

# L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea

## *Life Imprisonment in the Contemporary Enforcement of Criminal Sentences*

STEFANO MARCOLINI

*Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università dell'Insubria  
stefano.marcolini@uninsubria.it*

ERGASTOLO, CORTE EDU, MISURE ALTERNATIVE,  
LIBERAZIONE CONDIZIONALE, ERGASTOLO C.D. OSTATIVO

LIFE IMPRISONMENT, EUROPEAN COURT OF HUMAN  
RIGHTS, MEASURES AS AN ALTERNATIVE TO PRISON,  
PAROLE, "NO ESCAPE" LIFE IMPRISONMENT

---

---

### ABSTRACT

Il lavoro costituisce una presentazione critica del volto attuale dell'ergastolo italiano e delle misure che operano nella fase di esecuzione della pena, grazie alle quali è possibile dichiararne la conformità alla Costituzione italiana ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

The work constitutes a critical presentation of the current face of Italian life imprisonment and of the measures operating in the phase of the enforcement of sentences which allow to declare its conformity with the Italian Constitution and the European Convention on Human Rights.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il “*right to hope*” europeo e la posizione della giurisprudenza italiana. – 3. La progressività del trattamento penitenziario. – 4. Ergastolo e liberazione anticipata. – 5. Ergastolo e permessi premio. – 6. Ergastolo e lavoro esterno. – 7. Ergastolo e semilibertà. – 8. Ergastolo e liberazione condizionale. – 9. Il problema dell’ergastolo ostativo. – 10. Conclusioni.

## 1. Premessa.

Il sistema sanzionatorio italiano è attualmente percorso da un notevole fermento rinnovatore.

Come noto, la legge 28 aprile 2014, n. 67, conteneva all’art. 1 una “Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie”, ed all’art. 2 una “Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria”, ambedue peraltro non esercitate compiutamente, avendo portato unicamente alla minimale introduzione del nuovo istituto della tenuità del fatto nel codice penale: sulla base dell’art. 1, comma 1, lett. m) della citata legge n. 67 del 2014 è stato come noto emanato il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, cui si deve l’art. 131-*bis* c.p., che ha strutturato la tenuità del fatto come causa di non punibilità.

Venendo alle più recenti novità, la legge 23 giugno 2017, n. 103, c.d. Legge Orlando, contiene una ampia delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario sia per i minori sia per i maggiorenni (art. 1, commi 82, 83 ed 85).

Sempre dal punto di vista normativo, abolita la pena di morte anche per il tempo di guerra (art. 27, comma 4 Cost., come modificato dalla legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1), l’ergastolo resta ad ogni effetto giuridico come la “pena massima prevista” dal codice penale nonché dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra.

La sua descrizione è contenuta all’art. 22 c.p., e la Corte costituzionale con sentenza n. 168 del 1994 ne ha escluso l’applicazione al minore imputabile; inoltre, secondo l’art. 157, comma 8 c.p., i reati puniti con la pena dell’ergastolo (anche quando questa sia prevista come effetto di una aggravante) sono imprescrittibili.

Poiché lo Stato italiano non è l’unico, nel panorama internazionale, a prevedere nel proprio sistema sanzionatorio l’ergastolo, utili spunti di riflessione possono innanzitutto provenire dalla giurisprudenza sovranazionale in materia, in particolar modo da quella della Corte EDU.

## 2. Il “*right to hope*” europeo e la posizione della giurisprudenza italiana.

La giurisprudenza della Corte EDU si è formata intorno al parametro convenzionale costituito, più che dall’art. 5, dall’art. 3 CEDU, che i cultori del diritto penitenziario conoscono per essere il parametro invocato anche in tema di sovraffollamento carcerario<sup>1</sup>.

L’idea portante — e pragmatica — della giurisprudenza di Strasburgo è che non vi possano essere situazioni in cui “si buttino le chiavi”: la catena perpetua non è conforme alla CEDU se l’ordinamento statale non offre una seria possibilità, entro un lasso di tempo ragionevole, di sostituirla con una misura alternativa che consenta al condannato la fuoriuscita dal carcere, cioè dal paradigma classico di esecuzione penale intramuraria. L’espressione impiegata è appunto quella di diritto alla speranza (*right to hope*)<sup>2</sup>.

Tale possibilità di uscita deve essere prevedibile e conoscibile sin dall’ingresso in istituto, in modo da orientare verso modelli positivi e virtuosi il comportamento del soggetto all’interno del carcere.

<sup>1</sup> Nei confronti dell’Italia con la nota sentenza pilota nel caso Torreggiani: Corte EDU, sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani ed altri c. Italia*. Si tenga presente che, successivamente, anche Belgio, Bulgaria ed Ungheria hanno subito analoghe condanne pilota: cfr. V. MANCA, *L’Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in *Dir. pen. cont.*, 1 aprile 2015.

