

PER SEMPRE DIETRO LE SBARRE?

L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti

a cura di
GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI



PER SEMPRE DIETRO LE SBARRE?

L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti

*Atti del Seminario
Ferrara, 27 settembre 2019*

a cura di
GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI

*FORUM DI QUADERNI COSTITUZIONALI RASSEGNA,
fasc. n. 10 del 2019*

INDICE

<i>Prefazione</i>	X
<i>Documentazione</i>	XV
<i>Traccia per la discussione</i>	XVII

Relazioni introduttive

L'ERGASTOLO OSTATIVO NEL FUOCO DELLA <i>QUAESTIO LEGITIMITATIS</i> di FRANCESCO PALAZZO.....	1
LA PENA DETENTIVA «FINO ALLA FINE» E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI di VLADIMIRO ZAGREBELSKY.....	15

Discussione

L'ERGASTOLO OSTATIVO AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: UN DIALOGO POSSIBILE CON LA CORTE EDU? di FRANCESCA BAILO.....	27
IL 4-BIS ALL'ESAME DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LE QUESTIONI SUL TAPPETO E LE POSSIBILI SOLUZIONI di FRANCESCA BIONDI.....	33
<i>SPES</i> , ULTIMA DEA di MARIA BRUCALE.....	49
DIRITTO AL GIUDICE E <i>HABEAS CORPUS</i> PENITENZIARIO: L'INSOSTENIBILITÀ DELLE PRESUNZIONI ASSOLUTE SUI PERCORSI INDIVIDUALI di STEFANIA CARNEVALE.....	56
A PARTIRE DAL BENE OFFESO COME PARAMETRO DI LEGITTIMAZIONE DELLA PENA CARCERARIA di SILVIA CECCHI.....	64

LA CORTE SIA CHIARA E CORAGGIOSA SUL PRINCIPIO DELL'INCOSTITUZIONALITÀ, ANCHE SE PRUDENTE NELLA SCELTA DELLO STRUMENTO TECNICO di MARIO CHIAVARIO.....	71
L'ERGASTOLO OSTATIVO NEL PRISMA DEL SOTTOSISTEMA PENALE PREMIALE di ENRICO COTTU.....	75
IL POSSIBILE DIALOGO TRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTE EDU SULLA (IL)LEGITTIMITÀ DELL'ERGASTOLO OSTATIVO di ILARIA DE CESARE.....	83
ERGASTOLO OSTATIVO E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ TRA REATO E PENA: SPUNTI DALLE VICENDE FRANCESI di ANDREA DEFFENU.....	89
COLLABORAZIONE IMPOSSIBILE E ERGASTOLO OSTATIVO di EMILIO DOLCINI.....	96
QUEL CHE POSSIAMO FARE PERCHÉ IL “DIRITTO ALLA SPERANZA” TROVI CONCRETE APPLICAZIONI IN CARCERE di ORNELLA FAVERO.....	104
IL PASSO CORAGGIOSO CHE ANCORA RESTA DA COMPIERE di FABIO FIORENTIN.....	107
ORA TOCCA AI GIUDICI COSTITUZIONALI. IL VIAGGIO DELL'ERGASTOLO OSTATIVO AL CAPOLINEA? di DAVIDE GALLIANI.....	113
LA POSSIBILITÀ DI UNA PRONUNCIA DI INCOSTITUZIONALITÀ DIFFERITA SUL FINE PENA MAI? di MIRIANA LANOTTE.....	123
UNA NECESSITÀ DI POLITICA CRIMINALE O UN'ANACRONISTICA, CRUDELE ED ABNORME PUNIZIONE DI STATO? di ANTONIO LEGGIERO.....	128
IL DIALOGO TRA LE CORTI SULL'ERGASTOLO OSTATIVO: UN'OPPORTUNITÀ PER IL GIUDICE DELLE LEGGI di MARTA MENGOZZI.....	137
L'ART. 4-BIS COMMA 1 O.P. ALLA PROVA DEI FATTI: IL <i>DEFICIT</i> DI RAZIONALITÀ EMPIRICA E TELEOLOGICA di CLAUDIA PECORELLA e MONICA TRAPANI.....	142
ALCUNE BUONE RAGIONI PER UN ALLINEAMENTO TRA ROMA E STRASBURGO di ANDREA PUGIOTTO.....	147

