

Davide Galliani

**PONTI, NON MURI. IN ATTESA DI
STRASBURGO, QUALCHE
ULTERIORE RIFLESSIONE
SULL'ERGASTOLO OSTATIVO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

PONTI, NON MURI.
IN ATTESA DI STRASBURGO, QUALCHE ULTERIORE
RIFLESSIONE SULL'ERGASTOLO OSTATIVO

“Alla giustizia penale
non puoi chiedere di più di quello che può dare
per non tradire sé stessa”

C. VISCONTI, “*La mafia è dappertutto*” (*Falso!*),
Laterza, Roma-Bari, 2016, p. XVIII

Abstract

Il presente scritto si propone di svolgere qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo, in attesa della sentenza della Corte di Strasburgo. Nella prima parte, si delimita il tema e si propone un modo di affrontarlo. In particolare, si discute della separazione dei poteri e della dignità umana e si sviluppano due approcci fondamentali per meglio inquadrare il problema dell'ergastolo ostativo. Il primo, di tipo storico, rispetto al rapporto tra dissociazione e ostatività e tra le due versioni del regime ostativo, del 1991 e del 1992. Il secondo, di tipo sociologico, richiamandosi alla comune esperienza. Nella seconda parte, si discute della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di ergastolo, rapportandola all'ergastolo ostativo. Si conclude evidenziando i ruoli che possono ricoprire, per affrontare al meglio la questione dell'ergastolo ostativo, gli studiosi, gli avvocati e i giudici.

*Bridges, not Walls. Waiting for Strasbourg, some further Reflections
on Perpetual Life Imprisonment*

Abstract

This paper offers some further reflections on Perpetual Life Imprisonment (P.L.I.), pending the judgment of the Strasbourg Court. In the first part, the issue is clearly defined and a way to tackle it is outlined. More specifically, the separation of powers and human dignity are discussed, and two fundamental approaches to better frame the topic of P.L.I. are developed. The first is a historical approach to the relationship between dissociation from and collaboration with justice and the two versions of the P.L.I. legislation (dating back to 1991 and 1992, respectively).

The second is a sociological approach that refers to common experience. In the second part, the paper discusses the ECHR case law on Life Imprisonment and correlates it to P.L.I. The article ends by emphasizing the roles that scholars, lawyers and judges can play to better address the issue of P.L.I.

SOMMARIO: 1. Di cosa si parla. — 2. L'ergastolo ostativo: delimitare il tema. — 3. L'ergastolo ostativo e la separazione dei poteri. — 4. Come affrontare il problema dell'ergastolo ostativo. — 5. Un approccio storico: dissociazione e ostatività. — 5.1. Gli effetti dell'emergenza. — 6. La prima e la seconda versione dell'ergastolo ostativo. — 7. Un approccio sociologico: l'ergastolo ostativo e la comune esperienza. — 8. In attesa della Corte di Strasburgo. — 9. Dottrina e avvocati dinanzi all'ergastolo ostativo — 10. I giudici e l'ergastolo ostativo.

1. *Di cosa si parla.* — Vorrei esporre qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo, al centro di recente di un simposio multidisciplinare di approfondimento, i cui atti sono stati pubblicati in *questa Rivista* (1). Ritengo utile farlo dividendo le argomentazioni in due parti. Nella prima, cercherò di delimitare il tema e di prospettare un determinato modo di affrontarlo. Nella seconda, discuterò alcuni profili di inconvenzionalità, aggiungendo non molto a quanto scritto sempre di recente con Andrea Pugiotto per la *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (2).

2. *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 temi importantissimi. L'ergastolo ostativo, non di meno, è un'altra cosa.

Tra l'altro, costringe a prendere posizione su di una 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 non riguarda solo la mafia e, secondo, poiché la mafia è oramai un fenomeno globale e non mi pare di poter registrare un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati sulla falsariga di quella italiana. È vero che in molti, in Europa e nel mondo, ammirano la

(1) Gli atti del simposio, organizzato da Gian Luigi Gatta e Barbara Randazzo, sono pubblicati in *questa Rivista*, 4/2017, pp. 1495-1530, con interventi di G. L. GATTA, E. DOLCINI, G. M. FLICK, G. NEPPI MODONA, M. CHIAVARIO, L. EUSEBI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, M. BONTEMPELLI.

