

### La Corte costituzionale e l'ergastolo ostativo: finale di partita?

1. Dopo le ordinanze n. 97 del 2021 e n. 122 del 2022 di rinvio della trattazione a data fissa (1), la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 227 dell'8 novembre 2022, depositata il 10 novembre 2022, chiude in via provvisoria il giudizio di legittimità costituzionale della disciplina del c.d. ergastolo ostativo, restituendo gli atti al giudice remittente (2) a seguito della sopravvenuta entrata in vigore del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 (3).

Spetta, quindi, alla Corte di cassazione (4) verificare sia l'influenza dello *ius superveniens* (5) sulla rilevanza delle questioni sollevate, sia procedere ad una nuova valutazione della loro non manifesta infondatezza, atteso che «le nuove disposizioni (...) incidono immediatamente e direttamente sulle norme

(1) Ordinanza n. 97 dell'11 maggio 2021, con nota di A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in questa *Rivista* 2021, 1169 ss., e ordinanza n. 122 del 13 maggio 2022, *ivi* 2022, 1350 ss., con nota di F. SIRACUSANO, *Un ulteriore rinvio "aspettando Godot": l'intollerabile sopravvivenza dell'ergastolo ostativo*. Con tali ordinanze i giudici costituzionali non avevano dichiarato l'incostituzionalità della normativa scrutinata, ma, per «esigenze di collaborazione istituzionale», avevano rimesso al legislatore il compito di rimuovere la mancata collaborazione quale condizione ostativa alla liberazione condizionale.

(2) Ordinanza di rimessione della Cass., sez. I, n. 18518 del 18 giugno 2020, pubblicata in G.U. 19 agosto 2020, n. 34, ed iscritta al n. 100 del registro ordinanze della Corte costituzionale. Su tale ordinanza, M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale? Relazione introduttiva*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, Atti del seminario di Ferrara, 25 settembre 2020, in *Forum Quad. cost.*, *Rassegna* n. 4/2020, 1 ss.

(3) D.l. 31 ottobre 2022, n. 162 (Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del d.l. 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali), pubblicato nella G.U. n. 255 in pari data, convertito, con modificazioni, nella l. 30 dicembre 2022, n. 199, pubblicata nella G.U. n. 304 in pari data, e, quindi, successivamente all'ordinanza in esame. Per le critiche a tale normativa, F. FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, in *Guida dir.* n. 15/2022, 25 ss.; D. GALLIANI, *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. pen.*, ed E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *Sistema penale*, rispettivamente il 29 novembre 2021 e 7 novembre 2022.

(4) La Cassazione, anziché investire *ex novo* la Corte costituzionale della q.l.c. relativa allo *ius novum*, con ordinanza dell'8 marzo 2023 ha disposto il rinvio al Tribunale di sorveglianza affinché, alla luce della nuova disciplina, valuti, con accertamenti di merito preclusi al giudice di legittimità, la sussistenza dei presupposti ora richiesti dalla legge per la concessione dei benefici penitenziari ai detenuti per reati c.d. ostativi non collaboranti.

(5) Per A. RUGGIERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2022, 177-178, trattasi di *ius superveniens* di tipo legislativo, idoneo a rimettere in discussione la rilevanza della q.l.c., laddove vi sia una modifica puntuale dell'atto normativo scrutinato. V. altresì C. NAPOLI, *La restituzione degli atti al giudice a quo*, in AA. Vv., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processi costituzionali (1987-2019)*. A Roberto Romboli dai suoi allievi, Torino 2020, 171 ss.

oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, trasformando da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità che impedisce la concessione dei benefici e delle misure alternative a favore di tutti i condannati (anche all'ergastolo) per reati cosiddetti "ostativi", che non hanno collaborato con la giustizia» (6).

Nella specie, il giudizio principale traeva origine da un ricorso per cassazione, proposto avverso un'ordinanza del Tribunale di sorveglianza de l'Aquila, che aveva dichiarato inammissibile — per difetto di collaborazione — l'istanza di liberazione condizionale presentata da un condannato all'ergastolo riconosciuto colpevole di omicidio volontario aggravato dalla finalità mafiosa (7).

La Corte costituzionale era stata chiamata a giudicare la legittimità della normativa, che non consente al condannato all'ergastolo ostativo per associazione o agevolazione mafiosa, non collaborante con la giustizia, l'ammissione al beneficio della liberazione condizionale, nonostante abbia già scontato ventisei anni di carcere anche grazie a provvedimenti di liberazione anticipata: e ciò in forza di una presunzione assoluta di mancata rescissione dei legami con la criminalità organizzata, superabile solo per effetto della collaborazione stessa (8).