PROBLEMI DELL'OSTATIVITÀ SANZIONATORIA. RILEVANZA DEL TEMPO E DIRITTI DELLA PERSONA di DOMENICO PULITANÒ.....	153
LA DECISIONE SULL'AMMISSIBILITÀ DEGLI INTERVENTI DEI TERZI: UN ALTRO BANCO DI PROVA PER L'“APERTURA” DEL PROCESSO (E DELLA CORTE) di GIORGIO SOBRINO.....	160
SE LA PENA È DAVVERO “A OLTRANZA”: I (SERI) DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ SULL'ERGASTOLO E LE PRECLUSIONI OSTATIVE di PAOLO VERONESI.....	169

ORA TOCCA AI GIUDICI COSTITUZIONALI. IL VIAGGIO DELL'ERGASTOLO OSTATIVO AL CAPOLINEA?

di DAVIDE GALLIANI*

SOMMARIO. 1. Due premesse. Una filiazione impossibile e il cuore di *Viola v. Italia n. 2*. – 2. Certamente, un problema (molto) italiano. – 3. Il versante Strasburgo: il *referral* di *Viola* e il dissenso in *Viola*. – 4. Il versante Consulta: invasione invocata, invasione preventivabile. – 5. Scenari futuri, europei e nostrani. – 6. *Viola* definitiva cambia lo scenario?

1. Prima premessa. Qualsiasi automatismo e qualsiasi perpetuità sono incompatibili con l'eguaglianza, la ragionevolezza, la proporzionalità e la rieducazione. Una filiazione impossibile. Più intuibile per gli automatismi, non difficile da dimostrare per le perpetuità, fisse per definizione. Altra filiazione impossibile: l'obbligo di motivazione del giudice, che è la dignità del mestiere. Diciamo così: una motivazione dignitosa è pressoché impossibile, vuoi perché non resta nulla da dire (automatismi), vuoi perché non potrà mai essere davvero conforme al principio di eguaglianza (perpetuità).

Seconda premessa. A proposito di *Viola v. Italia n. 2*. Forte in certi passaggi, cauta in altri. Scritta con attenzione, senza lasciare inevaso nulla. Se si dovesse evidenziarne il cuore, eccolo: è profondamente inumano e degradante sostenere che l'ergastolano ostativo è, naturalisticamente e giuridicamente, libero di scegliere, di collaborare o meno con la giustizia; sostenerlo è come dire che la Repubblica si gira dall'altra parte; e non può farlo, perché ha il dovere di comprendere fino in fondo i diversi motivi che possono spingere una persona a collaborare e a non collaborare. Come altre volte, la Corte di Strasburgo sostiene ciò che potevano già sostenere noi, grazie alla nostra Costituzione, che ha senso solo se letta in modo unitario e sistematico, in un insieme di logica e di coerenza, che spetta in ultima istanza alla Corte costituzionale affermare e quando serve riaffermare.

Dirò nel merito poco altro. Semmai qualche dato e qualche informazione, in veste informale di *amicus curiae*. Del resto, scritti in tema non ne mancano, oggi.

* Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Milano Statale

2. Da un lato, se tra l'85% di Stati al mondo che mantengono l'ergastolo il 70% prevede l'ergastolo con la possibilità di accedere alla liberazione condizionale e se tra i 300.000 ergastolani al mondo in 230.000 (80%) possono accedere alla liberazione condizionale, è evidente che i 1.255 ergastolani ostativi sul totale di 1.790 ergastolani costituiscono un'eccezione. Al mondo, otto su dieci ergastolani possono ottenere la liberazione condizionale, figlia di un giudizio individualizzato tra pericolosità/rieducazione (ad es., in Germania, dopo 15 anni, e poi, se del caso, arriva la misura di sicurezza). In Italia, il contrario: sette ergastolani su dieci non potranno avere questo giudizio, senza utile collaborazione con la giustizia.

E vale osservare subito due cose. Una, che buona parte degli ergastolani ostativi sono in carcere da due decenni e hanno già chiesto, senza esito positivo, la collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante.

Seconda, che, in verità, il numero degli ostativi, ergastolani compresi, non è mai realmente quello che leggiamo nei dati statistici ministeriali. Facile spiegarlo. Difficile giustificarlo. In sentenza di condanna, di mafia nemmeno l'ombra. Passi un decennio in carcere, ti rivolgi alla sorveglianza per il primo permesso. Ecco che, dal cilindro, può essere tirata fuori la tua ostatività. Pertanto, quando riportiamo i dati ministeriali, dovremmo sempre aggiungere una frase di questo tipo: "salvo ostativi imprevedibili" (l'aggettivo da solo basta per riflettere in termini di legalità-prevedibilità, convenzionale e costituzionale).