(2) Cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017, pp. 1-56.

nostra legislazione antimafia, ma ad oggi dell'ergastolo ostativo si trova traccia solo in Italia (3).

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, in particolare nel momento in cui la pena irrogata 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 gli anni previsti per poterla domandare e anche se ha dato prova di sicuro ravvedimento, rimanendo alla condizionale.

3. *L'ergastolo ostativo e la separazione dei poteri.* — 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 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 sollevare la benda dagli occhi, per rendersi conto che tra le mani gli 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, quando 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 (dal 1962), ma perché la condizionale è decisa da un giudice (così 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 direttamente il legislatore, grazie alla presun-

(3) Ne abbiamo trattato in D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *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).

zione 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 prevedibilità (4).

È vero, almeno 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 (con qualche ritardo) 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 prescrizione. Non solo è un salvagente, che in sé non serve per riparare la barca. Ma è anche affidato alla fortuna. È quindi realmente un salvagente, se può giocare un ruolo così determinante la sorte?

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 che lo abbia, cosa della quale l'esperienza insegna più che legittimo dubitare. In questo caso (e solo in questo), abbiamo molto da imparare dall'amministrazione statunitense, che fornisce alla popolazione e agli studiosi dati penitenziari approfonditi e completi. Esistono però, almeno questo, i dati ufficiali di quanti sono gli ergastolani ostativi sul numero complessivo di ergastolani, oggi: all'incirca, essere umano in più, essere umano in meno, 1.200 su 1.700 (5). Cosa significa?

(4) Tornerò sulla questione occupandomi dell'art. 7 della Convenzione.

(5) 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. Non penso che dal 2015 la proporzione tra ergastolani ostativi e comuni sia molto cambiata.

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 (6)?

Questa pertanto la prima riflessione. Una persona può essere favorevole all'ergastolo ed esprimere la sua approvazione rispetto all'istituto della 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 generale, per non ledere il principio di eguaglianza, di tutti i massimi edittali di pena esistenti (7). Il cuore mi dice che una pena perpetua non è umana, la testa di pensare un poco al paradosso latino-americano (8). 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, non a quello che può fare.

(6) Rimanendo un attimo sulla collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante, sarebbe più opportuna la competenza esclusiva del tribunale di sorveglianza, ridiscutendo la possibilità, rispetto ai permessi premio, che sia il giudice monocratico a deliberare sulle condizioni di ammissibilità. La partita si deve aprire e chiudere dinanzi all'organo collegiale. Vero che possono esserci casi nei quali non serve la collegialità (non è trascorso il tempo necessario per domandare il permesso), tuttavia penso sia opportuno evitare eventuali fughe in avanti, verso il merito della questione. In questo modo, si potrebbe anche influire sulla tanto importante — quanto da valutare con cautela — rapidità del procedimento, visto che, avverso la decisione di rigetto del giudice, qualora debordi nel merito, scatterà pressoché automaticamente il ricorso al tribunale. Dietro questa proposta vi è una fortissima preoccupazione: quella di non perdere molte delle garanzie che nel tempo sono state conquistate, anche in sorveglianza. L'udienza pubblica, la presenza fisica della persona, ora temo che alla vecchia collegialità si sostituisca la nuova monocraticità, sul presupposto che esistono delle domande che in partenza non meritano appunto la collegialità. Io direi, invece, che in partenza non si può presumere niente e che, di conseguenza, un giudizio come quello sulla manifesta insussistenza o irrilevanza della collaborazione merita la collegialità, non la monocraticità. Si veda anche la successiva nota 22.

(7) 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. T. PADOVANI, *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 C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, Giuffrè, Milano, 2018 pp. 29 ss.).

(8) 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.

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, che al massimo discutono di retribuzione in termini di proporzionalità e quindi 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 costituzionali (9).

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

4. *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,

(9) 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. 15, 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 impadronisce, ma conta chi è sprossessato.

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. Spesso sembrano dimenticarsi dei fatti concreti che hanno dinnanzi a sé, che riguardano uomini e donne in carne e ossa (10).

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'ergastolo ostativo? Certo che, in astratto, può decidere di collaborare o meno con la giustizia, ma possibile che sia così difficile comprendere quale sia, 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?

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 subito (11).

