comprimibile ai sensi dell’articolo 3 della Convenzione.

Con la [sentenza n. 253 del 2019](#), la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l’art. 4-*bis* ord. pen., nella parte in cui escludeva che ai detenuti per i delitti di associazione mafiosa o di “contesto mafioso” potessero essere concessi permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, allorché venissero acquisiti elementi tali da escludere sia l’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

Benché la questione fosse perimetrata al tema dei permessi premi²⁰, la Corte ha sottoposto a un rigoroso vaglio di costituzionalità la presunzione di pericolosità dell’ergastolo “ostativo”, dichiarandone illegittimo il carattere assoluto poiché irragionevole e in contrasto con la funzione rieducativa della pena. Per il Giudice delle leggi, infatti, detta presunzione non sarebbe in sé costituzionalmente illegittima, non essendo irragionevole presumere il mantenimento dei collegamenti con l’organizzazione criminale da parte del condannato non collaborante; ad essere irragionevole, tuttavia, in ragione delle «conseguenze afflittive ulteriori» poste a carico del detenuto non collaborante, per l’impossibilità di «valutare il percorso carcerario del condannato» e per l’esclusione della possibilità stessa di una «specificata e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza», sarebbe, piuttosto, la pretesa che la stessa presunzione «non possa essere vinta da prova contraria»²¹. In altri termini, per essere conforme a Costituzione, la presunzione deve essere *relativa*.

La collaborazione con la giustizia resta, dunque, la «via maestra» per ottenere i benefici penitenziari²². Il che, con ogni evidenza, sottende la volontà del Giudice delle leggi di non privare lo Stato di un simile strumento di contrasto alla criminalità organizzata. Nondimeno, la presunzione deve poter essere contraddetta «a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto»²³. Di qui, lo “slogan”, enfatizzato nel comunicato stampa, per cui un conto è premiare il detenuto che collabora, altro è punirlo ulteriormente per la mancata collaborazione.

A prescindere dalle conseguenze circa le concrete possibilità per il detenuto ostativo di accedere ai benefici premiali, detta sentenza, riprendendo un passaggio contenuto nella [sentenza n. 306 del 1993](#), nonché nella [sentenza Viola](#) della Corte EDU, getta il seme per il superamento di quella logica «militare» sposata nella [sentenza n. 135 del 2003](#).

Come autorevolmente osservato, infatti, quella pronuncia sembrava conformarsi alla logica del «nemico catturato e condannato che poteva liberarsi dalla prigionia solo passando senz’altro nelle file dell’avversario a sua volta armato (lo Stato) che lo aveva fatto prigioniero»²⁴. Al contrario, nella [sentenza n. 253 del 2019](#), la Corte rivaluta quella deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare che poneva più di un dubbio di compatibilità con il principio *nemo tenetur se detegere*, evidenziando la tragicità della scelta per il detenuto tra la propria (eventuale) libertà, che può comportare rischi per sé e per i propri affetti, e la rinuncia a essa²⁵.

In particolare, in un passaggio della pronuncia si legge che «la condotta di collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, così come il suo contrario (la

²⁰ È la stessa Corte a precisare che la questione non riguardava il c.d. ergastolo “ostativo”, non investendo la preclusione alla concessione della liberazione condizionale al condannato all’ergastolo che non collabori con la giustizia e che abbia già scontato i ventisei anni effettivi di carcere (cfr. Corte cost., [sent. n. 253/2019](#), punto 5.2. *del Cons. in dir.*).

²¹ Corte cost., [sent. n. 253/2019](#), punto 8 del *Cons. in dir.*

²² M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#), 12 dicembre 2019.

²³ Corte cost., [sent. n. 253/2019](#), punto 9 del *Cons. in dir.*

²⁴ V. ONIDA, *Prefazione*, in AA.VV., *Contro gli ergastoli*, cit., 10.

²⁵ Corte cost., [sent. n. 253/2019](#), punto 8.1. del *Cons. in dir.*

mancata collaborazione) non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento o “emenda”, secondo una lettura “correzionalistica” della rieducazione». Ciò, in quanto «la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione»²⁶.