<sup>2</sup> Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*; Id., Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*; Id., Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter ed altri c. Regno Unito*. L’espressione “diritto alla speranza” si fa risalire alla *concurring opinion* del giudice Ann Power – Forde proprio all’ultima delle tre sentenze citate. Si veda anche D. RANALLI, *L’ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo tra astratto “diritto alla speranza” e concreto accesso alla liberazione condizionale*, in *Rass. penit. e criminologica*, 2015, 289 ss.

La giurisprudenza nazionale di legittimità, anche di recente, ha ribadito la costituzionalità della pena perpetua, come configurata dal legislatore.

Sul versante interno, con una pronunzia del 2016, in particolare, la Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 c.p., in riferimento all'art. 27 Cost., perché la pena dell'ergastolo, a seguito dell'entrata in vigore della legge di ordinamento penitenziario n. 354 del 1975 (di seguito, ord. pen.), ha cessato di essere una pena perpetua e quindi non può dirsi contraria al senso di umanità, essendo non incompatibile con la grazia e con la possibilità di un reinserimento incondizionato del condannato nella società libera<sup>3</sup>. Con la stessa pronunzia, la Cassazione dimostra inoltre la conoscenza della giurisprudenza della Corte EDU cui si è fatto appena sopra riferimento, giungendo anche ad affermare la compatibilità dell'ergastolo italiano con l'art. 3 CEDU, considerando che la legislazione nazionale italiana consente al soggetto adulto la possibilità di riesame della pena perpetua inflitta per commutarla, sospenderla, porvi fine o accordare la liberazione anticipata.

In altra precedente sentenza del 2015 il percorso motivazionale è a un dipresso il medesimo, con espressa dichiarazione di conformità della disciplina dell'ergastolo con l'art. 3 CEDU per il tramite della fonte interposta, rappresentata dall'art. 117 Cost., anche in ragione della connotazione polifunzionale della pena e, ancora una volta, dell'esistenza di una disciplina normativa che consente di escludere in concreto la sua perpetuità<sup>4</sup>.

Sono note le critiche, su questo terreno, mosse dalla dottrina<sup>5</sup>: per effetto della possibile applicazione di una serie di benefici, l'ergastolo non sarà più perpetuo *in executivis*, ma lo resta ancora a livello di comminatoria edittale. Il legislatore, in altri termini, non ha ancora rinunciato alla declamazione di principio, alla valenza simbolica insita nel minacciare questo tipo di pena per i reati di maggior gravità. E, sulla stessa lunghezza d'onda, sin dalla sentenza n. 264 del 1974, la Corte costituzionale non ha mai dichiarato in sé illegittima la pena perpetua, espungendola dal catalogo sanzionatorio, ma si è piuttosto limitata a salvarla *de plano* od al massimo ad "accomodarla" al sistema con una serie di interventi chirurgici.

Diviene a questo punto fondamentale verificare in concreto come l'ordinamento nazionale, frutto del combinato delle disposizioni di legge, delle sentenze della Corte costituzionale e della prassi dei tribunali garantisca — o tenti di garantire — la conformità convenzionale e costituzionale dell'ergastolo; in particolare, quali siano gli istituti che possono "dare speranza" all'ergastolano e se questa sia una speranza "di carta" oppure reale.

### 3. La progressività del trattamento penitenziario.

In presenza di una pena detentiva da scontarsi nelle classiche forme dell'esecuzione intramuraria, il dinamismo rieducativo che connota la fase dell'esecuzione penitenziaria prevede che al condannato siano offerti man mano sempre maggiori spazi di contatto con l'esterno, sino ad arrivare al naturale fine pena.

Non ha senso tenere il condannato-detenuto gelosamente custodito dentro le quattro mura dell'istituto sino all'avvenuta totale espiazione della pena, perché il soggetto, appena libero, privo di ogni radicamento sociale o lavorativo, sarà naturalmente portato a delinquere ancora. Viceversa, le statistiche sulla correlazione tra fruizione di misure alternative e deciso abbattimento del tasso di recidiva chiudono definitivamente ogni questione<sup>6</sup>.

Il trattamento penitenziario si deve sobbarcare questo obiettivo (ma, si ripete, fruttuoso) sforzo, volto a consentire un progressivo maggior contatto con l'esterno, ovviamente nella misura in cui il condannato risponda positivamente alle offerte trattamentali che gli vengono via via prospettate. Sul punto si parla, come noto, di progressione trattamentale. L'idea è che, a misura che il soggetto dimostri maggior senso di responsabilità, possano e debbano corrispondere benefici sempre maggiori<sup>7</sup>, in una sorta di climax normativo e trattamentale virtuoso ed "ascendente":

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. I, 12 aprile 2016, n. 34199, Aguila Rico, in *CED*, rv. 267656.

