

RIFLETTERE, INSIEME, SULL'ERGASTOLO OSTATIVO*

Davide Galliani

Abstract

The paper is divided into three parts. In the First part, the issue of the “irreducible life sentence” is dealt with in both a historical and sociological perspective. In particular, the differences between the dissociation from terrorism and the collaboration with justice in the case of mafia-type organized crime are discussed. Furthermore, it reflects on the issue using common experience, a sociological concept that judges frequently use when facing problems related to the mafia.

The Second part briefly sets out what the contents of the *Viola v. Italy* might be: the Court of Strasbourg for the first time will take a position on the Italian irreducible life sentence.

Finally, the Third part discusses the different roles that, with respect to the irreducible life sentence, can cover scholars, lawyers and judges respectively.

Keywords: life sentence, life imprisonment without parole, constitution, Cedu, judges

Il contributo si divide in tre parti. Nella Prima Parte, si affronta la questione dell'ergastolo ostativo in una prospettiva sia storica sia sociologica. In particolare, si discute delle differenze tra la dissociazione dal terrorismo e la utile collaborazione con la giustizia nel caso di criminalità organizzata di stampo mafioso. Inoltre, si riflette sul tema utilizzando la comune esperienza, concetto sociologico che, di frequente, i giudici utilizzano quando affrontano problemi legati alla mafia.

La Parte Seconda espone, brevemente, quelli che potrebbero essere i contenuti della sentenza *Viola v. Italia* della Corte di Strasburgo, che per la prima volta prenderà posizione sull'ergastolo ostativo.

Infine, la Parte Terza ragiona sui differenti ruoli che, rispetto all'ergastolo ostativo, possono ricoprire, rispettivamente, gli studiosi, gli avvocati e i giudici.

Parole chiave: ergastolo, regime ostativo, costituzione, Cedu, giudici

*Il presente testo è aggiornato al 4 giugno 2019, e riprende e rielabora parzialmente un mio precedente scritto (*Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2018, pp. 1156 ss.) e si inserisce nel progetto di ricerca “*The Right to Hope. Life Imprisonment in the European Context*”, cofinanziato dall'Unione Europea, del quale sono coordinatore scientifico (www.lifeimprisonment.eu). Al momento in cui consegno questo contributo, non vi è ancora stata comunicazione ufficiale, da parte della Corte di Strasburgo, del quando sarà pubblicata la sentenza *Viola v. Italia*, della quale qui discuto.

Premessa

Nel corso di questo lavoro cercherò di motivare il perché di una riflessione “insieme”. Rilevo subito che dell’ergastolo ostativo se ne sono occupati, di recente, non pochi studiosi di diritto, trovando ospitalità in due delle più prestigiose riviste giuridiche italiane¹. Un segnale importante. Una via che merita di essere ulteriormente percorsa, abbattendo steccati che non hanno alcun senso. Giuristi, storici, sociologi: si deve riflettere, insieme, sull’ergastolo ostativo, non ci sono alternative².

In questo contributo dividerò le argomentazioni in tre parti. Nella prima, cercherò di delimitare il tema e di prospettare un determinato modo di affrontarlo. Nella seconda, discuterò alcuni profili di contrasto con la Convenzione europea dei diritti umani, aggiungendo non molto a quanto scritto sulla questione con Andrea Pugiotto³. Infine, nella terza parte, concluderò discutendo del modo di porsi degli studiosi, degli avvocati e dei giudici attorno a quella che è la massima pena prevista nel nostro ordinamento, appunto l’ergastolo ostativo.

1. L’ergastolo ostativo: delimitare il tema

Per prima cosa, localizzare il tema. La discussione non verte né sull’ergastolo né sulla collaborazione con la giustizia. Sono questioni importantissime. L’ergastolo ostativo, non di meno, è un’altra cosa.

¹ Si vedano gli atti del simposio sull’ergastolo ostativo, organizzato da Gian Luigi Gatta e Barbara Randazzo, il 16 novembre 2017 presso l’Università degli Studi di Milano, ora pubblicati nella *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2017, pp. 1495 ss. (interventi di Gatta G. L., Dolcini E., Flick G. M., Neppi Modona G., Chiavario M., Eusebi L., Pugiotto A., Galliani D., Bontempelli M.). Inoltre, cfr. Galliani D., Pugiotto A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2017, pp. 1-56.

² “L’apporto (non scontato) che la cultura giuridica può dare all’officina legislativa è la produzione di cultura: far bene il nostro mestiere di studiosi”: così Pulitanò D., *In difesa della legalità liberale*, in *Studi Senesi*, CXXIX, 2017, p. 130. In questa frase è contenuto il senso della multidisciplinarietà, visto che la produzione di cultura è compito specifico di ogni studioso, non certo del solo giurista. Sulla questione, si veda anche dalla Chiesa N., *Una disciplina in cammino*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata*, 1/2015, pp. 1 ss. e, molto efficace, Visconti A., *Memoria e comprensione dell’«altro» tra difesa sociale e garanzie individuali: la prospettiva giusletteraria per un diritto penale democratico*, in *Jus*, 1/2017, pp. 35 ss.

³ Nel testo richiamato in nota 1: Galliani D., Pugiotto A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., in specie, pp. 24 ss.

Tra l'altro, costringe a prendere posizione su un tipo di pena perpetua che non esiste in nessun paese al mondo, eccetto il nostro. Si dirà: ma è normale, visto che la mafia è italiana, non certo norvegese. Sbagliato: primo, perché l'ergastolo ostativo, come diremo, non riguarda solo la mafia e, secondo, poiché la mafia è oramai un fenomeno globale e non mi pare di registrare un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati sulla falsariga di quella italiana. È vero che in molti, in Europa e nel mondo, ammirano la nostra legislazione antimafia, ma, ad oggi, dell'ergastolo ostativo si trova traccia solo in Italia. Diverso il caso degli Stati Uniti, diverso quello spagnolo, diversi tutti quelli nei quali la collaborazione con la giustizia assume rilevanza anche in fase di esecuzione della pena⁴.

Il problema, noto o meno che sia, fuori dai confini italiani, ma anche al loro interno, è questo: considerare la utile collaborazione con la giustizia come unico criterio per accedere alle misure alternative alla detenzione, in particolare nel momento in cui la pena è perpetua e la misura è la liberazione condizionale. Il legislatore, tramite siffatta scelta, ha introdotto nel nostro ordinamento una vera e propria presunzione legislativa assoluta: se la collaborazione non è irrilevante, inesigibile, impossibile, l'ergastolano che può collaborare – ma non lo fa – non può mai accedere ad alcuna misura alternativa, anche se ha scontato in carcere il tempo previsto per poterla domandare (26 anni, per la liberazione condizionale, eventualmente detratti i giorni riconosciuti per la liberazione anticipata) e anche se ha dato prova di sicuro ravvedimento, rimanendo alla liberazione condizionale⁵.

⁴Ne abbiamo trattato in Galliani D., Pugiotta A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., p. 38, n. 166 (Stati Uniti) e p. 54, n. 19 (Spagna).

⁵Due precisazioni, fondamentali. La prima. Ho riportato nel testo la possibilità che sia riconosciuta la liberazione anticipata e che, di conseguenza, si possa chiedere la liberazione condizionale prima dei 26 anni. L'ho fatto perché tutti si possano rivolgere la seguente domanda: ma a cosa serve la liberazione anticipata se, potendolo fare, non si collabora? Non vi sono altre risposte, se non questa: a niente. Potremmo già formulare una prima domanda, sul presupposto che la liberazione anticipata, non solo è un "potente stimolo" per partecipare al programma rieducativo, ma un "tassello essenziale" dell'ordinamento penitenziario e della "filosofia della risocializzazione che ne sta alla base; filosofia che, a sua volta, costituisce diretta attuazione del precetto costituzionale di cui all'art. 27, terzo comma, Cost."

Questa la domanda: è costituzionalmente legittimo sterilizzare gli effetti della liberazione anticipata, ossia renderla utile da un punto di vista teorico, ma assolutamente inutile da un punto di vista pratico? I virgolettati sono citazioni della recente sentenza n. 149 del 2018 della Corte costituzionale (§ 6 *cons. dir.*), sulla quale si veda la nota 34. La seconda precisazione. Nel testo parlo di misure alternative alla detenzione, ricomprendendovi anche la liberazione condizionale, la quale, in effetti, è sicuramente qualcosa quanto meno di ulteriore, visto che si esce definitivamente dal carcere, ancorché in libertà vigilata e che, a differenza delle altre misure, estingue la pena, se non è intervenuta

2. La separazione dei poteri e la dignità umana

Di cosa si parla è evidente. Prima della dignità umana, in gioco vi è la separazione dei poteri: il legislatore usurpa il giudice del suo mestiere. Non si dispone che la mancata utile collaborazione deve essere tenuta in rilevante e significativa considerazione per decidere il sicuro ravvedimento. Si afferma una cosa radicalmente diversa: il giudice, a fronte di una persona non collaborante, che potrebbe collaborare, non può concedere alcuna misura alternativa. Non può valutare niente. Il legislatore gli lega le mani.

Siamo al cospetto di una immagine terrificante. Quella di un giudice con le manette o, se si vuole, ancora più figurato (e impressionante), di un giudice dalle cui mani è sottratta la bilancia, al quale altro non rimane che, sollevando la benda dagli occhi, rendersi conto che è rimasta solo la spada.

Delimitare il tema non significa sminuirne il significato, al contrario. Quando discutiamo di separazione dei poteri stiamo ragionando come fece la Corte costituzionale nel 1974, nel momento in cui dichiarò incostituzionale la competenza di concedere la liberazione condizionale attribuita allora al Ministro di grazia e giustizia (sentenza n. 204: il Governo non si costituì dinanzi alla Corte).

Questo è già un primo interessante profilo. L'ergastolo, nel nostro ordinamento, non è costituzionalmente illegittimo, non perché anche gli ergastolani possono accedere alla condizionale (peraltro, solo dal 1962), ma perché la condizionale è decisa da un giudice (così, esplicitamente, la sentenza n. 264 sempre del 1974). Se riflettiamo sull'ergastolo ostativo, la situazione oggi non appare molto differente da quella precedente al 1974. Non è il giudice che decide sulla misura alternativa, è

alcuna causa di revoca. Di recente, vi è stato un tentativo di contestare l'ergastolo ostativo anche basandosi sulla peculiarità che assume il permesso premio rispetto alla condizionale, chiedendosi nel primo caso l'assenza di pericolosità sociale e nel secondo il sicuro ravvedimento. I permessi sono contingenti, non modificando le condizioni restrittive; realizzano una finalità immediata, peraltro per soddisfare esigenze molto limitate (la cura di interessi affettivi, culturali, di lavoro, senza per questo poter essere assimilati ai permessi di necessità, che hanno portata ancora meno ampia). Insomma, i permessi hanno una peculiare funzione ed è proprio in riferimento a questa che la Cassazione ha sollevato questione di costituzionalità rispetto al regime ostativo per un condannato all'ergastolo. Lo stesso il Tribunale di sorveglianza di Spoleto. Ci tornerò verso la fine, alla nota 64. Qui basti dire che, se esiste un problema del regime ostativo applicato all'ergastolano che domanda un permesso, a maggior ragione risulta evidente se la richiesta è la condizionale. La scelta di non collaborare non può automaticamente significare né presenza di pericolosità né assenza di ravvedimento, come argomenterò nel corso del presente contributo.

direttamente il legislatore, grazie alla presunzione assoluta: prima il mestiere del giudice era usurpato dal Ministro, ora dal legislatore. La separazione dei poteri, che esiste oggi come esisteva ieri, ne esce distrutta, martoriata, moribonda. In una parola: violata.

Sono partito da lontano, addirittura dalla separazione dei poteri, anche perché mi preme ribadire subito un ulteriore aspetto. Quando un problema esiste, dobbiamo andare al cuore, non girarci intorno. Altrimenti, il rischio è quello di partorire figli avvelenati, come dimostra la storia di un quarto di secolo di vigenza del regime ostativo. E mi riferisco alla sostanza, non alla forma, a come è formulata la disposizione di cui all'art. 4 *bis* o.p., che sfido chiunque a ritenere intelligibile. Siamo davvero ai limiti della prevedibilità⁶.

È vero, oggi è prevista la collaborazione impossibile, irrilevante, inesigibile. Tuttavia, invito a riflettere su due punti. Da una parte, il salvagente, escogitato dalla Corte costituzionale e recepito dal legislatore, non riesce a risolvere il problema di fondo. Si pensi, per fare un significativo esempio, a quando il giudice altro non può fare che rilevare la caduta in prescrizione del reato per il quale la persona avrebbe potuto collaborare. Se il pubblico ministero intendesse esercitare l'azione penale, semplicemente non lo potrebbe più fare. Da qui il salvagente della collaborazione impossibile, che tutti però perfettamente capiscono dipende da eventi che nulla hanno a che fare con la persona detenuta, dipendendo dalla scelta del legislatore di prevedere questo o quel termine di prescrizione⁷.

⁶ Tornerò sulla legalità-prevedibilità nella seconda parte occupandomi dell'art. 7 della Convenzione.

⁷ Ricordo che la legge 9 gennaio 2019, n. 3 sospende (sic!) il corso della prescrizione dalla pronuncia della sentenza di primo grado ed entrerà in vigore, per la parte *de qua*, il 1 gennaio 2020. È solo un'amara consolazione evidenziare che siffatta riforma ha prodotto, caso a memoria unico nella storia, una contraria presa di posizione (pubblica) sia dell'associazione italiana dei professori di diritto penale sia di quella dei processual-penalisti. I dubbi di costituzionalità, per chi scrive, sono macroscopici: vedremo che corso prenderanno gli eventi.

A nessuno però venga in mente di sostenere delle tesi semplicemente insostenibili, come quella che con la promulgazione del Capo dello Stato i problemi di costituzionalità sono superati. Anche sostenendo che non vi erano i margini per un rinvio della legge, anche affermando che le promulgazioni con note di critica sono inopportune, resta che i dubbi esistono, così come esistono gli organi chiamati a scioglierli, giudici e Corte costituzionale. Da un punto di vista politico, se si procederà con la riforma della giustizia penale nello stesso modo con il quale si è arrivati alla riforma (o abolizione?) della prescrizione, allora sarà definitivamente chiaro che in questo paese il sapere degli studiosi non è tenuto in alcuna considerazione. Incredibile procedere in questo modo: penso che il metodo utilizzato non possa essere apprezzato da nessuna persona in buona fede.

Non solo è un salvagente, che in sé non ripara la barca. Ma è anche affidato alla fortuna. È quindi realmente un salvagente, se la sorte può giocare un ruolo così determinante?

Dall'altra parte, vi sono delle cose sulle quali la divergenza di opinioni non è proponibile: i numeri. Non ho idea di quante siano state nel tempo le collaborazioni impossibili, inesigibili, irrilevanti e quindi quanti i salvagenti. Sarebbe un dato interessante, ma il Ministero della giustizia non lo ha mai fornito, sempre lo abbia, cosa della quale l'esperienza insegna più che legittimo dubitare. Esistono però, almeno questo, i dati ufficiali di quanti sono gli ergastolani ostativi sul numero complessivo di ergastolani, oggi: all'incirca 1.200 su 1.700⁸.

Cosa significa? Che per il 75% degli ergastolani italiani il salvagente non vale. Tre volte su quattro non funziona, non salva la gente. Siamo davvero al cospetto di un salvagente?

Questa pertanto la prima riflessione. Una persona può essere favorevole all'ergastolo ed esprimere approvazione rispetto alla collaborazione con la giustizia. Se a qualcuno interessa, io sono contro la pena perpetua, perché contraria al senso di umanità, anche se conscio che esiste un problema giuridico gigantesco riguardante il necessario ripensamento, per non ledere il principio di eguaglianza, di tutti i massimi edittali di pena esistenti⁹. Il cuore mi dice che una pena perpetua non è umana, la testa di pensare (un poco) al paradosso latino-americano¹⁰.

⁸ L'ultima statistica ufficiale del DAP che sono riuscito a recuperare nel sito internet del Ministero della giustizia è del 12 ottobre 2015: su 1.619 ergastolani, 1.117 erano ostativi. Al 30 giugno 2018, sempre secondo le statistiche ufficiali del DAP, il numero del totale degli ergastolani è aumentato: 1.726, dei quali 98 stranieri. Non penso che dal 2015 la proporzione tra ergastolani ostativi e comuni sia molto cambiata.

