DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

COME E PERCHÉ ECCEPIRE L'INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ERGASTOLO OSTATIVO

Dalle pagine di un libro a Palazzo della Consulta

di Andrea Pugiotto

SOMMARIO: 1. Perché si scrive un libro sull'ergastolo ostativo? – 2. Chi l'ha scritto e come è stato scritto? – 3. Gli ergastolani senza scampo: chi sono e quanti sono? – 4. L'ergastolo ostativo sta dentro l'orizzonte costituzionale delle pene? – 5. A chi si rivolge il libro? – 6. Dalle pagine del libro a Palazzo della Consulta.

ALLEGATO: *Ipotesi di atto di promovimento alla Corte costituzionale:* 0. La genesi della *quaestio.* – 1. Profili di ammissibilità processuale della *quaestio.* – 2. Riproponibilità della *quaestio*. – 3. Incostituzionale perché pena perpetua (in violazione dell'art. 27 comma 3, Cost.). – 4. Incostituzionale perché pena perpetua non riducibile (in violazione dell'art. 117 comma 1, Cost. integrato dall'art. 3 CEDU). – 5. Incostituzionale perché pena fissa che rende irrilevante il percorso rieducativo del reo (in violazione dell'art. 27 comma 3, Cost.). – 6. Incostituzionale perché pena conseguente a illegittimo automatismo normativo (in violazione degli artt, 2, 3 comma 1, 19, 21 e 27 commi 1 e 3, Cost.). – 7. Incostituzionale per irragionevolezza dell'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento (in violazione degli artt. 3 comma 1, 27 comma 1, Cost.). – 8. Incostituzionale per violazione del diritto alla difesa (art. 24 Cost.). – 9. Incostituzionale perché pena *fino* alla morte (in violazione dell'art. 27 comma 4, Cost.). – 10. Incostituzionale perché trattamento equivalente alla tortura (in violazione degli artt. 10 comma 1, 13 comma 4, 117 comma 1, Cost.). – 11. In dissenso con la *ratio decidendi* della sent. n. 135/2003. – 12. Profilo ablativo della dichiarazione d'incostituzionalità.

1. Perché si scrive un libro sull'ergastolo ostativo?

In palese conflitto di interessi, muovo da una recente pubblicazione[1] per formulare l'interrogativo di partenza: per quale motivo si scrive un libro sull'ergastolo ostativo? I riferimenti autobiografici non sono mai eleganti: sia consentito, tuttavia, attingervi per motivare la risposta.

Da alcuni anni ho scelto di fare della dimensione costituzionale del diritto punitivo il principale oggetto del mio lavoro di ricerca e di studio: il volume scritto con Carmelo Musumeci sulla fenomenologia e le criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo né è il frutto più recente. Ma se guardo alle pubblicazioni precedenti ritrovo, ordinati in fila indiana: ergastolani comuni, internati in OPG, stranieri rinchiusi nei CIE, detenuti stipati in celle sovraffollate, vittime del reato, del carcere, della tortura,

[1] C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo,* prefazione di G. SILVESTRI, appendice di D. GALLIANI, Giappichelli, Torino, 2016.

 (cc) BY-NC-ND 2010-2014 Diritto Penale Contemporaneo

condannati alla pena capitale. Mi occupo, insomma, di quello che potrebbe chiamarsi – con inelegante formula evocativa – il *diritto degli sfigati*, come ironicamente mi viene fatto notare, anche da persone a me care. Un'ironia affettuosa in cui, tuttavia, percepisco il rimprovero di un mio partito preso, espressione di un atteggiamento irenico e velleitario. Non è così e – una volta per tutte – vorrei spiegarne il perché.

Io non voglio bene agli ergastolani, così come non ho particolare simpatia per i migranti o gli internati. E ciò per l'identica ragione per cui non voglio bene ai maestri di violino, né ho in particolare simpatia i tassisti o i pompieri. La ragione, infatti, è la medesima: non si può voler bene a una categoria di individui, ma solo a singole persone, con nome e cognome, in carne ed ossa[2]. La vita può regalarci l'occasione di diventare amico di un detenuto e di costruire con lui una relazione autentica. Ma non si scrivono libri come questo per amicizia.

Forse che si scrivono per aggiungere una tappa prestigiosa e di successo al proprio *cursus honorum?* Non scherziamo. Progettare, realizzare e firmare un volume con un condannato all'ergastolo ostativo (per quanto, ora, declassificato nel comune circuito degli ergastolani comuni, e comunque protagonista di una metamorfosi personale esemplare) è cosa a suo modo anomala: non passa inosservata[3] e non assicura affatto consenso o apprezzamento accademici. Tutt'altro.

Né si scrivono, libri così, per partito preso, rispondendo a un automatismo ideologico, da difensore d'ufficio dei detenuti. Non è il mio caso. Considero il principio della responsabilità penale personale e il rispetto della legge necessarie premesse a una convivenza pacifica tra le persone: senza, avremmo la condizione selvaggia e violenta del tutti contro tutti, mentre la democrazia è conflitto senza spargimento di sangue. Ecco perché resto persuaso che la sanzione penale sia la risposta necessaria a condotte illegali, specie se particolarmente gravi. Nessuna «concezione compassionevole del diritto e della giustizia»[4], dunque, dietro il libro, né alcuna confusione di ruoli tra vittime e carnefici (che so distinguere perfettamente).

E allora, perché si dà alle stampe un libro del genere? La mia risposta affonda nei fondamentali del costituzionalismo liberale, laddove si insegna che la Costituzione ammette la forza (di cui lo Stato ha il legale monopolio) ma nega la violenza, ovunque

---

[2] Con ciò, più che citare, faccio integralmente mia una riflessione di L. MANCONI, *Corpo e anima. Se vi viene voglia di fare politica*, minimum fax, Roma, 2016, 78-79.

[3] Cfr. – con accenti che vanno dall'apprezzamento, alle motivate riserve, fino alla aperta critica – le recensioni al volume firmate da M. BRUCALE, *Gli ergastolani senza scampo,* in *Centoundici,* gennaio-febbraio 2016; F. DE CAROLIS, *Ergastolani senza scampo, libro, quotidianità, l'ora dei limoni neri,* in *www.remocontro.it,* 21 febbraio 2016; F. FIORENTIN, *Recensione*, in *questa Rivista,* 26 febbraio 2016; P. ICHINO, *Ergastolo e recupero, il bisogno di attuare la finalità della pena,* in *Corriere della Sera,* 15 marzo 2016; C. MELZI D'ERIL e G. VIGEVANI, *Rispettiamo l'articolo 27,* ne *Il Sole-24 Ore,* 20 marzo 2016; V. VECELLIO, *Quella pena senza scampo che non prevede redenzione,* ne *L'Unità,* 20 marzo 2016; D. FACCHINI, *Gli ergastolani senza scampo,* in *Altreconomia,* 29 marzo 2016; F. CAMON, *Fine colpa: ora. Fine pena: dopo,* ne *Il Messaggero Veneto,* 13 aprile 2016; L. MANCONI, *In carcere c'è chi entra senza poterne uscire più, in barba alla Costituzione più bella del mondo,* in *Left,* 6 giugno 2016; E. GRANDE, *Degrado carcerario: qualcosa si muove,* ne *L'Indice dei Libri,* luglio-agosto 2016; E. MARIANI, *A proposito di C. Musumeci, A. Pugiotto, "Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo" (Editoriale Scientifica, Napoli, 2016),* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2016, 487 s.

[4] L'espressione è ancora di L. MANCONI, *Corpo e anima*, cit., 62.

la dignità dell'uomo subisca la mortificazione dell'assoggettamento fisico all'altrui potere.

Ecco perché, quando la pena (minacciata dal legislatore, irrogata dal giudice, eseguita dalla polizia penitenziaria sotto il controllo della magistratura di sorveglianza) travalica il confine che separa la forza dalla violenza, è la legalità costituzionale ad essere violata, cioè violentata. È allora che il costituzionalista, che crede nel diritto come violenza domata, *deve* dire la sua.

Ecco perché cerco di usare quel che so, e quel che so fare, per evitare che lo Stato potente diventi prepotente rendendo impotente la Costituzione dietro le sbarre. Il volto costituzionale della pena guarda (cioè riguarda) tutti, anche Caino, perché la persona non è mai tutta e soltanto nel suo errore: nessun individuo «è uguale a quell'*io* che era venti o trent'anni fa, e perciò è ragionevole che il nostro giudizio sia diverso a seconda che si appunti su quella o su questa figura. […] Ciò che oggi sembra indegno di qualsiasi atteggiamento benevolo, può diventarne creditore dopo molto tempo e moltissimo patire»[5]. Distinguere l'errore dall'errante è sforzo cui dovremmo applicarci sempre, se non altro per una forma di altruismo interessato, perché nella vita tutti facciamo esperienza dell'errore (e molti dell'orrore). E nessuno ne uscirebbe bene se fosse ricordato esclusivamente per la cosa peggiore che ha fatto.

2. Chi l'ha scritto e come è stato scritto?

Questo volume sull'ergastolo ostativo è stato scritto a quattro mani, da un uomo detenuto e da un uomo libero. Ciascuno l'ha fatto in solitudine – l'uno nella sua cella, l'altro nel suo studio – perché scrivere è un'attività solitaria che richiede isolamento. Una solitudine che viene infranta solo quando narri qualcosa che accresce la libertà di tutti[6]: è allora che la solitudine della scrittura diventa un atto solidale che ti riunisce alle altre persone; è allora che si realizza quella condizione di provvisoria perfezione, quando «le parole e i concetti e il mio modo di comportarmi vanno ognuno al posto giusto»[7]. È un momento magico, il solo – lo confesso – in cui mi sento un buon giurista.

Carmelo Musumeci – nella parte prima del volume – racconta la giornata sempre uguale di un uomo ombra, scandita nei suoi ritmi interiori e secondo tempi monacali (alba, mattino, pomeriggio, sera, notte), riuscendo a mettere ciascuno di noi al suo posto. Narra con autenticità la catàbasi di un ergastolano ostativo costringendo il lettore a immaginare l'inimmaginabile. Sono pagine dure, le sue, perché dura è la condizione dell'ergastolano ostativo, al limite della dignità umana. Eppure – come scrive Gaetano

---

[5] Così si legge in altro recente libro in tema di ergastolo: E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Sellerio, Palermo, 2015,182-183. Questo intenso e autentico racconto della più che ventennale relazione epistolare tra l'ergastolano e il suo giudice è fatto oggetto di attenta e problematica lettura da D. GALLIANI, *Una questione di limiti. A proposito di "Fine pena: ora" di Elvio Fassone*, in *questa Rivista*, 19 maggio 2016.