<sup>4</sup> Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2015, n. 43711, A., in *CED*, rv. 265074.

<sup>5</sup> Per tutti cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2013.

<sup>6</sup> Si vedano i lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale, in particolare del Tavolo 12, dedicato alle "Misure e sanzioni di comunità" (i risultati dei lavori sono liberamente consultabili sul sito web del Ministero della giustizia).

<sup>7</sup> L'osservazione è contenuta in A. PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, VI<sup>a</sup> ediz., Monduzzi, Milano, 296.

- la “regolare condotta”, lo scalino più basso, consente l’accesso ai permessi premio (art. 30-ter, comma 1 ord. pen.);
- con la “partecipazione all’opera di rieducazione”, presupposto della liberazione anticipata, l’asticella si innalza di un poco (art. 54 ord. pen.)<sup>8</sup>;
- un requisito di merito certamente più impegnativo è rappresentato dalla “progressione nel trattamento”, che consente l’accesso alla semilibertà, misura alternativa che consente di iniziare ad allentare significativamente il rapporto tra carcere e detenuto (art. 50, comma 4 ord. pen.);
- infine, si ha il “sicuro ravvedimento”, che è il requisito di merito più alto, cui corrisponde l’apertura di credito maggiore, che è la liberazione condizionale, con cui di fatto il condannato viene rilasciato (art. 176 c.p.).

Questo percorso fatto di progressive aperture dovrebbe potersi esemplarmente applicare anche e soprattutto all’ergastolano che, di fatto, è il soggetto maggiormente “lungodegente” all’interno del carcere, e quello su cui quindi si ha anche più tempo e modo per effettuare l’osservazione scientifica ed applicare un trattamento realmente individualizzato.

## 4.

### Ergastolo e liberazione anticipata.

Un primo beneficio invocabile dall’ergastolano è la liberazione anticipata di cui all’art. 54 ord. pen., una delle pietre angolari del trattamento. Si tratta, come noto, del beneficio che prevede un abbattimento di pena di 45 giorni per ogni semestre di pena espiata, se il condannato dà prova di partecipare all’opera di rieducazione. Per una finestra di tempo limitata, come si ricorderà, lo sconto di pena è stato addirittura di 75 giorni ogni semestre<sup>9</sup>.

Vale la pena di ricordare che la liberazione anticipata in origine non si applicava agli ergastolani; con sentenza 27 settembre 1983, n. 274, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 54 ord. pen. «nella parte in cui non prevede la possibilità di concedere anche al condannato all’ergastolo la riduzione di pena, ai soli fini del computo della quantità di pena così detratta nella quantità scontata, richiesta per l’ammissione alla liberazione condizionale». Il legislatore (legge n. 663 del 1986, c.d. legge Gozzini) ne ha poi preso doverosamente atto, con la conseguenza che il vigente art. 54, comma 4, II° periodo ord. pen. precisa che «la presente disposizione si applica anche ai condannati all’ergastolo».

Il punto è ovviamente stabilire in che modo e con quali finalità si effettui una detrazione di una quantità finita di tempo (45 giorni) da una quantità teoricamente infinita (l’ergastolo). Ciò è presto detto: innanzitutto il legislatore è dovuto intervenire per stabilire quali benefici possono applicarsi all’ergastolano. Ed in questo senso sono tre principali benefici cui il legislatore ha consentito astrattamente al condannato alla pena dell’ergastolano di aspirare, e cioè i permessi premio, la semilibertà e la liberazione condizionale (cui occorre aggiungere il lavoro esterno). Come si vedrà, per ciascuno di questi istituti la legge indica il *quantum* di pena che l’ergastolano deve aver espiato per potersi accedere<sup>10</sup>.

In quest’ottica, l’art. 54, comma 4, II° periodo ord. pen. afferma che la parte di pena detratta a titolo di liberazione anticipata si considera come scontata e quindi viene computata per raggiungere le varie soglie dei benefici che si vedranno.

In direzione parzialmente diversa, va ricordato che, negli anni ’90 dello scorso secolo, la giurisprudenza costituzionale ha invece affermato che le leggi di indulto, che si applicano alle pene detentive temporanee, non possono avere effetti, in tema di ergastolo, per accelerare il

<sup>8</sup> Benché nella prassi il requisito sia oggetto di un forte ed annacquante automatismo, coincidente, in sostanza, nell’assenza di sanzioni disciplinari.

<sup>9</sup> Cfr. art. 4, comma 1 del D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni nella L. 21 febbraio 2014, n. 10: ma un simile incremento nello sconto di pena, introdotto nel 2013 ed avente dichiarata natura transitoria, aveva scopi deflativi e di abbattimento del sovraffollamento carcerario più che natura premiale.