(10) Non si dica che alcuni giudici devono essere ciechi sui fatti. Chiunque legga un ricorso, meglio se il fascicolo, leggerà di fatti accaduti a uomini e donne in carne e ossa. Una volta letti, sono letti, influenzano più o meno, ma influenzano.

(11) Irraggiungibili — contro il concettualismo — le pagine di G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), II ed., Cedam, Padova, 1964, di G. GORLA, *L'interpretazione del diritto* (1941), presentazione di R. Sacco, Giuffrè, Milano, 2005 e di S. SATTA, *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

Un approccio aperto significa tenere in considerazione anche i profili storici e sociologici della questione ergastolo ostativo (12). 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 anche altre riflessioni, storiche e sociologiche, che sono molto servite per dimostrare profili giuridici di inconvenzionalità (13).

5. *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 tratta di esseri umani e la pedo-pornografia minorile? Esiste un verbo inglese perfetto per esprimere il concetto: *to trivialise*, che è un *mix* tra banalizzare e scambussolare 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, poiché tratta allo stesso modo un mafioso, un trafficante di esseri umani, un *sex offender* (14).

assaliti e che ancora ci sommerge (...) i giuristi dovrebbero cominciare a sentire sete di realtà, di storia" (p. 98).

(12) 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. P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. XVI, XVII). Bellissimo, da questo punto di vista, lo scritto di M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *questa Rivista*, 2/2016, pp. 575 ss. 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. M. PALMA, *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, pp. 77 ss.

(13) *L'amicus curiae* è pubblicato in appendice a D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *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.

(14) Si potrà obiettare che il paragone non regge. Io però mi sto riferendo ai motivi per i quali il legislatore decide di intervenire. E 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 disomoge-

Non di queste cose vorrei parlare. 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 che possono essere latamente ricondotti all'interno della galassia premiale. Non ha però valutato in modo approfondito la diversità dei fenomeni che intendeva contrastare. Se la dissociazione poteva anche 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 ideologica 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. E proprio la storia 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 indubbiamente rilevante (15).

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 politico-ideologica, il tutto diviene francamente incomprensibile se la utile collaborazione con la giustizia è ritenuta dal legislatore l'unica possibilità per l'ergastolano 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 sentito (16).

nee, 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.

(15) 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. T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *questa Rivista*, 2/1981, pp. 529 ss.).

(16) Ho letto il contrario, scritto da una persona che ha avuto esperienza diretta, sul campo, con il terrorismo e la mafia: i terroristi rossi erano "persone annebbiate 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

Se si fosse ragionato di 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, differenti 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 terroristi (17).

5.1. *Gli effetti dell'emergenza.* — Sia concessa una parentesi. Per quale motivo questa (per lo meno) frettolosa estensione di misure latamente premiali dal fenomeno terrorista a quello mafioso?

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, molto 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 (e anche qui direi per fortuna, anche se tutti sappiamo che la cosa peggiore da fare, rispetto alla

la mafia significa letteralmente, senza retorica, condannarsi a morte" (cfr. G. C. CASELLI, *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).

(17) 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; cioè, 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. R. CHINNICI, *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).

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, 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) 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 adatta anche la dissociazione, mentre dalla mafia si può uscire in diversi altri modi, non solo se collabori con la giustizia.

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 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 serio dubbio (18), l'esempio fa intendere che l'ergastolano

(18) Si vedano le argomentazioni sul punto di Andrea Pugiotto in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo*

ostativo va incontro ad una ineluttabile coartazione e costrizione della propria libertà morale e della propria libertà di autodeterminazione (19).

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 sufficiente (20).

ostativo, prefazione di G. Silvestri, appendice di D. Galliani, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 133 ss.

(19) 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).

(20) Il problema è certo spinoso, ma forse risolvibile se si usano i medesimi occhiali per inquadrarlo. Il meccanismo dell'ergastolo ostativo non relativizza il diritto al silenzio. È come se togliesse integralmente qualcosa che si possiede, in questo senso si può parlare di sanzione in termini più ampi, come di un male subito, arrecato dalla scelta del legislatore per la presunzione assoluta. Si dirà: nel momento in cui vi è una sentenza di condanna definitiva, il diritto al silenzio può sfogarsi tranquillamente nella revisione. Questa formalistica argomentazione pretende di distinguere ciò che non riesce a distinguersi e finisce anch'essa per annullare invece di relativizzare il diritto al silenzio. E se la revisione non va a buon fine? Non si può dire che il sistema offre solo questa possibilità, poiché o il diritto al silenzio in fase di esecuzione della pena esiste oppure non esiste. Se la prima alternativa, lo si può relativizzare, non annullare. 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

6. *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 (e ragiono sempre come se riferito alla pena dell'ergastolo e alla 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 Capaci (21).