[6] Come ho ascoltato dalla voce di R. SAVIANO, *Albert Camus e il senso dell'essere*, ne *il Caffè Letterario. Il racconto dei grandi della letteratura*, La Repubblica – L'Espresso, DVD, 2010.

[7] G. CAROFIGLIO, *Le perfezioni provvisorie*, Sellerio, Palermo, 2010, 237.

Silvestri, nella sua eloquente prefazione al volume – «la dignità umana, come non si acquista per meriti, non si perde per demeriti».

Se il lettore – per quieto vivere o tranquilla coscienza – fosse tentato di ridimensionare tale condizione ad una sfortunata intersezione di traiettorie assolutamente personali, cadrebbe in errore. Basterebbe, in proposito, leggere l'appendice al volume, curata da Davide Galliani: illustra i risultati di un'inedita ricerca condotta tra circa 250 ergastolani, finalizzata a rilevare i cc.dd. danni d'agonia, cioè le ricadute di un regime penitenziario perpetuo sulle condizioni di salute, fisica e psichica, di detenuti a vita (cioè a morte). Il quadro clinico che ne esce è drammaticamente eloquente. Si giustifica così – anche empiricamente – la percezione del presidente di Corte d'Assise quando, pronunciata la condanna all'ergastolo, in aula scoppia un urlo («Assassini!»): «in fondo, la donna che ha gridato ha qualche viscerale ragione: anche noi stiamo spegnendo una vita, sia pure dietro lo scudo della legge»[8].

Se così è (ed è così), siamo tutti chiamati a interrogarci sulla sensatezza di una pena perpetua non riducibile.

3. Gli ergastolani senza scampo: chi e quanti sono?

Che cos'è, infatti, l'ergastolo ostativo? È una pena che si applica a soggetti condannati per reati di particolare gravità (ricavabili dall'elenco sempre più lungo dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p.) per lo più legati a fatti di criminalità organizzata e di terrorismo, anche internazionale. È una pena destinata a coincidere, nella sua durata, con l'intera vita del condannato e, nelle sue modalità, con una detenzione integralmente intramuraria. Il solo modo per uscire da tale regime – per rientrare nel girone degli ergastolani comuni – è collaborare utilmente con la giustizia (ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p.), barattando la propria libertà con quella di altri, mettendoli in galera al proprio posto.

L'ergastolo recupera in tal modo una funzione neutralizzatrice, disegnando la concreta prospettiva di una pena fino alla morte. E così il tema del carcere a vita, rimosso dal dibattito pubblico, ritorna prepotentemente in superficie nella sua variante più crudele: rispetto a quella dell'ergastolano comune, infatti, la condizione dell'ergastolano ostativo si rivela – se possibile – ancora peggiore. L'ergastolano comune, almeno, conserva il diritto a che il protrarsi della pretesa punitiva dello Stato sia periodicamente riesaminata, ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative. L'ergastolano ostativo, invece, non ha neppure tale diritto perché, in assenza di una condotta collaborante esigibile, quegli stessi istituti gli sono preclusi per sempre.

Si può dire anche così: per lui, e solo per lui, ogni giorno trascorso è un giorno in più (e non in meno) di detenzione; per lui, e solo per lui, l'espressione gergale «finire dentro» vale alla lettera, nel senso inedito e senza speranza di chi dentro in carcere è destinato a finire, cioè a morirvi. Così, si rivela falso il luogo comune – spesso ripetuto con superficiale disinvoltura – secondo cui «l'ergastolo in Italia non esiste», perché

[8] E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., 45.

«dopo un po' di anni escono tutti». Non è vero. Gli ergastolani ostativi non escono *mai*, «nemmeno per un'ora, fino al certificato di decesso»[9].

C'è dell'altro. Poiché la condanna per uno dei reati assolutamente ostativi indicati nell'art. 4-*bis* o.p. è l'anticamera dell'accesso al regime detentivo differenziato dell'art. 41-*bis* o.p., gli ergastolani ostativi subiscono «un fenomeno di triplo schiacciamento»[10]: perché espropriati della propria vita in quanto ergastolani; privati di ogni residua speranza in quanto ostativi; stralciati dalle normali regole del trattamento penitenziario in quanto sottoposti al regime del c.d. carcere duro[11]. Sono, in altre parole, «ergastolani senza scampo»[12]. E sono tanti: alla data del 12 ottobre 2015, il DAP ne ha contati 1.174, pari al 72,5% del totale degli ergastolani (che, allora, ammontavano a 1.619).

4. L'ergastolo ostativo sta dentro l'orizzonte costituzionale delle pene?

La pena cui sono condannati gli ergastolani senza scampo si rivela perpetua, sia nella sua dimensione statica (in quanto ergastolo) sia nella sua proiezione dinamica (in quanto ostativa all'ammissione alla liberazione condizionale). Ora, secondo il disegno costituzionale delle pene, puniamo qualcuno per poi averlo indietro, possibilmente cambiato: «*rieducazione* è la prima delle parole-faro del trattamento penitenziario. Sta scritta nella Costituzione e vieta alla pena di essere solamente pena»[13]. La domanda cui il libro tenta di dare risposta è, allora, la seguente: gli ingranaggi dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, applicati alla pena del carcere a vita, stanno dentro tale orizzonte?

Secondo i giudici (di cognizione, di sorveglianza, costituzionali), la risposta è affermativa. Per loro l'ergastolo ostativo non è *de jure* una pena perpetua. E se *de facto* si rivela tale, ciò sarebbe imputabile all'ergastolano che preferisce la morte dietro le sbarre a una collaborazione esigibile. È una *ratio decidendi* supportata da quella giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente ridimensionato l'obbligo per il reo di assumere una condotta collaborante: sotto dettatura della Corte, infatti, il legislatore ne ha escluso l'effetto preclusivo quando la collaborazione sia irrilevante, impossibile o comunque inesigibile (art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o. p.).

Ho studiato a fondo queste sentenze. Nel complesso, si tratta di una giurisprudenza verosimile, ma non vera. Il verosimile, infatti, non è il vero: il verosimile sta alla verità come un dipinto sta all'oggetto rappresentato. Ecco perché è una

---

[9] A. SOFRI, *Gli uomini ombra che moriranno in carcere,* ne *la Repubblica,* 24 settembre 2012.

[10] N. VALENTINO, *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine,* Sensibili alle foglie, Roma, 2012, 98.

[11] Sull'effettività del quale si raccomanda la lettura del *Rapporto sul regime detentivo speciale. Indagine conoscitiva sul 41-bis,* aprile 2016, elaborato dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Senato, XVII Legislatura.

[12] Come li ha battezzati A. SOFRI, *Reagì Mauro Rostagno sorridendo,* Sellerio, Palermo, 2014, 135, coniando così una definizione talmente millimetrica da diventare il titolo del nostro volume.

[13] E. FASSONE, *Fine pena: ora,* cit., 71.

giurisprudenza difficile da superare: perché apparentemente attendibile[14]. Nella parte seconda del libro, tuttavia, ho cercato di revocarne il fondamento giuridico, illustrando una serie di argomenti in dissenso: undici brevi capitoli, uno per ogni criticità costituzionale. Se non decisive, sufficienti almeno per valutare come non manifestamente infondati i tanti dubbi che l'ergastolo ostativo solleva davanti a non poche regole e principi della Costituzione[15].

5. A chi si rivolge il libro?

In un ordinamento democratico la pena dovuta è la pena giusta, e la pena giusta è solo la pena non contraria a Costituzione. Ecco perché va riaperta la discussione, troppo frettolosamente archiviata, circa la legittimità costituzionale dell'ergastolo senza scampo. E va fatto nelle sedi proprie: quali?

Vorrei dire il Parlamento, attualmente impegnato nell'approvazione di un disegno di legge delega d'iniziativa governativa, che aveva tra i suoi obiettivi – prima degli emendamenti peggiorativi approvati alla Camera – anche il superamento dell'ergastolo ostativo[16]. Nell'ambito degli Stati Generali per la riforma dell'ordinamento penitenziario[17], il Tavolo tematico n. 16 (di cui io stesso ho fatto parte) ha elaborato a tal

---

[14] Sulle insidie della verosimiglianza, capace di acquistare presso l'opinione pubblica uno statuto che la assimila alla verità, cfr. L. VIOLANTE, *Politica e menzogna,* Einaudi, Torino, 2013, 5-6.

[15] Ad integrazione della copiosa bibliografia utilizzata nel volume, segnalo altri contributi coevi o successivi alla sua pubblicazione: L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1238 ss.; F. VIANELLO, *"Mai dire mai": contro l'ergastolo, per una penalità inquieta,* in *Antigone*, 2015, n. 1, 153 ss.; C. CONTE, *Profili costituzionali in tema di "ergastolo ostativo" e benefici penitenziari,* Tesi di laurea, in *www.ristretti.it,* 6 maggio 2016.

Con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di pena perpetua non riducibile, vedi ora anche R. NUZZO, *L'ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, in *questa Rivista,* 5 luglio 2016; D. GALLIANI, *Consolida e rende giusta giustizia. Il progresso della Corte di Strasburgo in materia di pena perpetua,* in *Quad. Cost.*, 2016, n. 3 (in corso di pubblicazione).

Sempre in prospettiva europea, cfr. il 25° Rapporto generale del Comitato di prevenzione della tortura (CPT), 1 gennaio-31 dicembre 2015, che dedica al tema dell'ergastolo un capitolo *ad hoc* (pp. 33-41 nella versione inglese), peraltro senza alcun riferimento al regime ostativo presente nell'ordinamento italiano, cui ora deve aggiungersi l'analogo regime del c.d. *prisiòn permanente revisable* introdotto in Spagna con la *ley organica* n. 1/2015 del 30 marzo 2015 (sul quale, criticamente, V. CERVELLÒ DONDERIS, *Prisiòn perpetua y de larga duraciòn. Regimen Juridico de la prisiòn permanente revisable,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015). Devo l'indicazione normativa e dottrinale spagnola ad Alberto Gargani, che ringrazio.

[16] Sul d.d.l. A.S. 2067, ora in discussione al Senato, vedi L. EUSEBI, *Riforma penitenziaria o riforma penale?,* in *Dir. Pen. e Proc.*, 2015, 1333 ss.; F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, in *questa Rivista*, 30 maggio 2016; M. PELLISSERO, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, in *questa Rivista,* 30 maggio 2016.