Dall'altro lato, a chi affermasse "certo, al mondo siamo un'eccezione, ma la mafia italiana è", varrebbe chiedere di spiegare, secondo la comune esperienza – che è *ragionevolezza pratica*, non teorica – come si possa trattare allo stesso modo un mafioso e un vigile urbano che si è "intascato" trecento euro di multe. Non sono opinioni: nel 1991 – nell'art. 4 bis, I c., ord. penit. – erano ricomprese quattro tipologie di reato¹, al 2018 se ne erano aggiunte altre sette², infine, con la innominabile legge 3/2019, ne sono arrivate altre cinque³. Calcolatrice alla mano: da quattro a sedici, quadruplicazione dei reati dentro la cd. "prima fascia". La comune esperienza non ne esce bene, a meno che si tiri in ballo l'emergenza (cosa di peggio di trattare la mafia come un'emergenza, figurarsi il peculato, che forse esiste da prima della mafia, ma il dibattito è aperto) o la populistica difesa sociale (che peraltro non può che essere illimitata, in sfregio alle forme e ai limiti della Costituzione).

Sento già l'azzeccagarbugli di turno: ma con il peculato non si arriva all'ergastolo. Sommessamente verrebbe da dire...andiamoci piano, tra poco arriviamo a trenta anni. Fuori di battuta: se dimostri la irragionevolezza del regime ostativo in sé, mi riferisco sempre a quello della "prima fascia", poi è

¹ Terrorismo, mafia, sequestro di persona, traffico di stupefacenti.

² Riduzione in schiavitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, tratta, acquisto/alienazione di schiavi, violenza sessuale di gruppo, favoreggiamento immigrazione clandestina.

³ Peculato, concussione, corruzione, induzione indebita, istigazione alla corruzione.

normale che cada per ogni ipotesi. Ancora più chiaramente: se non regge per il mafioso stragista, non può reggere per il vigile urbano furbacchione; se non regge per l'ergastolano, a maggior ragione non tiene per gli altri.

3. Da un lato, è possibile che il *panel* della Grande Camera si esprima prima del 22 ottobre 2019. Nel 2018, il *panel* si è riunito otto volte: 29 gennaio (1/7), 5 marzo (0/19), 9 aprile (1/13), 28 maggio (2/14), 2 luglio (0/15), 10 settembre (0/13), 8 ottobre (0/14), 3 dicembre (1/20). Nel 2019, cinque volte: 4 febbraio (2/15), 18 marzo (1/14), 6 maggio (1/10), 24 giugno (2/13), 9 settembre (1/20). Pertanto: nel 2018, dopo la riunione del 10 settembre, vi è stata quella dell'8 ottobre, che ha trattato non pochi casi (14); nulla impedisce che anche nel 2019, dopo la riunione del 9 settembre, ce ne possa essere una ad ottobre...prima del 22 ottobre. Può accadere perché è già accaduto!

Scrivevo ed è giunta la comunicazione ufficiale: il *panel* deciderà il 7 ottobre 2019.

Dall'altro lato, il punto è anche cosa dirà il *panel*. Il testo della Convenzione e i dati sopra riportati sono chiarissimi (tra parentesi ho riportato il numero di *referral* accettati sul numero totali richiesti): la Grande Camera è un evento eccezionale. Nelle 13 riunioni (tutte quelle del 2018 e tutte quelle fino a quella compresa del settembre 2019), sul totale di 187 richieste, il *referral* è stato accordato in 12 casi: il 6%. Dato che la Camera della I Sezione che ha deciso *Viola* era consapevole della particolare importanza della questione (a parte che lo dice espressamente, non si usa una "quasi-pilota" a caso), che dire del consolidamento giurisprudenziale, che pur con qualche forzatura potrebbe entrare nel discorso del *referral*?

Lasciamo parlare l'unico giudice dissenziente in *Viola*, in fondo non tutto il male viene per nuocere. Nella sua incredibile opinione, che rasenta lo zero scientifico⁴, il giudice dissenziente contesta *Viola* perché ribalta *Hutchinson*. Mi spiace per il giudice, ma si tratta di un *assist* non a favore, ma contro il *referral*: lo sanno tutti che *Hutchinson* è l'unica (pessima) battuta di arresto nella giurisprudenza consolidatissima di Strasburgo dopo *Vinter*.