La Corte si spinge, però, oltre, precisando che il superamento della presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora non può essere determinato «in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell’acquisizione di altri, congrui e specifici elementi». Tali elementi devono essere tali da escludere sia l’«attualità di collegamenti con la criminalità organizzata» sia «il pericolo di un loro ripristino»; e di tali elementi «grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l’onere di fare specifica allegazione», con una sostanziale inversione dell’onere probatorio in ordine alla rescissione dei rapporti con l’organizzazione criminale²⁷.

Per tale via, si introduce nel sistema un vero e proprio «regime probatorio rafforzato». La magistratura di sorveglianza, cioè, al fine di valutare il sicuro ravvedimento del detenuto, dovrà compiere le proprie valutazioni «non solo sulla base delle relazioni della pertinente autorità penitenziaria ma, altresì, delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica competente». Peraltro, ai sensi del comma 3-*bis* dell’art. 4-*bis* ord. pen., i permessi premio (come gli altri benefici) non possono essere concessi (ferma restando l’autonomia valutativa del magistrato di sorveglianza) «quando il Procuratore nazionale antimafia (oggi anche antiterrorismo) o il Procuratore distrettuale comunica, d’iniziativa o su segnalazione del competente comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica, l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata». In tali casi – ove le informazioni dei predetti organi depongano in senso negativo – «incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno»²⁸. Ciò significa, tra l’altro, che non vi può essere mai spazio per l’accesso ai permessi premio per il detenuto in regime di 4-*bis*, atteso che tale regime, per formulazione normativa, presuppone e richiede l’accertata attualità del collegamento con l’associazione criminale.

3. [L’ordinanza n. 97 del 2021](#) della Corte costituzionale.

In tale contesto si è collocata la questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione, sez. I pen., con l’ordinanza pubblicata il 18 giugno 2020, riferita, questa volta, specificamente, ai detenuti per reati di mafia e di “contesto mafioso” e (non) decisa dalla Corte costituzionale con [l’ordinanza n. 97 del 2021](#). Nel ragionamento della Cassazione, che ha censurato gli artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354, nonché l’art. 2 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modif., nella l. 12 luglio 1991, n. 203, in riferimento agli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all’ergastolo che non abbia collaborato con la giustizia, hanno assunto rilievo centrale proprio i precedenti sopra richiamati.

Ad avviso della Suprema Corte, sulla scorta di quanto affermato dalla Corte EDU nella [sentenza Viola](#) e dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 253 del 2019](#), impedire al magistrato di sorveglianza la possibilità di superare la presunzione di pericolosità assoluta, valutando in concreto ed eventualmente valorizzando situazioni di sicuro ravvedimento, avrebbe significato, nei confronti del detenuto non collaborante, trasformare la pena perpetua *de iure* in una pena perpetua anche *de facto*. Ciò, a maggior ragione laddove (come nella fattispecie concreta) la probabilità di seri e profondi

²⁶ Ivi, punto 7.3. del *Cons. in dir.*

²⁷ Ivi, punto 8.1. del *Cons. in dir.*

²⁸ *Ibidem.*

mutamenti della personalità del reo venga resa elevata dalla rilevante durata del percorso carcerario e dal lungo tempo trascorso dal fatto.

I recenti approdi della giurisprudenza nazionale e sovranazionale sono apparsi protendere verso il superamento del precedente costituito dalla [sentenza n. 135 del 2003](#), ove, come già ricordato, si era esclusa l'incostituzionalità della presunzione assoluta di pericolosità dell'ergastolano ostativo.

Difficilmente, dunque, la Corte avrebbe potuto disattendere due precedenti così ravvicinati che, in modo piuttosto netto, avevano censurato l'automatismo sotteso alla presunzione di pericolosità del detenuto non collaborativo. Non a caso, per supportare le proprie conclusioni, il Giudice delle leggi ha preso le mosse da una preliminare e dettagliatissima ricostruzione dei precedenti conferenti al caso di specie: un'autentica *summa* della giurisprudenza costituzionale e convenzionale²⁹. In particolare, le *rationes decidendi* contenute nella pronuncia sui permessi premio, in uno con taluni passaggi della [sentenza Viola](#), hanno offerto alla Corte il destro per (sostanzialmente) riaffermare l'illegittimità del carattere assoluto della presunzione di pericolosità, censurata, questa volta, anche in relazione al canone di ragionevolezza, oltre che al principio rieducativo.