[17] Sull'imponente iniziativa collettiva promossa dal Guardasigilli Andrea Orlando, vedi – in chiave predittiva – G. GIOSTRA, *La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre,* in *Costituzionalismo.it,* 2015, fasc. 2; M. RUOTOLO, *Gli Stati Generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *questa Rivista,* 11 marzo 2016, e – in sede di bilancio – G. GIOSTRA, *Ragioni e obiettivi di una scelta metodologicamente inedita,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 499 ss. Il *Documento finale* degli Stati Generali, datato 18 aprile 2016, è consultabile nel sito istituzionale del Ministero di Giustizia (*www.giustizia.it*) ed è fatto

fine una innovativa proposta, che va ad aggiungersi alle altre (parlamentari, ministeriali) già in campo: il libro le ripercorre tutte, nel suo ultimo capitolo[18].

---

oggetto di attenta ricognizione da parte di F. FIORENTIN, *Le conclusioni degli Stati Generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *questa Rivista*, 6 giugno 2016.

[18] Ad esse può ora affiancarsi anche la proposta di modifica dell'art. 4-*bis* o.p. formulata nella parte finale della interrogazione a risposta in Commissione al Ministro della Giustizia, atto n. 3-02524. Ichino e altri, pubblicato in A.S., 27 gennaio 2016, seduta n. 566. Se ne riproduce, di seguito, la parte pertinente:

> «Si chiede di sapere […] infine, se non ritenga di promuovere una iniziativa legislativa mirata a: [...] *c)* prevedere una modifica dell'art. 4-*bis* o.p., per far sì che, al fine del godimento totale o parziale dei benefici, di cui allo stesso articolo, non soltanto da parte di un condannato per atti di terrorismo o eversione, ma anche di un condannato per associazione di tipo mafioso e crimini a essa connessi, assume rilievo non soltanto il comportamento di cui all'art. 58-*ter* (pentimento e collaborazione con la giustizia), ma anche l'eventuale comportamento diverso dalla fornitura di informazioni, utili per la persecuzione di altri membri dell'associazione criminale, ma nondimeno chiaramente e univocamente significativo di un netto ripudio e condanna delle condotte, dei metodi e degli obiettivi perseguiti dall'associazione stessa, nonché di una rinuncia ad avere più alcun contatto con essa, accompagnato da dichiarazione esplicita nello stesso senso, resa al magistrato competente».

Ad un'ulteriore proposta di modifica è approdato il lavoro svolto all'interno del carcere milanese di Opera, in un'inedita sinergia tra la Direzione dell'istituto, la Camera Penale di Milano e una rappresentanza di ergastolani ostativi: cfr. AA.VV., *Clessidra senza sabbia. Una proposta per uscire dall'inferno del carcere a vita*, a cura di F. DE CAROLIS, Stampa Alternativa, Roma, 2016, e-book. Le linee guida di tale proposta sono ora tracciate nel documento finale del Convegno *L'inferno della speranza. Riflessioni sull'ergastolo ostativo* (Milano, Carcere di Opera, 16 giugno 2016), i cui lavori sono fruibili in audiovideo nel sito di Radio Radicale (*www.radioradicale.it).* Qui di seguito se ne riproduce integralmente il testo:

> «La pena dell'ergastolo, se comminata per i reati previsti dal primo comma dell'art. 4-*bis* del nostro ordinamento penitenziario, rende quel "31/12/9999" riportato sulla scheda di esecuzione un macigno irremovibile. L''unica modalità di uscita dal tunnel senza fine che il sistema attuale prevede è il riconoscimento di una condotta di collaborazione effettiva, ovvero, dopo gli interventi della Corte costituzionale ora inseriti nella norma, della impossibilità ovvero della irrilevanza della collaborazione.
>
> Tale sistema si pone, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU più recente, in contrasto con i principi del diritto penale moderno. L'inderogabile necessità di un comportamento processuale collaborativo va contro il principio *nemo tenetur se detegere*, surclassato dalla regola *carceratus tenetur alios detegere;* la non revisionabilità della pena di durata indeterminata si pone contro la tendenziale finalità di risocializzazione della pena; la preclusione assoluta lede persino l'autonomia di giudizio della magistratura di sorveglianza nel proprio compito di valutazione dell'individuo sulla base della personalizzazione del trattamento che sta alla base del nostro sistema penitenziario e dell'esecuzione penale in genere.
>
> Vi è la possibilità di perseguire l'obiettivo di una valutazione più stringente anche per i gravissimi reati che per ora, nell'attuale versione del disegno di legge delega dell'ordinamento penitenziario all'esame del Senato, restano configurati come preclusivi ai benefici penitenziari, fatta eccezione per la liberazione anticipata.
>
> Essa non può che configurarsi come la previsione di condotte alternative alla collaborazione, in tutti quei casi in cui la collaborazione, per ragioni diverse (personali o processuali), non sia una via percorribile ovvero esigibile.

Approderanno a qualcosa? Vedremo. Personalmente, sono convinto che il principale ostacolo a tali ragionevoli proposte di riforma non sia di ordine giuridico: in tal senso, peraltro, convergono pareri autorevoli espressi da soggetti che ricoprono o hanno ricoperto responsabilità istituzionali apicali[19]. L'ostacolo va cercato altrove, nelle

---

La Commissione Palazzo aveva ipotizzato di inserire un inciso al termine del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis*, con il quale si inseriva, oltre alle ipotesi di collaborazione impossibile o inutile, l'ipotesi in cui «*la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati*». La proposta è stata fatta propria in sede parlamentare in alcuni disegni di legge che sono stati sinora respinti.

Il Tavolo 16 degli Stati Generali dell'esecuzione penale ha ridisegnato, con maggiore dettaglio, tale ipotesi, proponendo di inserirla nel corpo dell'art. 58-*ter* o.p. con un nuovo comma 1-*bis*, richiamato anche dal comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* o.p., nel quale si fa riferimento a «*concrete condotte riparative in favore delle vittime del reato, dei loro familiari o della comunità civile, generando significativi risultati in termini di ricomposizione dei conflitti, di mediazione sociale e di positivi cambiamenti di vita*».

Crediamo che questa formulazione, che pone le condotte riparative non come condizione di accesso ai benefici bensì come condotte sintomatiche di dissociazione rispetto alle realtà criminali di appartenenza, possa rendere l'attuale sistema, quantomeno con riferimento alla pena perpetua, maggiormente conforme rispetto ai principi sopra esposti.

In ogni caso, concordiamo sul fatto che una concreta prospettiva di riesame della perpetuità della pena debba essere garantita anche senza che siano integrati specifici presupposti oltre all'assenza di legami con la criminalità organizzata, entro un termine massimo di venticinque anni, secondo le linee della giurisprudenza europea. Tale risultato può essere conseguito tramite l'abrogazione dell'art. 2 d.l. n. 152 del 1991, che ha esteso l'ostatività anche alla liberazione condizionale. La proposta, con un cambio di prospettiva dalla presunzione di necessità della pena perpetua alla presunzione di sufficienza della pena espiata e di avvenuta rieducazione, costituisce lo standard minimo di accettabilità dell'attuale sistema. [Milano, 16 giugno 2016]».

[19] Si sono pubblicamente espressi contro il regime ostativo dell'ergastolo e/o per il suo superamento tre Presidenti emeriti della Corte costituzionale: Valerio Onida (ID., *Una gestione restrittiva ai limiti della Costituzione*, intervista alla rivista dell'Amministrazione penitenziaria *Le due Città*, maggio 2012, n. 5, p. 14) Giovanni Maria Flick (ID., *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2, 15 maggio 2015), Gaetano Silvestri (ID., *Prefazione*, in C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., IX ss.); l'attuale Vice Presidente del CSM Giovanni Legnini (sia pure a titolo personale: cfr. C. PERANTUONO, *Legnini (CSM): l'ergastolo ostativo? Come cittadino sono contrario*, in *rete8.it*, 11 gennaio 2016); l'attuale Capo del DAP Santi Consolo (ID., *Intervento* al VI Congresso di Nessuno Tocchi Caino, *Spes contra spem. Basta Pena di morte e Pena fino alla morte*, Milano, Carcere di Opera, 18 dicembre 2015, fruibile in audiovideo nel sito di Radio Radicale, *www.radioradicale.it*).

Sono altresì note le ripetute prese di posizione di Papa Francesco contro il carcere a vita, definito senza infingimenti «pena di morte nascosta» (ID., *Discorso rivolto alle delegazioni delle Associazioni Internazionali di diritto penale*, 23 ottobre 2014) e coerentemente abrogato dal codice penale dello Stato vaticano (*ex* art. 31, legge 11 luglio 2013, n. IX, *Norme recanti modifiche al codice penale e al codice di procedura*). Quanto al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, l'abolizione universale della pena di morte e l'ergastolo ostativo sono «temi cruciali» e – il secondo – «di indubbia delicatezza» (*Messaggio del Presidente Mattarella in occasione del Congresso di "Nessuno Tocchi Caino"*, 18 dicembre 2015), specialmente se si conferma «obiettivo primario» la «concreta realizzazione di un sistema rispettoso dell'articolo 27 della Costituzione sulla funzione rieducativa della pena, e sul senso di umanità cui devono corrispondere i relativi trattamenti» (*Messaggio del Presidente Mattarella in occasione del 199° anniversario di fondazione del Corpo di Polizia Penitenziaria)*: i testi di entrambi i messaggi citati sono consultabili nel sito *www.quirinale.it* .

aspettative sociali verso una pena certa. Già, ma che cosa s'invoca, quando s'invoca la «certezza della pena»?

Costituzionalmente, «la pena è *certa* quando né il reato né la sua misura sono frutto dell'improvvisazione del potente. […] Ma da alcuni anni a questa parte la formula ha fatto una capriola», perché oggi la certezza della pena «significa che quell'altro cittadino, quello che non delinque e che deplora, deve essere *certo* che la pena sarà irrogata in tutto il suo rigore, ed espiata in tutta la sua intransigenza»[20]. Concordo, con l'aggiunta di un'osservazione semantica: *pena* è parola plurale, stando per *sanzione, punizione,* ma – prima ancora – per *dolore, sofferenza.* È a questo secondo significato che si riferiscono in molti (temo la maggioranza): invocano la certezza della pena perché esigono che chi ha agito contro la legge «debba soffrire, patire. Penare, appunto»[21]. A cominciare, ovviamente, dai più cattivi tra i cattivi – gli ergastolani ostativi – cui va tolta non soltanto la libertà, ma anche la speranza. E poiché la pena massima dell'ergastolo è un formidabile catalizzatore di ansie sociali, è arduo pensare che venga cancellato da un voto, parlamentare o abrogativo popolare.