2. Il *thema decidendum* della q.l.c. era, quindi, la natura assoluta della presunzione di pericolosità del condannato per mafia non collaborante, che preclude l'accesso alla libertà condizionale e, sullo sfondo, il contrasto insanabile tra l'ergastolo c.d. ostativo (9), ossia la pena perpetua, e le finalità

(6) Così nel comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte dell'8 novembre 2022, emanato al termine della camera di consiglio.

(7) Nel ricorso in cassazione si lamentava l'illegittimità dell'impugnato diniego di accesso ai benefici, non avendo il Tribunale di sorveglianza considerato le sopravvenute indicazioni della giurisprudenza sovranazionale, «secondo cui il difetto di collaborazione non può essere elevato ad indice invincibile di pericolosità sociale».

(8) La Corte di cassazione aveva sollevato, con riferimento agli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost., questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis, comma 1, e 58-ter della l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché dell'art. 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), convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991, n. 203, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia. Quando si tratti di delitti ostativi ex art. 4 ord. penit., infatti, la liberazione condizionale può essere concessa a condizione che si accerti la collaborazione o l'impossibilità/inesigibilità della stessa.

(9) L'ergastolo ostativo è frutto della c.d. legislazione d'emergenza conseguente alle stragi di mafia degli anni '90, nell'ottica del contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Infatti, l'art. 4-bis ord. penit. fu introdotto con il d.l. n. 152/1991, convertito nella l. n. 203/1991. A seguito della strage di Capaci, tale disposizione venne inasprita, con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, dopo l'attentato al giudice Borsellino, in l. 7 agosto 1992, n. 356, attraverso l'inserimento

rieducative della pena, costituzionalmente imposte dall'art. 27, comma 3, Cost.

Tutto nasce dalla nota sentenza della Corte EDU *Viola c. Italia* (10), secondo cui l'ergastolo è pena convenzionalmente tollerabile solo se il legislatore interno preveda che la pena perpetua sia *de jure et de facto* riducibile (11), ossia offra una prospettiva di liberazione ed una possibilità di riesame (12).

Nel medesimo solco si era inserita Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253 (13), che dichiarava l'illegittimità costituzionale del divieto di accordare permessi-premio, in caso di condanna alla pena dell'ergastolo per reati c.d. ostativi, evidenziando la necessità che il giudice, superando la presunzione, potesse in concreto valutare situazioni di sicuro ravvedimento, eventual-

del requisito della collaborazione quale *condicio sine qua non* della possibilità di godere di determinati benefici penitenziari (art. 58-ter ord. penit.). L'assenza di tale collaborazione o, *rectius*, la scelta di non collaborare viene ritenuta indicativa del persistente legame tra il condannato e l'organizzazione criminale di provenienza, a nulla rilevando il percorso rieducativo eventualmente compiuto dal reo.

(10) Corte Edu, I sezione, sentenza 13 giugno 2019, *Viola c/ Italia* (n. 2), (ricorso n. 77633/16), divenuta definitiva il 5 ottobre 2019: la normativa italiana, che condiziona l'accesso alla liberazione condizionale alla collaborazione dell'interessato con l'autorità giudiziaria, prevedendo una presunzione assoluta di perdurante pericolosità derivante dall'assenza di tale collaborazione, priva il detenuto di qualsiasi realistica possibilità di liberazione. Costui, infatti, «si trova nell'impossibilità di dimostrare che non sussiste più alcun motivo legittimo in ordine alla pena che giustifichi il suo mantenimento in detenzione, e (...) pertanto tale mantenimento è contrario all'articolo 3 della Convenzione, in quanto, mantenendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale, (...) riconduce in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna» (par. 128). In precedenza, la Corte si era pronunciata esclusivamente sulla compatibilità dell'ergastolo comune (casi *Scoppola c/ Italia*, 8 settembre 2005, e *Garagin c/Italia*, 29 aprile 2008), ritenendolo compatibile con l'art. 3 CEDU in quanto, essendovi una prospettiva concreta di liberazione, il mantenimento in carcere, anche per lungo periodo, non costituisce un trattamento inumano e degradante. In proposito si rinvia ad AA.VV., *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, (a cura di) G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Atti del seminario di Ferrara del 27 settembre 2019, in *Forum di Quaderni costituzionali*, *Rassegna* n. 10/2019.

