

Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie

di Giovanni Maria Flick*

(prossimamente il testo sarà pubblicato sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale*)

1. Le riflessioni che seguono traggono spunto dal seminario che si è svolto il 16 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Milano, sul tema dell'ergastolo c.d. ostativo e dei suoi profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale.

Esse esprimono un'opinione personale che è maturata nell'esperienza culturale e istituzionale nell'arco di venti anni, muovendo da talune perplessità sulla ammissibilità costituzionale della pena dell'ergastolo in generale e sulla sua abolizione. Giungono comunque al convincimento della incostituzionalità e incompatibilità dell'ergastolo ostativo, come oggi disciplinato e vigente nel nostro ordinamento.

Pertanto, tali riflessioni:

- rinviano all'amplissima elaborazione legislativa, giurisprudenziale (costituzionale e di legittimità) e dottrinale su questo tema, senza richiamarne i numerosi dettagli e sviluppi di ordine tecnico;

- prescindono dal riferimento ai numerosi problemi posti dalle categorie e fasce di delitti ulteriori presi in considerazione dall'articolo 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, accanto a quelli c.d. di prima fascia (detenzione per l'articolo 416-*bis* c.p. e per delitti di terrorismo e di eversione);

- richiamano soprattutto l'equiparazione - ai fini e per gli effetti dell'ergastolo ostativo - fra la condizione *ex ante* della collaborazione con l'autorità giudiziaria e investigativa per l'accesso alle misure alternative e la condizione *ex post* della collaborazione per l'accertamento del "sicuro ravvedimento" che comporta a certe condizioni l'estinzione dell'ergastolo attraverso la liberazione anticipata: così legittimandone - ad avviso della giurisprudenza costituzionale - l'ammissibilità in concreto.

2. L'ergastolo (fine pena mai) è di per se una pena incostituzionale, perché in contrasto con le finalità di rieducazione e di risocializzazione (non soltanto di emenda interna) nonché di rispetto del senso di umanità, di cui all'art. 27 della Costituzione italiana.

La legittimità dell'ergastolo in concreto, nella sua esecuzione, è condizionata dalla presenza e dalla applicabilità a tale pena di una causa di estinzione rappresentata dalla liberazione condizionale ai sensi degli artt. 176 e 177 c.p., in esito alla modifica dell'istituto rispetto alla sua disciplina originaria.

Il condannato all'ergastolo può ottenere la liberazione condizionale alle condizioni previste da tali norme, su di un duplice presupposto: il riesame - da parte del giudice - della sua condotta dopo ventisei anni di esecuzione effettiva della pena; l'accertamento che egli abbia tenuto "*un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento*" (cfr. le sentenze n. 204/1974 e 264/1974 della Corte Costituzionale, tuttora fondamentali per la valutazione dell'istituto).

Al di là delle numerose pronunzie della giurisprudenza costituzionale e ordinaria di legittimità sul punto, si deve tuttavia prendere atto del paradosso che tuttora sussiste tra la proclamazione di una pena illegittima in astratto perché contraria alle prescrizioni dell'articolo 27 Cost. (tendenza alla rieducazione e non contrasto della pena con il senso di umanità, in coerenza con le prescrizioni degli articoli 3 ed 8 della CEDU) e l'esecuzione di essa in concreto. Quest'ultima rende legittimo ed accettabile l'ergastolo solo in quanto vi sia la possibilità (e la verifica a tal fine da parte del giudice: un obbligo di quest'ultimo e un diritto del condannato) di un termine e della eventuale estinzione della pena, in contrasto con l'affermazione del suo carattere perenne. L'abolizione dell'ergastolo è peraltro rifiutata dalla opinione pubblica, da numerose posizioni politiche e da larga parte della magistratura.

In sostanza, una pena illegittima nella comminatoria e nella proclamazione in astratto; legittima nella esecuzione in concreto, se ed in quanto sottoposta ad un termine con l'accertamento del "sicuro ravvedimento". Quest'ultimo, se accerta-

to, rende ingiustificata e inaccettabile una prosecuzione dell'esecuzione di una pena che ha raggiunto il suo scopo, ai soli fini di prevenzione generale: uno schema, questo, che sembra coerente con le indicazioni più recenti della giurisprudenza convenzionale CEDU.