Ecco perché gli autentici interlocutori del libro vanno cercati altrove. Sono la Corte costituzionale e la Corte Europea dei diritti umani, e prima ancora coloro – giudici e avvocati – che possono provocarne l'intervento. La via giurisdizionale è dello Stato di diritto, ed è la giusta leva per sollevare e rovesciare qualcosa (l'ergastolo senza scampo) che la politica non sa o non vuole rimuovere dall'ordinamento, benché ingiusta. È già successo. Per la condizione carceraria, ad esempio, il processo di riforme avviato da Governo e Parlamento in questi ultimi anni è stato messo in moto da importanti sentenze sui diritti dei detenuti, pronunciate dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte costituzionale, sollecitate opportunamente da singoli detenuti o da giudici chiamati, altrimenti, ad applicare norme illegittime. Diversamente, tutto sarebbe rimasto come prima.

Sia chiaro: non intendo spacciare moneta falsa. Prevedere come le due Corti risponderebbero a mirate eccezioni contro la legittimità dell'ergastolo ostativo va oltre le mie capacità. Tuttavia, diversamente da un voto politico, so che il giudizio delle Corti andrà argomentato secondo razionalità giuridica. Sarà guidato da un principio di legalità – costituzionale e convenzionale – che ha una sua logica stringente, non inquinabile da ragioni di opportunità. Le due Corti, infatti, rispondono a due Carte (la Costituzione, la CEDU), non al consenso popolare.

Compito del giudice che contesta la costituzionalità dell'art. 4-*bis* o.p. o dell'avvocato che presenta ricorso a Strasburgo contro la condizione di un ergastolano senza scampo, è argomentare persuasivamente perché una detenzione *fino* alla morte si collochi fuori dall'orizzonte (interno ed europeo) delle pene. In ciò il nostro libro può essere d'aiuto, come una faretra da cui estrarre frecce per colpire il centro del bersaglio, perché – come insegnava Umberto Eco – il modo migliore di rispettare i libri è usarli.

---

[20] Così, ancora una volta, E. FASSONE, *Fine pena: ora,* cit., 155.

[21] L. COSTA, *Dietro le sbarre al di là della colpa,* ne *L'Unità,* 4 agosto 2015.

6. Dalle pagine del libro a Palazzo della Consulta.

Vale specialmente per libri "carcerari" come questo. Ce lo dice, ancora una volta, la nostra lingua madre: le parole *libro* e *libertà,* infatti, derivano da una comune radice latina, *liber.* L'ho sempre trovata una coincidenza fantastica. Non è una bizzarria, allora, sperare che le sue pagine possano aiutare una battaglia di scopo per sottrarre l'ergastolano ostativo «al ruolo kafkiano di quello che attende davanti a una porta della quale nessuno ha la chiave»[22]; per restituirgli il diritto a cerchiare una data sul calendario, a indicare il giorno in cui potrà almeno chiedere allo Stato di valutare il suo percorso rieducativo, necessario per ambire a una possibile libertà. D'altra parte, non si è sempre detto che la lettura è una forma di "evasione"?

Ecco perché, spremendolo, dal volume sugli ergastolani senza scampo ho estratto ora un atto di promovimento-pilota[23]. Il suo scopo è dichiarato: introdurre a Palazzo della Consulta una nuova *quaestio* avente ad oggetto la preclusione del beneficio della liberazione condizionale agli ergastolani ostativi. L'obiettivo ordinamentale, attraverso il giudicato costituzionale richiesto, è rendere possibile all'ergastolano non collaborante, dopo ventisei anni di reclusione, di usufruire dell'unica misura estintiva della pena perpetua, subordinandola alla duplice condizione – restituita all'accertamento, caso per caso, del Tribunale di sorveglianza – che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p.) e che l'ergastolano, «durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento» (art. 176, comma 1, c.p.).

«Fai quel che devi, accada quel che può», era solito ripetere Marco Pannella, invitando tutti e ciascuno non a sperare, ma a farsi speranza, incarnandola nelle proprie azioni («*spes contra spem*»). Alla sua memoria, a me molto cara, dedico questo tentativo costituzionalmente orientato di restituire ragionevolezza a situazioni oggi senza speranza alcuna[24].

---

[22] E. FASSONE, *Fine pena: ora,* cit., 132.

[23] Analogamente a quanto già fatto – ad oggi, invero, senza alcun apprezzabile risultato – nei confronti dell'art. 22 c.p., laddove prevede l'ergastolo comune come pena perpetua: cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *questa Rivista,* 5 marzo 2013 (poi pubblicato in appendice al volume *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa,* a cura F. CORLEONE – A. PUGIOTTO, Ediesse, Roma, 2013, 299 ss.).

[24] La mia riconoscenza va anche a Davide Galliani, per i continui e vivaci scambi di idee, e a tutto il Consiglio Generale di "Nessuno Tocchi Caino" (con particolare gratitudine verso Sergio D'Elia ed Elisabetta Zamparutti) per il comune impegno in questa battaglia di scopo.

ALLEGATO

IPOTESI DI ATTO DI PROMOVIMENTO ALLA CORTE COSTITUZIONALE

0. La genesi della *quaestio*

Il Tribunale di sorveglianza di […]

[Illustrazione dei fatti di causa, dai quali si deve evincere che la parte istante: [1] è stata condannata alla pena dell'ergastolo per uno o più reati inclusi nell'art. 4-bis, comma 1, o.p.; [2] il computo della pena già espiata, tra periodo di effettiva detenzione e periodo ridotto in ragione dell'usufruito beneficio della liberazione anticipata, raggiunge i 26 anni, necessari – ex art. 176, comma 3, c.p. – per poter avanzare richiesta di ammissione al beneficio della liberazione condizionale; [3] non ha collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-ter o.p.; [4] la sua collaborazione è giuridicamente esigibile, non ricorrendo nel caso di specie nessuna delle ipotesi di cui all'art. 4-bis, comma 1-bis, o.p.; [5] non trova applicazione nel caso di specie la giurisprudenza costituzionale secondo cui, anche in assenza del requisito della collaborazione, può essere ammesso ai benefici e alle misure alternative alla detenzione di cui al Capo VI dell'o.p. il condannato che, prima dell'entrata in vigore delle modifiche all'art. 4-bis, comma 1, o.p. – introdotte dal d.l. n. 306 del 1992, convertito con modificazioni in l. n. 356 del 1992 – abbia raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto (cfr. sent. n. 445/1997)].

Investito da una richiesta di liberazione condizionale, di cui ricorrono i presupposti temporali di ammissibilità, questo giudice è tenuto pregiudizialmente a negarla. Il beneficio in oggetto, infatti, è da considerarsi ricompreso tra quelli preclusi al condannato all'ergastolo per taluni dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. qualora l'istante si trovi ancora in una situazione di collaborazione esigibile.

Tuttavia, questo Tribunale di sorveglianza dubita – sotto più profili non manifestamente infondati – della legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., nella parte in cui, in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* o.p., preclude il beneficio della liberazione condizionale al condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti indicati nella disposizione censurata.

1. Profili di ammissibilità processuale della *quaestio*.

Preliminarmente, a parere di questo giudice, non sussistono ragioni contrarie all'ammissibilità della *quaestio* che si intende promuovere con la presente ordinanza di rimessione.

Dal punto di vista della legittimazione processuale, la qualità di giudice *a quo* del magistrato di sorveglianza è pacificamente riconosciuta da consolidata giurisprudenza

costituzionale, a far data almeno dalla sent. n. 53/1968 (cfr., tra le più recenti, le sentt. nn. 279/2013 e 239/2014).

Quanto alla necessaria rilevanza della *quaestio,* la collaborazione con la giustizia pretesa dall'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., è condizione per l'ammissione al beneficio della liberazione condizionale. Lo è sul piano normativo, stante il rinvio operato all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., dall'art. 2, d.l. n. 152 del 1991, convertito con modificazioni in l. n. 203 del 1991. Lo è sul piano probatorio, riconoscendosi nella collaborazione con la giustizia *ex* art. 58-*ter* o.p. un comportamento che deve necessariamente concorrere per accertare il «sicuro ravvedimento» (*ex* art. 176, comma 1, c.p.) del condannato che chiede di essere ammesso al beneficio della liberazione condizionale (cfr. sent. n. 273/2001).

Né, infine, è possibile un'interpretazione diversamente orientata e conforme a Costituzione del combinato disposto in esame: la natura mobile del suddetto rinvio normativo all'art. 4-*bis,* comma 1, o.p., è stata riconosciuta in precedenti occasioni da codesta Corte costituzionale (cfr. sentt. nn. 39/1994, 94/1994, 68/1995, 273/2001, 135/2003). Vero è, inoltre, che quando il legislatore ha inteso sottrarre al c.d. regime ostativo penitenziario benefici e misure alternative alla detenzione «lo ha sancito in modo esplicito» (sent. n. 239/2014): il che non è accaduto per la liberazione condizionale, nonostante le ripetute riformulazioni – anche integrali – dell'art. 4-*bis,* comma 1, o.p., succedutesi nel tempo.

2. Riproponibilità della *quaestio.*

Questo giudice non ignora che analoga questione è stata già respinta come infondata da codesta Corte costituzionale (cfr. sent. n. 135/2003), e che la Corte di Cassazione ha più volte delibato come manifestamente infondati i dubbi di costituzionalità del c.d. ergastolo ostativo (cfr. Cass., sez. I pen., 7-28 novembre 2012, *Musumeci;* Cass., sez. I pen., 30 aprile 2013, *Grassonelli;* Cass., sez. I pen., 17 luglio 2015, *Papalia*). Ciò nonostante, ritiene ammissibile una sua riproposizione per ragioni sia processuali che di merito.

Sul piano processuale, una sentenza costituzionale di rigetto – secondo il divieto di *bis in idem* – produce un effetto preclusivo alla riproposizione della medesima *quaestio* limitatamente al giudice dell'originario giudizio *a quo.* Non diversamente, un'ordinanza di manifesta infondatezza della Cassazione è certamente priva di un generale effetto preclusivo processuale.

Sul piano sostanziale, con il presente atto di promovimento si sottopongono – come si argomenterà – profili inediti d'illegittimità della disposizione censurata, tali da rendere la *quaestio* costituzionalmente diversa da quella respinta, a suo tempo, da codesto Giudice delle leggi.

3. Incostituzionale perché pena perpetua (in violazione dell'art. 27 comma 3, Cost.).

L'impossibilità legislativa di concedere all'ergastolano ostativo (anche) il beneficio della liberazione condizionale, trasforma la sua condanna in una detenzione intramuraria perpetua, che cancella dall'orizzonte costituzionale la possibilità di un reinserimento sociale del reo: con ciò violando l'art. 27, comma 3, Cost.