⁹ Se mai si dovesse abrogare l'ergastolo, senza mettere mani ai limiti edittali, il sistema non potrebbe più andare avanti, anche considerando che ancora non è stato fatto molto a seguito dell'abrogazione della pena di morte, sostituita *de plano* con la pena perpetua (su questo cfr. Padovani T., *Ergastolo in luogo della pena di morte: una eredità giacente*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, I, a cura di Caliero C. E., Viganò F., Basile F. e Gatta G. L., Giuffrè, Milano, 2018 pp. 29 ss.).

¹⁰ Il continente latino-americano è quasi libero dall'ergastolo. Al di là dei problemi di politica estera, come ad esempio la ratifica dello Statuto della Corte penale internazionale, che non prevede né la pena di morte né l'ergastolo senza condizionale, ma l'ergastolo sì, l'esperienza di quel continente riconsegna un paradosso. In molti Stati, ove si è abolito l'ergastolo, si è messo mano ai limiti edittali massimi, con il risultato che esistono pene dalla durata ancestrale (40, 50, in alcuni casi anche 60 anni). Una ricerca multidisciplinare da portare avanti è allora quella avente di mira i paesi (non pochissimi, nemmeno tantissimi) che hanno abrogato l'ergastolo e non hanno stravolto i limiti massimi edittali di pena. A partire dal primo paese al mondo che ha abrogato insieme pena di morte ed ergastolo: il Portogallo.

Al contrario, non sono contro l'istituto della collaborazione con la giustizia in sé, come dovrebbero essere, per non cadere in misera contraddizione, i sostenitori della pena retribuzionista, che guardano al passato, non al futuro. A quello che una persona ha fatto, ad esempio un omicidio, non a quello che può fare, collaborando con la giustizia. Retribuzionisti che sono una marea presso l'opinione pubblica, ad esser sinceri non sono pochissimi nemmeno nella magistratura e, invece, sono una sparutissima minoranza tra gli studiosi, almeno tra i giuristi, che al massimo discutono di retribuzione in termini di proporzionalità e di eguaglianza.

Ma il tema sul quale discutere è un altro. Chiama in causa il DNA dello Stato di diritto, se è vero come è vero che la separazione dei poteri ne costituisce il fondamento imprescindibile, scritta o non scritta nei testi costituzionali¹¹.

Ritengo peraltro opportuno utilizzare una certa cautela quando si discute della dignità umana. Non di meno, mi sembra agevole legare insieme, in modo inestricabile, separazione dei poteri e dignità umana, visto che solo il giudice ha l'obbligo (costituzionale) di motivare le sue sentenze, così spiegando alla persona le sue valutazioni. Questo mi sembra un modo per trattare con eguale considerazione e rispetto gli esseri umani, come esseri capaci di comprendere. Che poi significa trattarli con dignità. La sentenza motivata, mi spingo fino a dire qualunque sia il contenuto, è il veicolo tramite il quale la Costituzione impone, anche nella giustizia, l'entrata in scena della dignità. Potremmo separare i poteri e dare la possibilità al giudice di decidere senza motivazione? Da noi sarebbe incostituzionale, altrove sarà uno dei temi più importanti del futuro, chiamando in causa il ruolo delle giurie e dei

¹¹ Oltre alla menzionata n. 204/1974, si ricordino anche le sentenze nn. 110/1974 e 192/1976 della Corte costituzionale, che hanno dichiarato incostituzionale, rispettivamente, il potere del Ministro di grazia e giustizia di revocare le misure di sicurezza (anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima fissata dalla legge) e quello del Ministro della difesa di concedere la condizionale ai condannati per reati militari. Le disposizioni costituzionali invocate dai giudici *a quibus* erano gli artt. 24, II c. e 111, II c. Cost. (n. 204/1974), gli artt. 2, 3, 13, 25, 102, 111 e 110 Cost. (n. 110/1974) e gli artt. 13, 24, II c. e 111, I e II c., Cost. (n. 192/1976). Se il motivo per il quale il Parlamento non può affidare certi compiti al Ministro, sottraendoli al giudice, è da rintracciare nelle attribuzioni costituzionali del giudice, sono proprio queste che lede lo stesso legislatore nel momento in cui sostituisce la sua valutazione a quella che per Costituzione spetta al giudice. Se il Ministro non può intervenire laddove ad intervenire deve essere il giudice, è il compito del giudice che si intende garantire. Quello che si vuole evitare è l'azzeramento delle sue attribuzioni costituzionali. Non conta chi se ne impossessa, ma conta chi è spossessato.

loro verdetti, immotivati per definizione e molto spesso (anche se non sempre) immotivabili.

In ogni caso, a proposito della dignità umana in sé, senza connetterla alla separazione dei poteri, chiedo al lettore di attendere qualche pagina: per il momento, basti dire che c'entra, eccome, con la questione ergastolo ostativo.

3. Come affrontare il problema dell'ergastolo ostativo

Delimitato il tema, qualche considerazione circa il metodo con il quale penso sia opportuno affrontare la questione dell'ergastolo ostativo. Alcuni sono convinti che ciascuno debba fare il proprio mestiere (si spera, nel migliore dei modi).

Io nutro qualche perplessità. Dove ci ha condotto questa fordista divisione del lavoro, che affascinò i fondatori, come Vittorio Emanuele Orlando e Arturo Rocco, ma fu avversata dai rivoluzionari, come Leopoldo Elia e Franco Bricola? Provo a dirlo in modo sintetico: ad una dottrina giuridica che parla solo alla dottrina giuridica e ad una giurisprudenza tra le più concettuali al mondo, come diceva Piero Calamandrei mezzo secolo fa, ammirando (non a caso) il modo di essere dei giudici inglesi.

Si provi a dare in mano un articolo scritto da un giurista italiano all'uomo della strada, così come ad uno storico o ad un sociologo. Se va bene, leggono le prime pagine. Se va male (e spesso va male), dopo le prime righe il lettore non riesce a proseguire. Purtroppo, non cambia molto se ragioniamo sui giudici. Hanno innata una propensione a ragionare in astratto, in modo estremamente concettuale. Sembrano dimenticarsi dei fatti concreti che hanno dinnanzi a sé, che riguardano uomini e donne in carne e ossa.

Devo condensare, non posso fare (centinaia di) esempi. Ma non è affetta da questo vizio l'argomentazione della Corte costituzionale sulla comunque rimanente libertà di scelta, che permane in capo all'ergastolano ostativo? Certo che, in astratto, può decidere di collaborare o meno con la giustizia, ma possibile che sia così difficile comprendere, in concreto, il problema? Chi risponderebbe ad una persona "sei comunque libero di scegliere", nel momento in cui le cronache quotidiane

riconsegnano fatti di estrema gravità, occorsi nei confronti di parenti di una persona la cui mera intenzione di collaborare è trapelata? Del resto, non difficile comprendere che il sistema di protezione dei collaboratori di giustizia, nel nostro paese, non sempre è in grado di raggiungere punte di efficacia, come invece dovrebbe accadere. Poco finanziato, a volte scarse professionalità, intoppi burocratici, insomma la insoddisfazione di molti è del tutto comprensibile.

Restiamo con i piedi per terra, quindi. Non parliamo di concetti e idee, ragioniamo concretamente. Ed allora, per uscire da questo *tunnel* del concettualismo, che caratterizza dottrina e giudici, una strategia mi sembra quella di *non* fare ciascuno il proprio mestiere. Se si vuole riflettere, cercando di farsi prima leggere e poi capire da chiunque, parlando della terra e della sua concretezza, non del cielo stellato e della sua astrattezza, si deve adottare il più possibile un approccio aperto. Ponti, non muri. Meglio di così non riesco a dirlo. Viene forse più facile per lo studioso, ma anche il giudice potrebbe giovarsene, come dirò subito¹².

Un approccio aperto significa tenere in considerazione anche i profili storici e sociologici della questione ergastolo ostativo¹³. Sembrerà strano, ma nell'*amicus curiae* che abbiamo presentato alla Corte di Strasburgo sull'ergastolo ostativo, oltre alle argomentazioni giuridiche, abbiamo voluto sottoporre all'attenzione della Corte

¹² Irraggiungibili – contro il concettualismo – le pagine di Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), II ed., Cedam, Padova, 1964, di Gorla G., *L'interpretazione del diritto* (1941), presentazione di Sacco R., Giuffrè, Milano, 2003 e di Satta S., *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 218 ss. È nello scritto di Gino Gorla che si sferrano i più preoccupati attacchi contro la “logica fredda su fatti pensati come esistenti in un mondo diverso da quello in cui si è convinti che esistano” (p. 8), arrivando alla conclusione che, contro il “forgiatore di concetti” (p. 96) e il “perpetuo classificatore” (p. 97), la sfida è farsi promotori dell'interpretazione come storia, “come concreta comprensione del diritto”, in questo modo evitando “che i giuristi cadano in uno splendido isolamento. Dopo la marea di concettualismo, che ci ha assaliti e che ancora ci sommerge (...) i giuristi dovrebbero cominciare a sentire sete di realtà, di storia” (p. 98).

¹³ Sulla storia, richiamo la lezione di metodo di Paolo Ridola, volta a valorizzare la “ineludibile storicità dell'orizzonte scientifico del costituzionalista”, recuperando “quella dimensione interdisciplinare nello studio dei diritti fondamentali che la scienza giuridica ha consapevolmente sottovalutato” (cfr. Ridola P., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. XVI, XVII). Bellissimi, da questo punto di vista, gli scritti di Pisani M., *La pena dell'ergastolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2016, pp. 575 ss. e di Dolcini E., *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 dicembre 2018. Quanto all'approccio sociologico, mi preme evidenziare che uno dei più importanti magistrati di sorveglianza italiani è stato definito da Mauro Palma un “giurista sociologo”, una definizione perfetta: cfr. Palma M., *Un “giurista sociologo” della scuola fiorentina*, in Malgara A., *La giustizia e il senso di umanità*, a cura di Corleone F., Fondazione Michelucci Press, Firenze, 2015, pp. 77 ss.

anche altre riflessioni, storiche e sociologiche, che sono molto servite per dimostrare profili giuridici di inconvenzionalità¹⁴.

4. Un approccio storico: dissociazione e ostatività

Vediamo la storia. Non discuto della questione auto-evidente: una misura emergenziale in vigore da più di un quarto di secolo!

Nemmeno intendo soffermarmi sugli effetti che, sempre il fluire della storia, ha prodotto rispetto alla platea dei destinatari del regime ostativo, ingenerando una contraddizione irrisolvibile, traducibile in termini giuridici rispetto al principio di eguaglianza. Come può una misura emergenziale, pensata per sconfiggere la mafia, essere utilizzata anche per la riduzione in schiavitù, la prostituzione minorile, la pornografia minorile, la tratta di persone, l'acquisto e l'alienazione di schiavi, la violenza sessuale di gruppo? E, da ultimo, per tutti questi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: peculato, concussione, corruzione, induzione indebita, istigazione alla corruzione¹⁵.

Siamo passati dagli iniziali quattro, del 1991, agli attuali sedici, del 2019. Esiste un verbo inglese perfetto per esprimere il concetto: *to trivialise*, che è un *mix* tra banalizzare e scombussolare una data cosa. Lasciando in disparte la lingua inglese, torniamo a casa nostra: le intercettazioni sono sempre utili, non dipendono dal reato; ma il regime ostativo non può essere valido per ogni cosa, altrimenti il sistema risulta irrimediabilmente contraddittorio, irrazionale e irragionevole, poiché tratta

¹⁴ *L'amicus curiae* è pubblicato in appendice a Galliani D., Pugiotto A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit. e il lettore potrà valutare la diversa provenienza delle persone che lo hanno sottoscritto.

¹⁵ Così l'art. 6 della legge 9 gennaio 2019, n. 3, già richiamata in precedenza, il cui titolo recita "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici". Mi rifiuto categoricamente di scrivere anche io come questa legge è stata presentata alla pubblica opinione. Non voglio essere in alcun modo partecipe di un uso violento della lingua italiana. Mi si lasci però aggiungere una questione. Quale il ruolo della Procura Nazionale Antimafia e di quelle distrettuali, a fronte di un così variegato elenco di delitti rientranti nel regime ostativo? Ed il riferimento corre all'accertamento sia della collaborazione impossibile, irrilevante, inesigibile sia all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

allo stesso modo un mafioso, un trafficante di essere umani, un *sex offender* e via scorrendo¹⁶.

Non di queste cose vorrei parlare¹⁷. Mi rifaccio alla storia per affrontare due altre questioni. Il rapporto tra dissociazione e ostatività e la estrema diversità tra il regime ostativo originario del 1991 e quello di poco successivo del 1992.

Riduco al massimo. Il legislatore italiano ha messo in campo, nel corso del tempo, degli istituti latamente riconducibili all'interno della galassia premiale. Non ha però valutato in modo approfondito la diversità dei fenomeni che intendeva contrastare. Se la dissociazione poteva avere un senso nei confronti del terrorista, l'ostatività nei confronti del mafioso sconta qualche problema. È abbastanza normale attendersi dal terrorista un distacco dalla ideologia nella quale credeva. Normale non significa che la dissociazione, a fronte di un fortissimo sconto di pena, arrivi automaticamente. Significa unicamente che il sistema premiale messo in piedi poteva avere una qualche giustificazione. Proprio la storia (italiana) dimostra che la dissociazione funzionò. Come canta il poeta, la storia dà torto o dà ragione: il terrorismo politico italiano non è stato sconfitto solo grazie alla dissociazione, tuttavia il contributo è stato rilevante¹⁸.

Ecco la domanda: pensare ad un premio nei confronti del mafioso che collabora non appare in sé problematico? Ma l'interrogativo più importante in realtà non è questo. È un altro: se, a prima vista, essendo il mafioso diverso dal terrorista, appare complicato premiare il distacco da qualcosa che non è basato su una condivisione

¹⁶ Se per le intercettazioni non vi è alcuna preclusione riguardante il tipo di reato, ma solo i gravi indizi e la assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini, in riferimento al regime ostativo, invece, se ne prevede il funzionamento solo in riferimento a tipologie definite di reato, appunto del tutto disomogenee, come del resto non ha mancato di evidenziare nella sua giurisprudenza anche la Corte costituzionale. Non ha tratto ancora conseguenze, ma di certo lo ha detto e ribadito più di una volta.

¹⁷ Anche altre misure pensate per contrastare la mafia sono oggi applicate in altri campi, come da ultimo insegna il caso della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza in materia di atti persecutori (*stalking*). Si veda quella che è probabilmente una delle primissime pronunce in tal senso: Tribunale di Milano, Sezione Autonoma Misure di Prevenzione, 9 ottobre 2018 (qui).

¹⁸ Sono consapevole che non può essere il solo piano dell'effettività quello per valutare una scelta del legislatore, altrimenti potremmo anche finire con il giustificare la tortura. Rifacendosi a Giovanni Carmignani, è stato Tullio Padovani a discorrere di soave inquisizione e di barbarie dal volto umano, in riferimento alla legislazione premiale e in specie alla dissociazione. E la sua profezia, esposta nel 1981, si è purtroppo avverata: se non si riparerà alla grave crisi del sistema penale nel suo complesso, disse, nulla si potrà fare per fermare la naturale forza espansiva degli strumenti premiali eccezionali (cfr. Padovani T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/1981, pp. 529 ss.).

politico-ideologica, il tutto diviene francamente incomprensibile se la utile collaborazione con la giustizia è ritenuta dal legislatore l'unica possibilità per l'ergastolano ostativo condannato per mafia di accedere alla condizionale. A meno che si argomenti che anche il mafioso, come il terrorista, ha un credo politico, ma io, che non sono uno storico del fenomeno mafioso, non l'ho mai letto o sentito¹⁹.

Se si fosse ragionato più in termini storici, si sarebbe forse potuto meglio intendere la necessità di diversificare le risposte da dare a due fenomeni (storicamente e quindi nella realtà) differenti sotto diversi punti di vista, in termini di struttura organizzativa, provenienza e formazione dei membri e, soprattutto, per natura e finalità. Posso sbagliare, ma non mi risulta che un mafioso si sia mai dichiarato prigioniero politico, almeno nel senso al quale si riferivano i terroristi²⁰.

¹⁹ Ho letto il contrario, scritto da una persona che ha avuto esperienza diretta, sul campo, contro il terrorismo e la mafia: i terroristi rossi erano "persone anebbiolate da un'ideologia totalizzante. La mafia non è un'ideologia, è qualcosa di diverso (...)". Con una ulteriore aggiunta: "E quando si tratta di pentiti di mafia, va sempre tenuto presente che parlare contro la mafia significa letteralmente, senza retorica, condannarsi a morte" (cfr. Caselli G. C., *Le due guerre. Perché l'Italia ha sconfitto il terrorismo e non la mafia*, Melampo, Milano, 2009, p. 168, ma si veda anche p. 55 e p. 161).