(11) Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c/Regno Unito* (ricorso n. 66069/09), nonché 26 aprile 2016, *Murray c/ Paesi Bassi*, (ricorso 10511/10) e 17 gennaio 2017, *Hutchinson c/Regno Unito*, (ricorso 57592/08), che escludono il contrasto con l'art. 3 CEDU di una pena perpetua solo se riducibile *de jure et de facto*.

(12) Peraltro, già Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, in questa *Rivista* 1993, 2466 ss., pur affermando la legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo, riteneva che la scelta di «inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena» (punto 11 del *Cons. dir.*).

(13) Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, in questa *Rivista* 2019, 3103 ss., con nota di M. MICETTI, *L'accesso ai permessi premio tra finalità rieducativa della pena ed esigenze di politica criminale*, e A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, *ivi* 3321 ss.

mente probanti la rescissione dei legami con le associazioni malavitose, a prescindere dalla mancata collaborazione del detenuto (14).

Sebbene la decisione fosse perimetrata ai soli permessi-premio, la Corte delle leggi trovava modo di osservare che «(n)on è(ra) la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima», dato che non è «irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e possa essere vinta da prova contraria» (15).

In breve, la Corte apriva una breccia nel muro della «ostatività» per l'accesso ai soli permessi-premio, tramutando la presunzione di permanenza della pericolosità sociale da assoluta in relativa. Per gli altri benefici penitenziari, invece, restava ferma la necessità della collaborazione, operando, in caso contrario, la totale preclusione legislativa (16).

Dopodiché, la Corte, con l'ordinanza n. 97 del 2021, adottata con la tecnica dell'illegittimità «prospettata» (17) o «differita» (18), ribadiva che la collaborazione del condannato non poteva considerarsi l'unico elemento di

(14) V. anche Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263, con nota di M. G. COPPETTA, *Incostituzionale il regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari ai minorenni: un epilogo annunciato*, in questa *Rivista* 2019, 3200 ss., che dichiara illegittima l'estensione ai minorenni dell'art. 4-bis, comma 1 e 1-bis, ai fini della concessione delle misure penali di comunità, dei permessi-premio e per l'assegnazione al lavoro esterno.

(15) Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, punto 8 del *Cons. dir.*

(16) A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Studium Iuris* n. 4/2020, 3.

(17) Come inizialmente definita da G. LATTANZI, *Relazione del Presidente sull'attività svolta nell'anno 2018*, Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019, definizione ripresa poi da G. CORAGGIO, *L'attività della Corte costituzionale nel 2020, Relazione del Presidente*, 13 maggio 2021.

(18) Trattasi della tecnica già adottata a proposito dello scrutinio di costituzionalità del c.d. aiuto al suicidio (ord. n. 207/2018 sul caso Cappato) e della pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa (ord. n. 132/2020), ma, diversamente dal caso in esame, la Corte, avendo il Parlamento disatteso in tali casi i moniti ricevuti, in occasione della ripresa del processo costituzionale, ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina censurata. Su tale discussa tecnica decisoria, elaborata sul modello della giurisprudenza costituzionale tedesca ed austriaca, v. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.* 19 novembre 2018; A. ANZON DEMMIG, *Un nuovo tipo di decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, in questa *Rivista* 2018, 2459 ss.; U. ADAMO, *La Corte 'attendista'... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*, in *Forum Quad. cost.*, 23 novembre 2018; L. BUSATTA, *Il caso Cappato e la Corte costituzionale: un'incostituzionalità accertata ma non dichiarata?*, in *Riv. it. cur. pall.* n. 4/2018, 233; R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.* n. 1/2022, 43 ss.; 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 *Foro it.* n. 9/2020, 2565 ss.; V. MARCONÒ, *Una tecnica controversa: l'ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in questa *Rivista* 2022, 497 ss., e, occorrendo, E. FURNO, *Il "caso Cappato: le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale"*, in *Rivista aic* n. 2/2019, 13 maggio 2019.

dimostrazione dell'avvenuta rottura con il sodalizio criminale, occorrendo invece «l'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi, tali da escludere, sia l'attualità di suoi (dell'ergastolano non collaborante) collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino» (19). Trattandosi di «tipiche scelte di politica criminale» (20), la Corte concedeva al legislatore dodici mesi di tempo per la ricerca di un punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo (21).