È noto l'argomento con cui codesta Corte costituzionale ha escluso l'illegittimità della pena del carcere a vita: non si tratterebbe di una condanna davvero *sine die*, potendosi riconoscere nell'istituto estintivo della liberazione condizionale – e nella sua concessione attraverso un procedimento oramai giurisdizionalizzato – la porta d'uscita che «consente l'effettivo reinserimento anche all'ergastolano nel consorzio civile» (sent. n. 264/1974). Così una pena *de jure* «perpetua» (art. 22 c.p.) potrebbe non esserlo più *de facto*. È, però, una strategia argomentativa che non vale per la variante ostativa dell'ergastolo: preclusa per legge la possibilità di accedere alla liberazione condizionale, la pena del carcere a vita torna ad essere effettivamente perpetua nei confronti del condannato che non collabora con la giustizia. *Tertium non datur:* «se la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, *vale evidentemente la proposizione reciproca*» (sent. n. 161/1997).

L'ergastolano ostativo non collaborante si trova, così, in una condizione analoga a quella già accertata come illegittima dalla sent. n. 161/1997. Con quella pronuncia codesta Corte costituzionale ha riconosciuto al condannato al carcere a vita, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, di poter essere riammesso a fruire del beneficio, ove ne sussistano nuovamente i presupposti: diversamente, l'originaria preclusione (*ex* art. 177, comma 1, c.p.) equivaleva ad una esclusione *definitiva* del reo dal circuito rieducativo finalizzato al suo reinserimento sociale, in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. Ciò che accadeva *allora*, accade *ora* in ragione della disposizione legislativa censurata.

4. Incostituzionale perché pena perpetua non riducibile (in violazione dell'art. 117 comma 1, Cost. integrato dall'art. 3 CEDU).

La disposizione censurata, introducendo una pena effettivamente perpetua, entra in collisione con l'art. 3 CEDU, attratto nell'orbita del parametro costituzionale di cui all'art. 117, comma 1, Cost. laddove impone al legislatore nazionale il rispetto degli obblighi internazionali pattizi.

L'art. 3 CEDU non è di per sé incompatibile con la previsione di sanzioni di durata indeterminata, purché tale indeterminatezza non si traduca in carattere assoluto di perpetuità. È questa l'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte EDU, a partire dalla decisione della Grande Camera, *Vinter c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, poi ripetutamente confermata: ora negando la violazione dell'art. 3 CEDU perché la normativa scrutinata contempla un meccanismo idoneo a escludere l'effettività dell'ergastolo (cfr. Corte EDU, sez. V, 13 novembre 2014, *Bodein c. Francia*; Id., sez. III, 22

luglio 2014, *Čačko c. Slovacchia*; Id., sez. IV, 3 febbraio 2015, *Hutchinson c. Regno Unito*); ora accertandone l'incompatibilità convenzionale perché pena perpetua non riducibile (cfr. Corte EDU, sez. II, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia (n.2)*; Id., Sez. II, 20 maggio 2014, *László Magyar c. Ungheria*; Id., Sez. IV, 8 luglio 2014, *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*; Id., sez. II, 15 settembre 2015, *Kaytan c. Turchia*; Id., Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*); fino a ritenere preclusa l'estradizione del ricorrente – se finalizzata all'esecuzione di un'eventuale condanna all'ergastolo – cui non sia garantita la previa conoscenza di come comportarsi per ottenere una possibile scarcerazione anticipata (cfr. Corte EDU, Sez. V, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio;* nel caso in esame i giudici di Strasburgo hanno ritenuto irrealistica una possibilità di liberazione affidata agli istituti della grazia, della commutazione della pena e del rilascio per motivi medico-umanitari). Trattasi di un'interpretazione *oramai consolidata*, dunque vincolante per gli organi giurisdizionali nazionali (cfr. sentt. nn. 49/2015, 36/2016).

L'obbligo convenzionale di riducibilità della pena perpetua si declina secondo specifiche regole procedurali: [1] esige *una concreta prospettiva di scarcerazione* per il condannato alla pena perpetua; [2] impone, *fin dall'inizio dell'esecuzione della pena,* la conoscibilità dei presupposti e del meccanismo per renderne riducibile la perpetuità; [3] riconosce al condannato all'ergastolo il diritto di *conoscere il momento certo in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto*; [4] esige, infine, da parte delle autorità nazionali *una periodica verifica dei progressi compiuti dal condannato nel corso del trattamento*, al fine di valutare la permanenza dei motivi che ne giustifichino il mantenimento in detenzione.

A parere di questo Tribunale di sorveglianza, nessuna di tali condizioni procedurali è riscontrabile nel regime giuridico dell'ergastolo ostativo *ex* art. 4-*bis,* comma 1, o.p. Valga, infatti, quanto segue.

[1] Manca un meccanismo interno capace di preservare il diritto alla speranza dell'ergastolano ostativo non collaborante. Non lo sono né la grazia né l'indulto, perché – in riferimento ai reati *ex* art. 4-*bis*, comma 1, o.p. puniti con il carcere a vita – misure clemenziali irrealistiche e, a quanto consta, mai concesse. Non lo sono i benefici penitenziari e le misure extramurarie, perché interdetti legislativamente all'ergastolano ostativo, e peraltro idonei solo a temperare l'afflittività di una pena comunque perpetua. Potrebbe esserlo l'istituto estintivo della liberazione condizionale, se non fosse precluso – in assenza di collaborazione – al condannato all'ergastolo per uno dei reati di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis,* o.p.

[2] Il condannato all'ergastolo ha diritto di sapere, già nel momento stesso in cui la condanna è pronunciata, quale percorso trattamentale e quale condotta personale dovrà intraprendere per aspirare a un rilascio anticipato. La negazione di tale diritto alla previa conoscenza, *ex* art. 3 CEDU, è strutturale al regime ostativo dell'art. 4-*bis,* comma 1, o.p. applicato all'ergastolo. Il condannato alla pena perpetua, infatti, può scoprire di rientrare nella categoria degli ergastolani ostativi anche *a distanza di anni,* quando si vede negare l'ammissione a un beneficio penitenziario o a una misura alternativa di cui riteneva di aver maturato il diritto.

Ciò accade perché la disposizione impugnata presenta un perimetro a geometria variabile, il cui tracciato è rimesso all'analisi *ex post* delle motivazioni della sentenza di

condanna da parte della magistratura di sorveglianza. Questa è chiamata a ricavarvi elementi in grado di ricondurre il delitto commesso nel catalogo normativo di quelli assolutamente ostativi, servendosi non solo del *nomen iuris* ma pure di criteri sostanzialistici, quali le intrinseche connotazioni mafiose o terroristiche o eversive della fattispecie giudiziale: il comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p., infatti, include – tra i reati assolutamente ostativi – anche i «delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste [dall'art. 416-*bis* c.p.] ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste».

La negazione del diritto alla previa conoscenza, *ex* art. 3 CEDU, è strutturale anche sotto altro profilo, egualmente imputabile alla dinamica della disposizione impugnata. Per un verso, l'ostatività dipende da una condotta *post sententiam*, trattandosi di un *quid pluris* sanzionatorio inflitto (non solo per il reato commesso, ma anche) per una situazione successiva al reato, la condotta non collaborante. La stessa categoria di collaborazione esigibile, considerata la sua latitudine epistemologica, pone problemi in ordine alla esatta portata normativa dell'art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, o.p. che rifluiscono negativamente sulla possibilità che il reo sappia davvero, *ex ante*, cosa dover fare per rendere riducibile la pena perpetua cui è stato condannato.

[3] Anche sotto il profilo del diritto dell'ergastolano di conoscere il momento certo in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto, la disciplina interna dell'ergastolo ostativo appare inadeguata.

Non vale il riferimento ai ventisei anni di cui all'art. 176, comma 3, c.p. perché, da un lato, l'istituto estintivo della liberazione condizionale è precluso dalla disposizione impugnata, mentre, dall'altro lato, la possibilità di accedervi è legata ad un evento (la condotta collaborativa *ex* art. 58-*ter* o.p.) diacronicamente imprevedibile. Analogamente, il riconoscimento giurisdizionale di una collaborazione irrilevante, impossibile, o comunque inesigibile *ex* art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p., rappresenta un evento altrettanto imprevedibile e, comunque, cronologicamente non predeterminato né predeterminabile.

[4] Il regime ostativo di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., comporta l'esecuzione di una pena perpetua che esclude *a priori* l'accertamento periodico della pericolosità del reo. Tale pericolosità, infatti, è data per scontata in assenza di collaborazione, sulla base di presunzioni legali e automatismi normativi (vedi, *infra*, § 6) che privano di ogni discrezionalità valutativa il giudice di sorveglianza, e di ogni speranza il condannato all'ergastolo ostativo.

In conclusione, la disposizione impugnata presenta rigidità e indeterminatezze normative tali da non soddisfare quella «prospettiva di rilascio» e quella «possibilità di revisione» imposte dall'art. 3 CEDU, così come ora interpretato dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU. Applicato al condannato all'ergastolo, il meccanismo normativo censurato genera una pena perpetua non riducibile.

5. Incostituzionale perché pena fissa che rende irrilevante il percorso rieducativo del reo (in violazione dell'art. 27 comma 3, Cost.).

Con la condanna al carcere a vita per uno dei delitti assolutamente ostativi di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., è leso il diritto fondato sull'art. 27, comma 3, Cost. – e valido «per tutti i condannati a pena detentiva, ivi compresi gli ergastolani» – a che il protrarsi della pretesa punitiva dello Stato «venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo» (sent. n. 204/1974). Nel caso dell'ergastolano ostativo, infatti, la pretesa punitiva resta tale e quale, *indipendentemente* dai risultati del trattamento, perché ciò che conta è esclusivamente la collaborazione con la giustizia.

Un regime giuridico che non consideri i progressi registrati durante il trattamento penitenziario non può ritenersi conforme all'art. 27, comma 3, Cost., a tenore del quale le pene «devono tendere alla rieducazione del condannato». Del vincolo costituzionale di scopo, infatti, il regime ostativo applicato all'ergastolo nega le necessarie premesse: [1] l'ergastolo ostativo vieta la concessione di *tutti* i principali strumenti della progressione trattamentale, finalizzati alla risocializzazione del reo; il contrasto con il vincolo teleologico costituzionale non potrebbe essere più diretto; [2] l'orizzonte di un possibile reinserimento nella società presuppone necessariamente la temporaneità della pena o – se a vita – la possibilità di accedere alla liberazione condizionale, entrambe negate dall'effettiva perpetuità dell'ergastolo ostativo; [3] la finalità rieducativa presuppone la messa a valore dei risultati dell'osservazione, della partecipazione all'opera rieducativa, dell'adesione al trattamento da parte del detenuto; viceversa l'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. desume aprioristicamente una persistente pericolosità sociale da parametri probatori estrinseci rispetto a elementi riconducibili alla progressione rieducativa del condannato.