Ancora i numeri, lasciamoli parlare. Dei quarantasette Stati parti della Convenzione, in dieci presentavano l'ergastolo senza possibilità di accedere alla liberazione condizionale, introdotto in molti casi dopo la necessaria abolizione della pena di morte. Ebbene, solo uno Stato è stato salvato (il Regno Unito), mentre sei sono caduti per contrasto con l'art. 3 (Ucraina, Lituania, Ungheria,

⁴ Dice (§ 8): "Viola non è detenuto perché socialmente pericoloso, ma per dare un sentimento di giustizia alle famiglie delle vittime e alla società italiana in generale". La tentazione di non commentare è forte. Ma due cose non riesco a non dirle. Primo. Le famiglie delle vittime meritano rispetto, non di essere strumentalizzate, fermo restando che non tutte sono favorevoli a questo ergastolo ostativo. Secondo. Anche io faccio parte della "società italiana in generale" e provo un sentimento di profonda ingiustizia nel sapere che la mancata utile collaborazione corrisponde sempre e comunque a pericolosità sociale.

Paesi Bassi, Bulgaria, Turchia). Il giudice dissenziente in *Viola* non ha fatto bene i calcoli, tra l'altro, a questo punto, sembra segnato il destino dei tre rimanenti Stati, non ancora giudicati (Malta, Svezia, Slovacchia).

Anche qui, mentre scrivevo, è giunta la decisione del *panel*, che ha respinto la richiesta di *referral* avanzata dalla parte resistente. Il *panel* non motiva. È fa male, ma bisogna conoscere il sistema per comprendere perché non motiva. In ogni caso, quanto appena detto sopra forse aiuta a comprendere la sua decisione, che, aggiungo, ha respinto tutte le dieci domande di *referral*. Sulle conseguenze di *Viola* definitiva tornerò nell'ultimo paragrafo.

4. Da un lato, il calendario della Consulta di ottobre 2019 è inequivocabile:

1) 9 ottobre, camera di consiglio, sequestro di persona con morte del sequestrato e benefici solo dopo aver scontato effettivamente 2/3 della pena temporanea (rel. Viganò);

2) 22 ottobre, udienza pubblica, casi Cannizzaro e Pavone, permesso e ergastolo ostativo (rel. Zanon);

3) 23 ottobre, camera di consiglio, art. 4 bis ord. penit. ai minori (rel. Amato);

4) 23 ottobre, camera di consiglio, divieto domiciliari per rapina aggravata (rel. Viganò).

Non ancora fissate: otto questioni di costituzionalità sulla legge 3/2019, una sulla irragionevolezza in sé del peculato dentro il regime ostativo, sette sulla irretroattività. Una vera e propria invasione di ordinanze sul regime ostativo, peraltro invocata da una Consulta che non si stanca di ripetere, giustamente, di non far essiccare il giudizio incidentale. Una battuta: hai voluto la bicicletta, ora pedala!

E quella sul 4 bis ai minori è bellissima, invito alla lettura dell'ordinanza: il regime ostativo favorisce la mafia, impedendo le misure alternative (anche fuori dal territorio di provenienza) per i minori che non collaborano. Non solo. Questa ordinanza del Tribunale dei Minorenni di Reggio Calabria è, da un lato, l'ennesima dimostrazione che il lavoro degli Stati generali dell'esecuzione penale continua a vivere, nonostante tutto; dall'altro lato, dimostra chiaramente che è più che possibile parteggiare per un sistema penale/penitenziario ragionevole (*id est*, costituzionale), e allo stesso tempo schierarsi a favore di significative riforme per contrastare in modo più efficace le organizzazioni criminali di stampo mafioso⁵.

⁵ Il Tribunale dei Minorenni, da un lato, riporta in modo minuzioso i lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale, anche per dimostrare che il legislatore delegato è andato in eccesso di delega (invece di eliminare e superare gli automatismi, li ha estesi ai minori); dall'altro lato, proprio quel Tribunale o meglio alcuni suoi giudici si sono schierati, attraverso articoli, libri, stesura di protocolli, a favore di talune riforme legislative, come ad esempio l'inserimento dell'indottrinamento mafioso, quale esplicita ipotesi di condotta vessatoria abituale, misura proposta anche durante gli Stati generali dell'Antimafia.