In tal modo i giudici costituzionali sottolineavano il ruolo della libertà condizionale, quale unico istituto in grado di conciliare la pena dell'ergastolo, di cui all'art. 22 c.p., con il principio di risocializzazione del condannato, presidiato dall'art. 27, comma 3, Cost., manifestando la necessità di superare l'assolutezza della preclusione anche per l'accesso alla liberazione condizionale.

Con la successiva ordinanza n. 122/2022 la Corte, rilevata l'approvazione da parte della Camera dei deputati di un testo modificativo del regime di ostatività penitenziaria, in corso di discussione al Senato della Repubblica, all'udienza pubblica del 10 maggio 2022 rinviava nuovamente la decisione di altri sei mesi (22), per consentire al Parlamento di completare i propri lavori.

3. La risposta del Parlamento al monito della Corte si concretizzava in una proposta di legge (23), non portata a compimento a seguito dello scioglimento anticipato delle Camere (24), conseguente alle dimissioni del governo presieduto dal Premier Mario Draghi.

Senonché, in data 31 ottobre 2022 il Governo riesumava il d.d.l. 2574 e lo riproponeva sotto forma di decreto legge, allo scopo di evitare la declaratoria di incostituzionalità della disciplina dell'ergastolo ostativo.

Con l'ordinanza in esame, la Consulta, anziché trasferire il giudizio dalla

(19) Punto n. 9 del *Cons. dir.* dell'ord. n. 97/2021.

(20) *Ibidem.*

(21) Con l'ordinanza interlocutoria n. 97/2021 la Corte, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», auspicava l'intervento del Parlamento, cui concedeva, in un'ottica di «collaborazione istituzionale», un congruo tempo per affrontare la materia. Il potere di gestione del calendario e, quindi, anche di rinvio è previsto dall'art. 26 della l. 11 marzo 1953, n. 87, e dagli artt. 9 e 10 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

(22) Con l'ord. n. 122/2022 i giudici costituzionali disponevano un nuovo rinvio all'udienza dell'8 novembre 2022, motivando la propria scelta con lo «stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge», siccome a quella data approvata dalla sola Camera dei Deputati e trasmessa al Senato per il prosieguo.

(23) Disegno di legge A.C. 1951-3106-3184-3315-A, frutto dell'unificazione di quattro diverse proposte di legge parlamentari, presentate tra il 2019 e il 2021, approvato alla Camera il 31 marzo 2022 e trasmesso al Senato il 1° aprile 2022 (A.S. 2574), recante «Modifiche alla l. 26 luglio 1975, n. 354, al d. l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, e alla l. 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia».

(24) D.P.R. 21 luglio 2022, n. 97.

vecchia alla nuova disciplina (25), opta per la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* affinché riesaminino, alla luce delle intervenute modifiche normative, i presupposti dell'incidente di costituzionalità (26), «anche all'esito del procedimento di conversione del decreto-legge» (27), in concreto avvenuto in data 30 dicembre 2022 (28).

All'uopo la Corte costituzionale richiama la precedente ordinanza n. 97 del 2021 (29) e con essa alcune delle *rationes decidendi* poste a base della sentenza n. 253 del 2019, ricordando che «la presunzione di pericolosità gravante sul condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso che non collabora con la giustizia non è, di per sé, in tensione con i parametri costituzionali evocati dal rimettente, perché non è affatto irragionevole presumere che costui mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza» (30).

Secondo i giudici costituzionali, «tuttavia, la collaborazione non può essere considerata l'unica strada a disposizione del condannato a pena perpetua per accedere alla valutazione da cui dipende, decisamente, la sua restituzione alla libertà, perché è sempre necessario (...) che la presunzione in esame diventi relativa e possa essere vinta da prova contraria, valutabile dal tribunale di sorveglianza» (31).

A detta della Consulta, la nuova disciplina «trasforma da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità ostativa alla concessione dei benefici e

(25) In ambito referendario, la Corte, a partire dalla sent. n. 68/1978, è solita vagliare il carattere «sostanziale» delle novità normative incidenti su leggi sottoposte a quesiti referendari, di modo che, in caso di *ius novum* meramente riproduttivo della preesistente «sostanza normativa», la consultazione referendaria si trasferisca sulla «nuova» disciplina legislativa. L'estendibilità della cognizione della Corte a norme diverse da quelle ad essa denunciate è prevista in via consequenziale dall'art. 27, comma 2, della l. n. 87/1953.

(26) In proposito, una risalente Corte cost., 23 luglio 1980, n. 122, in questa *Rivista* 1980, 1080, precisava che la prassi della restituzione degli atti per riesame della rilevanza, nell'ipotesi di modifica della situazione di diritto, è valida «soltanto nel caso in cui la nuova legge comporti una diversità di disciplina rispetto a quella inizialmente impugnata, almeno per quanto riguarda i punti sottoposti a giudizio di legittimità».