²⁰ Non è una battuta, ma un modo per fare intendere cosa distingue nella sua essenza il terrorismo dalla mafia. Non ho ancora trovato una spiegazione migliore di cosa sia la mafia rispetto a quella che ci ha lasciato Rocco Chinnici. Da un lato: "È assai probabile che i gruppi mafiosi siano interessati a rifornire di armi le organizzazioni eversive; ciò, però, al solo ed esclusivo scopo di lucro dal momento che, come è stato storicamente accertato, la mafia non ha mai avuto credo politico". Anche l'appoggio al movimento separatista non va interpretato in chiave politica, ma in funzione utilitaristica. La mafia, quindi, non ha credo politico. Dall'altro lato, alla precisa domanda "vecchia mafia, nuova mafia: che cosa è oggi la criminalità organizzata a Palermo e nel palermitano?", ecco la risposta: "Io non parlerei di vecchia mafia e nuova mafia, parlerei sempre e soltanto di mafia, perché la mafia è stata, è e, fino a quando malauguratamente l'avremo ancora, sarà soltanto mafia, cioè crimine organizzato". A questo punto l'intervistatore insiste: "Ma non ci sono nuove forme organizzative, nuove forme delinquenziali?". Ecco la risposta del giudice Rocco Chinnici: "Nuovi metodi, nuovi sistemi. Però, la concezione, la mentalità, il modo di essere, il modo di pensare è sempre quello di trenta, quaranta anni fa, di un secolo addietro, cioè quello di vivere al di fuori e contro la legge per accumulare illecitamente ricchezza". La conclusione è questa: "La mafia è stata sempre reazione, conservazione, difesa e quindi accumulazione della ricchezza. Prima era il feudo da difendere, ora sono i grandi appalti pubblici, i mercati più opulenti, i contrabbandi che percorrono il mondo e amministrano migliaia di miliardi. La mafia è dunque tragica, forsennata, crudele vocazione alla ricchezza" (cfr. Chinnici R., *L'illegalità protetta. Le parole e le intuizioni del magistrato che credeva nei giovani*, nuova ed., Glifo, Palermo, 2017, rispettivamente, per i virgolettati, p. 84, p. 168, p. 7: il primo passo è del 1982, il secondo del 1981 e il terzo del 1983).

4.1. Gli effetti dell'emergenza

Sia concessa una parentesi. Per quale motivo questa frettolosa estensione di misure latamente premiali, dal fenomeno terrorista a quello mafioso? Fermiamoci a questa domanda, perché le successive estensioni ad innumerevoli altri reati, non fossero vere, non ci si crederebbe. Restiamo al problema terrorismo e al problema mafia²¹.

Mi sembra che il nostro paese, negli anni Settanta del Novecento, si sia moltissimo preoccupato del terrorismo, finendo per avere un'attenzione particolarmente debole rispetto alla mafia. Non che ne abbia mai avuta tantissima, ma in quegli anni molto preoccupava il terrorismo, meno la mafia, che tra l'altro, proprio in quegli anni, acquisì il monopolio del traffico di sostanze stupefacenti.

Quando, per fortuna, il terrorismo ha iniziato a vedere il tramonto, il fenomeno mafioso è diventato il tema dominante (anche qui direi per fortuna, anche se tutti sappiamo che la cosa peggiore da fare, rispetto alla mafia, è considerarla un'emergenza). A questo punto, si è dovuto fare tutto in fretta: si sono presi gli strumenti che esistevano, cercando di riadattarli al "nuovo" fenomeno da affrontare, quello mafioso.

Lo ripeto, perché è un punto fondamentale. Non voglio discutere della collaborazione con la giustizia, dei suoi pregi, ma anche dei suoi difetti, quello che voglio fare è sottolineare il fatto che vi è qualcosa che non torna nel momento in cui ad una persona (un ergastolano) si attribuisce un premio (uscire dal carcere, con la condizionale, oppure, anche se è lo stesso, non morire dietro le sbarre) solo se esaudisce una richiesta (collaborare con la giustizia) che la storia dimostra difficile da soddisfare. E questo anche perché il terrorista non è il mafioso e, per uscire da un'organizzazione terroristica, si può presumere essere particolarmente adatta la dissociazione, mentre dalla mafia si può uscire in diversi altri modi, non solo se collabori con la giustizia.

²¹ Faccio solo presente che l'estensione del regime ostativo ai reati contro la pubblica amministrazione è molto probabile che, prima o poi, arrivi alla Corte costituzionale. Per ora, salvo errore, non risultano ordinanze in questo senso, non di meno si veda la (comunque importante) sentenza della VI Sezione della Cassazione n. 12541 del 14 marzo 2019. Il problema, in specifico, era l'assenza del regime intertemporale e su questo aspetto i giudici di legittimità dichiarano non manifestamente infondata la *quaestio*, anche se non sollevano per difetto di rilevanza. Tuttavia, la parte aveva anche chiesto di sollevare il problema in sé, vale a dire la estensione del regime ostativo al "blocco" di questa tipologia di reati, ma su questo specifico punto la Corte non risponde.

Sarebbe sacrosanto sostenere che, per assicurare la coerenza del sistema, il legislatore deve fare di tutto per garantire l'incolumità di chi collabora e dei parenti. Infatti, dopo la legge Rognoni-La Torre del 1982, alla quale si deve la previsione di cui all'art. 416 *bis* del Codice penale, uno degli interventi più importanti, prima dell'introduzione del regime ostativo, è stato in riferimento alla protezione dei collaboratori (e dei testimoni) di giustizia (d.l. 5 gennaio 1991, n. 8).

Questo però nessuno lo nega, anche perché sarebbe complicato farlo. Il problema è che, da un punto di vista giuridico, la questione non muta, in quanto dietro alla scelta di non collaborare (e di collaborare) ci possono essere diverse motivazioni, cosa che il legislatore non riesce a comprendere. Il problema, riferito ad una pena perpetua e alla liberazione condizionale, è costituzionalmente drammatico: se collabori non sei pericoloso, puoi domandare la misura ed eventualmente ottenerla; se non collabori sei pericoloso, la misura ti è comunque preclusa: questa è l'unica cosa che spiega il legislatore.

Si potrebbe intendere ancora meglio la questione con due esempi, che anticipo sono provocatori. Da un lato, si consideri il destino delle dichiarazioni e delle informazioni ottenute mediante tortura. Cosa vuole dire il nuovo art. 191, c. 2 *bis* del Codice di procedura penale? Una cosa molto chiara. Salvo il caso in cui possono essere utilizzate contro le persone accusate di tortura, al solo fine di provarne la responsabilità penale, sono dichiarazioni e informazioni comunque inutilizzabili. Proviamo a dirlo in modo diverso: se non riguardano chi è accusato di tortura, equivalgono a dichiarazioni e informazioni rese sotto narcosi. Si dirà che una cosa è l'ergastolo ostativo e un'altra cosa è la tortura, tuttavia, a parte che è lecito nutrire qualche dubbio²², l'esempio fa intendere che l'ergastolano ostativo va incontro ad

²² Si vedano le argomentazioni sul punto di Andrea Pugiotto in C. MUSUMECCI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, prefazione di G. Silvestri, appendice di D. Galliani, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 133 ss. Sia concessa una chiosa su questo volume. Probabilmente, abbiamo visto bene, nel metodo. La scelta è stata quella di far parlare chi ha vissuto sulla propria pelle l'ergastolo ostativo e chi da tempo lo studia da giurista, aggiungendo anche una ricerca compiuta sul campo, ossia in galera, ancora una volta quasi a voler dare la parola a chi concretamente conosce l'ergastolo ostativo. Dico che nel metodo avevamo visto bene poiché anche a livello internazionale le ultimissime pubblicazioni in materia di ergastolo seguono la medesima traccia, tenendo insieme riflessioni di studiosi e racconti esperienziali concreti di ergastolani. Si veda, dapprima, Appleton C. A., *Life after Life Imprisonment*, Oxford University Press, Oxford, 2010 e, ora, Mauer M. and Nellis A., *The Meaning of Life. The Case for Abolishing Life Imprisonment*, The New Press, New York, 2018 (Marc Mauer è il direttore esecutivo di *The Sentencing*

una ineluttabile coartazione e costrizione della propria libertà morale e della propria libertà di autodeterminazione, che non possono sparire solo perché hai commesso determinati (e gravissimi) reati²³.

Dall'altro lato, è come se esistesse una sorta di obbligo di esercitare l'azione penale nei confronti di tutti i non collaboratori, contestandogli il reato di favoreggiamento personale. È una provocazione, certo, ma se la dottrina concorda sulla impossibilità di configurare questo reato in forma omissiva, la giurisprudenza, invece, pare ritenere il contrario: si può favorire qualcuno anche in forma omissiva, stando in silenzio. Perché allora non si procede per favoreggiamento nei confronti di chi, potendo collaborare, decide di non farlo?

Provocazioni a parte. Se lo stare in silenzio si può configurare come un diritto e se in fase di esecuzione della pena questo diritto può essere relativizzato, ma non annullato, come può il legislatore sanzionare una persona perché sta esercitando un proprio diritto? Non dico nulla di nuovo: a tutto concedere, il legislatore può decidere di non premiare, ma sanzionare perché si esercita un diritto significa sconvolgere le nozioni elementari che insegniamo al primo anno di ogni facoltà giuridica. Mi sembra sbagliato dire che non è una vera e propria sanzione: se una persona non può uscire dal carcere, nel momento in cui, potendo collaborare, decide di non farlo, restando in silenzio, questa persona subisce una sanzione, non serve aggiungere aggettivi, il sostantivo è sufficiente²⁴.

Project, uno dei più importanti centri di ricerca al mondo sul carcere e sull'ergastolo in particolare: www.sentencingproject.org). Gli ultimi due libri sull'ergastolo, sempre a livello internazionale, sono: *Life Imprisonment and Human Rights*, Edited by van Syl Smit D. and Appleton C., Hart, Oxford and Portland, 2016 (con approfondimenti su: Stati Uniti, America Latina, Australia, Uganda, India, Paesi Bassi, Ungheria, Francia, Regno Unito, Belgio, Irlanda, Portogallo, Brasile, Ex Jugoslavia, Polonia, Spagna, Germania, Svizzera, paesi scandinavi).

²³ È proprio a garanzia della libertà morale della persona e della sua libertà di autodeterminazione che è stato previsto l'art. 188 del Codice di procedura penale. Ad ogni modo, è stata contestata l'attendibilità delle dichiarazioni di correi, in quanto allettati a collaborare con la prospettiva della fruizione di vantaggiosi benefici premiali. Non sarebbero dichiarazioni spontanee e disinteressate. A fronte di un giudice di merito che, nel caso di specie, ha precisato che il generico interesse a fruire dei benefici non aveva intaccato la credibilità delle dichiarazioni, non essendo emersi motivi di odio o di rancore nei confronti del chiamato, né altro concreto interesse ad accusarlo, il giudice di legittimità ha dovuto prendere atto che il ricorso non aveva sollevato alcuna obiezione specifica, essendosi limitato a lamentare l'insufficienza della motivazione (Cassazione, I Sezione, n. 5270, 12 marzo 1998).

²⁴ Il problema è certo spinoso, ma forse risolvibile se si usano i medesimi occhiali per inquadrarlo. Proviamo a considerare il diritto al silenzio un bene giuridico, al pari del diritto di difesa. Non solo va tutelato, ma funziona come limite alla possibilità di prevedere meccanismi i cui effetti finiscono per annullare ogni bilanciamento, a favore di istanze investigative. Da un certo punto di vista, il problema

5. La prima e la seconda versione dell'ergastolo ostativo

Si rifletta ora sulla seconda questione storica di non poca importanza. Confrontiamo il d.l. 13 maggio 1991, n. 152 con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, la prima e la seconda versione del regime ostativo (ragione sempre come se riferito alla pena dell'ergastolo e alla liberazione condizionale).

La differenza tra le due versioni è evidente. Il motivo della diversità risiede in quanto successo il 23 maggio del 1992: la strage di Capaci²⁵.

Ebbene, la scelta operata con il primo decreto-legge, quello del 1991, che ha introdotto per la prima volta l'art. 4 *bis* nell'ordinamento penitenziario, non è immune da rilievi critici. Mi riferisco a quella che si definisce la prova diabolica, vale a dire il provare (dal carcere) che non sono più attuali i collegamenti (fuori dal carcere) con la criminalità organizzata, a fronte peraltro di informative di polizia che forse si poteva immaginare non sarebbero state sempre dettagliate e individualizzate.

Non di meno, cosa prevedesse quel primo decreto-legge è chiaro. Oltre ad introdurre l'aggravante di cui all'art. 7, il decreto-legge del 1991 disciplinava la collaborazione con la giustizia in un modo che provo a definire ancora costituzionalmente legittimo. La mancata collaborazione con la giustizia precludeva la possibilità di accedere alle misure alternative in deroga alle tempistiche, nel frattempo aumentate. In poche parole: se si collaborava con la giustizia, si poteva accedere prima alle misure; se, invece, non si collaborava, si dovevano rispettare i tempi ordinari, nell'occasione aumentati. Da un punto di vista costituzionale, il sistema sembra reggere: se non

non sono le cose che si dicono collaborando, ma il doverle dire nonostante il diritto al silenzio, pena la fine dei propri giorni dentro le mura di un carcere. Per dirla autorevolmente: "alla apprezzabilità etica e giuridica della prestata collaborazione con la giustizia non può corrispondere un giudizio di disvalore – né giuridico né etico – sulla mancata confessione e collaborazione, sia per la necessità di rispettare qualsiasi scelta legittima di esercizio del diritto di difesa (...) sia perché la scelta di non accusare altri può anche essere fondata su apprezzabili ragioni morali, p. es. quando si tratti se chiamare o non in correttezza persone già da tempo ritornate ad una vita normale. Opinare diversamente, significherebbe ricadere in una concezione assolutizzante – da stato etico – della giustizia punitiva, non compatibile con un ordinamento laico e pluralista" (cfr. Pulitanò D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/1986, p. 1030, n. 68). Il giudizio di disvalore giuridico è la impossibilità di accedere alle misure alternative.

²⁵ Cui è seguita il 19 luglio quella di Via D'Amelio, avutasi pertanto in fase di conversione del secondo decreto-legge, avvenuta con la legge 7 agosto 1992, n. 356.

collabori non è preclusa la misura alternativa, devi solo attendere il decorso del tempo per poterla chiedere, sapendo che è stato aumentato.

La mia idea è che il primo decreto-legge volle ottenere il massimo che si poteva ottenere. Consapevole che l'ergastolo senza possibilità di accedere alla liberazione condizionale sarebbe stato incostituzionale, perché la Corte costituzionale sin dal 1974 aveva salvato l'ergastolo proprio perché anche gli ergastolani potevano accedere alla liberazione condizionale, decisa da un giudice, il legislatore è come se avesse proceduto in modo deciso e allo stesso tempo cauto.

E ricordo, prima di tutto a me stesso, che quando quel primo decreto-legge fu approvato il Direttore generale degli affari penali del Ministero di grazia e giustizia era Giovanni Falcone, in grado come pochi altri di avere una visione di insieme del fenomeno mafioso e dei modi con i quali contrastarlo e sconfiggerlo. Soprattutto, Giovanni Falcone si è sempre fatto portatore, questa è la mia opinione, di una visione costituzionalmente orientata del diritto penale e del diritto penitenziario²⁶.

Dopo la strage di Capaci il bilanciamento, tra decisione e cautela, è venuto meno, nel momento in cui è stato approvato il secondo decreto-legge, quello del 1992, che introduce nel nostro ordinamento un regime ostativo del tutto differente rispetto a quello originario. Basta andare al cuore del problema: con il nuovo decreto-legge, senza la collaborazione con la giustizia è preclusa in ogni caso la possibilità di accedere alle misure alternative. Il che muta profondamente la questione, rendendola davvero di difficile compatibilità costituzionale.