Analogamente a quanto osservato in occasione della [sentenza n. 253 del 2019](#), la Corte ha ribadito che la «tensione» con i principi costituzionali consiste unicamente nel carattere assoluto della presunzione, non essendo di per sé irragionevole presumere che il condannato che non collabori con la giustizia mantenga legami vivi con l'organizzazione criminale di appartenenza: con la conseguenza che detta preclusione, per essere conforme al principio costituzionale di riducibilità dell'ergastolo, deve essere necessariamente relativa³⁰. La generalizzazione che fonda la presunzione di pericolosità, infatti, può essere contraddetta dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscano il presupposto e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza, particolarmente nel caso in cui il detenuto abbia affrontato un lungo percorso carcerario, come accade per i condannati a pena perpetua³¹.

L'incostituzionalità della preclusione assoluta di accesso alla liberazione condizionale per il detenuto che non collabori è risultata così quasi come il naturale corollario dell'illegittimità pronunciata dalla Corte nel [2019](#) in tema di permessi premi. Tant'è che la Corte ha sviluppato e, per così dire, cristallizzato le argomentazioni sottese alla giurisprudenza sui permessi premio, rimarcando la portata «drammatica» della «scelta» collaborativa, che potrebbe assumere carattere tragico laddove implichi per il detenuto una scelta tra la propria (eventuale) libertà e la rinuncia alla stessa (onde salvaguardare la sicurezza dei propri affetti), laddove potrebbe anche determinare la denuncia di terzi e persino autoincriminazioni anche per fatti non ancora giudicati (si lascia apprezzare qui il riferimento, fino ad ora omissis, al principio *nemo tenetur se detegere*). Parimenti, il Giudice delle leggi ha ribadito le considerazioni già svolte sul rilievo e sulla utilità della collaborazione, che, intesa come «libera e meditata decisione di dimostrare l'avvenuta rottura con l'ambiente criminale», mantiene di certo il proprio valore positivo, a condizione che non rimanga l'unica strada a disposizione del condannato per accedere alla liberazione condizionale³².

Del resto, all'indomani dell'arresto sui permessi premio, attenta dottrina aveva presagito un nuovo intervento caducatorio riferito al tema della liberazione condizionale, onde equiparare le due discipline: soluzione, questa, che, nell'impossibilità di estendere direttamente in via interpretativa il disposto di tale pronuncia, si sarebbe resa necessaria per supplire al prevedibile immobilismo legislativo, perdurante già dalla [sentenza Viola](#) della CEDU³³.

Senonché, nella parte finale della pronuncia si assiste a un inaspettato «colpo di freno»³⁴ rispetto al cammino verso l'incostituzionalità del regime sotteso all'ergastolo ostativo. Con un dispositivo

²⁹ Corte cost., [ord. n. 97/2021](#), punto 6 del *Cons. in dir.*

³⁰ Ivi, punto 7 del *Cons. in dir.*

³¹ *Ibidem.*

³² Corte cost., [ord. n. 97/2021](#), punto 6 del *Cons. in dir.*

³³ Cfr. M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale? Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Il fine e la fine della pena*, cit., 17 ss.

³⁴ E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021*, cit.

diacronico rispetto alla motivazione, tipico delle pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, la Corte, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», anziché pronunciare quella che appariva come una dichiarazione di incostituzionalità scontata, ha rinviato a nuovo ruolo (al 10 maggio 2022) la trattazione delle questioni sollevate, assegnando al Parlamento un «congruo termine» per affrontare la materia.

Le ragioni del rinvio a nuovo ruolo vengono motivate dalla necessità di rimettere al legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità nelle decisioni di politica criminale, il compito di «ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata», lasciando alla Corte stessa, in ultima analisi, il compito di verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte³⁵.

A tal proposito, la Corte ha rimarcato il diverso ruolo svolto nel sistema dalla liberazione condizionale rispetto ai permessi premio, determinando, l'una, il definitivo riacquisto della libertà, gli altri, una breve sospensione della carcerazione. Viene valorizzato, altresì, il carattere «apicale» della normativa sottoposta a giudizio nel quadro del contrasto alla criminalità organizzata, il cui equilibrio complessivo verrebbe messo a rischio da un intervento meramente demolitorio, con grave pregiudizio per le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva a fronte del «pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa»³⁶.