Dall'altro lato, una sorta di invasione preventivabile. Solo due casi, particolarmente significativi. Il primo: la decadenza automatica dalla responsabilità genitoriale per i condannati all'ergastolo, come per l'incesto e la soppressione/occultamento di cadavere. La sentenza 31/2012 della Corte costituzionale fa ben sperare: dichiara incostituzionale l'automatismo, rispetto alla soppressione/occultamento, ritenendolo in sé irragionevole, contrario all'art. 3 Cost., perché si basa sul tipo di autore e non sull'autore (e il reato) in carne e ossa.

Peraltro, la decadenza automatica per tutti i condannati all'ergastolo è davvero da stato etico-fascista, rasenta una sorta di giudizio divino (una santa sanzione accessoria), oltre che essere del tutto oramai incoerente: se l'ergastolo non è costituzionalmente illegittimo perché può non essere una pena perpetua, seguendo la (non brillante) Consulta del 1974, il padre o la madre ergastolani potranno ben uscire un giorno dal carcere. Marcirai in carcere, pertanto non potrai mai essere un buon padre. Ecco lo stato etico, ecco il fascismo. E noi che facciamo? Esattamente nulla, qualcuno forse penserà alla riabilitazione, ma obiettivamente è meglio pensare dalla cognizione di sollevare la questione di costituzionalità.

E si noti che se decadono (automaticamente) i poteri di natura personale sui figli, rimangono invece i doveri di mantenere, istruire ed educare, che altro non sono che una specificazione del più generale dovere di rispettare l'integrità fisico-psichica e morale di ogni persona.

Qui arriverà, ne sono convinto, una seconda questione di costituzionalità. Esploserà la questione del vetro divisorio, che si erge al compimento dei 12 anni del figlio o della figlia e, azzardando un'ipotesi, sarà a proporla al giudice *a quo* uno dei circa trecento ergastolani ostativi che sono oggi al 41 bis. L'interesse superiore del minore è una cosa seria, non immune da critiche, ma di sicuro, se vale, deve valere per ogni minore, anche per il figlio o la figlia di un mafioso. Non attendiamo che a dircelo sia la Corte di Strasburgo!

5. Da un lato, a proposito di Europa, è solo questione di attendere. Prima o poi, arriverà alla Corte di Giustizia un rinvio pregiudiziale di questo tenore: il giudice deve negare il MAE, anche nel caso in cui lo Stato che lo richiede è stato condannato per violazione dell'art. 3 CEDU, avendo una pena (chiamasi: ergastolo ostativo) inumana e degradante, che viola la dignità umana? Una domanda retorica, tanto appare scontata la risposta. E la Corte di Giustizia, del resto, potrà anche andare "oltre" la Corte di Strasburgo: così sta avvenendo con la questione MAE e sovraffollamento, così potrà avvenire con la questione ergastolo ostativo, magari nel senso di essere meno benevoli nei confronti del legislatore⁶.

⁶ La Corte di Strasburgo non ha mai detto quanto deve essere breve il sovraffollamento per non ledere la dignità umana, la Corte del Lussemburgo invece ha già detto che 20 giorni non

Dall'altro lato, il legislatore, appunto. I suoi silenzi pesano tanto quanto le sue pseudo-riforme. Il diritto penale alla deriva (conio di Francesco Palazzo) è prima di tutto il diritto penale di origine legislativa. Ma, insomma, il legislatore ce lo dobbiamo tenere, ci mancherebbe altro.

Provi un attimo allora ad ascoltare. Ha due cose da fare, subito, oggi. Primo. Migliorare il sistema di protezione dei collaboratori di giustizia, manca di interventi individualizzati. A volte penso che la vita di un collaboratore di giustizia è tanto infernale quanto quella di un ergastolano ostativo. Il sistema protezione collaboratori andrebbe riformato, per garantire una esistenza dignitosa alle (circa) 6.000 persone che lo popolano: 1.200 collaboratori e 4.800 familiari, di questi secondi la metà minori. Dei 1.200 collaboratori, 500 sono liberi, 400 in detenzione domiciliare, 300 in carcere, questi ultimi, che verosimilmente comprendono anche ergastolani ostativi, a dimostrazione che non ha senso svolgere il giudizio individuale pericolosità/rieducazione solo dopo la utile collaborazione. Lo faccia questo intervento il legislatore, dimostri di essere più forte della mafia, sappia proteggere e di interessarsi dei collaboratori. Fiducia, ecco una parola chiave.