<sup>10</sup> Per questa stessa ragione, alcune misure alternative risultano — coerentemente — inapplicabili all’ergastolano, in quanto fissano dei requisiti quantitativi che postulano una pena detentiva temporanea e che mettono quindi fuori gioco la pena formalmente perpetua: l’affidamento in prova (art. 47 ord. pen.) e la detenzione domiciliare in tutte le sue specie (salva quella speciale ex art. 47-*quater* ord. pen., relativa alla condizione di AIDS conclamata o grave deficienza immunitaria).

raggiungimento delle soglie per l'accesso ai benefici<sup>11</sup>.

Come osservato in precedenza, il requisito di merito che connota la liberazione anticipata (il "dare prova della partecipazione all'opera di rieducazione") dovrebbe rappresentare uno dei primi minimi scalini, sintomo dell'intrapreso cammino verso la rieducazione. Il beneficio, proprio perché da concedersi per ogni detenuto e per ogni semestre, è di competenza del magistrato monocratico di sorveglianza; il provvedimento con cui questi neghi il beneficio è reclamabile al tribunale, ai sensi dell'art. 69-*bis* ord. pen., nel termine di 10 giorni.

Sul piano più squisitamente pratico è noto che, da un lato, non di rado i provvedimenti in materia di libertà anticipata, dovendo essere presi per un gran numero di detenuti da pochi magistrati, subiscono ritardi od accorpamenti di più semestri; dall'altro, proprio per questa ragione, la verifica in ordine alla sussistenza del requisito di merito spesso si trasforma in una sorta di reciproco, e cioè di automatismo nel rilascio del beneficio, a meno che non constino elementi di giudizio negativi, esemplarmente dei provvedimenti disciplinari.

## 5. Ergastolo e permessi premio.

Un ulteriore beneficio che si colloca nella progressione trattamentale dell'ergastolano è il permesso premio. La norma di riferimento è l'art. 30-*ter* ord. pen.; il requisito di merito posto dalla legge è la "regolare condotta"<sup>12</sup>, unita all'assenza di pericolosità sociale; la finalità è quella di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro.

L'art. 30-*ter*, comma 4, lett. d) ord. pen. afferma che i permessi premio (se previsti nel programma di trattamento) possono darsi anche «nei confronti dei condannati all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni». Chiaro risulta ora l'effetto della liberazione anticipata sul punto: ad accelerare il raggiungimento della soglia dei dieci anni concorreranno anche gli sconti derivanti dalla liberazione anticipata.

La competenza alla concessione del beneficio appartiene al magistrato di sorveglianza, sentito il direttore (art. 30-*ter*, comma 1 ord. pen.); il provvedimento è reclamabile al Tribunale (art. 30-*ter*, comma 7 ord. pen.), con rinvio al procedimento per i permessi di necessità ai sensi dell'art. 30-*bis* ord. pen.

## 6. Ergastolo e lavoro esterno.

Altro beneficio è il lavoro esterno *ex* art. 21 ord. pen., che, in considerazione della sua collocazione sistematica, non è classificabile tra le misure alternative, quanto piuttosto tra gli elementi del trattamento, restando peraltro come noto molto apprezzato tra la popolazione detenuta.

Il provvedimento viene disposto dalla direzione del carcere, ma deve essere oggetto di previsione nel programma di trattamento e abbisogna dell'approvazione del magistrato: una vera fattispecie a formazione progressiva.

Sono note, nella prassi, le critiche agli attuali assetti, dovute soprattutto alla scarsità dell'offerta di lavoro (anche interno per la verità) ed alla conseguente necessità di una turnazione dei detenuti<sup>13</sup>.

Per l'ergastolano la norma da considerare è l'art. 21, comma 1 ord. pen., secondo cui «nei confronti dei condannati all'ergastolo l'assegnazione può avvenire dopo l'espiazione di almeno dieci anni», quantità identica a quella già vista per il permesso premio. Anche qui, come nel caso della liberazione anticipata, opererà pertanto in funzione erosiva del limite appena cen-

<sup>11</sup> Cfr. Corte Costituzionale, ord. n. 337 del 20 luglio 1995, con cui si dichiara, tra l'altro, la manifesta infondatezza della questione di legittimità dell'art. 50, comma 5 ord. pen., sollevata con riferimento all'ammissione al regime di semilibertà. Nel proprio percorso argomentativo, la Corte ha osservato che se, a taluni fini, la pena dell'ergastolo può assumere i caratteri della temporaneità nel quadro di quelle misure premiali che anticipano il reinserimento del condannato, non è possibile detrarre dalla pena inflitta la misura corrispondente all'indulto, perché, altrimenti, si inciderebbe sulla natura stessa della pena irrogata in sede di cognizione.