La conclusione di rimandare (provvisoriamente) al legislatore l'intervento è stata, altresì, avvalorata dal richiamo alla [sentenza Viola](#), ove la Corte EDU ha affermato che la disciplina dell'ergastolo ostativo pone «un problema strutturale», tale da richiedere che lo Stato italiano la modifichi, «di preferenza per iniziativa legislativa»³⁷.

4. Il “seguito” dell'[ordinanza n. 97 del 2021](#): osservazioni critiche.

Il legislatore ha avuto, dunque, un anno di tempo per porre rimedio a una situazione di incostituzionalità (di fatto) accertata, benché non ancora dichiarata. In difetto di tale intervento, si era pronti a scommettere su una pronuncia caducatoria del Giudice delle leggi, volta, come già verificatosi in passato, a supplire e, contestualmente, sanzionare l'inerzia parlamentare.

Come era forse purtroppo prevedibile³⁸, la riforma non è stata però approvata, sebbene questa volta, diversamente da quanto accaduto in precedenza, la discussione parlamentare abbia preso avvio pervenendo anche a uno stato avanzato, rappresentato dall'approvazione di un disegno di legge da parte della Camera trasmesso al Senato. Tale circostanza, come sopra rilevato, ha indotto il Giudice delle leggi a rinviare nuovamente la questione, concedendo al legislatore un termine (non più «congruo», ma) «contenuto» – pari a sei mesi – per consentire la prosecuzione e la conclusione dei lavori di Commissione³⁹. Ipotesi, questa, divenuta impensabile, stante lo scioglimento anticipato delle Camere avvenuto nel mese di luglio 2022.

A ben vedere, i *desiderata* della Corte si possono così evidenziare: a) tramutare (da assoluta) in relativa la preclusione di accesso alla liberazione condizionale per il detenuto non collaborativo, in conformità a un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato; b) approvare una riforma strutturale, tesa a ricercare un punto di equilibrio tra le esigenze del singolo detenuto di accedere ai benefici penitenziari e quelle di prevenzione generale e di sicurezza collettiva insite nella disciplina

³⁵ Corte cost., [ord. n. 97/2021](#), punto 11 del *Cons. in dir.*

³⁶ Ivi, punto 9 del *Cons. in dir.*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ Sia consentito rinviare a quanto già osservato in A. LOLLO, *L'ergastolo “ostativo” alla luce dell'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Rivista Critica del diritto*, 2/2021, 36 ss.

³⁹ Enfatizza l'uso di tale terminologia U. ADAMO, [È \(resterà\) due senza tre? Sull'“incostituzionalità prospettata”:](#) [criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica](#), in questa *Rivista 2022/II*, 822.

sull'ergastolo ostativo. Compito questo, invero, per nulla agevole, atteso che al legislatore è stato chiesto chiesto di ricucire una normativa (ritenuta dalla Corte stessa) a "rime non obbligate".

Ciò, in quanto, a differenza del «roboante» comunicato stampa preventivo del 15 aprile 2021, ove si leggeva «ergastolo ostativo incompatibile con la Costituzione», la decisione della Corte denota una certa «mitezza» nell'uso dei termini. È scomparso qualsiasi richiamo all'incompatibilità, sostituito dal riferimento alla «tensione» con il principio di rieducazione⁴⁰. Si coglie, in maniera neppure troppo implicita, un invito rivolto al legislatore a bilanciare il principio di risocializzazione del detenuto con le esigenze di prevenzione generale, che, segnatamente nella battaglia alla criminalità organizzata, non potrebbero essere pretermesse per garantire l'effettività di tale principio.

La Corte è sembrata prestare particolare attenzione a tale problema, nella misura in cui ha evidenziato come le ragioni della generalizzazione sottesa alla presunzione di pericolosità dell'ergastolo ostativo, lungi dall'essersi affievolite nel corso del tempo, conservino, al contrario, la loro vigenza nelle scelte di politica criminale contro il fenomeno mafioso. Con la conseguenza che la collaborazione con la giustizia potrebbe continuare a costituire il presupposto per l'accesso ai benefici premiali, a condizione, beninteso, che non ne rappresenti la *condicio sine qua non*.