3. Al di là delle ben note perplessità e dei contrasti cui dà luogo in termini più generali il tema dell'ergastolo e della contrapposizione fra tesi abolizioniste e tesi di sua conservazione (tema che non viene affrontata in questa sede), il discorso sul superamento del paradosso di legittimità in concreto e di illegittimità in astratto dell'ergastolo è stato vulnerato in modo irrecuperabile dalla introduzione nel 1991 e 1992 del c.d. ergastolo ostativo.

A fronte della pericolosità e della gravità della criminalità organizzata, con un complesso di riforme in senso restrittivo e rigorista e dopo alterne vicende, l'articolo 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, ha introdotto nel testo vigente come condizione essenziale e necessaria dell'accesso alle misure di prevenzione e alla liberazione condizionale la collaborazione con l'autorità giudiziaria e/o investigativa da parte del condannato all'ergastolo per delitti di criminalità organizzata e (a fasi alterne) di terrorismo (cfr. da ultimo la legge n. 38/2009 di conversione del decreto-legge n. 11/2009, con numerose modifiche della disciplina introdotta nel 1991 e già modificata con irrigidimenti nel 1992).

Secondo la disciplina vigente, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione possono essere concessi ai detenuti per i delitti di terrorismo ed eversione, e per quelli di cui all'art. 416-*bis* c.p. (associazioni di tipo mafioso) solo nei casi:

- di collaborazione concreta con la giustizia *ex art. 58-ter* dell'ordinamento penitenziario, ovvero di collaborazione inesigibile/impossibile (per limitata partecipazione al fatto criminoso; o per intervenuto previo accertamento di esso; o per oggettiva irrilevanza di tale collaborazione);

- di intervenuta acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata (in termini di *probatio diabolica*, per la difficoltà di prova).

La condizione ostativa alla concessione delle misure alternative, in mancanza di previa collaborazione *ex ante*, viene fondata all'apparenza sulla duplice presunzione di pericolosità del detenuto. È una presunzione legata alla previa condanna *ex art. 416-bis c.p.* (avuto riguardo alla natura e struttura di questa fattispecie); nonché alla asserita impossibilità di provare il distacco del detenuto dall'associazione criminale in modo diverso dalla collaborazione *ex art. 58-ter* dell'ordinamento penitenziario.

Alla collaborazione effettiva - grazie ad una serie di interventi della giurisprudenza costituzionale e di successive modifiche normative - è equiparata in casi tassativamente previsti la collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante.

Ciò rende evidente l'infondatezza dell'argomentazione su cui il legislatore e la giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) fondano la necessità e quindi l'obbligo di collaborazione. L'equiparazione fra collaborazione prestata e collaborazione mancata per inesigibilità o impossibilità dimostra che nel secondo caso la duplice presunzione di pericolosità può essere superata anche per altra via (nei casi di mancanza giustificata della collaborazione): quanto meno attraverso la *probatio diabolica* rappresentata dalla acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti fra il detenuto e la criminalità organizzata; o attraverso la prova della dissociazione che è concettualmente diversa dalla collaborazione (cfr. le esperienze passate di dissociazione dal terrorismo).

4. L'equiparazione fra collaborazione effettivamente prestata e collaborazione impossibile/inesigibile si fonda sulla necessità - ampiamente e reiteratamente evocata e argomentata dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria - di presentare la collaborazione come una scelta libera e non come la soggezione

del detenuto a un vero e proprio obbligo che in realtà si può risolvere in termini di violenza morale.

L'alternativa fra il collaborare o il non poter godere di misure trattamentali che attenuino la sofferenza della detenzione è resa oltretutto ancor più inaccettabile dalle misure di sospensione del trattamento previste dall'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario, che è usualmente applicato in questa situazione. Essa si risolve nel trasformare un "premio" per la collaborazione, come tale "legittimo" (cfr. tutta l'esperienza del "pentitismo" e della dissociazione nella politica di contrasto al terrorismo), in un "castigo illegittimo" per il rifiuto di collaborazione.