Metto in evidenza un altro aspetto. Il secondo decreto-legge sembra quindi violare la separazione dei poteri: toglie al giudice il potere di decidere. È lo stesso

²⁶ Si dovrebbe promuovere una corposa ricerca storico-giuridica sull'attività ministeriale di Giovanni Falcone, tenendo in considerazione il rapporto tra il nuovo Codice di procedura penale e le misure di contrasto alla mafia in quel periodo varate, cercando di comprendere la eventuale tensione delle misure prese con il nuovo processo accusatorio e la trasformazione del libero convincimento del giudice. In che modo nacquero, quale fu il ruolo di Giovanni Falcone, che spesso ricordiamo solo discutendo della Procura nazionale antimafia. La sua esperienza in via Arenula necessita di essere ancora pazientemente ricostruita in modo soddisfacente, attingendo a fonti di diversa natura, non solo strettamente giuridiche, anche per via della (giusta o meno che sia) riservatezza delle riunioni del Consiglio dei Ministri. Ad ogni modo, che sia stato scritto o meno da Falcone non è dato sapere, come in altre occasioni, anche per quanto riguarda il decreto-legge del 1991 sul regime ostativo è ipotizzabile un apporto tecnico di alcuni consulenti ministeriali, nonché dell'ufficio legislativo. Tuttavia, più che l'autore materiale, ciò che conta è quanto prevedeva quel decreto, che difficilmente avrebbe potuto vedere la luce senza l'assenso di Falcone. Si veda in ogni caso anche la successiva nota 27.

movimento che il legislatore segue quando, sempre con il decreto-legge del 1992, introduce il nuovo art. 41 *bis* o.p., il trattamento penitenziario differenziato, che con un evidente ossimoro ci si ostina a chiamare il “carcere duro”. Il quale si porta dietro, ancora oggi, sin dall’origine, un problema di fondo, che ruota anche questo attorno alla separazione dei poteri. È il Ministro della giustizia che decide il trattamento differenziato, non il giudice. Voglio allora evidenziare che il secondo decreto-legge del 1992 è ispirato da una filosofia di fondo che non caratterizzava il primo del 1991: una logica che, con il nuovo regime ostativo e il nuovissimo trattamento penitenziario differenziato, priva il giudice, in entrambi i casi, il chiarissimo ruolo che la Costituzione gli assegna in materia di libertà personale.

Se anche si dicesse che la strage di Capaci è stata una causa più che legittima per questa torsione, a me sembra che si finirebbe con il portare acqua al mulino di coloro che evidenziano l’estrema contraddizione che la storia ci ha riconsegnato. Quella prima evidenziata: il sistema, così contraddittorio, non può reggere, perché il regime ostativo, nel tempo, ha riguardato una schiera sempre più ampia di reati, tra di loro certamente disomogenei, che non possono essere fatti risalire alla strage di Capaci²⁷. Ad ogni modo, tornando al decreto-legge del 1992, vi è anche da dire che la questione dell’emergenza merita di essere trattata, da un punto di vista giuridico, secondo quello che è un altro portato della civiltà giuridica europea, anche questo scritto o meno che sia nei testi costituzionali. Non capisco come qualcuno possa negare che, in quei frangenti, lo Stato italiano fosse veramente sotto attacco. Era un attacco che durava da decenni, ma questo non significa che quanto successo a Capaci possa essere in qualche misura sminuito.

²⁷ Ogni tanto, mi sembra che si usi il nome di Giovanni Falcone in modo alquanto strumentale. Quando la discussione verte sulla necessità di modificare o meno l’art. 416 *bis*, in pochi ricordano che anche Giovanni Falcone e Paolo Borsellino contribuirono a scriverlo. Quando, invece, la discussione verte sull’ergastolo ostativo, ecco che ci si richiama a Giovanni Falcone. Non voglio fare alcuna (inutile) polemica, solo precisare quello che si deve precisare: l’ergastolo ostativo oggi in vigore non ha niente da spartire con quello che sarebbe risultato se fosse rimasto in vigore il primo decreto-legge del 1991. D’altro canto, invito a riflettere sull’ergastolo ostativo proprio prendendo spunto dalla discussione sulla modifica o meno dell’art. 416 *bis*. Chi sostiene che non serve il legislatore, ma sono sufficienti i giudici, sta affermando che la giurisdizione deve avere un ruolo fondamentale, ad esempio per valutare, caso per caso, le mafie storiche, quelle straniere, quelle autoctone e quelle delocalizzate. È proprio questa valutazione caso per caso che è negata in radice dall’ergastolo ostativo. Non sto dicendo che chi è contrario alla modifica legislativa dell’art. 416 *bis* deve essere anche contrario all’ergastolo ostativo, solo che alcuni argomenti sono spendibili sia per negare la necessità della prima sia per affermare la problematicità del secondo.

Il punto è che, insieme alla separazione dei poteri, vi sono anche altri principi che non possono essere derogati, nemmeno in tempo di guerra o di altre emergenze che mettono a repentaglio la sopravvivenza dello Stato. Mai dire mai? No, mai significa mai. Vale per i terroristi irlandesi e per quelli italiani, vale per i più pericolosi criminali sulla faccia della terra, vale per i mafiosi, così come per stupratori e corruttori, sempre ragionando con le etichette: uno Stato non può violarne la dignità umana, che deve essere rispettata e garantita indipendentemente dai reati che una persona ha commesso. Esiste qualcosa che non è bilanciabile. Questa cosa è la dignità umana, la eguale considerazione e rispetto che merita ogni singolo essere umano in quanto essere umano²⁸.

Non mi avventuro alla ricerca della migliore definizione. E, se non è bilanciabile, capisco che sarebbe meglio parlarne in termini di regola piuttosto che di principio. Ma, insomma, quando si utilizza l'essere umano come strumento per raggiungere un fine, anche il più meritevole al mondo, ecco, in questo momento, la dignità umana serve per ricordarci che non si può fare, perché l'essere umano è il fine. Così come non si può abbattere un aereo di civili dirottato da un terrorista, sostenendo che la morte di quelle persone serve per salvare la vita di tante altre, così, allo stesso modo, non si può barattare la libertà di un ergastolano con la sua collaborazione con la giustizia (e in specifico con la liberazione condizionale che quella pena estingue).

E ribadisco: non significa mettere in discussione in sé la collaborazione con la giustizia, ma sostenere che l'uomo si riduce a strumento invece di essere il fine, nel momento in cui si mette in campo, a fronte di una pena perpetua, l'equiparazione assoluta tra mancata utile collaborazione e pericolosità sociale, che conduce, per legge, alla impossibilità di ottenere *tutte* le misure alternative, liberazione condizionale compresa²⁹.

²⁸ Interessanti le riflessioni a proposito del filosofo del diritto. Si veda, ad esempio, recente, Milazzo L., *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2018, che passa in rassegna critica le tesi dei vari Alan Dershowitz sulla legittimità della tortura.

²⁹ L'ergastolo ostativo è contro il fine rieducativo e contro soprattutto il senso di umanità. Anche se in Costituzione non ci fosse il termine rieducazione, sarebbe più che sufficiente il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità. Lungi da me qualsiasi anche minima proposta di riforma costituzionale. Il c. III dell'art. 27 Cost. va bene così come è formulato e così come è stato nel tempo interpretato dalla Corte costituzionale, che appunto ha sapientemente, anche se solo negli ultimi decenni, legato in modo indissolubile umanità e rieducazione. D'altro canto, anche senza la esplicita previsione della rieducazione, vi sono alcuni testi materialmente costituzionali che sono stati interpretati come se la prevedessero, proprio partendo dal solo divieto di pene e trattamenti inumani

Probabilmente, dietro alla scelta del 1992 vi è stata la oggettiva mancanza di tempo. Scosse dalle fondamenta le basi dello Stato, è come se fosse mancato il tempo per intervenire in modo deciso, ma con delle previsioni più equilibrate. Esistevano diverse possibilità? Esistono sempre. Bloccare per un certo numero di anni la possibilità di domandare le misure alternative, nel caso innalzando la quantità di pena (effettivamente) da scontare per poterle domandare³⁰. Lavorare sul rapporto tra eventuale uscita dal carcere e misure di sicurezza, riformando in modo efficace la libertà vigilata³¹. Intervenire sul principio di progressione: ancora oggi vige la più completa incertezza, ad esempio, per quanto riguarda il numero di permessi premio per poi eventualmente ottenere la semilibertà e il numero di anni in semilibertà per avere la liberazione condizionale. Si poteva prevedere qualcosa di più specifico e stringente in questi e in altri ambiti³².

Non è stato fatto. Forse perché è mancato il tempo. Abbiamo avuto invece un meritorio intervento nel tempo della Corte costituzionale, che ha riguardato sia l'art. 4 *bis* sia l'art. 41 *bis*. Sono stati introdotti tuttavia dei salvagenti e delle riforme parziali. Entrambi relevantissimi, ma il cuore del problema rimane lì tutto ancora evidente: lasciando perdere il carcere duro, che a mio avviso deve essere deciso sin

e degradanti. Mi riferisco ovviamente all'art. 3 della Convenzione e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

³⁰ Sposando la soluzione "alla francese", che è uscita immune dal sindacato della Corte di Strasburgo, anche se non vanno sottaciuti alcuni problemi, sui quali rinvio a Galliani D., Pugiotto A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., p. 32.

³¹ Individualizzando il più possibile la misura. Molto recente, in materia di misure di prevenzione, sul divieto di partecipare a pubbliche riunioni (nel caso di specie, di andare allo stadio), si veda la coraggiosa sentenza della Cassazione, I Sezione, n. 31322, 9 aprile 2018, che annulla senza rinvio ritenendo che il fatto di reato non sussiste. Non nego che forse è necessario sul punto una pronuncia delle Sezioni Unite.

³² Rispetto alla progressività, sempre tenendo in considerazione che questo principio va di pari passo con quello della non regressione trattamentale, come ha chiarito diverse volte la Corte costituzionale, a proposito di svariate misure unicamente punitive, che non stanno dentro la Costituzione. Quando parlo di incertezza nel testo mi riferisco al fatto che, fermo un dato arco temporale per chiedere, ad esempio, la semilibertà, si poteva ragionare su quanti permessi andrebbero svolti in questo arco temporale. Sto sempre ragionando oggi per allora, ossia su strumenti per evitare i problemi dell'ergastolo ostativo. E si pensi del resto all'oggi: una volta accertata ad esempio la collaborazione impossibile, l'ergastolano ostativo potrà anche avere trascorso in carcere 30 anni. Ebbene, quanti permessi per la semilibertà, quanti anni in semilibertà per la condizionale? Non ho la soluzione e nemmeno mi convince il criterio quantitativo, tuttavia, riflettendo con il senno di poi, in quel periodo avremmo potuto quanto meno considerare questi profili. Quanto all'oggi, la incertezza regna sovrana, il che significa problemi di eguaglianza, perché è accettabile una lieve diversità, ma se ad un *ex* ergastolano ostativo si "chiedono" per la semilibertà quattro permessi e ad un altro dieci, in effetti, un qualche problema esiste. A parità di comportamenti, come sono possibili così forti divaricazioni?

dall'inizio da un giudice³³, il problema del regime ostativo, applicato all'ergastolo, non è stato risolto³⁴.

6. Un approccio sociologico: l'ergastolo ostativo e la comune esperienza

Ho utilizzato molto la storia. Vediamo a questo punto come uno studioso, un giudice e un avvocato – in una parola, che trovo sempre bellissima, un giurista – può rifarsi alla sociologia. Non saprei dire se il termine è esatto. Lasciamo però perdere le definizioni e le classificazioni, vanto italico che, se perdessimo domani, ne avremmo tutti da guadagnare.

Penso sia utile evidenziare nuovamente che, quando abbiamo presentato l'*amicus curiae* alla Corte di Strasburgo, sono state sviluppate delle riflessioni giuridiche, molte delle quali impregnate di storia e di un approccio appunto sociologico.

³³ Anche se sottolinea che il carcere duro non è una misura di prevenzione, Cassazione, I Sezione, n. 3447, 27 novembre 2017, per respingere la *quaestio* altro non fa che ripetere la giurisprudenza costituzionale (nel caso di specie, si tratta di rinnovo, non di prima applicazione). Sul tema si veda Della Bella A., *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Giuffrè, Milano, 2016, *passim*, in specie, pp. 409 ss., per quanto riguarda la necessità che a disporre la *pena* del carcere duro sia un giudice, non il Ministro. Se si vuole, ho provato a riflettere sul tema in Galliani D., *Costituzione e "trattamenti" penitenziari differenziati*, in *Questione Giustizia*, 7 novembre 2018.

³⁴ Di recente, tuttavia, è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 149 del 2018, grazie alla quale è stato dichiarato incostituzionale un particolare tipo di ergastolo, che precludeva al condannato di accedere alle misure alternative se non scontati interamente 26 anni di pena. Si trattava dei condannati per sequestro di persona a scopo di estorsione, cui segue la morte del sequestrato cagionata dal sequestratore. I primi commenti alla decisione della Consulta sono tutti concordi nel mettere in rilievo che si è trattato di un intervento alquanto giustificato, messo in atto con riflessioni molto convincenti. Si vedano Dolcini E., *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 luglio 2018, Galluccio A., *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Questione Giustizia*, 16 luglio 2018, Talini S., *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Consulta On Line*, 1 ottobre 2018, Pugiotto A., *Il "blocco di costituzionalità nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio AIC*, 19 novembre 2018, nonché Pelissero M., *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2018, pp. 1359 ss. e, se si vuole, Galliani D., *Eguaglianza e rieducazione fanno il trattamento penitenziario, il resto è incostituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2018, pp. 911 ss. Aggiungo solo due spunti. In primo luogo, come con la sentenza n. 204 del 1974, anche in questo caso il Governo ha deciso di non costituirsi dinanzi alla Corte. In secondo luogo, rilevo che il monito rivolto al legislatore, rispetto alle pene temporanee, potrà essere a sua volta l'*incipit* per una nuova questione di costituzionalità, nel momento in cui dalla sorveglianza o dalla Cassazione si dubiterà della ragionevolezza della normativa rimasta in piedi.

Capisco che alcuni giuristi potrebbero storcere il naso. Ma la realtà è che, nel momento in cui si contesta l'ergastolo ostativo, è utilissimo parlare anche della comune esperienza, sviluppare ragionamenti che potrebbero essere fatti dalla più comune delle persone. Considerando che il diritto è una scienza umana e pratica, vedo solo positivo questo modo di procedere, perché ci ricorda ostinatamente che i problemi si risolvono ai piani bassi e non ai piani alti, lasciando in disparte l'eccesso di concettualismo, concentrandosi finalmente su quello che pensa il normalissimo uomo della strada, al quale interessa la concretezza. Non so se questo è fare della sociologia. Se lo è, non mi sconvolge, del resto anche a Palazzo della Consulta ci si rifà alla comune esperienza. Se non lo è, va bene lo stesso, noi nel nostro *amicus* abbiamo parlato di diritto anche in questo modo³⁵.

In che modo? Si è ragionato in una duplice direzione. La prima. Ma davvero chi non collabora è immeritevole di accedere alle misure alternative? La seconda. Ma davvero chi collabora è invece meritevole di accedere alle misure alternative?

Prendiamo il primo corno del problema. Una persona che ha esplicitamente e ripetutamente dichiarato la propria avversione ad ogni forma di criminalità organizzata, da quella alla quale apparteneva a tutte le altre. Una persona che ha preso pubblica posizione a favore della legalità, in generale del rispetto delle regole come fondamento della convivenza civile. Una persona che potrebbe anche aver espresso tutto il proprio rimorso nei confronti delle vittime e dei loro parenti, adoperandosi attivamente, iniziando con la cosa più difficile ma anche più giusta da

³⁵ A proposito della giurisprudenza costituzionale sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, sviluppatosi anche in riferimento alle ipotesi di reato per le quali è contestata l'aggravante del metodo mafioso (sentenza n. 57/2013) e nelle ipotesi di concorso esterno (sentenza n. 48/2015), vorrei spendere una considerazione. Quale è il risultato meritoriamente raggiunto dalla Corte, se non quello di aver ridato la parola al giudice in materia di libertà personale, sottraendola al legislatore che pensava di sostituirlo? Alcune presunzioni assolute erano in sé irragionevoli, quindi il rifarsi alla comune esperienza riesce a legittimare, per il momento, le rimanenti. Ma, se ragioniamo sugli effetti, nel momento in cui la Corte sostiene che le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere sono incostituzionali quando è agevole evidenziare ipotesi di accadimenti reali differenti rispetto alla generalizzazione alla base della presunzione, sta dicendo che la scelta legislativa è incostituzionale perché altrimenti il giudice non potrebbe svolgere, caso per caso, il suo mestiere. Su questo tema, così come sul differimento del colloquio con il difensore, sul regime delle intercettazioni, sul dibattimento a distanza, sulle regole di assunzione della prova e, infine, sul concordato sui motivi in grado di appello, si vedano, dopo la legge n. 103 del 2017 (riforma Orlando), Dell'Anno P. e Zampaglione A., *Criminalità organizzata. Le peculiarità del procedimento di cognizione alla prova dei principi costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2018, 2 novembre 2018.

fare, chiedere scusa. Ebbene, questa persona, per il legislatore, è comunque socialmente pericolosa perché, potendolo fare, non ha collaborato con la giustizia, pertanto gli è sempre precluso l'accesso alle misure alternative.