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 (22).

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

investigative. Da un certo punto di vista, il problema 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 correità 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. D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *questa Rivista*, 4/1986, p. 1030, n. 68). Il giudizio di disvalore giuridico è la impossibilità di accedere alle misure alternative.

(21) 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.

(22) A differenza di quanto accade rispetto all'accertamento della utile o meno collaborazione con la giustizia, nel caso dell'attualità dei collegamenti con la criminalità il criterio scelto dal legislatore assegna la valutazione al giudice monocratico per i permessi e al tribunale per la semilibertà e la condizionale. Si potrebbe sostenere che, per avere una decisione più veloce, sarebbe meglio eliminare la possibilità di un secondo grado di giudizio in materia di permessi. Io non sarei invece contrario, se proprio si dovesse decidere per un solo grado di giudizio, alla competenza esclusiva del tribunale anche in materia di permessi, sempre beninteso quando vi è da valutare l'attualità dei collegamenti. Quattro teste pensano meglio di una testa. Questo vale sia a garanzia del detenuto, sia a garanzia della collettività, sia rispetto alla necessità di un adeguato rinforzo motivazionale a fronte del parere contrario del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale.

collaborava con la giustizia, si poteva accedere prima alle misure; se non si collaborava, si dovevano rispettare i tempi ordinari, nell'occasione aumentati. Da un punto di vista costituzionale, il sistema regge: se non 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 condizionale sarebbe stato incostituzionale, perché la Corte costituzionale aveva salvato l'ergastolo proprio perché anche gli ergastolani potevano accedere alla condizionale decisa da un giudice, il legislatore è come se avesse proceduto in modo deciso, ma anche 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. Soprattutto, Giovanni Falcone si è sempre fatto portatore, questa è la mia opinione, di una visione costituzionalmente orientata del diritto penale e del diritto penitenziario (23).

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 maltrattare la separazione dei poteri: toglie al giudice il potere di decidere. È lo stesso movimento che il legislatore segue quando, sempre

(23) 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 24.

con il decreto legge del 1992, introduce il nuovo art. 41 *bis* o.p., 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 carcere duro, 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 carcere duro, priva in entrambi i casi il giudice del 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 Capaci (24).

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.

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

(24) 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 e le nuove mafie. 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 scettico sull'ergastolo ostativo, solo che alcuni argomenti sono spendibili sia per negare la necessità della prima sia per affermare la problematicità del secondo.

quelli italiani, vale per i più pericolosi criminali sulla faccia della terra, vale per i mafiosi, così come vale per stupratori e assassini, 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 umano (25).

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 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, condizionale compresa (26).

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

(25) Interessanti le riflessioni a proposito del filosofo del diritto. Si veda, ad esempio, recente, L. MILAZZO, *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.

(26) 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 e degradanti. Mi riferisco ovviamente all'art. 3 della Convenzione e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, molto sviluppatasi sulla risocializzazione a partire da *Dickson* del 2007 e in specifico sul tema dell'ergastolo da *Vinter* del 2013, non a caso sempre rispetto al Regno Unito.

misure alternative, nel caso innalzando la quantità di pena (effettivamente) da scontare per poterle domandare (27). Lavorare sul rapporto tra eventuale uscita dal carcere e misure di sicurezza, riformando la libertà vigilata (28). Intervenire sul principio di progressione: ancora oggi vige la più completa incertezza per quanto riguarda il numero di permessi premio per la semilibertà e il numero di anni in semilibertà per la condizionale. Si poteva prevedere qualcosa di più specifico e stringente in questi e in altri ambiti (29).

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 rilevantissimi, ma il cuore del problema rimane lì tutto ancora evidente: lasciando perdere il carcere duro, che a mio avviso deve essere deciso sin dall'inizio da un giudice (30), il problema del regime ostativo, applicato all'ergastolo, non è stato risolto (31).

(27) 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 D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., p. 32.