<sup>12</sup> Oggetto di definizione ulteriore al comma 8: «la condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali».

<sup>13</sup> Sul lavoro si vedano le riflessioni del Tavolo 8 ("Lavoro e formazione") degli Stati generali dell'esecuzione penale (consultabili, come detto, sul sito web del Ministero della giustizia).



nato la liberazione anticipata.

## 7. Ergastolo e semilibertà.

Sempre nell'ottica della progressione trattamentale si colloca poi la semilibertà, la cui disciplina è contenuta agli artt. 48, 50 e 51 ord. pen.: si consente al detenuto di spendere parte della giornata fuori dal carcere per svolgere attività utili al reinserimento sociale, con obbligo di farvi rientro al termine<sup>14</sup>.

Il requisito di meritevolezza è scolpito all'art. 50, comma 4 ord. pen.: «l'ammissione al regime di semilibertà è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società».

Il successivo art. 50, comma 5 ord. pen. recita: «il condannato all'ergastolo può essere ammesso al regime di semilibertà dopo aver espiato almeno 20 anni di pena». Anche qui, come per i benefici visti in precedenza, il limite di pena — ventennale — subisce le erosioni dovute alla concessione della liberazione anticipata.

Vale la pena di ribadire che il superamento della mera soglia quantitativa non costituisce garanzia di accesso al beneficio per l'ergastolano (come per ogni altro detenuto), essendovi il pregnante requisito di merito relativo ai progressi compiuti; inoltre, il provvedimento che ammette alla semilibertà contiene anche le prescrizioni cui attenersi, che, se inosservate, possono comportare la revoca del beneficio.

## 8. Ergastolo e liberazione condizionale.

Si viene, infine, alla liberazione condizionale *ex art.* 176 c.p., che è la misura alternativa decisiva — nelle giustificazioni della giurisprudenza, anche costituzionale — per assicurare la conformità dell'ergastolo ai principi della Carta fondamentale e della CEDU.

Ancora in generale, considerati i limiti quantitativi fissati dall'art. 176, comma 1 c.p., in comparazione invece con quelli fissati per l'affidamento in prova e per la detenzione domiciliare, la liberazione condizionale è la misura che ha come destinatari elettivi i condannati a pena detentiva lunga.

Per l'ergastolano, il limite quantitativo è di 26 anni<sup>15</sup>, ma su di esso vale la pena di ribadire come ancora una volta operi, abbassandone in misura tutt'altro che simbolica la soglia di accesso, la liberazione anticipata.

In questo settore un primo nodo, valido in realtà non solo per l'ergastolano ma per tutti coloro che desiderino ottenere il beneficio, è quello di dare un significato rigoroso ma non eticheggiante al requisito di merito del "sicuro ravvedimento", che — ora lo si comprende meglio — si colloca alla fine del percorso rieducativo, come suo momento più alto.

Da un lato, è ovvio che «il presupposto del "sicuro ravvedimento" non consiste semplicemente nella ordinaria buona condotta del condannato, necessaria per fruire dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario, ma implica comportamenti positivi dai cui poter desumere l'abbandono delle scelte criminali»<sup>16</sup>. Dall'altro quel che si richiede non è una profonda e sotto certi versi insindacabile emenda morale, che appartiene al foro interno ed alla coscienza di ciascuno, ma un cambio nello stile di vita che abbia concrete e positive ricadute sociali.

Sempre in quest'ottica, va interpretato l'altro importante requisito per l'accesso alla liberazione condizionale, consistente nel doveroso "adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato", salva l'impossibilità (art. 176, comma 4 c.p.). Secondo gli insegnamenti della giurisprudenza, chiamata a dare concretezza alla locuzione, se simile adempimento deve costituire uno snodo fondamentale, è altrettanto evidente che l'indigenza del soggetto (anche in considerazione del fatto che potrebbe trovarsi in carcere da molto tempo) o comunque l'insufficienza del suo patrimonio a far fronte alle conseguenze civili di reati anche gravissimi non può

<sup>14</sup> Ciò che porta giustamente a dubitare della natura realmente alternativa della semilibertà, che si atteggia forse più propriamente come una diversa modalità di espiatione della pena, un "regime" che non appare distante, dal punto di vista fenomenico o dell'utilizzatore finale (il detenuto), da un provvedimento di autorizzazione al lavoro esterno *ex art.* 21 ord. pen.

<sup>15</sup> Cfr. art. 176, comma 3 c.p., come modificato dalla L. n. 663 del 1986, c.d. Legge Gozzini (in precedenza il limite era di 28 anni).