Diventano lettera morta tutte le relazioni trattamentali positive, le famose sintesi (non ho mai capito perché si chiamano così). Gli educatori potrebbero cambiare mestiere (pure loro, come i giudici). I bravissimi registi e sceneggiatori che lavorano nel carcere, facendo diventare i detenuti e le detenute degli attori, finirebbero con il non capire perché lo fanno, consapevoli come sono che la rieducazione costituzionale è quella sociale, non quella asociale. Vero che, a suo modo, anche il carcere è una società, ma a suo modo. Direttori di carcere, agenti di custodia, niente da fare. Anche loro hanno lavorato per niente: come una persona ha trascorso la detenzione non interessa a nessuno.

Il giudice ha le mani legate. Capisce che la persona che ha di fronte è diversa da quel ragazzino che uccise per scalare la gerarchia mafiosa, il più delle volte l'unica scala sociale della quale aveva contezza³⁶.

Rimane profondamente meravigliato, il giudice, dal come la persona si è comportata nel corso della sua più o meno ventennale detenzione, durante la quale, tra l'altro,

³⁶ Faccio unicamente notare che se l'ergastolo non può essere irrogato nei confronti di una persona minorenni al momento del fatto di reato, invece il regime ostativo ora è esplicitamente previsto si possa applicare anche ai minori (art. 2, comma III, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121). Giuridicamente, non sono pochi i problemi, iniziando dall'eccesso di delega, la quale chiaramente indicava il superamento delle preclusioni, non certo la loro estensione esplicita anche ai minori. E se non fosse vero, verrebbe da sorridere rispetto ai motivi, politici, per i quali si è proceduto in questo modo. Come ricostruito da Lina Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2018, nella Relazione di accompagnamento di spiega che l'estensione anche ai minori del regime ostativo è dovuta alla possibilità di continuare ad applicare appunto anche ai minori il carcere duro. Una follia duplice: da una parte, bastava prevedere la possibilità di applicare l'art. 41 bis anche ai minori, dall'altra non si capisce davvero il senso di una sospensione del trattamento penitenziario per persone che di tutto avrebbero bisogno, tranne che del carcere. Si dirà che esistono realtà nelle quali anche a sedici anni si può essere ai vertici di una consorteria mafiosa. Vero, non si può che esprimere forte preoccupazione per fenomeni di criminalità che oramai iniziano davvero in età al limite della imputabilità. Tuttavia, se la risposta dello Stato è il carcere duro allora significa che abbiamo perso la fiducia in ogni progetto di speranza per questi ragazzini, che quando usciranno dal carcere avranno di che vantarsi, essendo stati anche al 41 bis. E in loro la violenza saremmo stati noi ad averla fomentata, invece che fargliela dimenticare. Questi ragazzini, a differenza degli adulti, sono carnefici ma anche vittime. Si veda la persuasiva riflessione di un funzionario del Dipartimento Giustizia Minorile e di Comunità del Ministero della Giustizia: G. RINALDI, *Sicurezza urbana, tutela penale e prevenzione della devianza/delinquenza minorile connotata dall'appartenenza alla criminalità organizzata, in particolare di stampo camorristico*, ora reperibile in: http://www.ristretti.it/commenti/2018/dicembre/pdf3/articolo_rinaldi.pdf.

alla faccia della territorialità della pena, è passata praticamente per tutti i penitenziari italiani, non facendosi mancare nemmeno qualche anno al 41 *bis*³⁷. Quella persona, non subito, ma con il tempo, ha clamorosamente partecipato in modo attivo a tutte le (poche) attività offerte dal carcere. Rimane esterrefatto, il giudice, quando scopre che la persona si è pure laureata, dopo che in carcere era entrata con la sola licenza elementare.

C'è poco da fare: il giudice ha di fronte a sé un'altra persona rispetto a quella che ha commesso il reato. Da ragazzino semianalfabeta è diventato un uomo laureato. Ha compreso che non esiste alcun tipo di orgoglio criminale, anzi si è speso scrivendo libri, nei quali si dice chiaramente di non fare come lui. Libri che sono veri e propri inni contro la mafia, cantati da una persona che vuole farci comprendere di non essere un "reato con le gambe"³⁸. Una persona che ha compreso quanto fosse sbagliato il fondamentalismo entro il quale si era cacciato, riuscendo ora a riconoscere altro dall'organizzazione criminale, innanzitutto riconoscendo sé stesso: sta "percorrendo la strada della conquista della soggettività, fatta di relazioni con gli altri, ma anche di relazioni con le parti altre di sé stessi"³⁹.

In altri termini, quel giudice sarebbe pronto a riconoscere il sicuro ravvedimento. Il caso non è diverso da altri per i quali ha disposto, ragionandoci sopra in modo approfondito, la liberazione condizionale. Così fa il giudice: analisi e prognosi.

³⁷ Oggi, abbiamo detto, il 75% degli ergastolani italiani sono ostativi, quindi circa 1.200 su 1.700. Sempre oggi, il 25% degli ergastolani ostativi è al carcere duro, uno su quattro. Tutti i rimanenti, nessuno escluso, sono incredibilmente nelle mani delle circolari ministeriali, che creano, modificano, ricreano e rimodificano modalità di trattamento ogni volta differenziate rispetto a quelle ordinarie. Un ergastolano ostativo, oggi, lo si trova al carcere duro o in quella che le circolari chiamano l'Alta Sicurezza, in particolare la A.S. 3. Devo ammettere che non ho capito (ma la colpa è delle circolari!) se i responsabili di traffico di stupefacenti, aggravato dal metodo mafioso, sono assegnati alla A.S. 3 o alla media sicurezza.

³⁸ Devo questa frase a Francesco Palazzo, il quale l'ha riportata, per come gli è stata rivolta da un detenuto, alla giornata inaugurale (18 gennaio 2019) della VI edizione del Master di II livello in "Diritto penitenziario e Costituzione", diretto da Marco Ruotolo: (www.dirittopenitenziarioecostituzione.it).

³⁹ Così Siebert R., *Prefazione*, in *La psiche mafiosa. Storie di casi clinici e collaboratori di giustizia*, a cura di Lo Verso G. e Lo Coco G., Angeli F., Milano, 2002, p. 17. Questa bellissima frase è riferita ai collaboratori di giustizia. Non di meno, a me sembra evidente che è il medesimo percorso che si riscontra in persone che, anche se non hanno collaborato, la legge continua a ritenere pericolosi, immeritevoli di uscire dal carcere, mentre la realtà ci obbliga a vederli in altro modo, semplicemente cambiati, davvero liberi, per quanto lo si possa essere dietro le sbarre di una cella. Sicuramente, meritevoli di essere giudicati da un giudice, che invece è proprio questo giudizio che non fa, stante l'automatismo legislativo.

D'altro canto, esiste la libertà vigilata, che è una misura insidiosamente eccitante: chi non la vorrebbe, ma proprio per questo chi la infrangerebbe?

Insomma, il nostro giudice sa davvero cosa deve fare. Ha però un problema, non piccolo, ma grosso, come una casa. Non può fare proprio niente. Se la persona poteva collaborare ma non lo ha fatto è per legge pericolosa, immeritevole di accedere alle misure alternative. Fine della storia.

Vediamo a questo punto il secondo corno del problema. La persona ha utilmente collaborato con la giustizia. Non di meno, a differenza della prima, non ha mai mostrato alcun rimorso per quello che ha fatto. Non si è mai distaccata dal proprio passato, anzi sostiene che lui è un mafioso di altri tempi, perché nella mafia di oggi non si riconosce più. Un poco inquietante: è un mafioso o no? Alle attività trattamentali non ha praticamente mai partecipato. Un muro, di cemento armato, che nessuno è riuscito a scalfire. Nessun gesto nei confronti delle vittime e dei loro parenti. Di mezze scuse nemmeno l'ombra. Uccideva e basta, non ci pensava sopra tante volte. Anche perché, sostiene, non aveva moltissime alternative. Zero, niente di niente, ma ha collaborato con la giustizia, quindi è meritevole di accedere alle misure alternative.

E chi può negare che questa persona abbia collaborato per mero calcolo utilitaristico, per non finire i propri giorni in una cella? Se lo ha fatto per tornare a delinquere? E la vendetta, siamo sicuri che è stato folgorato sulla via di Damasco, che oramai crede solo nell'uso della forza da parte dello Stato? La risposta è che nessuno può fare alcunché. Sono domande che restano senza risposta perché la risposta non interessa a nessuno. Vero che la misura alternativa non è automatica, ma il punto dirimente di tutta la questione è che cade la preclusione assoluta per poterla concedere.

Ecco la domanda essenziale sulla quale si dovrebbe riflettere, rifacendosi alla comune esperienza. La gente, ma dico l'uomo della strada – che quando ragiona in modo essenziale, a sua insaputa, si fa filosofo – vuole che una persona possa avere una seconda possibilità perché è rieducato o perché ha collaborato?

Mi spiace, ma conosciamo i nostri polli (ad essere buoni). Se si ritiene che non esista una seconda possibilità, si deve essere favorevoli alla pena di morte. Non si può

essere favorevoli all'ergastolo ostativo: chi collabora ha quasi sicuramente una seconda possibilità. Non automatica, ma la può domandare.

A questo punto, sono sicuro che qualcuno vorrebbe eliminare la liberazione condizionale e buttare finalmente via la chiave della cella, che è una versione all'apparenza solo un poco più raffinata per dire che si deve marcire in galera. Che coscienza sporca. Essere contro la pena di morte ed essere favorevoli al buttare via la chiave è di una ignoranza e di una spietatezza inqualificabili. In ogni caso, a queste persone – che popolano le strade, i bar, le aule di Montecitorio, di Palazzo Madama e di Palazzo Chigi (e, lasciatemelo dire, spero non popolino le aule universitarie e quelle di giustizia) – non potremmo che rispondere in questo modo: mi spiace un'altra volta, ma l'ergastolo non è costituzionalmente illegittimo perché esiste la liberazione condizionale, decisa da un giudice⁴⁰.

Ve ne dovete fare una ragione: la chiave non si butta⁴¹. Trovate un attimo di tempo per leggere qualche articolo della Costituzione italiana. Non tutti, ci mancherebbe. Per la verità, basta tenere a mente due aggettivi e due verbi: inviolabili, i diritti; eguali, le persone; punire, la violenza morale; rieducare, il condannato. Se ancora è troppo, abbiamo la soluzione, quattro parole che tutto racchiudono: il senso di umanità. Il titolo di una poesia, messo in prosa costituzionale⁴².

⁴⁰ Davvero impressionante la contraddizione (che penso nemmeno colgano) tra l'estendere il regime ostativo anche ai reati di corruzione e la volontà di escludere il rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo. Ecco il motivo: "Desta sconcerto l'applicazione, molte volte, di pene notevolmente ridotte rispetto alla pena perpetua inizialmente prevista dal codice penale". Così la Relazione di accompagnamento alla proposta di legge n. 392, prima firma Molteni (Lega), presentata alla Camera il 27 marzo 2018 e approvata il 6 novembre 2018. E continua, la Relazione: se il rito abbreviato serve per esigenze deflattive, si dice, "ciò non sembra accettabile per reati che, in ragione della loro gravità, il codice penale punisce tanto severamente e che creano un grave allarme sociale nell'opinione pubblica". Come si fa poi, se questo è ciò che si pensa, a votare l'estensione del regime ostativo ai reati di corruzione? Se si collabora utilmente con la giustizia, è accettabile, per la testa che non sembra molto preoccuparsi della coerenza, che si finisca con lo scontare molto poco della pena? Purtroppo, la riforma dell'abbreviato è andata in porto ed ora è legge dello Stato la inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo, ai sensi della legge 12 aprile 2019, n. 33, che riscrive l'art. 438 c.p.p., aggiungendo due nuovi commi, il 1-bis e il 6 bis. Vedremo a questo punto cosa succederà presso le Corti di assise, il cui carico di lavoro è già particolarmente complicato.

⁴¹ Non dimentichiamolo mai. Il III comma dell'art. 27 Cost. fu approvato perché alle titubanze di non pochi decisero di rispondere Giorgio La Pira e Lelio Basso, per i quali era l'impianto solidaristico dell'intero testo costituzionale che non poteva ammettere una esclusione perenne di una persona dal consorzio sociale. Poi possiamo dire che la funzione della pena è ancora oggi una sorta di mistero e che, allo stesso modo, serve dare comunque una risposta a chi domanda "giustizia, non vendetta". Tuttavia, la pena "giusta" è innanzitutto la pena conforme a Costituzione.

⁴² Anche da qui si deve ripartire per riflettere sopra due fatti rispetto ai quali nessuno può restare indifferente. Mi riferisco, in particolare, alla situazione di alcuni ergastolani, non ostativi, i quali, pur

Non è comunque finita. Siccome siamo abituati a sentirne di ogni, se qualcuno dicesse che, a priori, il mafioso che collabora è privo di qualsiasi credibilità, ebbene dovremmo ringraziarlo. Questa stupidità, come sappiamo detta non poche volte, aiuta moltissimo la nostra causa: quello che si continua a definire e ad etichettare come un mafioso, in realtà, è prima di tutto un essere umano, che può collaborare (ad esempio) per vendicarsi, ma può farlo anche perché (ad esempio) crede nello Stato. Come verificare se la prima o la seconda? Esiste una sola possibilità. Ridare la parola al giudice⁴³.

Il nostro ipotetico interlocutore della strada non ha scampo⁴⁴. Egli dovrà costituzionalizzarsi. Impedire che a vincere sia il peggio e non il meglio di sé⁴⁵. Dovrà ammettere che tutti hanno il diritto ad una seconda possibilità e che il migliore sistema per garantire la *sua* sicurezza è ridare la parola al giudice, sottraendola al

avendo maturato i requisiti temporali e sostanziali per domandare la condizionale, non lo fanno perché altro non hanno che i legami nel corso del tempo creati nel carcere. A queste situazioni, vanno aggiunte quelle, sempre più frequenti, di persone che evadono volontariamente dai domiciliari per far ritorno in carcere. Comunque si vogliano considerare, ci chiamano in causa tutti, servono per riflettere sulla sconfitta di tutti quanti e quindi della società nel suo complesso. Qui non si tratta di evidenziare che esiste il libero arbitrio, semmai di riflettere su quello che siamo diventati, come singoli e come società. Sarà forse più chiaro, intavolata questa discussione, ciò che lega tra di loro, indissolubilmente, gli articoli della Costituzione, in particolare il senso di umanità (art. 27.3 Cost.) e il compito della Repubblica (quindi, di tutti noi) di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3.2 Cost.).

⁴³ All'uomo della strada non basta dirgli che non sono importanti i motivi per i quali una persona decide di collaborare e di non collaborare. Risponderebbe esattamente come risponderebbero altre persone come lui, che insieme formano la comune esperienza: "e perché no?". Questa essenziale domanda svela in modo chiarissimo il problema, è come se contenesse la risposta. Non interessano a nessuno i motivi per i quali una persona non ha parlato o ha parlato perché l'ergastolo ostativo chiede al diritto penale quello che il diritto penale non può dare, a pena di snaturarsi. In cosa? In qualcosa di altro, che finisce peraltro con il prendersi gioco del giudice. Quando si tratta di valutare le collaborazioni, per carità di patria, nessun automatismo, il giudice è in grado e deve fare il suo mestiere. Altrimenti, sarebbe medioevo, una barbarie. Direi che non fa una piega. Ma quando, invece, si chiede che il giudice possa valutare i motivi per i quali una persona ha collaborato e quelli per i quali non lo ha fatto, no, sempre per carità di patria, questo il giudice non lo può fare, il suo mestiere può attendere. E perché? Perché decide per lui il legislatore. E non è medioevo, una barbarie anche questa?

⁴⁴ Questo il senso più profondo della riflessione di Andrea Pugiotto quando sostiene che l'ergastolo senza scampo "racconta (...) di noi e di cosa siamo diventati" (cfr. Musumeci C., Pugiotto A., *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 70).

⁴⁵ Trovo molto vero quanto scrisse Giacomo Ciaccio Montalto a Mario Almerighi in una lettera del 28 maggio 1980: "Certo, le cose attorno a noi sono cambiate, lasciando segni profondi che non possono cancellarsi. Ma io penso che il cambiamento più grande sia avvenuto dentro, prima che attorno, a noi" (vedila in Almerighi M., *Il testimone. Memorie di un magistrato in prima linea*, La nave di Teseo, Milano, 2017, p. 38). Lo scopo era evidenziare che stava venendo meno la sensazione di essere in tanti, che volevano con entusiasmo ed energia di gruppo cambiare le cose, ma sono parole che possono oggi indirizzarsi alla società nel suo complesso, in fondo a tutti noi, a quello che siamo diventati, al cambiamento più grande che è avvenuto o sta avvenendo dentro ciascuno di noi.

legislatore e alla sua presunzione legislativa assoluta, che, a mia opinione, non dovrebbe scomparire, ma diventare relativa, se si vuole con obbligo per il giudice di motivazione rinforzata⁴⁶.