(27) Così *ad finem* dell'ord. n. 227/2022.

(28) L. 30 dicembre 2022, n. 199.

(29) Su cui, *ex multis*, M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale, in Sistema penale* 28 febbraio 2022; M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2021, 1 ss.; D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giustizia insieme*, 20 maggio 2021; E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021, e F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *Quest. giust.* 27 maggio 2021; A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Consulta Online* 2/2021 463 ss.

(30) Così l'ord. n. 227/2022.

(31) *Ibidem*.

delle misure alternative in favore dei detenuti non collaboranti, che vengono ora ammessi alla possibilità di farne istanza, sebbene in presenza di stringenti e concomitanti condizioni» (32).

Tale modifica, in quanto «incide(nte) immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di remissione» (33), giustifica, per i giudici costituzionali, la restituzione degli atti per *ius superveniens* nel giudizio *a quo*.

Senonché, la riforma legislativa, a parte l'ampliamento del catalogo dei reati ostativi (34), stabilisce, da un lato, non essere sufficiente la «regolare condotta carceraria e (la) partecipazione del detenuto al percorso rieducativo», dall'altro, richiede l'allegazione di «elementi specifici, diversi e ulteriori», tali da dimostrare l'avvenuta rescissione dei legami con la criminalità organizzata e l'insussistenza del pericolo di riallacciare i rapporti con tale contesto (35).

In disparte l'anomalia di un decreto legge adottato in via di urgenza *in subiecta materia* (36), non si può tacere che la riforma, pur aprendo alla possibilità di provare in concreto l'avvenuto ravvedimento del condannato nonostante la mancata collaborazione, risulta essere peggiorativa della disciplina già censurata dalla Corte costituzionale, introducendo nuovi ed ulteriori ostacoli all'accesso ai benefici di legge da parte dello stesso detenuto, per cui permangono i dubbi di costituzionalità (37).

(32) *Ibidem*.

(33) Così *ad finem* dell'ordinanza n. 227/2022.

(34) Art.1, comma 1, lett. a), n. 1 del d.l. n. 162/2022. Su tale normativa, R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, nonché M. MERLINO, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, rispettivamente in *Quest. giust.* 2 novembre 2022 e 26 gennaio 2023.

(35) In particolare, l'art. 1, comma 1-bis.1, stabilisce che i benefici possano essere concessi ai condannati non collaboranti purché «dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento» e che debbano essere allegati «elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, con il contesto nel quale il reato è stato commesso, 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».

(36) In realtà, le ragioni di necessità e d'urgenza dell'adozione in materia di un decreto legge erano dettate dalla volontà del governo, presieduto dall'on. Meloni, di salvare l'ergastolo ostativo dalla preannunziata dichiarazione di incostituzionalità da parte della Consulta.

(37) La riforma legislativa, in una agli elementi sopra indicati, prevede requisiti più stringenti per l'accesso al beneficio della liberazione condizionale: l'art. 2, lett. b) del d.l. n. 162/2022 prevede che, nel caso di condanna all'ergastolo, il reo deve aver già espiato almeno trent'anni di pena, in luogo dei precedenti ventisei anni, e la durata della libertà vigilata viene elevata a dieci anni, in luogo dei cinque anni prima previsti. Sugli aspetti critici della riforma, E. SANTORO, *L'eliminazione apparente dell'ergastolo ostativo: un commento a prima lettura del decreto-legge n. 162 del 2022*, in

In altri termini, il meccanismo preclusivo, formalmente ridimensionato da assoluto in relativo, risulta peggiorativo della posizione del condannato, imponendogli un regime probatorio rafforzato per accertare l'inesistenza di collegamenti con le organizzazioni criminali. Con il rischio di passare dalla presunzione assoluta di pericolosità sociale alla prova impossibile di non pericolosità (38).

Nel caso in esame, la Corte, con la restituzione degli atti al giudice comune in ordine all'incidenza dello *ius superveniens* nel giudizio in via principale, non solo omette la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo, peraltro già prefigurata dalla stessa Corte, ma rischia di realizzare una denegata giustizia costituzionale (39), abdicando alla propria funzione contromaggioritaria (40).