<sup>16</sup> Cass. pen., sez. I, 25 settembre 2015 n. 486, in *DeJure on line*.

risolversi in un automatico divieto di accesso al beneficio. In questi casi, pertanto, occorrerà muoversi verso forme di riparazione morale, di solito coincidenti con comportamenti positivi a favore delle vittime, dei familiari o della comunità<sup>17</sup>.

Il soggetto liberato *sub condicione* vive in una condizione parificabile a quella dell'affidato in prova ex art. 47 ord. pen.: la giurisprudenza di legittimità parla espressamente di “una sorta di temporanea e finale messa alla prova”<sup>18</sup>. E quindi il condannato libero condizionalmente ha una “carta precettiva”, con le prescrizioni da osservare; inoltre, tecnicamente è sottoposto al regime di libertà vigilata, ex artt. 177 e 230, n. 2 c.p., il che significa che ha una serie di prescrizioni da osservare ed è soggetto a costanti controlli di polizia.

Per il condannato a pena detentiva temporanea, liberato condizionalmente, il periodo in questione dura quanto il periodo di pena residua da espriare; per l'ergastolano invece vi era bisogno di una norma *ad hoc*, che è l'art. 177, comma 2 c.p., che individua il periodo in 5 anni.

Vi è da chiedersi che accada se nel quinquennio di liberazione condizionale l'ergastolano subisca la revoca del beneficio per comportamento immeritevole, contrario alla legge od alle prescrizioni. L'unica risposta non accettabile, alla luce di quanto detto in precedenza sul “*right to hope*”, è che egli torni nuovamente in carcere senza più alcuna possibilità di uscirne. Per questo la Corte costituzionale, con apposito intervento sull'art. 177 c.p., ha chiarito che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia revocata la liberazione condizionale, può essere nuovamente ammesso alla fruizione del beneficio, ovviamente se ne ricorrono i requisiti<sup>19</sup>. Si tratta, all'evidenza, di ipotesi limite, ma importanti in via di principio, per affermare che il diritto alla speranza deve irradiare anche gli angoli più bui del fenomeno esecutivo.

## 9. Il problema dell'ergastolo ostativo.

Si giunga, infine, al tema dell'ergastolo ostativo e del c.d. “fine pena mai”. L'espressione, andrebbe da subito ribadito, non è propriamente giuridica: non si trova nella legge e non è in uso nemmeno nella giurisprudenza di legittimità. Certamente di origine gergale, essa è utilizzata dall'avvocatura, dall'associazionismo operante nel settore penitenziario e, da ultimo, efficacemente impiegata anche in dottrina<sup>20</sup>.

La messa a fuoco del concetto deve fare i conti con l'operatività del complesso art. 4-*bis* ord. pen., norma spugna o contenitore<sup>21</sup>, introdotta nel 1992 per attuare una più efficace lotta contro il crimine organizzato, e poi modificata più volte nel corso degli anni, sia dalla Corte costituzionale sia dallo stesso legislatore.

Come noto, l'art. 4-*bis* ord. pen. individua tre gruppi di persone mediante l'elenco dei reati per cui sono state condannate in via definitiva:

- un primo gruppo (commi 1 e 1-*bis*), contenente l'elenco dei reati di maggior gravità, di crimine (variamente) organizzato, ed è appunto quello che qui interessa;
- un secondo gruppo (comma 1-*ter*), contenente l'elenco di reati di una fascia di gravità seria ma inferiore a quelli di cui al precedente gruppo e non necessariamente collegati al crimine organizzato;
- un terzo gruppo (comma 1-*quater*), contenente un elenco di reati commessi dai c.d. *sex offenders*.

I condannati per i reati di maggior gravità, di cui al primo gruppo, possono accedere ai benefici penitenziari di cui vi è un elenco tassativo in apertura (permessi premio, lavoro esterno, misure alternative, ad esclusione della liberazione anticipata) solamente se collaborano con la giustizia. La nozione di collaborazione, rilevante ai fini della norma, è definita legalmente: si

<sup>17</sup> Il passaggio di cui al testo sarebbe propizio per introdurre delle riflessioni sulla giustizia riparativa e sulle sue potenzialità proprio nel caso di commissione di gravi reati. *Ratione materiae*, ci si limita al rinvio, per ogni approfondimento sul tema, al volume di G.A. LODIGIANI - G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017.

Si ricordi inoltre che l'art. 1, comma 85, lett. f) della L. n. 103 del 2017 (c.d. Legge Orlando) conferisce al Governo delega proprio per l'introduzione della giustizia riparativa nella fase di esecuzione penale.

<sup>18</sup> L'espressione si trae da Cass. pen., sez. I, 24 aprile 2007, n. 18022, in *Foro it.*, 2007, 6, II, 329.

<sup>19</sup> Corte Costituzionale, sent. n. 161 del 4 giugno 1997.