Le collaborazioni, questa la convinzione di molti, non dipendono solo dalla lunghezza della pena o dalla durezza della detenzione. Hanno molto a che fare con il sistema paese nel suo complesso, che deve vedere il legislatore attore protagonista di una profonda riforma del sistema protezione collaboratori di giustizia, nel senso di prevedere sempre più misure individuali, calate sulle singole persone. Come volevasi dimostrare: le misure automatiche sono sempre da criticare, conviene a tutti adottare provvedimenti caso per caso, situazione per situazione⁷.

Secondo. Il legislatore deve rispondere alla domanda di giustizia, non a quella di vendetta. Altrimenti, si scava la fossa da solo, spariscono le (flebili) possibilità di risollevarsi. Negli Stati Uniti, invece di eliminare la pena capitale, il legislatore ha reintrodotto la sedia elettrica, prontamente usata in Tennessee questa estate, parlo dell'estate del 2019. In Italia, il legislatore, invece di eliminare e superare gli automatismi, ha deciso di estenderli, al vigile urbano di turno, al minore di turno, e chissà domani a chi altro ancora. Si è scavato la fossa da solo, perché il regime ostativo, in questo modo, è lontano anni luce dalla giustizia, incredibilmente vicino alla vendetta. Ecco allora cosa dovrebbe fare il legislatore.

La Corte costituzionale, se tiene la barra dritta, consoliderà la sua repulsione verso gli automatismi. Il loro destino è segnato: non potranno più tappare la bocca del giudice, al quale si deve riconoscere il mestiere, quello di

sono un periodo breve! Il superamento di *Mursic* è iniziato a Lussemburgo (si veda C-220/18 PPU, *ML*, Prima Sezione, 25 luglio 2018).

⁷ E converrà anche tornare sul modo con il quale sono redatte le informative sull'attualità dei collegamenti...anche queste spesso non individualizzate (poco sembra cambiato da quando Sandro Margara scriveva, in sentenza, "non viste le informative di polizia", per dire quanto erano standardizzate, per niente individualizzate).

dare conto delle scelte, caso per caso. Speriamo abbiano le ore contate, anzi speriamo che la Corte tenga la barra dritta, contro gli automatismi, a favore del consolidamento e della coerenza della sua giurisprudenza⁸.

È qui che si apre lo spazio per il legislatore, che non potrà più togliere il mestiere al giudice, ma, in modo ragionevole, dargli una mano, ad esempio indicando cosa tenere in considerazione, una volta che non è stata prestata la utile collaborazione. Difficile e complessa la questione della giustizia riparativa, tutto da scoprire il significato di una eventuale aggiunta di comportamenti a favore della legalità. Lo spazio esiste, ne approfitti, il legislatore ragionevole.

Evidentemente, sto parlando del legislatore di domani. Per quello di ieri e di oggi, il tempo è scaduto, ora la parola alla Corte costituzionale. Come le Costituzioni, anche le corti costituzionali servono soprattutto in tempi bui. Come dice Elvio Fassone, la disperazione è la grande tentazione, ma il datore di lavoro della Corte costituzionale e della Costituzione ha un altro nome, si chiama speranza.

6. Da una parte, sembra che le alternative, per la Consulta, a proposito del caso Cannizzaro e del caso Pavone, siano due: o dichiara incostituzionale il solo permesso premio per tutti i reati ricompresi nell'art. 4 bis, I c., oppure, utilizzando la illegittimità costituzionale consequenziale, dichiara incostituzionale anche l'assegnazione al lavoro all'esterno e le altre misure alternative alla detenzione, liberazione condizionale compresa. La prima ipotesi sembrerebbe guardare al *petitum*, la seconda al testo della disposizione di cui al I c. dell'art. 4 bis⁹.

⁸ Non diversamente leggo la (recentissima) sentenza 216/2019 della Corte costituzionale. Vero che non dichiara incostituzionale il divieto di sospensione dell'esecuzione, nei confronti del furto in abitazione. Tuttavia, è ancora più vero che l'impalcatura di tutta la motivazione si basa sul fatto che, una volta disposto il carcere, riemerge e deve riemergere il potere della magistratura di sorveglianza, vale a dire quello di valutare, in modo individualizzato, ogni richiesta di accesso alle misure e ai benefici. Senza considerare il duro monito al legislatore, "a difesa" della magistratura di sorveglianza: è davvero incongruente, dice la Corte, un sistema nel quale la sorveglianza, non infrequentemente, interviene quando la persona ha scontato tutta o quasi tutta la pena. Pene detentive brevi, minore pericolosità sociale del condannato, notorio sovraccarico che affligge la sorveglianza, nonché il tempo necessario per la relazione sul detenuto: messi insieme questi fattori generano il forte monito al legislatore...e quindi staremo a vedere, anche se un legislatore sordo come quello nostrano è difficile scovare.