Abbandono la sociologia con due velocissimi interrogativi. Le mafie, secondo la comune esperienza, sono tutte eguali? Dentro ciascuna mafia, per l'uomo della strada, sono tutti uguali?

Posto che tutte hanno il fine di accumulare ricchezza in modo illecito, è ragionevole che l'ergastolo ostativo valga in modo identico per tutte le mafie e per tutti i mafiosi? Sono due domande, niente di più⁴⁷.

Che, evidentemente, non nascono a caso, ma perché il principio di eguaglianza, la rieducazione e il senso di umanità si parlano di continuo. Come fosse una ghirlanda, ecco cosa succede: il trattamento penitenziario può essere rieducativo e umano solo se il giudice decide per una pena rieducativa e umana, giudice che può fare questa scelta solo se il legislatore disciplina una pena rieducativa e umana. Dall'inferno di una cella si arriva dritti al paradiso delle aule parlamentari. È la rivincita del diritto penitenziario, ai margini per molto tempo, ma oggi protagonista del diritto penale, del diritto costituzionale, finanche del diritto europeo. Parlo di rivincita, anche se tutto era già scritto nel testo costituzionale, le cui trame sono state composte, non va mai dimenticato, anche da persone che avevano passato non poco tempo nelle nostre patrie galere, alcuni condannati alla pena capitale, altri alla pena perpetua, senza liberazione condizionale. Persone che, una volta uscite di galera, sono andate a presiedere l'Assemblea Costituente⁴⁸.

⁴⁶ Ho iniziato una riflessione sulla questione della motivazione rinforzata in Galliani D., *Sul mestiere del giudice tra Costituzione e Convenzione*, in *Consulta On Line*, 1/2018.

⁴⁷ Sulla necessità di tornare alle Sezioni Unite sia per la questione delle mafie delocalizzate sia per quanto riguarda il problema del rituale di affiliazione, in entrambi i casi per scongiurare automatismi probatori (che, del resto, si riversano poi nell'automatismo legislativo previsto dal regime ostativo), si vedano Merenda I., Visconti C., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 gennaio 2019.

⁴⁸ E poiché la rivincita è un punto di partenza, non certo di arrivo, concordo pienamente con chi sostiene che "è necessaria una «Franzese» dell'esecuzione penitenziaria": cfr. Di Martino A., *Rivoltarsi nella feccia di Romolo". Lessico di legge, situazioni di stallo, aporie del "trattamento"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 giugno 2015. Se si vuole avere una panoramica di insieme sullo stato attuale del diritto penitenziario, consiglio la lettura di questi tre volumi: M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, II ed., *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di Ruotolo M. e *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di Ruotolo M. e Salini S., tutti editi da Editoriale Scientifica, Napoli, rispettivamente, 2014, 2014 e 2017, volumi che trovano collocazione nella collana

7. In attesa della Corte di Strasburgo

La seconda parte di queste riflessioni riguarda il posto dell'ergastolo ostativo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Per non tediare nessuno, rinvio all'*amicus curiae* e all'articolo che lo riproduce, nel quale vi è una compiuta analisi della giurisprudenza convenzionale sull'ergastolo e tutti i necessari approfondimenti per comprendere il problema dell'ergastolo ostativo rispetto al sistema convenzionale⁴⁹.

Di conseguenza, dirò davvero il minimo sindacale. Che deve partire dal ruolo della Convenzione e della Corte di Strasburgo. Non ho alcun problema nell'ammettere che si possa anche trattare di un ruolo residuale e sussidiario, a condizione, però, che i giudici e gli avvocati italiani facciano la loro parte, a fronte di testi, la Convenzione e la Costituzione, che nel nostro caso parlano lo stesso linguaggio.

Cosa succede se i giudici statali sono costituzionalmente reticenti e gli avvocati sembrano risorgere al solo pensiero di Strasburgo? Se i giudici latitano e gli avvocati resuscitano, ecco che entra in gioco la Corte europea dei diritti umani, la quale non perde minimamente la sua fondamentale importanza nel momento in cui si limita a definire standard minimi europei in materia di ergastolo. Poi ovvio dipende da quello che dice, dagli standard, ma, in tempi come i nostri, è anche politicamente consigliabile elaborare standard europei minimi.

Quali sono oggi questi standard? Dopo un determinato periodo di detenzione deve esserci un organo al quale sia attribuita la possibilità di verificare se sono ancora attuali gli scopi per i quali è stata irrogata la pena. La Corte, saggiamente, lascia agli Stati la fissazione del limite temporale (ad oggi, non sopra i 40 anni, meglio se attorno ai 25 anni). Così come lascia agli Stati la scelta di chi deve effettuare la valutazione, se un giudice, un politico, un *parole board*. Non direi che si tratta di una posizione poco coraggiosa. Certo, meglio un giudice che un ministro o un capo dello stato o un *parole board*, tuttavia si deve tenere in considerazione che quello che vorremmo facesse la Corte è esattamente quello che non avviene nel nostro

"Diritto penitenziario e Costituzione" (nn. 1, 2, 6), che nasce dall'omonimo Master di II livello, attivato nel 2013/2014 e ora giunto alla VI ed. (www.dirittopenitenziarioecostituzione.it)

⁴⁹ Cfr. Galliani D., Pugiotto A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., in specie, pp. 24 ss.

ordinamento. La Corte di Strasburgo dovrebbe dire che la *review* deve essere fatta da un giudice, punto e basta. Apriti cielo: ma chi siamo noi italiani per sostenerlo, nel momento in cui l'ergastolo ostativo è proprio questo che non permette!

Quello che interessa alla Corte è che qualcuno possa valutare se la rieducazione ha fatto il suo corso oppure se la pericolosità impedisce il ritorno in società. Uno standard minimo, ma uno standard che, proprio per questo, deve essere comune e valere per tutti gli Stati parti della Convenzione, nessuno escluso, nemmeno il Regno Unito. Non si dovrebbe nemmeno precisare, ma lo standard si può contestare, criticare, anche ritenerlo completamente sbagliato (non saprei come). Certo che definirlo un "auspicio" è davvero inammissibile⁵⁰.

Aggiungo qualche considerazione. La Corte di Strasburgo non si è mai occupata dell'ergastolo ostativo. E il caso dal quale prenderà le mosse è da manuale. La richiesta del detenuto, ergastolano ostativo, è la liberazione condizionale, non il permesso, non la semilibertà. La mancata collaborazione è dovuta al fatto che la persona si professa innocente, chiamando in causa anche il diritto al silenzio. Soprattutto, in tutti i gradi di giudizio interni la parte ha sempre chiesto di sollevare la questione di costituzionalità, ottenendo dai giudici di sorveglianza e di legittimità la stessa (negativa) risposta. Un quadro generale perfetto, si fa per dire. La Corte di Strasburgo si dovrà esprimere sulla compatibilità dell'ergastolo ostativo con la "sua" Convenzione e la *sua* giurisprudenza.

Una questione spinosa, non irrisolvibile, potrebbe essere questa. Parlo di una questione da tenere in considerazione, non di quelle che fanno sorridere, ad esempio

⁵⁰ Dopo aver affermato che *Vinter* "rappresenta indubbiamente una evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo", ecco cosa dice, mezza pagina dopo, Cassazione, VI Sezione, n. 5747, 9 gennaio 2014: "Costituisce solo un auspicio espresso nella detta sentenza (...) quello della esistenza di un meccanismo di riesame che garantisca al condannato, dopo un termine tendenzialmente fissato in venticinque anni, una valutazione circa il suo reinserimento nella società". Non voglio discutere nel merito la decisione della Cassazione. Sarebbe da criticare sotto diversi profili, sia per la comparazione che effettua tra il sistema del Regno Unito e quello degli Stati Uniti, quanto a riducibilità dell'ergastolo, sia perché conclude dicendo che la diversa filosofia della pena negli Stati Uniti, rispetto a quella nel nostro ordinamento, deve essere valutata dal Ministro della giustizia (il caso era di estradizione negli Stati Uniti). Lasciamo da parte il merito. Ma non è incredibile che una sentenza della Cassazione non parli di un orientamento, di uno standard, insomma di una argomentazione della Corte di Strasburgo, ma utilizzi il termine "auspicio"? E non lo fa in riferimento ai venticinque anni, cosa che sarebbe vera. No, ritiene che il cuore di *Vinter*, ossia l'esistenza di un meccanismo di riesame che garantisca il controllo della rieducazione e della pericolosità, "costituisce solo un auspicio". Di questo passo, auspicio dopo auspicio, arriveremo a domandarci a cosa possa servire una corte che auspica.

evidenziando che è pur sempre presente il potere di grazia del Capo dello Stato e il differimento della pena per grave infermità fisica. Non scherziamo, restiamo seri⁵¹. E non si tiri in ballo, per cortesia, i permessi di necessità⁵².

Ecco l'argomento da affrontare: gli Stati hanno un margine di apprezzamento rispetto alle condizioni da soddisfare per accedere alla liberazione condizionale? Se sì, cosa dire se le scelte statali non permettono in alcun modo quella valutazione della rieducazione e della pericolosità che, da *Vinter* del 2013, si colloca alla base della giurisprudenza convenzionale in materia di ergastolo? Se, dal 2013, gli ergastoli senza liberazione condizionale arrivati alla Corte sono sempre stati dichiarati contrari alla Convenzione, tranne nel (solo politicamente complicato)

⁵¹ La clemenza individuale verso chi per legge è socialmente pericoloso, in quanto non collaborante, è davvero improbabile, mai verificatasi e forse mai verificabile. Vorrebbe dire avere un Capo dello Stato talmente coraggioso da andare contro la legge, perché farebbe uscire dal carcere una persona per legge pericolosa, perché poteva collaborare, ma non lo ha fatto. Così come a nulla vale rifarsi alle misure riguardanti lo stato di salute delle persone detenute, poiché, per definizione, concesse dal politico o dal giudice, non hanno e non devono avere nulla a che vedere con la pericolosità sociale. Ad ogni modo, se si vuole seriamente discutere sulla clemenza, generale e individuale, si può sempre farlo, ma, appunto, in modo serio, come avviene ora nel volume interdisciplinare *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, a cura di Anastasia S., Corleone F., Pugiotto A., Ediesse, Roma, 2018, in corso di pubblicazione.

⁵² Il sistema normativo ha una sua coerenza, nel momento in cui non ha mai escluso gli ergastolani ostativi dalla fruizione del permesso di necessità. Alla base di questo tipo di permesso, infatti, vi sono considerazioni unicamente di carattere umanitario, che ben possono essere soddisfatte in presenza di pericolosità sociale (nel nostro caso, presunta grazie all'automatismo legislativo). Il giudice può determinare un'ampia gamma di prescrizioni e cautele, prima delle quali la fruizione scortati. La disposizione (art. 30 o.p.) prevede due ipotesi: nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente ed (eccezionalmente) per eventi di particolare gravità. Nella seconda ipotesi, si sono registrati, solo per fare qualche esempio, permessi di necessità per discutere la tesi di laurea nelle aule universitarie, non in carcere. Nella prima ipotesi, invece, uno dei casi più al centro dell'attenzione è la possibilità di partecipare al funerale di un familiare. Faccio solo presente, rispetto a questa seconda ipotesi, che una cosa sono le complicazioni organizzative e funzionali, un'altra i diritti delle persone detenute. Nessuno nega che il permesso di necessità scortato possa creare problemi operativi, non di meno il fondamento inequivocabile di questi permessi è da ricercare nell'eguale considerazione e rispetto che deve essere assicurata a qualsiasi essere umano, indipendentemente dai reati che ha commesso. Il giudice deve procedere utilizzando il solito bilanciamento, tra esigenze di difesa sociale e di rispetto della dignità umana. Deve quindi motivare in modo approfondito perché, pur con la presenza della scorta, il detenuto non possa partecipare ai funerali di un familiare. Esistono una pleora di precedenti nella giurisprudenza di Strasburgo a proposito della partecipazione di un detenuto ai funerali di un familiare, tutti conformi nell'indicare, quale elemento imprescindibile, a pena di violazione della Convenzione, una valutazione individualizzata rispetto al singolo detenuto che chiede il permesso. Da ultimo, si veda *Ecis v. Lettonia*, V Sezione, 10 gennaio 2019, che conferma i precedenti (citati al § 71) e risolve il caso richiamando (non a caso) anche *Vinter* (§ 92). Possiamo dire questo: il permesso di necessità non te lo devi guadagnare, ti spetta in quanto essere umano, sempre che il giudice valuti del tutto insoddisfacenti le precauzioni che può adottare per evitare il pericolo di fuga e la commissione di nuovi reati.

caso inglese⁵³, i motivi alla base di questo granitico orientamento non sono estendibili anche al caso italiano? La Corte, con e dopo *Vinter*, ha sempre affrontato il problema dell'ergastolo senza condizionale in riferimento all'art. 3 della Convenzione, che garantisce la dignità umana. Qualunque cosa faccia un detenuto in carcere, se non esiste la condizionale, è come se la facesse per niente. Questo lede la sua dignità, il suo diritto di sperare. È il cuore di *Vinter*: non è quanto accade con l'ergastolo ostativo?

Un altro aspetto significativo della recente giurisprudenza convenzionale è che la Corte ha sostenuto con forza, sempre da *Vinter*, che la persona deve sapere, sin dal momento iniziale della detenzione, cosa deve fare per sperare in una liberazione prima della morte. I problemi non nascono a valle, ma a monte. Il punto è quindi capire come il legislatore disciplina la pena dell'ergastolo, come inizia la nostra ghirlanda.

Ed appunto: il sistema italiano può ritenersi convenzionalmente compatibile, nel momento in cui prevede che, qualunque sia il comportamento tenuto in carcere dalla persona, l'unica cosa che merita attenzione è la sua collaborazione con la giustizia? Sarà (forse) un sistema prevedibile, ma che sia (forse) prevedibile non lo rende umano⁵⁴. Magari non vi è violazione dell'art. 7, ma il punto è che il ricorso è incentrato sull'art. 3, così come la giurisprudenza convenzionale dopo *Vinter*.

⁵³ Ho provato a spiegare il perché in Galliani D., *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 9/2017, pp. 969 ss.

⁵⁴ Che la persona abbia la certezza di libere scelte di azione, se si pensa alla ostatività, è più che dubbio. Basta un esempio. Una condanna per omicidio, senza alcuna aggravante di tipo mafioso. Nel momento in cui, potendolo fare, la persona chiede la misura alternativa, ecco che può leggere, nel provvedimento della sorveglianza, che non può ottenerla perché, in un altro processo, si è chiarito che l'omicidio aveva il fine di agevolare una consorteria mafiosa. Questa persona, prima di compiere l'omicidio, cosa sapeva? Che avrebbe potuto scontare non meno di 21 anni e che il primo permesso lo poteva domandare scontato un quarto della pena, oppure poteva immaginare che non il giudice della cognizione ma quello della sorveglianza lo "condannasse" a non uscire più dal carcere per tutti i 21 anni? Il positivista, formalista, cieco e cinico, si dirà soddisfatto: è tutto scritto nelle disposizioni legislative. Chi, invece, parte dal basso, dagli esseri umani, capisce perfettamente che qualcosa non torna. A me pare assurdo che, dopo sei anni di carcere, ad una persona, che domanda un permesso, il giudice della sorveglianza possa rispondere che non può concederlo perché, nonostante nulla si dica nella sentenza di condanna, è risultato, in un altro procedimento, che il reato commesso aveva finalità di agevolare un *clan* mafioso. Non sta dicendo, il giudice di sorveglianza, che il permesso non è concedibile perché non si è tenuta regolare condotta. Fosse così, nessun problema. Io posso sempre pensare: ci ho messo impegno, in questi sei anni di carcere ho fatto tanto, ma avrei dovuto fare di più. Non è stato tutto tempo sprecato. Mi sarei potuto comportare, in alcune occasioni, in modo differente. Il giudice di sorveglianza sta dicendo un'altra cosa: non interessa in alcun modo cosa tu abbia fatto

Vi è poi, sempre stando al ricorso, il profilo riguardante l'art. 8, a proposito di una detenzione perpetua interamente intramuraria. Mi permetto di dire che è un profilo importante, ma non decisivo. Non sarebbe per me immaginabile una violazione dell'art. 8 senza la violazione dell'art. 3, in quanto l'unico modo per uscire dal carcere, fosse solo con un permesso premio, è colpire al cuore il regime ostativo, la presunzione legislativa assoluta che viola la dignità umana. Non si può dire che vi è violazione dell'art. 8, ma non dell'art. 3, perché la prima si basa necessariamente sulla seconda. Si può sostenere che non vi è alcuna violazione, certo, ma non che la detenzione interamente intramuraria non dipenda dal regime ostativo applicato all'ergastolo. Sarebbe come dire che la tortura lede il diritto alla salute, non la dignità umana!