Negate le premesse dell'art. 27, comma 3, Cost., ne vengono meno anche le conseguenze: la risocializzazione, in ultima analisi, opera quale condizione risolutiva del rapporto punitivo, aprendo alla possibile ridefinizione quantitativa e qualitativa della pena durante la sua esecuzione. Viceversa, per l'ergastolano ostativo la risposta dell'ordinamento resta pietrificata nella pena pronunciata al termine del giudizio di cognizione, sempre eguale a se stessa *usque ad mortem* per durata e modalità (e con un'afflittività che può solo peggiorare, nell'ipotesi di applicazione al reo del regime differenziato *ex* art. 41-*bis* o.p.).

Identico sempre a se stesso, l'ergastolo ostativo si configura come una pena *fissa* del tutto peculiare, accentuandosi in ragione di ciò i dubbi sulla sua legittimità costituzionale. Lo è dal punto di vista *quantitativo*, dal momento che la sua perpetuità fa coincidere durata minima e durata massima della pena, quando invece, «in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono […] in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale» (sent. n. 50/1980; in senso conforme anche le decisioni nn. 188/1982, 475/2002, 91/2008; la rigidità edittale è stata motivo di declaratorie d'incostituzionalità nelle sentt. nn. 31/2012 e 7/2013). Ma lo è anche dal punto di vista *qualitativo*, in quanto il legislatore, per aumentare la forza dissuasiva della pena, e non

potendo elevarne il livello edittale già massimo, annulla la flessibilità esecutiva della sua esecuzione attraverso l'interdizione di ogni misura extramuraria.

Non vale sostenere che la valenza rieducativa dell'ergastolo ostativo è da individuarsi nell'incentivazione alla collaborazione, espressiva *per facta concludentia* della volontà di reinserimento sociale del reo, in contrapposizione alle scelte anteatte di adesione al sodalizio criminale (cfr. sentt. n. 273/2001, 135/2003, 239/1994, laddove assumono la scelta del condannato di collaborare a «criterio» o «indice» legale di ravvedimento). In realtà, l'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento è frutto di un'illogica presunzione legale assoluta, potendosi avere collaborazione senza ravvedimento (e ravvedimento senza collaborazione: cfr., *infra*, § 7), dato che una condotta collaborante «ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche» (sent. n. 306/2003). La collaborazione *ex* art. 58-*ter* o.p., infatti, può attestare del condannato l'affidabilità *oggettiva*, quanto all'avvenuto distacco dal sodalizio criminale, ma non anche *soggettiva*, quanto all'avvenuto ravvedimento e al venir meno della pericolosità sociale.

Né pare a questo Tribunale di sorveglianza, diversamente da quanto osservato da codesta Corte costituzionale (cfr. sent. n. 306/1993), che l'incentivo ad un'attiva partecipazione all'opera di rieducazione, rappresentato dalla concedibilità della liberazione anticipata, salvi la disposizione costituzionalmente censurata. È vero che tale beneficio penitenziario non è precluso ai condannati per reati ostativi (per espressa previsione dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p.), e che di esso possono avvalersi anche i condannati al carcere a vita (*ex* art. 54 o.p. così come manipolato dalla sent. n. 274/1983). Tuttavia, per un ergastolano ostativo la liberazione anticipata: [1] è *inutile*, perché in assenza degli specifici presupposti richiesti dall'art. 4-*bis* o.p., la sua concessione non produce alcun effetto concreto, rivelandosi ininfluente sullo *status detentionis* tanto nella sua durata quanto nelle sue modalità; [2] *è priva di scopo*, essendone prevista la concessione al condannato «al fine del suo più efficace reinserimento nella società» (art. 54 o.p.), prospettiva preclusa all'ergastolano ostativo non collaborante; [3] è *incoerente*, rispetto a un percorso trattamentale costruito a tappe, secondo un disegno unitario e progressivo finalisticamente orientato: precluse all'ergastolano ostativo tutte le altre misure alternative (permessi premio, semilibertà, liberazione condizionale), la liberazione anticipata si rivela una monade costituzionalmente disorientata.

Stante la sua conformazione, dunque, l'ergastolo ostativo è privo di quella finalità rieducativa che, invece, deve costituzionalmente accompagnare la pena in tutta la sua vicenda ordinamentale, «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» (sent. n. 313/1990).

6. Incostituzionale perché pena conseguente a illegittimo automatismo normativo (in violazione degli artt. 2, 3 comma 1, 19, 21 e 27 commi 1 e 3, Cost.).

La pena dell'ergastolo ostativo è rigidamente ancorata al tipo di reato commesso, in forza di un automatismo normativo a sua volta fondato su presunzioni legali assolute. Un siffatto regime, orientato a soddisfare esigenze di retribuzione, prevenzione generale

e di difesa sociale, appare di più che dubbia compatibilità con i principi costituzionali della ragionevolezza legislativa (art. 3), della finalità rieducativa delle pene (art. 27, comma 3), della responsabilità penale personale (art. 27, comma 1) e di dignità umana della persona detenuta (ricavabile dal combinato disposto almeno degli artt. 2, 3 comma 1, 13 comma 4, 19, 21, 27 comma 3, Cost.).

L'impalcatura che regge l'attuale formulazione dell'art. 4-*bis* è edificata interamente attorno a vere e proprie presunzioni legislative. Dalla commissione di un reato a valenza associativa incluso nel comma 1, infatti, nasce una doppia presunzione legale [1] di *pericolosità sociale* e [2] di *permanenza dell'adesione al sodalizio criminale*, entrambe ostative alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla pena, superabili esclusivamente attraverso una condotta collaborativa, assunta a sua volta a presunzione legale [3] di *avvenuto ravvedimento*. È una struttura che evidenzia numerose criticità costituzionali.

Ad essere violato è, innanzitutto, il criterio «costituzionalmente vincolante» di esclusione di «rigidi automatismi» normativi in materia penitenziaria (sent. n. 436/1999), perché di ostacolo alla necessaria individualizzazione del trattamento in adesione alla prospettiva della finalità rieducativa della pena. La condanna all'ergastolo ostativo genera, invece, uno *status* di detenuto socialmente pericoloso che permea di sé l'intero rapporto esecutivo, incompatibile con i principi costituzionali di risocializzazione e individualizzazione della pena.

Trattasi di una violazione aggravata dall'assorbimento, nel meccanismo presuntivo, della riserva di giurisdizione, svuotata così di autonomo significato e di autonoma funzione: la disposizione censurata, infatti, è formulata in modo tale da non consentire al giudice di sorveglianza di tener conto delle peculiarità del caso concreto, impedendogli di modulare gli effetti della regola in relazione alla peculiarità della specifica situazione. Da qui una duplice, ulteriore ragione di incostituzionalità. Per un verso, a non essere rispettato è il principio di responsabilità penale personale, che rifiuta presunzioni assolute di pericolosità sociale tipiche di un diritto penale per tipi di autore. Per altro verso, è messa in gioco la stessa dignità umana del condannato, che impone la necessità di considerare il caso singolo nelle sue peculiarità: nella sua irripetibile identità, infatti, la persona detenuta deve essere trattata per ciò che è *realmente* e per i fatti *realmente* commessi, nella loro contestualità storica e sociale.

La giurisprudenza costituzionale manifesta un'evidente contrarietà a legittimare simili automatismi normativi, perché impediscono o limitano una verifica dell'adeguatezza della risposta sanzionatoria rispetto al fatto concreto: così, ad esempio, in tema di misure di sicurezza (cfr. sentt. nn. 1/1971, 139/1982, 249 e 253/2003), di effetti della recidiva reiterata (cfr. sentt. nn. 183/2011, 251/2012, 105/2014, 106/2014, 185/2015, 74/2016), di applicazione della custodia cautelare (cfr. sentt. nn. 265/2010, 164, 231, 331/2011, 110/2012, 57, 213, 232/2013, 48/2016). Diversamente, codesta Corte costituzionale tende a giustificare l'automatismo normativo di cui all'art. 4-*bis,* o.p. (salvo ipotesi particolari: cfr. sent. n. 239/2014) facendo leva sulla peculiare natura associativa dei reati ostativi contemplati nel suo comma 1, caratterizzati da una presunzione di stabilità del vincolo del condannato al sodalizio criminale, di cui si asserisce il fondamento empirico (*ex plurimis,* cfr. ord. n. 450/1995 e sent. nn. 273/2001).

Ad avviso di questo Tribunale di sorveglianza, invece, la rigidità normativa del regime ostativo *ex* art. 4-*bis,* comma 1, o.p. cela, dietro la verosimiglianza di dati d'esperienza generalizzati, illegittime scelte di politica criminale. Valga, infatti, quanto segue: [1] poiché un controllo sulla pericolosità sociale è già previsto per la concessione di *tutti* i benefici penitenziari e le misure alternative, surrogare la discrezionalità giurisdizionale con l'automatismo normativo dell'ostatività rivela (non una necessità logica, bensì) esclusivamente la volontà politica di sostituirsi all'intervento della magistratura di sorveglianza; [2] poiché sono molteplici i possibili comportamenti inequivocabilmente espressivi di un definitivo distacco del reo dall'originario sodalizio criminale (cfr., *infra,* § 11), elevare a *unico* indizio di rottura del vincolo associativo l'utile collaborazione con la giustizia rivela (non un dato di esperienza, bensì) la scelta politica di trasformare l'apparato carcerario in ingranaggio attivo dell'azione investigativa; [3] poiché l'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento è falsa in entrambe le direzioni (cfr., *supra,* § 5 e, *infra,* § 7), assumere la prima quale *unico* comportamento ammesso dalla legge a dimostrazione del secondo risponde a una opzione di politica criminale (e non all'*id quod plerumque accidit).*

Il meccanismo dell'art. 4-*bis,* comma 1, o.p., dunque, non traduce in legge una necessità logica o empirica, semmai una scelta legislativa incompatibile con il volto costituzionale della pena e della sua esecuzione.

7. Incostituzionale per irragionevolezza dell'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento (in violazione degli artt. 3 comma 1, 27 comma 1, Cost.).

Attribuendo valenza rescissoria del collegamento criminale *esclusivamente* a una fattiva collaborazione, escludendo così qualunque rilevanza ai motivi che rendono (soggettivamente) inesigibile la collaborazione con la giustizia, la disposizione impugnata si espone a una duplice censura, per violazione sia della ragionevolezza normativa *ex* art. 3 Cost., sia del principio di colpevolezza, *ex* art. 27, comma 1, Cost..