(28) 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.

(29) 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 rifletterci sopra, anche se, come dico subito, non sembrava si avesse a disposizione tempo. 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” quattro permessi e ad un altro dieci, per la semilibertà, il problema esiste.

(30) Anche se sottolinea che il carcere duro non è una misura di prevenzione, Cassazione, I Sezione, n. 53615, 13 giugno 2017, *Riina*, per respingere la *quaestio* altro non fa che ripetere la giurisprudenza costituzionale (nel caso di specie, si tratta di rinnovo, non di prima applicazione).

(31) E giustamente non lo si è affrontato nella sentenza n. 149 del 2018 della Corte costituzionale, sulla quale si veda E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 luglio 2018 e, se si vuole, D. GALLIANI, *La sent. 149/2018 della Consulta:*

7. *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.

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 modo (32).

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.

eguaglianza e educazione fanno il trattamento penitenziario, il resto è incostituzionale, in *Quaderni costituzionali*, 4/2018, in corso di pubblicazione.

(32) A proposito della giurisprudenza costituzionale sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, sviluppatasi 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.

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, adoperandosi attivamente nei loro confronti, iniziando con la cosa più difficile ma anche più giusta da 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 (e 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 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 anche il carcere è una società a suo modo, ma a suo modo. Direttori di carcere, agenti di custodia, niente, 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 conoscenza. Rimane profondamente meravigliato dal come la persona si è comportata nel corso della sua ventennale detenzione, durante la quale, tra l'altro, è passata praticamente per tutti i penitenziari italiani, non facendosi mancare nemmeno qualche anno al carcere duro (33). Quella persona, non subito, ma con il tempo, ha clamorosamente partecipato in modo attivo a tutte le (poche) attività che il carcere ha offerto. 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.

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 condizionale. Così fa il

(33) 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.

giudice: analisi e prognosi. 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 se ne parla. Uccideva e basta, non ci pensava sopra tante volte. Anche perché 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 davvero 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. 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, perché chi collabora ha quasi sicuramente una seconda possibilità. Non automatica, ma la può domandare.

A questo punto, sono sicuro che qualcuno vorrebbe eliminare la condizionale e buttare finalmente via la chiave della cella. 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 condizionale, decisa da un giudice.

Ve ne dovete fare una ragione: la chiave non si butta. 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 costituzionale.

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 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 giudice (34).

Il nostro ipotetico interlocutore della strada non ha scampo (35).

Dovrà costituzionalizzarsi. Impedire che a vincere sia il peggio, non il meglio di sé (36). Dovrà ammettere che tutti hanno il diritto ad una seconda possibilità e che il migliore sistema per garantire la *sua* sicurezza

(34) 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?

(35) 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. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 70).

(36) 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 M. ALMERIGHI, *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

è ridare la parola al giudice, sottraendola al 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 rinforzata (37).

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? È una domanda, niente di più.

Che, evidentemente, non nasce a caso, ma perché il principio di eguaglianza, la rieducazione e il senso di umanità si parlano di continuo. Vale perfettamente la dottrina della trinità cristiana: sono il padre, il figlio e lo spirito santo, che si ipostatizzano nell'essere umano. Ed è chiaro il motivo: non posso prevedere una pena uguale per situazioni differenti, altrimenti non potrebbe rieducare, sarebbe contraria al senso di umanità. 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 condizionale. Persone che, una volta uscite dalle carceri, sono andate a presiedere l'Assemblea Costituente.

8. *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

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.

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

sistema convenzionale (38). Da quando è stato presentato l'*amicus*, nulla è cambiato, la Corte non si è più espressa in materia (39).

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. Mettiamola così: se si vuole occupare di molto, finisce per occuparsene superficialmente; se, invece, vuole occuparsi di poco, ecco che scava in profondità. 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 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, dal 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 nem-

(38) Cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit.

(39) Vi è stato *Lopez Elorza v. Spagna*, Terza Sezione, 12 dicembre 2017, definitivo 9 aprile 2018, tuttavia la Corte dice espressamente (§ 119) che non serve esaminare i modi con i quali negli Stati Uniti a livello federale l'ergastolo è riducibile.

meno precisare, ma lo standard si può contestare, criticare, anche ritenerlo completamente sbagliato (non saprei come). Definirlo un “auspicio” è davvero inammissibile (40).