<sup>20</sup> Per tutti, A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *questa Rivista*, 4/2016, 17; D. GALLIANI e A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

<sup>21</sup> Nel senso che il numero dei reati inseriti nella norma è cresciuto negli anni sino ad assumere proporzioni forse eccessive, avendola il legislatore usata come feticcio per la sedazione delle angosce collettive di fronte ai reati (non necessariamente gravi) di maggior allarme sociale. La stessa sorte tocca all'art. 656, comma 9 c.p.p. in materia di eccezioni alla sospensione dell'ordine di esecuzione per le pene detentive brevi.

fa espresso rinvio all'art. 58-ter ord. pen. che, notoriamente, dà della collaborazione una definizione normativa non facile da porre in essere.

L'art. 4-bis, comma 1-bis ord. pen. contiene poi quella che si chiama fattispecie sostitutiva o vicaria: i condannati in discorso possono comunque accedere ai benefici se non collaborano per causa loro non imputabile (impossibilità della collaborazione o collaborazione oggettivamente irrilevante) e — qui sta il punto — risulta che essi non hanno più legami con il crimine organizzato. Questa è la fattispecie che viene giudicata come oggetto di *probatio* diabolica ed all'origine dei problemi registrati dalla prassi.

Da ciò discende lo stigma di ostatività registrato per i reati in discorso: in assenza della collaborazione (comma 1) o della fattispecie sostitutiva (comma 1-bis), il titolo esecutivo per quel determinato reato osta alla concessione dei benefici (permessi premio, lavoro esterno, misure alternative, ad esclusione della liberazione anticipata).

Analogo divieto si registra per i reati del secondo gruppo (comma 1-ter), solo con un diverso riparto dell'onere della prova, derivante da sfumature linguistiche<sup>22</sup>, benché sul punto le regole dinamiche comunque consentano alle forze dell'ordine — all'esecutivo — un potere di informazione non di rado decisivo e pregiudicante<sup>23</sup>.

È quindi evidente che il sorgere di impedimenti così radicati nella prassi al godimento di benefici abbia portato a circoscrivere con ogni sforzo la fattispecie pregiudicante, originando questioni ben note in giurisprudenza: tra queste, il principio dello scioglimento figurativo del cumulo, che opera quando, in presenza di una condanna a più reati, alcuni ostatici ed altri no, la pena già presofferta od espiata dal condannato possa essere imputata all'erosione totale dei reati ostatici od inquinanti, in modo quindi da consentire al detenuto stesso di presentare istanza per l'ottenimento del beneficio<sup>24</sup>. Per cui uno dei primi affanni dei condannati è statisticamente sempre quello di sapere con certezza se nel loro cumulo giuridico è presente o meno un reato ostatico.

La situazione critica è quella del soggetto che sia stato condannato per un reato ostatico non ad una pena temporanea ma alla pena dell'ergastolo.

Ora, se questo soggetto riesce a porre in essere gli estremi della collaborazione (art. 4-bis, comma 1 ord. pen.), oppure quelli della fattispecie vicaria (art. 4-bis, comma 1-bis ord. pen.), si aprirà la porta dei benefici, ovviamente nel rispetto dei limiti quantitativi segnalati sopra nonché degli altri presupposti di legge in relazione a ciascun beneficio.

Se il soggetto, invece, non collabora e non riesce nemmeno a dimostrare la causa incolpevole e la rescissione dei contatti con il crimine organizzato, rimane per così dire "inchiodato" al divieto di concessione dei benefici, tra i quali anche la liberazione condizionale, che è quella che, come si è ricordato, serve a rendere "temporaneo" l'ergastolo e a ricondurlo a conformità convenzionale e costituzionale. Questo soggetto si trova quindi ad avere un "fine pena mai", perché non ha accesso a nessun beneficio in generale ed alla liberazione condizionale in particolare.

Ora, in linea di principio, il cittadino comune può essere portato a ritenere la situazione creatasi non problematica sotto il profilo valoriale o addirittura desiderabile: se l'interessato non collabora, è giusto negargli ogni beneficio e, con locuzione quasi "palindroma", se l'ergastolo non cessa di essere perpetuo, ciò dipende dalla mancanza di volontà (collaborativa) dell'interessato.

In realtà, la prassi segnala come la questione sia più complicata di quel che sembra: spesso non si collabora non solo e non tanto perché non si hanno informazioni, ma perché si teme, collaborando, di esporsi a vendette su di sé o, peggio, sui propri congiunti in stato di libertà (ed i sodalizi criminali di cui si discute, nel passato remoto ma anche recente, si sono dimostrati perfettamente in grado di attuare simili vendette) o perché non si vogliono trascinare altre persone, magari solo marginalmente coinvolte, in lunghi guai giudiziari.