⁹ "L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste nel capo VI; esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti *solo* nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter della presente legge" (corsivo aggiunto): e da qui inizia lo strabiliante elenco. Non è questione di fermarsi alla interpretazione letterale, tuttavia non di poco conto evidenziare che non vi è alcuna distinzione letterale tra lavoro all'esterno, permessi premio e altre misure alternative. Dato che il legislatore ben sapeva che erano differenti i tempi e le condizioni da soddisfare per ogni misura alternativa, non peregrino sostenere che, da un punto di vista letterale, il regime ostativo (quel "*solo*" della disposizione) si applica in ogni caso ad ogni misura alternativa. Il nodo problematico, sempre da un punto di vista della lettera della

Proviamo a domandarci: sono realmente due le alternative? Qualche spunto. Intanto, vale ricordare che Marcello Viola ha domandato, senza esito positivo, due volte il permesso premio e che, nella richiesta di liberazione condizionale, le argomentazioni dei giudici interni hanno rinviato alle decisioni sui permessi premio (lasciando in disparte il fatto che ha sempre chiesto anche di sollevare questione di costituzionalità). Non solo. Esiste la progressività trattamentale, in base alla quale i permessi altro non sono che il primo *step* di un percorso del tutto unitario. Ancora. Comprensibile, ancorché non giuridicamente obbligatorio, che si diano prima i permessi, poi la semilibertà e infine la liberazione condizionale. Non di meno, che fare se la liberazione condizionale non ti è accordata *a seguito* del mancato accordo dei permessi? Insomma, la regola che tutto sorregge – l’automatismo legislativo – è davvero di quelle *simul stabunt simul cadent*: o sta in piedi così come è, oppure cade e se cade trascina con sé le situazioni che dipendono giuridicamente da quella regola.

È la magistratura di sorveglianza che dovrà valutare caso per caso, richiesta per richiesta. In tanti gridano allo scandalo, ma non esistono giudici di serie A e giudici di serie B. E di certo si avrà una progressiva messa a punto della giurisprudenza nel suo complesso, distinta a seconda delle situazioni, ma non così distante, per via del compito che dovrà ritagliarsi il giudice di legittimità. Non è mai ricordato abbastanza: l’automatismo legislativo frustra il lavoro non solo della sorveglianza, ma anche della Cassazione. Nessuna rivoluzione, tutto sommato. Si torna alla Costituzione: il giudice costituzionale come giudice che protegge gli altri giudici, che riassegna loro il mestiere più bello e certo più complicato del mondo, Università a parte...

Se, invece, dovesse cadere solo la regola per i permessi, si avrebbe nell’ordinamento un vuoto di tutela: non si può sostenere che l’automatismo ha un senso per la liberazione condizionale, poiché l’esito sarebbe inumano e degradante, contrario al senso di umanità.

Lo spiego in parole povere: non collaboro, ma riesco ad ottenere un permesso; ne ottengo poi un altro, e poi un altro ancora; in un modo o nell’altro, vorrà dire che ho tenuto regolare condotta in carcere e che fuori dal carcere non ho infranto alcuna norma, quindi ho intrapreso la strada della rieducazione. E ora che posso finalmente trasformarla in risocializzazione più continua e strutturata, il sistema pretende che io debba collaborare? Ma i motivi per i quali non l’ho fatto prima, che non hanno impedito il permesso, cosa succede, diventano lettera morta? Adesso, in sede di valutazione della semilibertà e della liberazione condizionale, prevale sempre e comunque la pericolosità sociale, desunta dalla mancata collaborazione? Una pazzia: ti faccio respirare un poco di aria fuori dal carcere, ma nulla di più, se vuoi altro ti devi decidere a collaborare! Un vuoto di tutela incredibile, che disegna un’incoerenza forse ancora peggiore

disposizione, è quindi quel “*solo*”: tutte le misure che lo precedono possono essere concesse “*solo*” se vi è utile collaborazione con la giustizia. Se cade il “*solo*”, va da sé che rimane in piedi tutto il resto: tempi e condizioni per ogni misura, ma anche evidentemente la necessità di acquisire elementi tali da escludere l’attualità dei collegamenti, di cui all’art. 1-*bis*.

di quella di oggi: è contrario al senso di umanità lo scenario che si verificherebbe (e si pensi alla liberazione anticipata: conta come pena scontata solo per i primi dieci anni e dopo torna ad essere del tutto inutile?).