Si passa in tal modo dalla prospettata (ma non dichiarata) incostituzionalità della preclusione (all'accesso) ai benefici, per l'irragionevolezza della natura assoluta della presunzione di irrecuperabilità sociale del condannato non collaborante con la giustizia, alla reintroduzione da parte del legislatore di un meccanismo ostativo di tali benefici, che modifica *in malam partem* la previgente normativa.

L'accoglimento dell'incidente di costituzionalità, invece, non avrebbe implicato «di per sé, una risposta positiva alla domanda di accesso al beneficio» (41), ma, modificando la disciplina applicabile, avrebbe consentito al Tribunale di sorveglianza di esaminare nel merito tale domanda, ed al condannato di usufruire dell'istituto della libertà condizionale.

Il destino dell'ergastolo ostativo, che sembrava segnato dopo l'ordinanza n. 97/2021, sembra dissolversi in un nulla di fatto, stante le caratteristiche della riforma legislativa, peraltro adottata con l'abusata tecnica della decretazione d'urgenza.

Il legislatore, pur formalmente aderendo ai rilievi della Corte costituzionale mediante la trasformazione della presunzione di irrecuperabilità sociale del condannato non collaborante da assoluta in relativa, rifiuta, per esigenze ideologiche di politica criminale, di offrire al condannato, che ha

*Forum Quad. cost.* n. 4/2022, nonché A. LOLLO, *Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'ergastolo "ostativo"*, in *Consulta online* 12 ottobre 2022.

(38) R. DE VITO, *op. cit.*, 3.

(39) G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.* 13 novembre 2020, 1 ss., nonché A. RUGGERI, *La tutela delle situazioni soggettive tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici* Milano 2004, 365.

(40) Tanto più che la stessa Corte, nelle ultime righe dell'ord. n. 97/2021, aveva testualmente dichiarato: «Spetta in primo luogo al legislatore, infatti, 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; mentre compito di questa Corte sarà quello di verificare ex post la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte».

(41) Ord. n. 97/2021, al punto 1 del *Cons. dir.*

ripudiato le pregresse scelte di vita, il diritto alla speranza in un reinserimento sociale (42).

Le attese della dottrina (43) risultano così frustrate da un legislatore più preoccupato di disinnescare la mina vagante dell'ostatività penitenziaria, che teso al superamento del carcere a vita.

Prendendo a prestito le parole del prof. N. Zanon (44), la preclusione legislativa, seppur relativizzata, modifica *in peius* il trattamento penitenziario per il non collaborante, finendo «col configurarsi, dunque, come un'afflizione ulteriore» (45), in contrasto non solo con la funzione risocializzante della pena, ma anche con la sua funzione retributiva.

ERIK FURNO

#### ABSTRACT

L'autore esamina criticamente l'ordinanza n. 227/2022 della Corte costituzionale, che, in tema di ergastolo ostativo, restituisce gli atti, alla luce dello *ius superveniens*, al giudice *a quo*, arrestando in concreto il percorso di progressiva erosione dei meccanismi preclusivi all'accesso dei benefici penitenziari.

*The author examines critically the Order No. 227/2022 of the Constitutional Court, that returns the acts to the judge a quo with respect to ius superveniens on the subject of non-reducible life imprisonment.*

(42) V. in proposito E. FASSONE, *L'ergastolo e il diritto alla speranza*, in *Quest. giust.* 24 febbraio 2020, nonché A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria*, in *AA.VV., Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino 2020, 129 ss.

(43) A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo al capolinea? Una mappa per orientarsi, in attesa della sentenza costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2021, 139 ss.; *Id.*, *Troppo o non abbastanza? L'ord. n. 97/2021 e l'incostituzionalità virtuale dell'ergastolo senza scampo*, *ivi*, 2021, 1015 ss.; C. MONACO, *L'ergastolo ostativo nel dialogo fra le Corti. Aspettando il giudice delle leggi*, in *Arch. pen.* n. 1/2021.

(44) Peraltro relatore e redattore sia dell'ord. n. 97/2021, che dell'ord. n. 227/2022.

(45) Così il Prof. N. ZANON, *Il lavoro della Corte nell'elaborazione e nella scrittura della sentenza n. 253 del 2019*, in S. GRIECO, S. SCALIA (a cura di), *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?*, Cassino 2020, 116-117.

#### Leale collaborazione versus divisione dei poteri: cronaca di un cortocircuito costituzionale.

1. Con la pronuncia processuale in commento la Corte costituzionale ha definito il giudizio relativo alle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione, prima sezione penale, nella complessa materia del c.d. ergastolo ostativo. Nel corso del processo, adottando dap-