Quel che l'attualità registra, pertanto, è un cospicuo movimento di opinione per una rifor-

<sup>22</sup> La *vulgata* sul punto è che per i reati del primo gruppo, quelli più gravi, spetti al condannato (qui il carattere diabolico ed invertito della prova) provare la sopravvenuta insussistenza di legami con il crimine organizzato («purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»: art. 4-bis, comma 1-bis ord. pen.); per quelli del secondo gruppo, invece, spetti pur sempre all'autorità provarne l'attualità («purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata»: art. 4-bis, comma 1-ter ord. pen.).

<sup>23</sup> Cfr. art. 4-bis, commi 2 e 2-bis ord. pen.

<sup>24</sup> Principio così generalizzato ormai in giurisprudenza che il legislatore si è sentito di doverlo esplicitamente derogare quando così ha ritenuto di dover disporre, come nell'art. 41-bis, comma 2, III° periodo ord. pen.



mulazione dell'attuale assetto<sup>25</sup>.

*In primis* si considerino gli stessi Stati generali dell'esecuzione penale (Tavolo 16), che si sono occupati della questione, giungendo alla formulazione di una proposta modificativa, oltre che dell'art. 58-ter ord. pen.<sup>26</sup>, dello stesso art. 4-bis ord. pen., mediante razionalizzazione delle ipotesi sostitutive della collaborazione, già figuranti al comma 1-bis, ed aggiunta di una nuova di esse, volutamente aperta e generica, volta a «trasformare l'attuale previsione della mancata collaborazione da presunzione ordinariamente assoluta in presunzione relativa, come tale superabile mediante adeguata motivazione da parte del giudice, fermo restando la prova dell'assenza dell'attualità di collegamenti del reo con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»<sup>27</sup>.

Mentre la stessa L. n. 103 del 2017 (c.d. Legge Orlando), all'art. 1, comma 85, nel dettare la delega per la riforma organica del sistema penitenziario, alla lett. e) prescrive la «revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»<sup>28</sup>.

## 10. Conclusioni.

L'istituto dell'ergastolo, alla fine della presente rassegna, restituisce una complessiva realtà chiaroscurale.

Il legislatore penale, nell'apprestare la dosimetria sanzionatoria per ciascun reato, che sia proporzionata all'importanza del bene giuridico tutelato e della gravità della sua lesione, sembra non essere ancora pronto per rinunciare a minacciarlo in astratto<sup>29</sup> e, conseguentemente, a farlo applicare, in concreto, al termine del giudizio di cognizione.

Il legislatore dell'esecuzione penale, invece, in una sorta di sindrome della tela di Penelope, una volta ricevuto il titolo esecutivo alla pena perpetua, appresta una serie di benefici applicabili e lavora per consentire alla magistratura di sorveglianza, con il decisivo ed ovvio concorso dell'interessato, di coltivare e fortificare quel «diritto alla speranza» che solo è in grado di garantire la conformità della pena massima alla CEDU ed alla Costituzione.

L'ipocrisia insita in questo Giano bifronte legislativo genera nella quotidiana prassi tensioni applicative, alcune delle quali segnalate nel presente lavoro, che andrebbero invece, prima ancora che affrontate, prevenute scegliendo, a livello assiologico, quale delle due prospettive sposare e portare alle ultime conseguenze.

<sup>25</sup> Il rinvio è nuovamente ai contributi già citati alla precedente nota 20.

<sup>26</sup> L'intento, pur prestandosi a delle perplessità, sarebbe quello di inserire nell'art. 58-ter ord. pen., dedicato alla collaborazione, una norma (comma 1-bis) volta a premiare «coloro che si sono adoperati in concrete condotte riparative in favore delle vittime del reato, dei loro familiari o della comunità civile, generando significativi risultati in termini di ricomposizione dei conflitti, di mediazione sociale e di positivi cambiamenti di vita».

<sup>27</sup> Così la Relazione conclusiva del Tavolo 16. La modifica all'art. 4-bis, comma 1-bis ord. pen. suggerita suona in questo modo: «i benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, salvo che siano stati acquisiti elementi tali da far ritenere sussistenti attuali collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica od eversiva, altresì: a) (omissis); b) (omissis); c) nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici citati, in specie, ai detenuti o internati che si siano adoperati in concrete condotte riparative a norma dell'art. 58-ter, comma 1-bis» ord. pen.

<sup>28</sup> Per altre novità sul fronte del ripensamento della ostatività automatica di certi tipi di reati, cfr. ancora D. GALLIANI e A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., *passim*.

<sup>29</sup> Sono 41 le fattispecie di reato, contenute nella sola parte speciale del codice penale, che vi fanno ancora riferimento.