Il Giudice delle leggi ha mostrato, così, di avere ben presente «il lato politico della Costituzione»⁴¹, dal momento che una decisione di accoglimento avrebbe rappresentato uno «scivolamento nelle scelte di politica criminale del Paese, un'incursione non consentita nella lotta contro le mafie, che richiede unità nazionale, inflessibilità d'azione e, soprattutto, la responsabilità di una decisione legislativa»⁴². Da qui l'invito alla collaborazione rivolto al legislatore.

Come già riferito, tuttavia, il "seguito" dell'[ordinanza n. 97 del 2021](#) si è risolto unicamente nell'approvazione da parte della Camera dei deputati (il 31 marzo 2022) di un disegno di legge, rappresentato dal testo unificato delle proposte di legge n. 1951, 3106, 3184 e 3315 (Bruno Bossio e altri), poi trasmesso al Senato⁴³. Testo che, sostituendo il comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. pen., prevede che l'accesso ai benefici premiali, ivi compresa la liberazione condizionale, possa essere concesso, *anche in assenza di collaborazione con la giustizia*, purché i condannati dimostrino «l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile. Al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa».

Di certo, qualora il suddetto disegno di legge fosse stato approvato, non si sarebbe trattato di una riforma organica, come auspicato dalla Corte costituzionale e, prima ancora, dalla Corte EDU. Il disegno di legge, a ben vedere, avrebbe tramutato in relativa la presunzione di pericolosità, riversando sul *detenuto* l'onere di allegare e dimostrare – e, correlativamente, sul *giudice* di valutare – la sussistenza di elementi specifici in grado di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, limitandosi a delimitare in negativo il compendio probatorio utilizzabile, escludendo il rilievo della regolare condotta carceraria, della partecipazione al percorso rieducativo e della semplice dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza. Indici,

⁴⁰ A. MORRONE, [Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo](#), in questa [Rivista](#) 2021/II, 388.

⁴¹ A. MORRONE, [Finale di partita](#), cit., 389.

⁴² [Ibidem](#).

⁴³ A.S. 2574.

questi, che, del resto, la Corte, nell'[ordinanza n. 97 del 2021](#), aveva considerato come non idonei a vincere la presunzione di pericolosità⁴⁴.

L'approvazione di quel testo, dunque, non avrebbe scongiurato il pericolo, paventato dalla Corte e insito nella pronuncia demolitoria, di alterare il complessivo equilibrio della disciplina sull'ergastolo. In particolare, non risultava minimamente affrontato il problema – sollevato dal Giudice delle leggi – della equiparazione, ai fini delle condizioni di accesso alla libertà condizionale, tra il condannato all'ergastolo per delitti connessi alla criminalità organizzata che non abbia collaborato con la giustizia e gli ergastolani per delitti di contesto mafioso collaboranti.

Qualche dubbio di costituzionalità avrebbe senz'altro riguardato, poi, l'eliminazione, contenuta nel disegno di legge, delle ipotesi di collaborazione impossibile dall'art. 4-*bis* ord. pen. Ciò che, probabilmente, avrebbe esposto la nuova normativa al rischio di una violazione del principio di eguaglianza, stante l'assimilazione della posizione di chi sceglie volontariamente di non collaborare con quella di chi, a causa di circostanze esterne, è impossibilitato a farlo⁴⁵.

Al di là di simili potenziali profili di costituzionalità, che in difetto dell'approvazione del testo non mette conto di ulteriormente approfondire, ciò che preme rilevare è come, allo stato attuale l'ergastolo "ostativo" continui a rappresentare un problema che attenta gravemente allo stato di salute della Carta costituzionale, considerato che si tratta di una questione che interessa il grado di effettività del diritto di libertà di migliaia di condannati⁴⁶. La domanda di ammissione alla liberazione condizionale dell'ergastolano "ostativo", infatti, non potrà essere vagliata nel merito finché la normativa sull'ergastolo "ostativo" non sarà stata modificata dal legislatore o, in ultima analisi, dichiarata incostituzionale dalla Corte. Il che, come si è avuto modo di rilevare in altra sede⁴⁷, rischia di generare un grave caso di denegata giustizia.