Dall'altra parte, per restare all'ipotesi minimalista, vale la pena evidenziare due ulteriori (molto probabili) scenari. Se la Consulta dovesse decidere per la sola incostituzionalità del permesso premio (per tutti i reati dentro il I c. del 4 bis), lo scenario conseguente, già oggi, risulta delineato: buona parte degli ergastolani ostativi ha maturato i presupposti per chiedere tutto, dal permesso alla liberazione condizionale; nel momento in cui si chiede ad es. la liberazione condizionale, magari in subordine la semilibertà, il dubbio di legittimità costituzionale sarebbe più che fondato. E quindi la Corte potrebbe essere chiamata a risolvere prestissimo il problema che oggi ha solo rimandato. Vi è chi dice: "passo dopo passo". E comprendo bene. Ma allo stesso modo vi è il gigantesco vuoto di tutele, non da domani, ma sin da oggi.

Non solo. Dall'altra parte, vi è anche la questione Strasburgo, vale a dire la definitività di *Viola*: dobbiamo per forza aspettare una nuova sentenza, questa volta davvero pilota? Facile prevedere che, se non si usa l'illegittimità costituzionale consequenziale, questo potrebbe essere l'esito ("quasi pilota" è una decisione che vuole evitare una "pilota", ossia evitare che i pochi ricorsi oggi depositati diventino domani una valanga).

Ed è bene che la Consulta ci rifletta in modo molto attento: Marcello Viola non ha il diritto di uscire dal carcere. Ha però il diritto di avere una valutazione individualizzata circa il sicuro ravvedimento. Come lui, ce ne sono molti, anzi moltissimi. Perché dobbiamo sempre attendere Strasburgo?

E la risposta peggiore sarebbe quella di chi evidenzia che la scelta circa il sicuro ravvedimento è di competenza del legislatore. Anche fosse illuminato, il legislatore non può cozzare contro la comune esperienza, la cui traduzione giuridica, l'eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni, è il "valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un paese civile", senza il quale "le norme che ne fan parte degradano a livello di gregge privo di pastore" (sentenza 204/1982 della Corte costituzionale).

Che il diritto penale e quello penitenziario siano un gregge privo di pastore è quasi un eufemismo. Cosa vuole fare la Corte costituzionale? Spero voglia ribadire che il nostro è un paese civile, ove l'eguaglianza, la ragionevolezza, la proporzionalità vengono prima di qualsiasi discorso circa il "corretto" posizionamento di ruoli tra la stessa Consulta e il legislatore. La Corte di Strasburgo non si è rintanata dietro il margine di apprezzamento¹⁰. Decidano

¹⁰ E ora sta subendo una squallida e disinvolta campagna diffamatoria, che mi auguro qualcuno dai piani alti voglia quanto meno stigmatizzare. Quando non condanna l'Italia in tema di 41 bis è una Corte che ben comprende la pericolosità della mafia, quando invece la condanna per l'ergastolo ostativo è una Corte che favorisce la mafia. Certi titoli di giornali, con sotto alcune foto di giudici di Strasburgo, sono libertà di pensiero, ci mancherebbe. Ma sono anche molto ipocriti e incoerenti. Squallidi e al limite della diffamazione. Chi conta cosa aspetta a dire: "le sentenze si possono criticare, i giudici si rispettano". È l'ABC della democrazia, che evidentemente a volte in molti dimenticano.

ora i giudici costituzionali cosa fare. Il viaggio nelle carceri non dovrebbe mai arrestarsi, il viaggio dell'ergastolo ostativo – che tutto preclude se, potendolo fare, non collabori – è forse giunto al capolinea¹¹.

¹¹ Viene da precisare che il discorso sulla collaborazione impossibile, irrilevante, inesigibile non rientra nel tema, infatti il presupposto dal quale si deve partire è che si possa prestare la utile collaborazione con la giustizia. Solo da aggiungere, allora, che è auspicabile una rinnovata giurisprudenza di legittimità, specie per le decisioni della sorveglianza che evidenziano “zone d’ombra” ancora da chiarire. Più che giusto aspettarsi dalla Cassazione una più ferma giurisprudenza, volta a “convincere” la sorveglianza a non fermarsi alla constatazione di “zone d’ombra”, ancora una volta plasmando le sue decisioni su valutazioni sempre più individuali e tassative.