L'art. 4-*bis,* comma 1, o.p., infatti, eleva la condotta collaborante descritta dall'art. 58-*ter* o.p., a *conditio sine qua non* perché l'ergastolano possa chiedere di accedere alla liberazione condizionale, disinteressandosi totalmente della motivazione di una mancata collaborazione. Eppure c'è silenzio e silenzio, non sempre ragionevolmente né logicamente rimproverabile: il concreto timore di gravi pericoli per sé o di ritorsioni irrimediabili a danno dei propri familiari; il rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di stretti congiunti o di soggetti cui si è legati da vincoli affettivi (che pure l'art. 384 c.p. eleva a condizioni di non punibilità) o comunque verso terzi; il ripudio di un concetto utilitaristico di collaborazione, che prescinda da un effettivo ravvedimento interiore e che baratta la propria libertà per la restrizione di quella altrui; l'incolpevole possibilità di collaborare utilmente con la giustizia, in quanto innocente ingiustamente condannato.

Anche sotto questo profilo, la disposizione impugnata risponde a un automatismo infondato. Come dimostra tutta la giurisprudenza costituzionale che – nel circoscrivere gli effetti retroattivi delle modifiche sopravvenute all'art. 4-*bis,* comma 1,

o.p. – tutela il c.d. principio di progressione del trattamento pure in assenza di collaborazione del condannato con la giustizia (cfr. sentt. nn. 306/1993, 504/1995, 445/1997, 450/1998, 137/1999, 257/2006, 79/2007), non esiste correlazione necessaria tra scelta collaborativa e ravvedimento del reo: dunque, è ingiustificata la presunzione legale di una mancata rieducazione per il mero persistere di una condotta non collaborante. Analogamente, «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale» (sent. n. 306/2003; in senso conforme anche le sentt. nn. 68/1995, 504/1995), e ciò perché possono essere altri i comportamenti inequivocabilmente interpretabili come rottura del collegamento del reo con l'originario sodalizio criminale (cfr., *infra*, § 11 per alcune esemplificazioni).

Il vero è che la presunzione legale qui censurata dissimula, ancora una volta, l'autentico scopo dell'ergastolo ostativo, frutto di un'opzione di politica criminale costituzionalmente illegittima: indurre il condannato alla collaborazione con la giustizia, in assenza della quale la sua pena non avrà *mai* fine né conoscerà *mai* altra modalità esecutiva diversa dalla detenzione intramuraria.

8. Incostituzionale per violazione del diritto alla difesa (art. 24 Cost.).

La rigidità del meccanismo ostativo applicato all'ergastolo lede anche il diritto alla difesa, garantito dall'art. 24 Cost. A normativa vigente – escluse le ipotesi di collaborazione irrilevante, impossibile, comunque inesigibile, *ex* art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p. – se l'ergastolano non collabora sa di dover scontare una pena perpetua intramuraria, come sa che per sottrarsi a questo destino non ha altra scelta se non quella di trasformare il proprio diritto al silenzio nel suo contrario: durante la fase esecutiva della pena il *nemo tenetur se detegere* si capovolge, così, nell'inquisitorio *carceratus tenetur alios detegere*.

È una lesione del diritto alla difesa che si consuma sia *prima* che *dopo* la condanna, risultando così pregiudicato in entrambe le fasi del processo e dell'esecuzione penali, attraverso il "ricatto" dell'esclusione dai benefici penitenziari. A dimostrazione di ciò, infatti, valga quanto segue.

A ritroso, l'onere di collaborazione si ripercuote già sul giudizio di cognizione, dove la strategia difensiva potrà uscirne condizionata – se non compromessa – dal calcolo degli inevitabili effetti in sede esecutiva di una condotta non collaborante. Costretto così nell'alternativa se rendere o meno confessione, l'ergastolano ostativo – già da imputato – subisce una riduzione del diritto alla difesa che, declinandosi innanzitutto nel diritto a non fornire elementi a proprio danno, include anche il rifiuto di rispondere o il ricorso alla menzogna (art. 14, §3, lett. *g*, Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 19 dicembre 1966, ratificato ed eseguito dall'Italia con l. n. 881 del 1977). Con il che l'ostatività alle misure extramurarie opera come una sorta di sanzione per la condotta processuale pregressa, ancorché legittima e garantita.

Il diritto alla difesa va egualmente assicurato nella fase di esecuzione della pena: è la stessa normativa vigente a prefigurarvi un prolungamento del diritto al silenzio,

contemplando ipotesi legittime di non-collaborazione perché naturalisticamente o giuridicamente inesigibili. Infatti, rispetto alla collaborazione richiesta dal comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p., le deroghe previste nel suo comma 1-*bis* sono veri e propri atteggiamenti non collaborativi che si sostanziano in una condotta *omissiva*, dunque del tutto opposti a una attiva cooperazione con la giustizia da parte del reo. Ecco perché imporre la collaborazione al condannato, quale condizione indispensabile per poter ottenere la liberazione condizionale, appare lesivo dell'art. 24 Cost.

In precedente occasione, codesta Corte costituzionale ha respinto analoga censura all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., motivando che il diritto alla difesa sarebbe esercitabile solo entro il perimetro tracciato dalla legge, «sicché se essa vi oppone limiti o condizioni è gioco forza che sia solo in quest'ambito che le ragioni difensive abbiano modo di esplicarsi» (sent. n. 306/1993). Così argomentando, però, il diritto costituzionale alla difesa è subordinato alla sua traduzione legislativa, quando invece il principio di rigidità costituzionale impone un rapporto gerarchico esattamente capovolto. Se l'opzione politica di affermare la necessità di una collaborazione nella fase dell'esecuzione della pena si traduce in una norma che pregiudica – già in sede processuale – il pieno rispetto del diritto al silenzio dell'imputato, è la regola (legislativa) a dover cedere il passo al principio (costituzionale). Non viceversa.

9. Incostituzionale perché pena *fino* alla morte (in violazione dell'art. 27 comma 4, Cost.).

In quanto pena detentiva *fino* alla morte, l'ergastolo ostativo per il reo non collaborante vìola il divieto, assoluto e incondizionato, della pena *di* morte affermato nel riformato art. 27, comma 4, Cost.

Pena capitale e carcerazione a vita *ex* art. 4-*bis*, comma 1, o.p. possono essere sussunte nella stessa categoria della morte come pena, in ragione della loro comune natura eliminativa: entrambe sono privazione di vita perché cancellazione di futuro, azzeramento di ogni speranza, amputazione dal consorzio umano. Attraverso l'ergastolo ostativo, infatti, lo Stato si prende la vita del condannato, murandola per sempre dentro un carcere, rivelando così di una pena perpetua non riducibile l'autentica natura: quella di una «pena di morte nascosta» (cfr. Papa Francesco, *Discorso rivolto alle delegazioni delle Associazioni Internazionali di diritto penale*, 23 ottobre 2014). In ragione di ciò, la pena dell'ergastolo ostativo si espone ad alcune delle obiezioni mosse già alla pena capitale, e che hanno indotto il legislatore (con l. n. 589 del 1994 prima, con l. cost. n. 1 del 2007 poi) a cancellarne ogni traccia dall'ordinamento.

Entrambe si fondano sulla fallacia normativistica di un ordinamento processuale a prova di errore giudiziario: il rischio di condannare un innocente, invece, è sempre possibile (come sottintende l'art. 24, comma 4, Cost.), dunque nessuno dovrebbe essere punito in modo irrimediabile. Entrambe esprimono un assolutismo retributivo che esige la vita di chi ha soppresso una vita, o altro bene giuridico equivalente, rivelando così l'assenza di ogni valenza risocializzatrice (in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.). Entrambe, con la loro feroce esemplarità in nome di esigenze collettive di difesa sociale,

strumentalizzano il condannato come mezzo per l'affermazione di obiettivi generali di politica criminale: il che è «sicuramente da escludersi nel nostro sistema costituzionale» (sent. n. 364/1988), dove la persona umana è tutelata nella sua dignità individuale (artt. 2, 3 comma 1, 13 comma 4, 19, 21, 27 comma 3, Cost.) e garantita nello sviluppo della propria personalità in un'ottica di solidarietà (artt. 3 comma 2, 4, 32, 34 Cost.). Entrambe corrispondono al convincimento che vi siano delitti il cui prezzo è incommensurabile, quando invece un diritto penale che voglia essere diverso dal proprio oggetto, davanti ai crimini più gravi, non può che rivelarsi sproporzionato per difetto se intende conservare la propria umanità (imposta dal primo periodo dell'art. 27, comma 3, Cost.). Entrambe costringono il condannato a soggiacere per lunghi anni «all'angoscia ed alla tensione crescente del vivere all'ombra sempre presente della morte» (cfr. Corte EDU, 10 novembre 1988, *Soering c. Regno Unito*), configurando così un trattamento inumano e degradante (in violazione, tramite l'art. 3 CEDU, dell'art. 117, comma 1, Cost.).

L'attuale art. 27, comma 4, Cost. compendia tutto ciò, affermando il divieto assoluto e generalizzato della morte come pena. Così interpretato, l'ergastolo ostativo finisce per configurarne un'illegittima eccezione.

10. Incostituzionale perché trattamento equivalente alla tortura (in violazione degli artt. 10 comma 1, 13 comma 4, 117 comma 1, Cost.).

Il regime ostativo dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., applicato all'ergastolo, configura in termini giuridici un trattamento equivalente alla tortura, il cui divieto l'Italia è tenuta a rispettare quale regola costituzionale (art. 13, comma 4, Cost.), obbligo internazionale pattizio (art. 117, comma 1, Cost.) e norma consuetudinaria vincolante l'intera comunità internazionale (art. 10, comma 1, Cost.).

Ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., lo scambio tra il binario morto di una reclusione integralmente intramuraria e perpetua, e il binario di un regime detentivo differenziato e dalla durata riducibile, scatta *esclusivamente* in presenza di una collaborazione fruttuosa con la giustizia: è questa la condizione che, *ope legis*, preme sul condannato all'ergastolo ostativo, schiacciandone l'autodeterminazione. Tale condizione appare sussumibile nell'art. 1, CAT (Convenzione ONU contro la tortura e altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti, firmata a New York il 10 dicembre 1984, ratificata ed eseguita in Italia con l. n. 498 del 1988), laddove vieta «ogni atto con il quale viene intenzionalmente inflitto ad una persona un grave dolore o sofferenza, fisica o mentale, per propositi quali ottenere da essa […] informazioni o confessioni».