D'altra parte, l'intervento legislativo, per come congegnato, avrebbe consegnato al giudice del caso concreto (nella fattispecie, il magistrato di sorveglianza) la decisione circa l'effettiva rieducazione del detenuto. Effetto che, con ogni probabilità, sarebbe stato la conseguenza (anche) di una pronuncia di incostituzionalità parziale (incostituzionalità nella parte in cui la mancata collaborazione con la giustizia preclude al detenuto di superare la presunzione di pericolosità), similmente a quanto già verificatosi in tema di accesso ai permessi premi, ove il Giudice delle leggi non ha esitato a svolgere – pur con alcune riserve di una parte della dottrina⁴⁸ – una autentica funzione "paralegislativa", delineando in capo al detenuto persino un regime probatorio rafforzato per poter dimostrare l'effettiva rieducazione⁴⁹.

Segnatamente, dichiarando l'illegittimità parziale della normativa impugnata nella parte in cui introduce una presunzione assoluta di pericolosità del detenuto che non collabori con la giustizia, il Giudice delle leggi avrebbe rimesso al magistrato del caso concreto la valutazione circa la sussistenza dei presupposti per ammettere il detenuto alla liberazione condizionale.

Nel quadro descritto, non ci si può esimere dallo svolgere taluni rilievi critici alla decisione del Giudice delle leggi di rinviare nuovamente la questione sollevata dalla Corte di cassazione. Ancora una volta, la Corte ha fatto ricorso ad una tecnica decisoria che, a parere di chi scrive, diverge dal

⁴⁴ Corte cost., [ord. n. 97/2021](#), punto 9 del *Cons. in dir.*

⁴⁵ Lo evidenziava in sede di audizione presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati D. GALLIANI, *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.*, in [Sistema Penale](#), 29 novembre 2021, par. 5, paventando la non manifesta infondatezza di un'eventuale questione relativa alla disciplina risultante dalla novella. Da ultimo, cfr. altresì, su questo specifico problema, D. MARTIRE, A. R. SALERNO, *L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale](#), 4/2022, 267, che però finiscono per escludere l'irragionevolezza della previsione contenuta nel disegno di legge.

⁴⁶ Di infarto della Costituzione discorre A. PUGIOTTO, *Ergastolo, il nuovo rinvio è un infarto della Costituzione*, in [II Riformista](#), 10 giugno 2022.

⁴⁷ A. LOLLO, *L'ergastolo "ostativo" alla luce dell'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, cit., 23 ss.

⁴⁸ Cfr. M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?* cit., 17 ss., il quale rileva l'assenza delle rime obbligate nella fattispecie avente a oggetto la disciplina dei permessi premio.

⁴⁹ In senso analogo, cfr., da ultimo, A. CARDONE, E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2022, 104 ss.

modello incidentale di giustizia costituzionale e potrebbe persino mettere a rischio l'effettività del principio di rigidità costituzionale.

Si tratta, infatti, di un tipo di decisione che consente a una normativa (sostanzialmente) incostituzionale di continuare a produrre effetti, atteso che la normativa *sub judice* non viene espunta dall'ordinamento. Con la conseguenza che si espongono *medio tempore* gli imputati in casi analoghi al rischio di nuove applicazioni di un apparato sanzionatorio la cui difformità rispetto al dettato costituzionale è già stata pianamente acclarata. La qual cosa denota un modo problematico di applicare le regole che presiedono al processo costituzionale; quasi che le stesse rappresentino un elemento interno del bilanciamento di cui la Corte si serve per giungere alla propria decisione. Per questa via, inoltre, si contribuisce a fare oscillare il famoso "pendolo" verso l'anima politica, in luogo di quella giurisdizionale, della Corte, che, come da ultimo rilevato, tende in tal modo a sovrapporre il proprio ruolo con quello del legislatore, contraddicendo il principio della separazione dei poteri, che, unitamente al riconoscimento dei diritti fondamentali, è l'autentico cuore pulsante della costituzione materiale di un ordinamento di tradizioni liberali, secondo l'icastica definizione che della Costituzione si dà nel famosissimo art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789⁵⁰.

La decisione di procrastinare l'intervento demolitorio produce un'ulteriore distorsione, che incide sul modello incidentale di giustizia costituzionale. Mentre, infatti, nei precedenti in cui la Corte aveva fatto ricorso alla tecnica del rinvio a nuovo ruolo, il tempo scorreva a favore dell'imputato, che, nelle more della decisione, non rischiava di subire una condanna, nel caso che ci occupa la domanda di ammissione alla liberazione condizionale dell'ergastolano "ostativo" non potrebbe essere vagliata nel merito, con un grave nocumento alle sue possibilità di riottenere il godimento effettivo di un bene di primario rilievo come quello della libertà.