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 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 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 seri (41).

Ecco allora l’argomento da affrontare: gli Stati hanno un margine di

(40) 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.

(41) 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*

apprezzamento rispetto alle condizioni da soddisfare per accedere alla 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 condizionale arrivati alla Corte sono sempre stati dichiarati contrari alla Convenzione, tranne nel (solo politicamente complicato) caso inglese (42), 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* e 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 (43).

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 umano (44).

rinnovato statuto di amnistia e indulto, a cura di S. ANASTASIA, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, Ediesse, Roma, 2018.

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

(43) È questa la seconda rivoluzione di *Vinter*, non sempre colta. È un passaggio storico, poiché dovrebbe far intendere, a coloro che si dilettono a criticare la giurisprudenza convenzionale perché casistica, che in realtà il problema a volte non è il caso concreto, ma la legge approvata dal Parlamento. Certo che il caso concreto ha sempre un ruolo fondamentale, ma la torsione costituzionale della Corte pare evidentissima, anche se devo ammettere che si può avere una giurisprudenza materialmente costituzionale anche discutendo del solo fatto spaccato in tutti i suoi mille particolari. Più si parla delle persone, dei loro problemi, delle loro doglianze, delle loro difficoltà, più si fa giurisprudenza costituzionale, incentrata sull'essere umano. Se, oltre a questo, ora la Corte discute le leggi (e ricordo che a volte discute anche delle disposizioni costituzionali, dichiarandole contrarie alla Convenzione) è finalmente arrivato il momento di considerare quella giurisprudenza come materialmente costituzionale, quindi concordare con B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012.

(44) 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

Magari non vi è violazione dell'art. 7, ma il ricorso è incentrato sull'art. 3, così come la giurisprudenza convenzionale dopo *Vinter* (45).

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 concederle 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 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. Si veda la successiva nota 45.

(45) Per tornare sulla prevedibilità, la soluzione forse ideale sarebbe un intervento del legislatore, che in poche parole impedisse al giudice della sorveglianza di fare il giudice della cognizione. In attesa di questo improbabile intervento, esiste una strada da percorrere. Parte dal presupposto che non vi è incommensurabilità tra i due mestieri, del giudice della cognizione e di quello della sorveglianza. Si raffrontino gli artt. 133 e 176 Codice penale. Nel momento in cui il primo chiede al giudice (della cognizione) di considerare, del reo, il carattere, la condotta, la vita e le condizioni di vita, utilizza un lessico non dissimile dal secondo, quando chiede al giudice (di sorveglianza) di valutare il comportamento tale da far ritenere sicuro il ravvedimento della persona. Ne viene fuori un giudice prognostico, ma anche analista. Un giudice che scruta e valuta la vita delle persone e, da questa sua analisi, decide in sede di cognizione la gravità della pena e in sede di sorveglianza ciò che determina l'estinzione della pena. Non a caso in Cassazione è iniziato un interessante scontro di opinioni, interno alla I Sezione, circa l'estensione anche alla sorveglianza dell'oltre ogni ragionevole dubbio. A favore: Cassazione, n. 31690, 28 giugno 2017, *Sudato*. Contro: Cassazione, n. 11313, 13 marzo 2018, *Gallo*. Dipende da due questioni. Se si considera l'oltre ogni ragionevole dubbio una regola di giudizio e non un mero criterio di valutazione delle prove. Con la conseguenza che, se si tratta di un principio generale (come il *favor rei*), si dovrebbe estendere ad ogni giudizio, salvo deroghe esplicite. Rileva poi anche l'istituto che la sorveglianza è chiamata ad applicare: se per la condizionale (e direi anche per la revoca delle misure) è più semplice evidenziare accostamenti con il giudizio di cognizione, per altri la questione risulta più spinosa, come ad esempio in sede di accertamento dei presupposti per la collaborazione impossibile, per la limitata partecipazione ai fatti e per il loro integrale accertamento. Non di meno, ancorché non si ritenga opportuno o utile l'utilizzo dell'oltre ogni ragionevole dubbio, quello che al giudice di sorveglianza si deve comunque chiedere è uno sforzo motivazionale rinforzato. Ad ogni modo, oggi l'ostatività può essere accertata anche dal solo giudice di sorveglianza e, pertanto, in attesa del legislatore (o di qualche corte), non sembra di poco momento circondarne il giudizio con maggiori garanzie, specie rispetto ai diritti delle persone.