In passato, codesta Corte costituzionale si è dichiarata di diverso parere, riconoscendo nella condotta collaborante esigita dall'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., una scelta «che il detenuto è libero di non adottare», perciò escludendo che la norma censurata «costringa alla delazione attraverso la minaccia di un trattamento punitivo deteriore» (sent. n. 39/1994; in senso conforme cfr. sentt. nn. 135/2003 e 239/2014). Ad avviso di questo Tribunale di sorveglianza, invece, paiono rintracciabili nella dinamica del regime ostativo applicato all'ergastolo *tutti* gli elementi che concorrono a configurare la nozione internazionale di tortura.

Ne è riscontrabile, innanzitutto, l'elemento *materiale*. L'ergastolano ostativo, infatti, è posto in una condizione di grave costrizione psico-fisica, in considerazione della pressione esercitata sulla sua volontà da pesanti fattori: [1] la durata *sine die* della pena; [2] il suo carattere esclusivamente intramurario; [3] la "pena accessoria" di un'astinenza sessuale coatta e definitiva, essendo precluso all'ergastolano non collaborante anche il beneficio del permesso premio *ex* art. 30-*ter*, o.p. [4] la minaccia di una possibile sottoposizione al regime di carcere duro, *ex* art. 41-*bis*, o.p.; [5] l'inasprimento della vita penitenziaria riservata al condannato per i reati ostativi di fascia più alta: restrizione del regime dei colloqui visivi e delle conversazioni telefoniche; inserimento nel circuito di alta sicurezza (AS) nel suo primo e più severo sottocircuito (AS.1), caratterizzato da una sorveglianza rafforzata e dall'impossibilità di contatti con i detenuti collocati negli altri due sottocircuiti di media sicurezza (AS.2) e di custodia attenuata (AS.3); esclusione dalla possibilità di essere ammessi alla modalità detentiva c.d. di custodia aperta (cfr. circolare DAP, 23 ottobre 2015, n.3663/6113). Tali fattori convergono verso un comune obiettivo, che implementa l'elemento *teleologico* della tortura: esercitare una pressione psico-fisica sul condannato, al fine di indurlo alla collaborazione con l'autorità giudiziaria. Quanto all'elemento *psicologico* della tortura, è *in re ipsa*, trattandosi di un regime imposto per legge, atto normativo consapevole e volontario: nella catàbasi del condannato all'ergastolo ostativo, infatti, si rispecchia l'*intentio legislatoris* di «incentivare, per ragioni investigative e di politica criminale generale, la collaborazione con la giustizia» (sent. n. 239/2004; analogamente cfr. sent. n. 239/2014). Infine, anche *sul piano empirico* la pena dell'ergastolo ostativo presenta, della tortura, la medesima indeterminatezza temporale: di entrambe, infatti, non è possibile prevedere la durata, in quanto variabile dipendente dal grado di resistenza del soggetto passivo.

Anche in ragione di ciò l'ergastolo ostativo si configura come una sanzione lecita (perché prevista dalla legge) ma illegittima (perché incostituzionale): ciò che la Costituzione ammette è, infatti, l'uso della forza, di cui lo Stato ha il monopolio, che perde però legittimità quando trasmoda in violenza (stante il dettato dell'art. 13, comma 4, Cost.). Tanto basta per escludere l'obiezione formalistica secondo cui la pena dell'ergastolo ostativo *ex* art. 4-*bis*, comma 1, o.p., sarebbe da considerarsi estranea al divieto internazionale di tortura, il quale «non comprende il dolore o la sofferenza che risulti esclusivamente da, o siano inerenti o incidentali rispetto a *sanzioni lecite*» (art. 1 CAT; clausola peraltro non contemplata negli analoghi divieti dell'art. 3 CEDU e dell'art. 4 Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

11. In dissenso con la *ratio decidendi* della sent. n. 135/2003.

La disamina fin qui condotta della pena, perpetua e non riducibile, dell'ergastolo ostativo presuppone un atteggiamento non collaborante da parte del condannato. Viceversa, l'ostatività alla liberazione condizionale – come pure a tutte le altre misure extramurarie – verrebbe meno se l'ergastolano collaborasse utilmente con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p.

È in ragione di ciò che codesta Corte costituzionale, con sent. n. 135/2003, ha respinto i dubbi di legittimità della disposizione censurata, negando che l'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. impedisca in maniera automatica l'ammissione ai benefici penitenziari e alle misure alternative. Tale preclusione, infatti, dipenderebbe pur sempre da una scelta possibile, libera, reversibile – rimessa al condannato – di collaborare o meno con la giustizia. È una *ratio decidendi* supportata da quella giurisprudenza costituzionale (ora recepita nel comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis*, o.p.) che ha progressivamente ridimensionato l'obbligo per il reo di assumere una condotta collaborante, escludendone l'effetto ostativo se irrilevante, impossibile o comunque inesigibile (cfr. sentt. nn. 306/1993, 357 e 361/1994, 68/1995).

A parere di questo Tribunale di sorveglianza, sussistono diversi argomenti che inducono a dissentire da tale *ratio decidendi:* valga, infatti, quanto segue.

[1] Non è sempre vero che la preclusione derivi dalla scelta del condannato di non collaborare «pur essendo nelle condizioni per farlo» (sent. n. 135/2003). Accade, ad esempio, nell'ipotesi, estrema ma non impossibile, di errore giudiziario, che – in forza delle rigidità normative dell'art. 4-*bis*, o.p. – trasforma kafkianamente in una colpa irredimibile l'innocenza e il non aver nomi o fatti da denunciare. O quando il giudice di sorveglianza riconosce esigibile una collaborazione che, invece, l'ergastolano ostativo sostiene essere impossibile o irrilevante. In simili ipotesi si verifica proprio ciò che la sent. n. 135/2003 assertivamente esclude, cioè che l'ostatività alla liberazione condizionale è, davvero, «conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata».

[2] Non è sempre vero che l'ergastolano ostativo conservi la propria facoltà di autodeterminazione, potendo liberamente scegliere se collaborare o meno. Lo schiacciamento, normativo ed esistenziale, cui egli è concretamente sottoposto (cfr., *supra*, § 10), amplificato da uno *status* di condannato fino alla morte che può mutare solo mediante la collaborazione, attenta alla libertà morale del condannato. Il suo foro interno ne risulta coercito in misura esiziale. Diversamente, il momento punitivo andrebbe sempre eseguito nel rispetto della libertà morale del reo, ad evitare la deriva di «un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria [che] è estranea al vigente ordinamento costituzionale» (sent. n. 26/1999).

[3] Giuridicamente, c'è differenza tra premiare la collaborazione e sanzionare la non collaborazione: una condotta propedeutica al successo dell'azione investigativa da parte del reo, infatti, può essere legittimamente incentivata dal diritto, ma non può essere penalisticamente coercita. È quanto invece accade nella dinamica del regime ostativo: la condotta utilitaristica imposta dall'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. all'ergastolano ostativo è richiesta non per far conseguire un *vantaggio* all'autore del reato, ma per evitargli uno *svantaggio* (cioè la preclusione a qualsiasi misura penitenziaria extramuraria). Detto altrimenti, non si tratta di una condotta premiale, semmai di una *conditio sine qua non* per evitare un danno aggiuntivo rispetto a tutti gli altri condannati (ergastolani comuni compresi).

[4] Non è vero che le ipotesi di collaborazione giuridicamente o naturalisticamente inesigibili (*ex* art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p.) rendano relativa la presunzione legale introdotta nel comma 1 della disposizione impugnata: si limitano,

semmai, a ridurne l'ambito di operatività. Ma, all'interno di quel perimetro, non c'è altro comportamento ammesso dalla legge, diverso dalla condotta collaborante *ex* art. 58-*ter* o.p., che sia in grado di restituire all'ergastolano ostativo la possibilità di essere valutato dal giudice rispetto alla rieducazione o alla pericolosità sociale, in vista della liberazione condizionale. Eppure, sono ipotizzabili molteplici condotte inequivocabilmente espressive del definitivo distacco del condannato dal sodalizio criminale di provenienza: la dissociazione esplicita; le pubbliche prese di posizione contro l'originaria organizzazione criminale o contro l'ideologia che la ispira; la chiara adesione a modelli di legalità antitetici a quelli associativi; il manifestato interesse verso le vittime dei reati; l'impegno profuso per l'adempimento delle obbligazioni derivanti dalla condanna. Queste (e altre) condotte non possono essere valutate dal libero convincimento del giudice, che potrebbe anche basarsi sulle relazioni degli educatori e sui rapporti del direttore del carcere: documentazioni invece del tutto ininfluenti, stante l'attuale presunzione legislativa.

È, dunque, opinione di questo giudice che l'obbligo di collaborazione esigito dalla disposizione censurata configuri *comunque* una presunzione legale *de jure* e *de facto* assoluta, lesiva della libera autodeterminazione del condannato, finalizzata ad indurlo alla collaborazione.

12. Profilo ablativo della dichiarazione d'incostituzionalità.

Alla luce di quanto argomentato, questo Tribunale di sorveglianza chiede la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., nella parte in cui, in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* o.p., preclude il beneficio della liberazione condizionale al condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti indicati nella disposizione censurata.

A seguito del profilo ablativo della richiesta dichiarazione d'incostituzionalità, *non* verrebbe introdotto alcun automatismo nella concessione della liberazione condizionale. La possibilità di usufruire del beneficio rimarrebbe subordinata alla duplice condizione – accertabile, caso per caso, dal Tribunale di sorveglianza – che [1] «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p.); e che [2] l'ergastolano, scontati almeno ventisei anni, «durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento» (art. 176, comma 1, c.p.). In ragione della *ratio decidendi* della richiesta declaratoria d'incostituzionalità, entrambe le condizioni potranno ritenersi sussistenti anche in assenza di una condotta collaborante del condannato all'ergastolo.

P.Q.M.

visti gli artt. 134 Cost., 1 l. cost. 9 febbraio 1948 n. 1 e 23, l. 11 marzo 1953 n. 87;

dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., nella parte in cui, in assenza di

collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* o.p., preclude il beneficio della liberazione condizionale al condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti indicati nella disposizione censurata, per violazione degli artt. 2, 3 comma 1, 10 comma 1, 13 comma 4, 21, 24, 27 commi 1, 3 e 4, 117 comma 1 (in relazione sia all'art. 3 CEDU, sia all'art. 1 CAT) Cost., nonché per violazione dei princìpi costituzionali della dignità personale (artt. 2, 3 comma 1, 13 comma 4, 19, 21, 27 comma 3, Cost.) e del principio solidaristico dello sviluppo della persona umana (artt. 3 comma 2, 4, 32, 34 Cost.);

dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

sospende il procedimento in corso sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale;

ordina che a cura della cancelleria, la presente ordinanza di rinvio sia notificata alle parti in causa e al pubblico ministero nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.