8. Dottrina e avvocati dinanzi all'ergastolo ostativo

Sono arrivato alla parte conclusiva. Espongo due personalissime convinzioni.

La prima. Dietro ad un buon giudice, vi è sempre un buon avvocato. Dietro ad entrambi, vi è una dottrina che sappia fare bene il proprio mestiere. Non voglio fermarmi a questa (forse) banale considerazione. Aggiungo allora che dietro ad un buon giudice, ad un buon avvocato e ad un buono studioso vi è sempre una persona coraggiosa. Un buon giurista è prima di tutto una persona coraggiosa, che vive di "non ci sto", sì, proprio così, anche il giudice, come dirò a momenti.

La seconda. Sono convinto che il problema dell'ergastolo ostativo non è stato ancora affrontato di petto nel nostro ordinamento poiché sono mancati un poco tutti i tre protagonisti del diritto di cui sopra, dottrina, avvocati e giudici. E di conseguenza sono mancate un poco le persone coraggiose.

I penalisti (sostanzialisti e processualisti) non sono mai stati assenti. Da qualche tempo, sono arrivati a dare manforte i costituzionalisti, non in massa, ma sono arrivati, peraltro con modi nuovi e originali⁵⁵. Tuttavia, rimane desolante constatare

in questi sei anni, poiché, diventando ostativo, l'unico modo per ottenere il permesso è collaborare. Grazie, fine della storia. Fine della prevedibilità, almeno da un punto di vista sostanziale.

⁵⁵ È *on line*, in una rivista molto letta da studiosi, giudici e avvocati, esattamente dal 13 luglio 2016, quindi da più di due anni, lo scritto di Pugiotto A., *Come e perché eccipire l'incostituzionalità*

che non ha mai visto la luce, nel nostro paese, una monografia interamente dedicata all'ergastolo. Ne esistono parecchie. Tutte da leggere. Dalla prima all'ultima pagina. Il punto è che sono scritte da ergastolani, nessuno dei quali risulta essere professore universitario.

Ci vuole forse un bel coraggio a scrivere in Università un intero libro sull'ergastolo, perché vorrebbe dire padroneggiare perfettamente il diritto penale (sostanziale e processuale), il diritto costituzionale, il diritto convenzionale, in parte anche quello dell'Unione e il diritto internazionale. Ovviamente, si dovrebbe frequentare la storia (ed in specie quella del carcere, del terrorismo e della mafia) e la sociologia della criminalità, in particolare di quella organizzata. Infine, imprescindibile leggere con assiduità le autobiografie di ergastolani, nostrani e no⁵⁶.

Quanto agli avvocati, mi sembra giusto essere cauto. Avrebbero dovuto e potuto fare di più. Spesso mi sembra che, nel ricorso a Strasburgo, quasi automaticamente scritto un secondo dopo aver perso una causa interna, vi sono degli argomenti che, letteralmente, potevano essere trascritti in una bella e buona eccezione per chiedere al giudice interno di sollevare la questione di costituzionalità. Non di meno, come detto, voglio essere cauto. Esistono una serie di fattori da tenere in considerazione, che non tutti hanno a che fare con il coraggio.

dell'ergastolo ostativo, in *Diritto penale contemporaneo*, che contiene, allegata, una ipotesi di atto di promovimento alla Corte costituzionale sulla questione di costituzionalità sull'ergastolo ostativo. Una sorta di *quaestio* chiavi in mano.

⁵⁶ Non ho qui lo spazio per indicare per ciascun ambito anche fosse una minima bibliografia. Spiego però il motivo per il quale la questione ergastolo dovrà essere prima o poi affrontata anche a livello di diritto dell'Unione Europea. L'esecuzione del Mandato di Arresto Europeo può essere subordinata ad una precisa condizione: se il reato in base al quale il MAE è stato emesso è punibile con una pena a vita, l'esecuzione può essere subordinata alla condizione che lo Stato membro emittente preveda, nel suo ordinamento, una *review* della pena su richiesta o al più tardi dopo 20 anni, oppure all'applicazione di misure di clemenza alle quali si ha diritto in virtù di leggi e prassi, affinché la pena non sia eseguita (art. 5 della Decisione Quadro 2002/584/GAI). Ecco quindi la domanda: nel momento in cui l'Italia emette un MAE, alla cui base vi è un reato punibile con l'ergastolo ostativo, è presente quella *review* della quale discute la Decisione Quadro che ha istituito il MAE? Per il momento, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è espressa in particolare sul tema della detenzione nel paese che ha emesso il MAE, chiedendo una valutazione individualizzata: posta l'esistenza di un problema strutturale, le autorità devono chiedere informazioni che riguardano la detenzione della persona, compresa anche l'esistenza di meccanismi interni di controllo dell'umanità della detenzione. Non di meno, il passo per considerare la dignità umana e il divieto di trattamenti inumani e degradanti non solo in merito alla detenzione, ma anche alla pena, è sicuramente auspicabile. Su queste tematiche ed anche in riferimento all'ergastolo ostativo, si veda di recente Manfredini F., *Ergastolo e consegna condizionata nella disciplina dell'estradizione e del mandato di arresto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2018.

Di istinto, anche io, che non sono un avvocato, farei di tutto per ottenere il riconoscimento della collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante. Questo significa però che la eventuale questione di costituzionalità sconta un difetto genetico. Nel momento in cui si chiede al giudice il riconoscimento della collaborazione impossibile, irrilevante, inesigibile, si sta utilizzando uno strumento che il sistema mette a disposizione come salvagente rispetto alla incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Quando, una volta persa questa battaglia, si chiede al giudice di sollevare la *quaestio*, è come se si cadesse in contraddizione. Se fossi un giudice, molto garbatamente, domanderei: “avvocato, ma questo ergastolo ostativo è costituzionale o no?”.

Gli avvocati italiani si comportano come fanno i loro colleghi statunitensi, i quali sanno benissimo che oramai è *quasi* certa l'esclusione della pena capitale in caso di dichiarazione di colpevolezza. Il loro assistito sarà condannato alla pena perpetua senza condizionale, che solo nello Stato delle Hawaii non esiste. Gli avvocati statunitensi comprendono perfettamente che l'ergastolo senza condizionale non è il massimo, diciamo così. Ma cosa dovrebbero fare? Se esiste uno spiraglio è giusto buttarsi a capofitto, considerando che in gioco vi è la vita della persona che si difende, alla quale si vuole evitare la pena di morte (negli Stati Uniti) o la pena fino alla morte (in Italia). Attenzione: quando dico giusto non dico obbligatorio, come dimostra la straziante storia delle persone, maggiorenni, che, negli Stati Uniti, pur potendolo fare, rinunciano all'appello, preferendo farla finita subito ed essere giustiziati, sempre si trovi il farmaco per l'iniezione⁵⁷. Ed è la realtà, drammatica,

⁵⁷ Un avvocato, a fronte della volontà del suo assistito di non fare più appello, non ha molte alternative: o acconsente o rimette il mandato. Non penso sia risolutiva la tesi di chi sostiene che, intanto si cerca di ottenere l'ergastolo senza condizionale, poi si vede cosa succede. Negli Stati Uniti, a fronte di questa pena, esistono solo due possibilità: la grazia del Presidente degli Stati Uniti, per il livello federale, quella dei Governatori, per il livello statale, oppure la scarcerazione per motivi di tipo sanitario, che significa portare un certificato che accerta il sopraggiungere della morte nell'arco di pochi mesi. Vi sono poi altri problemi. Le persone alle quali mi riferisco nel testo possono anche essere in attesa dell'esecuzione da moltissimi anni, in media lo sono da quindici anni. Di solito, siamo di fronte a persone che hanno già provato in tutti i modi, ma senza esito. Ecco che arriva il momento: decidono di farla finita. Non riescono più a vivere all'ombra della propria morte, peraltro in condizioni detentive particolarmente differenziate, essendo loro condannati a morte in attesa di esecuzione. Secondo dati attendibili, dagli anni Settanta del Novecento ad oggi, le persone che sono state spronate a proporre appello, ma hanno deciso di desistere – vale a dire i *volunteers* (per i quali in modo forse inopportuno si tira in ballo il diritto di scegliere di morire) – ammontano a circa il 10% del totale dei giustiziati. Aggiungo, inoltre, che queste persone non vanno confuse con gli *exonerated*, coloro che, dopo essere stati condannati a morte, sono stati assolti, graziati sulla base di prove della loro

con la quale abbiamo chiuso il nostro *amicus curiae* a Strasburgo: moltissimi ergastolani ostativi hanno scritto al Garante dei diritti dei detenuti di poter accedere all'eutanasia, perché meglio la morte subito che una pena di morte nascosta o mascherata, come Papa Francesco chiama la pena perpetua, che peraltro ha abolito nello Stato della Città del Vaticano.

Del resto, tornando al nostro ordinamento, quando un giudice, di sorveglianza o di Cassazione, per rigettare la eventuale *quaestio* avanzata dalla parte fa una copia e incolla della giurisprudenza costituzionale, ebbene questo giudice sta demoralizzando anche il più tenace degli avvocati. La voce circola, i rigetti (identici) si moltiplicano, gli avvocati demordono.

D'altro canto, se alzo lo sguardo e penso a cosa è oggi la nostra società, mi sembra che il lavoro svolto dalle camere penali e dalle varie associazioni in prevalenza composte da avvocati sia davvero formidabile. Una loro presa di posizione è ovviamente discutibile, tante a me non sembrano condivisibili, ma contribuiscono in ogni caso a non lasciare in mano il paese a chi, gridando e scalpitando, si dimentica di ragionare, limitandosi a *twittare* senza argomentare o a distruggere duecento anni di civiltà giuridica in tre righe su *facebook*, peraltro con tanto di (sconsiderati) giornalisti al seguito⁵⁸.

Pertanto, come la dottrina, anche l'avvocatura non ha fatto poco, poteva fare di più, forse è mancato un pizzico di coraggio. In fondo, alla lunga, se persisti, il giudice a Berlino lo trovi, il giudice che finalmente ti ascolta, prima o poi, lo trovi.

innocenza o hanno visto i procuratori ritirare tutte le accuse nei loro confronti. Il numero degli *exonerated* è sbalorditivo: più della metà dei condannati a morte a livello statale sono *exonerated* a livello federale. Ebbene, anche questo fa riflettere: anche se i *volunteers* sanno che più di una volta su due le condanne a morte negli Stati Uniti sono cancellate, hanno oramai preso la loro decisione e i loro avvocati possono solo acconsentire o rimettere il mandato. Puoi anche provare a dimostrare che il tuo assistito non è in grado di intendere e di volere, ma, se il caso non è questo, le alternative si riducono a due: o lo segui fino alla morte o rimetti il mandato. Anche di questi casi parlo in Galliani D., *La più politica delle pene. La pena di morte*, Cittadella, Assisi, 2012, pp. 80 ss.

⁵⁸ Si leggano le preoccupate (e condivisibili) riflessioni (anche operative) di Manes V., *La "vittima" del "processo mediatico": misure di carattere rimediabile*, in *Politica del diritto*, 3/2018, pp. 359 ss., nonché le puntuali critiche alla scarsa attenzione che la stampa riserva, invece, alle quotidiane attuazioni della Costituzione da parte dei giudici: Lamarque E., *La Costituzione interpretata dall'autorità giudiziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, pp. 53 ss.

9. I giudici e l'ergastolo ostativo

Rimangono quindi loro, i giudici. Singolarmente oggi hanno una forza impressionante, ma divengono davvero insuperabili solo se costruiscono tra di loro ponti, non muri.

Esattamente come insegna la mirmecologia. Una formica, da sola, può sollevare una cosa come cento volte il proprio peso. Come se un essere umano di ottanta chili sollevasse otto tonnellate, pari a cinque Fiat 500. Ma non è questo che rende le formiche in grado di costruire le loro città-stato, così gli studiosi (i mirmecologi) chiamano i formicai, il più grande dei quali misura cinque campi da calcio. L'unico modo che le formiche hanno per portare a termine straordinarie opere del genere è collaborare tra di loro. Ecco la vera forza delle formiche, la capacità di fare sistema, di costruire ponti, non muri.

Torniamo ai giudici. Dal 1974 non sono state più sollevate questioni di costituzionalità sull'art. 22 del Codice penale, l'ergastolo ordinario. Allo stesso modo, è oramai più di un decennio che l'ergastolo ostativo e la liberazione condizionale non giungono alla Corte costituzionale. Ci arrivarono l'ultima volta nel 2002, grazie a Sandro Margara, la cui ordinanza di rimessione generò la sentenza n. 135 del 2003. Non mi sembra che il sistema possa andare avanti in questo modo, dal momento che per arrivare alla Corte costituzionale servono dubbi, non certezze⁵⁹.

Questo per quanto riguarda i giudici di sorveglianza e i giudici di legittimità, i quali o sposano le tesi della Corte costituzionale oppure, se hanno un dubbio, devono sollevare la *quaestio*. Non esiste alcuna possibilità di interpretazione costituzionalmente orientata. L'unica possibilità è rifarsi alla giurisprudenza costituzionale. Appunto: è davvero incomprensibile che, dopo Sandro Margara, nessun giudice italiano si sia mai posto un dubbio circa la costituzionalità

⁵⁹ Meglio tardi che mai, sono oggi pendenti alla Consulta due questioni di costituzionalità sull'ergastolo ostativo e il permesso premio, la prima sollevata in caso di agevolazione di un'associazione di stampo mafiosa (Cass., I Sezione, ord. 57193 del 20 novembre 2018, questione di costituzionalità chiesta sia dalla difesa sia dal Procuratore Generale), la seconda nel caso di partecipe (Tribunale di sorveglianza di Spoleto, ord. 725/2019, 23 maggio 2019). Della prima, al momento in cui scrivo, è stata fissata la pubblica udienza per il 22 ottobre 2019.

dell'ergastolo ostativo (rispetto alla liberazione condizionale) e la persuasività della giurisprudenza costituzionale⁶⁰.

Riformulo, senza cambiare conclusione. È mai possibile che nessun collegio giudicante italiano, né in sorveglianza né in Cassazione, si sia mai posto, negli ultimi quindici anni, un dubbio di costituzionalità dell'ergastolo ostativo e la liberazione condizionale? È mai possibile che, se vi è stato qualche dissenziente, egli ha sempre dovuto soccombere rispetto alla maggioranza dei colleghi, peraltro potendo al massimo rifiutarsi di fare da redattore dopo essere stato relatore? Siamo alle soglie di un mistero. Se un collegio non riesce a dimostrarsi che quel dubbio non è manifestamente infondato, si deve sollevare la *quaestio*, perché esiste un'apposita istituzione nel nostro ordinamento che è lì proprio per sciogliere i dubbi di costituzionalità.

⁶⁰ La domanda vale in riferimento a tutti i giudici, di Cassazione e di sorveglianza. Per i secondi, non di meno, potremmo parlare di un problema al quadrato. A differenza dei loro colleghi di legittimità, non possono dimenticare la lezione di metodo e di merito proprio di Sandro Margara, per il quale il giudice della sorveglianza era un giudice terzo e imparziale in un modo del tutto originale, poiché doveva avere di mira la rieducazione. Inoltre, il rapporto con gli studiosi, in sorveglianza, assume una connotazione del tutto particolare. Anche il giudice di legittimità legge e cita, implicitamente, la dottrina. Tuttavia, non va dimenticato che la composizione dei collegi in sorveglianza implica un apporto per così dire diretto da parte degli studiosi, che possono direttamente influire sulla decisione e sulla motivazione, così finendo con lo stimolare, se si vuole in modo ancora più esplicito, il ragionamento del giudice.

E a me, francamente, i giudici che non si pongono dubbi fanno paura. Per questo provo una stima fuori dal comune nei confronti di Antonino Caponnetto⁶¹. Il giudice che non si pone dubbi non trova spazio nel disegno costituzionale⁶².