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!

Ci sarebbero altri profili, ma come detto rimando allo scritto prima citato.

9. *Dottrina e avvocati dinanzi all'ergastolo ostativo.* — Sono arrivato alle conclusioni. 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 originali (46). Tuttavia, rimane desolante constatare 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'er-

(46) 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 A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità 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.

gastolo, perché vorrebbe dire padroneggiare perfettamente il diritto penale (sostanziale e processuale), il diritto costituzionale, il diritto convenzionale, in parte anche quello dell'Unione, il diritto internazionale ed, infine, essere un assiduo lettore di autobiografie di ergastolani!

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.

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'iniezione (47).

(47) 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,

Del resto, tornando al nostro ordinamento, quando un giudice, di sorveglianza o di Cassazione, per rigettare la eventuale *quaestio* avanzata dalla parte fa un 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. E non apro il capitolo di come si possa respingere una questione di costituzionalità adottando in Cassazione una sentenza con motivazione semplificata (48).

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 sponrate 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. Una volta ogni dieci chi è stato giustiziato avrebbe potuto proporre appello e ha deciso di non farlo. 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 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 D. GALLIANI, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Cittadella, Assisi, 2012, pp. 80 ss. (I ristampa, 2016).

(48) Alcuni avvocati potrebbero dire che è sempre meglio del silenzio. Certo. Ma una motivazione semplificata può essere adeguata, come deve essere quella alla base dell'ordinanza che respinge una questione di costituzionalità sollevata dalle parti? Direi di sì, tenendo però in considerazione almeno due aspetti. Da un lato, bisogna evitare una truffa delle etichette: se la Cassazione respinge con una motivazione che formalmente è semplificata ma sostanzialmente è una normalissima e adeguata motivazione, allora qualcosa non torna (e non devo ricordare che il numero delle motivazioni semplificate è importante anche per i giudizi di valutazione). Per comprendere questo primo problema si provi a scorrere la recente sentenza n. 17717 del 5 luglio 2018 della I Sezione civile della Cassazione. Dall'altro lato, poi, esiste un altro rischio, forse una contraddizione. Dato che si può ricorrere in Cassazione anche solo per chiedere di sollevare una *quaestio* e dato che uno degli scopi della motivazione semplificata è senza dubbio quello di velocizzare i procedimenti, ecco che più la motivazione è semplificata meno si incide sulla possibilità che non ci siano altri ricorsi simili in futuro. Senza considerare poi il problema principale: per scrivere in forma semplificata a volte serve molto tempo, non poco tempo, tempo che in Cassazione ogni giudice dice sempre di non avere. Non vorrei quindi che semplificando troppo finiscano per essere semplificati anche dubbi di costituzionalità, ai quali in ogni caso la legge dice si deve rispondere in modo adeguato, non semplificato.

D'altro canto, se alzo lo sguardo e penso a cosa è la nostra società attualmente, 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, ma contribuisce 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*.

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.

10. *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 non giunge alla Corte costituzionale. Ci arrivò 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 così, dal momento che per arrivare alla Corte costituzionale servono dubbi, non certezze.

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 anche 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 dell'ergastolo ostativo e la persuasività della giurisprudenza costituzionale (49).

(49) 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

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? 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.

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 Caponnetto (50). Il giudice che non si pone dubbi non trova spazio nel disegno costituzionale (51).

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.

(50) 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. A. CAPONNETTO, *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".

(51) Dato che, da un punto di vista giuridico, i dubbi di costituzionalità dell'ergastolo ostativo non 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 potrebbero 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

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 rifletti su, si possono trovare buoni argomenti per evitare di dover fare qualcosa che si crede profondamente ingiusto” (52).

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” (53).

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.

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 è 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.

(52) Cfr. G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, a cura di B. Barbisan, il Mulino, Bologna, 2015, p. 115, a proposito della pena di morte, ma come non riferirlo anche alla pena fino alla morte?

(53) Cfr. G. PERA, *Un mestiere difficile. Il magistrato*, Giuffrè, 1967, p. 52 e p. 55. E mi sembra questa la conclusione che si può trarre anche da G. LUCCIOLI, *Diario di una giudice. I miei cinquant’anni in magistratura*, prefazione di R. Conti, 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”.