Appare, allora, evidente come il "rinvio del rinvio" amplifichi tutte queste criticità.

Anzitutto, occorre evidenziare come, alla luce di tale ultimo precedente, il termine indicato dalla Corte venga interpretato da essa stessa come ordinatorio e non perentorio. Il che si giustifica, con ogni evidenza, per la chiara ragione che il Giudice delle leggi non dispone di poteri di determinazione dei tempi della decisione parlamentare⁵¹. Circostanza, questa, che inevitabilmente rappresenterà un precedente a futura memoria nei rapporti tra Corte e Parlamento.

Altresì, la decisione di rinviare ulteriormente la questione consegna l'immagine di una Corte che si sottrae al proprio compito istituzionale, ossia quello di giudicare l'operato del legislatore. La tecnica del rinvio a nuovo ruolo, infatti, capovolge la fisiologia del sistema: la dichiarazione di incostituzionalità non dipende più da quanto il legislatore ha fatto, ma da ciò che eventualmente farà. Con la conseguenza che il *dies a quo* degli effetti dell'accertata illegittimità diviene una «variabile subordinata ai ritmi e agli esiti dei lavori parlamentari»⁵².

Si determina, per tale via, uno scarto vieppiù insistente tra l'accertamento sostanziale dell'incostituzionalità della legge e la dichiarazione di incostituzionalità che *ex art.* 136 Cost. si impone alla stessa Corte quando essa accerta l'illegittimità della legge medesima. La Corte, invece, non solo non sanziona il mancato pieno rispetto del principio di collaborazione, ma, quel che più rileva, giunge a prendere in considerazione ciò che non dovrebbe, ossia (non ciò che il Parlamento ha fatto ma) ciò che il Parlamento farà⁵³.

D'altra parte, prescindendo dallo scioglimento anticipato delle Camere, non si sarebbe, comunque, potuto escludere *a priori* che al "rinvio del rinvio" avrebbe potuto far seguito un ulteriore rinvio, laddove il Parlamento alla successiva seduta avesse dimostrato di avere ripreso nuovamente (senza concluderli) i lavori. E, allora, qualora allo scadere della proroga non si fosse ancora concluso il procedimento legislativo, anche solo per la votazione finale (e, quindi, per la firma del Presidente della Repubblica che peraltro potrebbe anche rinviare la deliberazione alle Camere), ovvero per un

⁵⁰ Cfr. A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Diritti Comparati*, 2/2022, 566.

⁵¹ Cfr. M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, cit., 8; U. ADAMO, *È (resterà) due senza tre?*, cit., 823.

⁵² A. PUGIOTTO, *Ergastolo, il nuovo rinvio è un infarto della Costituzione*, cit.

⁵³ U. ADAMO, *È (resterà) due senza tre?*, cit., 824.

aggravio dell'*iter* dei lavori, si sarebbe dovuto mettere in conto l'ipotesi di un ulteriore rinvio da parte della Corte per le stesse ragioni di cui all'ordinanza in commento (eminentemente, esigenze di collaborazione istituzionale). Il che avrebbe "stressato" oltremodo le criticità sottese alla tecnica dell'ordinanza di rinvio a nuovo ruolo.

A ogni modo, nell'ipotesi per cui il Parlamento avesse concluso i lavori e il Capo dello Stato avesse promulgato la legge, la scelta "obbligata" sarebbe stata per la Corte la restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*, al fine di chiedere al giudice rimettente di valutare nuovamente la questione. Con la conseguenza che, in ogni caso, la Corte non sarebbe stata in grado di decidere, se non laddove il giudice *a quo* avesse sollevato nuovamente la questione. Nelle more, dunque, il Giudice delle leggi sarebbe stato costretto ad ulteriori indugi nel rendere quella giustizia costituzionale che gli si confà per sistema.

In ogni caso, lo scioglimento anticipato delle Camere ha costituito un avvenimento imprevisto e non prevedibile da parte della Corte, che ha prodotto *in re ipsa* la mancata collaborazione tanto a lungo ricercata.