Come dice Guido Calabresi, fare il giudice significa non dormire la notte, alzarsi sommersi da dubbi: “il mondo del diritto e dei giudici è così: se perdi il sonno e ci

⁶¹ Da pretore di Prato, in magistratura da un anno, all'età di 35 anni, Nino Caponnetto fu il primo giudice in Italia a sollevare una questione di costituzionalità, il 27 dicembre 1955. Decise di accogliere l'eccezione sollevata dalla difesa. Riunita l'ordinanza con le altre ventinove, il risultato fu la sentenza n. 1 del 1956, la prima storica decisione della Corte costituzionale. Ritengo fondamentale questa bellissima frase pronunciata, quarant'anni dopo, il 6 marzo 1998, in piena campagna a difesa della Costituzione: “Legalità vuol dire, non dimentichiamolo mai, rispetto della persona umana. Rispetto della persona umana, chiunque sia. (...). Porre la persona umana al centro dell'universo. Ecco quello che io credo essere il senso profondo della legalità” (cfr. Caponnetto A., *Io non tacerò. La lunga battaglia per la giustizia*, Melampo, Milano, 2010, p. 199). È una frase importante: alla base del caso da cui nacque la prima sentenza della Corte costituzionale vi era l'uso di un altoparlante da parte di un venditore ambulante e il lancio di manifestini durante una festa da ballo, entrambi avvenuti senza l'autorizzazione dell'autorità locale di pubblica sicurezza. E nella sua ordinanza l'allora pretore di Prato scrisse che sollecitare la Corte costituzionale rispondeva “a un superiore interesse di giustizia”. Il coraggio di rivolgersi alla Consulta caratterizzò anche Giovanni Falcone, al quale si deve l'idea di promuovere conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nella nota vicenda della grazia a Renato Curcio: “aguzzò l'ingegno e propose la «saggia» soluzione di investire del problema la Corte costituzionale” (così La Licata F., *Storia di Giovanni Falcone*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 152). Dieci giorni dopo il deposito del ricorso, il ministero lo ritirò e da qui l'ordinanza n. 379 del 1991 della Corte. Non di meno, il ritiro ebbe motivazioni politiche, mentre il ricorso dimostrava sicuramente coraggio. Può essere criticata la scelta di promuoverlo, ma non accade tutti i giorni che il Ministro della Giustizia sollevi conflitto contro il Presidente del Consiglio e il Presidente della Repubblica. Magari fu una decisione sbagliata, ma di certo coraggiosa.

⁶² Dato che, da un punto di vista giuridico, i dubbi di costituzionalità dell'ergastolo ostativo mi sembrano manifestamente infondati, la ritrosia dei giudici nel sollevare la *quaestio* è da valutare anche riferendosi a motivazioni che stanno fuori dal diritto. Primo. Per la Cassazione, penso molto pesi la paura di essere sconfessati dalla Corte costituzionale. Secondo. Per la sorveglianza, si potrebbe sostenere che il sistema va bene così, perché toglie al giudice non poche responsabilità. Terzo. Per la Cassazione e per la sorveglianza, alcuni dire che, se la Consulta rigetta, sarebbe la pietra tombale sulla questione ergastolo ostativo. Sono posizioni non condivisibili. La prima. Se un giudice ha paura del responso della Consulta, perché ne va della propria fama, allora è un giudice che non sta nel sistema. A volte si vince, a volte si perde: questo accade all'ordinanza che solleva la *quaestio*. La seconda. Se un giudice ama il quieto vivere, può essere anche compreso, ma resta il fatto che il mestiere del giudice è anche quello di assumersi le responsabilità che l'ordinamento attribuisce. Nel terzo e ultimo caso, vale la pena evidenziare che quando l'ultima pronuncia della Corte in materia di quindici anni fa, allora il problema cade, anche perché in questo arco temporale si è integralmente rinnovata. Esiste forse una quarta considerazione. La fortissima pressione, prima di tutto culturale, che svolge la questione della ragionevole durata del processo. Sommersi da un arretrato fuori controllo, in perenne carenza di organico, con pochi tirocinanti, i giudici devono anche fare in fretta e, di conseguenza, fanno delle scelte che comportano il rimandare a domani quello che si dovrebbe fare oggi, la questione di costituzionalità. Qui vi è poco da controbattere, se non che, anche in queste condizioni, che di certo non aiutano il mestiere del giudice, egli deve rispettare la legge, che chiede di rimettere alla Consulta subito, quando esiste la non manifesta infondatezza di un dubbio.

rifletti su, si possono trovare buoni argomenti per evitare di dover fare qualcosa che si crede profondamente ingiusto”⁶³.

Forse accade più agli inizi, ma nel mestiere del giudice, così come in quello dello studioso e in quello degli avvocati, è iscritta la “illusione e la convinzione di poter contribuire a cambiare il mondo”, il mestiere cui si è chiamati “prende l’uomo”, altrimenti “il crollo è inevitabile e si passa a far numero nella maggioranza disillusa dei mortali”⁶⁴.

Dei giudici costituzionali abbiamo detto. Le tesi della Corte costituzionale non convincono. Mi sembra una riprova importante la presa di posizione pubblica contro l’ergastolo ostativo di suoi autorevoli ex giudici e presidenti, come Guido Neppi Modona, Giovanni Maria Flick, Valerio Onida e Gaetano Silvestri. In Italia, non è opportuno discutere dei giudici in carica. Se fossimo negli Stati Uniti, avremmo molti osservatori impegnati ad evidenziare le posizioni degli attuali giudici costituzionali, ripercorrendone le precedenti decisioni quali relatori, nonché i libri, i saggi e gli articoli scientifici.

Io una mezza idea sono riuscito a farmela, anche se non la voglio esporre. Dico però un’altra cosa. Penso si debba valutare attentamente l’attuale composizione della Corte, che, per la prima volta nella sua storia, vede un numero così cospicuo di professori di diritto costituzionale. A memoria, mai accaduto. Lo sappiamo tutti benissimo: rispetto agli esiti di una causa, non significa nulla. Non di meno, evidenziarlo non fa male. L’occasione per ridare la parola alla Corte è propizia. Se poi si leggono i nomi dei penalisti, viene proprio da domandarsi: ma cosa si aspetta per tornare alla Corte? Il diritto costituzionale penale o il diritto penale costituzionale, per me poco cambia, non è mai stato così fortemente rappresentato alla Corte. E la recente ordinanza del giudice costituzionale sul diritto al silenzio (ord. 117/2019) è davvero di una profondità straordinaria: il diritto al silenzio non

⁶³ Cfr. Calabresi G., *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, a cura di B. Barbisan, il Mulino, Bologna, 2013, p. 115, a proposito della pena di morte, ma come non riferirlo anche alla pena fino alla morte?

⁶⁴ Cfr. Pera G., *Un mestiere difficile. Il magistrato*, Giuffrè, 1967, p. 52 e p. 55. E mi sembra questa la conclusione che si può trarre anche da Luccioli G., *Diario di una giudice. I miei cinquant’anni in magistratura*, prefazione di Conti R., Forum, Udine, 2016, *passim*, in specie, p. 152, ove si afferma che la strategia vincente è quella del confronto e della condivisione, alla cui base deve esserci “una solidità di mestiere e un forte senso dell’istituzione”, il tutto per accrescere e non diminuire “la propria autorevolezza e capacità di cambiare le cose”.

è solo estrinsecazione del diritto di difesa, non è solo un diritto inviolabile della persona, poiché è (addirittura!) costitutivo della identità costituzionale italiana. Tornarci alla Corte è quindi un imperativo, anche se difficilmente, dovesse accadere, in riferimento alla liberazione condizionale la Corte potrà esprimersi prima della pronuncia della Corte di Strasburgo⁶⁵.

Chi rimane? Loro, i giudici di Strasburgo. Se dichiareranno la violazione, i nostri problemi – sono certo – invece di finire saranno all’inizio. Se decideranno diversamente, i nostri problemi non cambieranno di una virgola. E si dovranno affrontare nelle aule dove si amministra la giustizia, non in quelle dove la si sfascia. Consapevoli che, fino ai prossimi trenta anni, dal legislatore nulla si otterrà, dovremmo necessariamente tornare a domandare ai giudici il motivo per il quale in molti non si fidano dei loro colleghi.

Sono sempre più convinto che l’ergastolo ostativo rimarrà in piedi finché molti giudici continueranno a non fidarsi di altri giudici⁶⁶. Se tornerà la fiducia, saremo un paese con una paura in meno, più coraggioso. È vero, pensare all’ergastolo ostativo fa venire in mente un mondo a parte. Ma è ancora più vero che l’ergastolo ostativo fa riflettere su noi stessi, su quanto abbiamo difficoltà nel costruire nuovi ponti, impegnati come siamo nell’elevare di continuo muri⁶⁷.

⁶⁵ Niente di male, verrebbe da dire. Però a me rimane una sorta di amaro in bocca: la questione dell’ergastolo ostativo si doveva risolvere in termini costituzionali. Dico questo indipendentemente dalla decisione della Corte di Strasburgo. Qualunque sia, la vivo come una sconfitta, come ho vissuto *Torreggiani* e tante altre sentenze di Strasburgo, che sono state di immensa utilità e di forte aiuto, ma che, allo stesso tempo, hanno smascherato l’incapacità del nostro ordinamento di rispettare la sua Costituzione. Anche se riguardante il permesso premio e non la condizionale, mi sembra che alla questione di costituzionalità richiamata alla nota precedente la Corte costituzionale finirà con il rispondere dopo la sentenza della Corte di Strasburgo.

⁶⁶ In tutto questo scritto non ho mai parlato esplicitamente dei pubblici ministeri. Forse è stata una coincidenza, forse no. È davvero curioso che il diritto penitenziario, quello nel quale lo Stato dovrebbe fare la voce grossa, sia caratterizzato, prima in sorveglianza e dopo in Cassazione, da una sostanzialmente limitata presenza della mano pubblica. Chiaro che esistono delle eccezioni, ma la tendenza mi pare esistere ed essere preoccupante. Se il pubblico ministero esercitasse sempre e in modo approfondito le sue funzioni, il diritto penitenziario nel suo complesso potrebbe sicuramente giovarsene. In fondo, non esiste solo la cognizione! (condivisibile, sul punto, Marcheselli A., *Magistrati dietro le sbarre. Farsa e tragedia nella giustizia penale italiana*, Melampo, Milano, 2009, pp. 117 ss.). Rilevo che la questione di costituzionalità di cui alla nota 65 è stata sollevata in conformità alla requisitoria del procuratore generale, anch’egli dubbioso della legittimità costituzionale dell’ergastolo ostativo applicato ai permessi premio.

⁶⁷ Da benedire la quarta edizione di Melossi D., Pavarini M., *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, il Mulino, Bologna, 2018, che – pubblicato per la prima volta nel 1977, a soli due anni di distanza dalla prima edizione di *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* di Michel Foucault – assume nel merito e nel metodo ancora oggi un valore imprescindibile. Così del pari le parole con le

Bibliografia

- Almerighi M., *Il testimone. Memorie di un magistrato in prima linea*, La nave di Teseo, Milano, 2017.
- Anastasia S., Corleone F., Pugiotto A., *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, a cura di Ediesse, Roma, 2018.
- Appleton C. A., *Life after Life Imprisonment*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Calabresi G., *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, a cura di B. Barbisan, il Mulino, Bologna, 2013.
- Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione (1937)*, II ed., Cedam, Padova, 1964.
- Caponnetto A., *Io non tacerò. La lunga battaglia per la giustizia*, Melampo, Milano, 2010.
- Cappelli I., *Gli avanzi della giustizia. Diario del giudice di sorveglianza*, Editori Riuniti, Roma, 1988.
- Caraceni Lina, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2018.
- Caselli G. C., *Le due guerre. Perché l'Italia ha sconfitto il terrorismo e non la mafia*, Melampo, Milano, 2009.
- Chinnici R., *L'illegalità protetta. Le parole e le intuizioni del magistrato che credeva nei giovani*, nuova ed., Glifo, Palermo, 2017.
- Dell'Anno P., Zampaglione A., *Criminalità organizzata. Le peculiarità del procedimento di cognizione alla prova dei principi costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2018.
- Della Bella A., *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Giuffrè, Milano, 2016.
- Dolcini E., *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 luglio 2018.
- Dolcini E., *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 dicembre 2018.
- Galliani D., *Costituzione e "trattamenti" penitenziari differenziati*, in *Questione Giustizia*, 7 novembre 2018.
- Galliani D., *Eguaglianza e rieducazione fanno il trattamento penitenziario, il resto è incostituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2018.
- Galliani D., *Sul mestiere del giudice tra Costituzione e Convenzione*, in *Consulta On Line*, 1/2018.
- Galliani D., *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 9/2017.
- Galliani D., *La più politica delle pene. La pena di morte*, Cittadella, Assisi, 2012.

quali si conclude Cappelli I., *Gli avanzi della giustizia. Diario del giudice di sorveglianza*, Editori Riuniti, Roma, 1988, p. 151 e p. 152: "Ho lasciato il carcere peggiore di com'era anni prima della riforma. Fu un errore di stampo illuministico credere che una legge potesse, per virtù propria, trasformare realtà sociali e istituzionali, deviare il destino di uomini e donne. Il carcere poteva cambiare solo nel senso delle linee generali di tendenza prevalenti nella società, e dunque in peggio. (...). E se la logica del lager è vincente, non c'è posto per un giudice impotente alla tutela dei diritti umani più elementari".

Galliani D., Pugiotto A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in Rivista dell'associazione Italiana dei Costituzionalisti, 4/2017.

Galluccio A., *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Questione Giustizia*, 16 luglio 2018.

Gatta G. L., Dolcini E., Flick G. M., Neppi Modona G., Chiavario M., Eusebi L., Pugiotto A., Galliani D., Bontempelli M., *Atti del simposio sull'ergastolo ostativo*, 16 novembre 2017, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2017.

Gorla G., *L'interpretazione del diritto (1941)*, presentazione di R. Sacco, Giuffrè, Milano, 2003. http://www.ristretti.it/commenti/2018/dicembre/pdf3/articolo_rinaldi.pdf.

La Licata F., *Storia di Giovanni Falcone*, Feltrinelli, Milano, 2002.

Lamarque E., *La Costituzione interpretata dall'autorità giudiziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018.

Luccioli G., *Diario di un giudice. I miei cinquant'anni in magistratura*, prefazione di R. Conti, Forum, Udine, 2016.

Manes V., *La "vittima" del "processo mediatico": misure di carattere rimediabile*, in *Politica del diritto*, 3/2018.

Manfredini F., *Ergastolo e consegna condizionata nella disciplina dell'extradizione e del mandato di arresto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2018.

Marcheselli A., *Magistrati dietro le sbarre. Farsa e tragedia nella giustizia penale italiana*, Melampo, Milano, 2009.

Mauer M., Nellis A., *The Meaning of Life. The Case for Abolishing Life Imprisonment*, The New Press, New York, 2018.

Melossi D., Pavarini M., *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, il Mulino, Bologna, 2018.

Merenda I., Visconti C., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 gennaio 2019.

Milazzo L., *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2018.

Musumeci C., Pugiotto A., *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, prefazione di G. Silvestri, appendice di D. Galliani, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

Padovani T., *Ergastolo in luogo della pena di morte: una eredità giacente*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero C. E., Viganò F., Basile F. e Gatta G.L., Giuffrè, Milano, 2018.

Padovani T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/1981.

Palma M., *Un "giurista sociologo" della scuola fiorentina*, in A. Malgara, *La giustizia e il senso di umanità*, a cura di F. Corleone, Fondazione Michelucci Press, Firenze, 2015.

Pelissero M., *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2018.

Pera G., *Un mestiere difficile. Il magistrato*, Giuffrè, Milano, 1967.

Pisani M., *La pena dell'ergastolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2016.

Pugiotto A., *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 luglio 2016.

Pugiotto A., *Il "blocco di costituzionalità nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio AIC*, 19 novembre 2018.

Pulitanò D., *In difesa della legalità liberale*, in *Studi Senesi*, CXXIX, 2017.

Pulitanò D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/1986.

Ridola P., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Giappichelli, Torino, 2018.

Rinaldi G., *Sicurezza urbana, tutela penale e prevenzione della devianza/delinquenza minorile connotata dall'appartenenza alla criminalità organizzata, in particolare di stampo camorristico, ora reperibile in: http://www.ristretti.it/commenti/2018/dicembre/pdf3/articolo_rinaldi.pdf*

Satta S., *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970.

Siebert R., *Prefazione*, in *La psiche mafiosa. Storie di casi clinici e collaboratori di giustizia*, a cura di G. Lo Verso e G. Lo Coco, Franco Angeli, Milano, 2002.

Talini S., *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. N. 149 del 2018)*, in *Consulta On Line*, 1 ottobre 2018.

Van Syl Smit D., Appleton C., *Life Imprisonment and Human Rights*, Edited Hart, Oxford and Portland, 2016.