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. Tornarci è quindi un imperativo (54), anche se difficilmente, dovesse accadere, la Corte potrà esprimersi prima della pronuncia della Corte di Strasburgo (55).

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 giudici (56). Se tornerà la fiducia, saremo un paese con una paura in meno, più coraggioso. Ed anche un paese meno triste (57). È vero, pensare all'ergastolo ostativo fa venire in mente un mondo a parte. Ma è ancora più vero che l'ergastolo

(54) E serve farlo con intelligenza, cercando di adottare una strategia di questo tipo: evidenziare quali spunti della giurisprudenza passata possono essere portati a manforte della *quaestio*, così come alcuni passaggi della giurisprudenza più recente che sono di fondamentale importanza. Un occhio al passato, un occhio al presente, quasi spingendo la Corte ad un ripensamento *ex ore tuo*.

(55) 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.

(56) 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 giovare (condivisibile, sul punto, A. MARCHESELLI, *Magistrati dietro le sbarre. Farsa e tragedia nella giustizia penale italiana*, Melampo, Milano, 2009, pp. 117 ss.).

(57) “Me lo confessava una volta un giudice mio amico: « decidemmo all'unanimità perché la logica giuridica voleva così: ma quando ci lasciammo, eravamo tutti pieni di tristezza »” (cfr. P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente* (1955), in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, I, Morano, Napoli, 1965, p. 602).

ostativo fa riflettere su noi stessi, su quanto abbiamo difficoltà nel costruire nuovi ponti, impegnati come siamo nell'elevare di continuo muri (58).

DAVIDE GALLIANI
Associato di Diritto pubblico
Università degli Studi di Milano

(58) E voglio sottolineare che forse non si è ancora capita la gravità di aver eliminato anche nel penale il ricorso personale in Cassazione. Siffatta riforma — voluta dal legislatore, spronato dalla Cassazione, che fino ad oggi l'ha sempre avvallata integralmente — ha scaricato sulle carceri e i detenuti i problemi di arretrato del giudice di legittimità. Cassazione che, peraltro a Sezioni Unite, ha escluso che il Ministero possa essere condannato al pagamento delle spese (in caso di rigetto o inammissibilità), nel momento in cui ricorre contro i provvedimenti del tribunale di sorveglianza in materia di artt. 35 *bis* e 35 *ter* o.p. (Cassazione, S.U., n. 3775, 21 dicembre 2017). Nella stessa sentenza delle Sezioni Unite, infine, si semplifica e deformalizza il reclamo-impugnazione da parte del DAP dinanzi al tribunale di sorveglianza, che può essere proposto senza patrocinio e assistenza dell'Avvocatura dello Stato. Potremmo concludere che siamo sempre alle solite: deboli con i forti e forti con i deboli. Chissà dove condurrà questo modo di ragionare. Ed il problema è che il legislatore, quando non va a rimorchio di una opinione pubblica sempre più incattivita, finisce con l'appiattirsi rispetto a prese di posizione, variamente espresse, proprio da parte della magistratura. Ma se per la celerità dei procedimenti e lo smaltimento dell'arretrato (dei rifiuti?) anche i giudici sono d'accordo nel limitare talune garanzie delle persone, a chi si potranno più rivolgere i poveri cristi, che continuano a popolare le galere italiane, che fino a ieri hanno scritto di proprio pugno alcuni ricorsi che sono stati alla base di fondamentali decisioni della Cassazione? Il problema è serissimo. I diritti delle persone nel processo dipendono anche da quanto i giudici saranno in grado di resistere alla tentazione di considerare questa o quella riforma come il male minore. Pazienza se non vi è la pubblica udienza, basta la camera di consiglio. Non importa se la persona non è fisicamente in aula, l'importante è che sia collegato in audio-video. Perché decidere in cinque, quando basterebbero tre giudici? E perché in tre, se anche uno può fare bene? Da ultimo: se non trova un cassazionista, pazienza, il detenuto se ne farà una ragione, tanto i suoi ricorsi erano destinati al cestino. Spero unicamente che questo modi di pensare alla giustizia, tipicamente neoliberalista e quindi anche un poco inumano, non arrivi a toccare il cuore del cuore del mestiere del giudice, la motivazione, costituzionalmente non semplificabile.