Al di là degli artifici dialettici e delle sottigliezze in ordine ad una pretesa libertà di scelta fra la collaborazione e il rifiuto di essa in un caso del genere, è evidente nel secondo caso la violazione del principio fondamentale del "*nemo se detegere*" e del diritto al silenzio. Non si comprende la *ratio* della pretesa manifestamente irragionevole di riconoscere quel diritto solo nella fase di cognizione del processo e non anche in quella di esecuzione della pena.

È una violazione il cui risultato si risolve nel sottrarre al detenuto il diritto al "residuo di dignità e libertà" di cui deve poter continuare a godere secondo le indicazioni della giurisprudenza costituzionale; soprattutto nel sottrargli il diritto al trattamento che deve accompagnare la tendenza alla rieducazione con il rispetto del senso di umanità nel percorso di esecuzione della pena.

5. La meritevolezza dell'accesso alle misure alternative è necessariamente una valutazione:

- che deve compiere il giudice con riferimento alla situazione concreta del richiedente quelle misure;

- che non può dipendere in termini di automatismo dalla sola natura del reato per cui è in corso l'esecuzione della pena, anziché dal comportamento del detenuto; né sottrarre al giudice il relativo dovere-potere;

- che “anziché prevedere una ingiustificata equiparazione di situazioni profondamente differenti...” richiede un “adeguamento individualizzato, proporzionale, della pena inflitta” e “una valutazione individualizzata caso per caso;” così da evitare “rigidi automatismi... sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena” (così la giurisprudenza di legittimità nel sollevare da ultima la questione di legittimità costituzionale dell’individualizzazione della pena sotto altri aspetti;

- che, ferme restando le esigenze di sicurezza, non può comprimere le esigenze del trattamento. La giurisprudenza costituzionale riconosce e prende atto più volte della compressione del trattamento, nel contesto di applicazione dell’art. 4-*bis* per fronteggiare la pericolosità del fenomeno della criminalità organizzata.

Inoltre quella giurisprudenza riconosce esplicitamente che la collaborazione può non presentare in concreto profili di risocializzazione o di rieducazione, ma motivazioni soltanto “utilitaristiche” e strumentali. Ciò rafforza ulteriormente la possibilità, *rectius* la necessità di guardare alla collaborazione come strumento rivolto soprattutto se non soltanto alle esigenze di investigazione e di ricerca delle responsabilità. La collaborazione è in realtà perseguita dal legislatore soltanto a tal fine, anziché a quello di ravvedimento del detenuto; l’alternativa fra le due possibilità è in realtà uno stimolo a collaborare.

In altri termini, il richiamo del legislatore e della giurisprudenza costituzionale e di legittimità alla necessità e unicità della collaborazione per superare la presunzione di un collegamento attuale fra il detenuto e la criminalità organizzata, è soltanto un pretesto e un “artificio formale” per evitare la problematicità e la “durezza” di un’affermazione del tipo “se non confessi non esci”.

Concludendo sul punto, con riferimento alle misure alternative il richiamo alla collaborazione come unica possibilità di arrivare alla prova del distacco del detenuto dalla associazione criminale è una sorta di ipocrisia e di paradosso ben più azzardato ed inaccettabile di quello rappresentato dal ritenere l’ergastolo il-

legittimo nella sua proclamazione in astratto, ma legittimo nella sua esecuzione in concreto (attraverso la liberazione condizionale, che configura una causa di estinzione della pena dell'ergastolo e quindi un termine rispetto alla sua perpetuità formale).

Appare particolarmente condivisibile perciò la proposta - avanzata in sede di commissione ministeriale per la riforma del sistema sanzionatorio penale - di una modifica dell'art. 4-*bis* co. 1-*bis* dell'ordinamento penitenziario, volta a riconoscere la concedibilità dei benefici (lavoro all'esterno, permessi premio e misure alternative per i detenuti di cui al comma 1) quando sussistano requisiti diversi dalla mancata collaborazione, che ne permettano comunque la concessione.

6. La proposta di riforma dianzi richiamata è stata formulata altresì con riferimento alla preclusione dell'accesso alla liberazione condizionale in assenza di collaborazione, negli stessi termini della preclusione per l'accesso alle misure alternative (art. 2 d. l. n. 152/1991, convertito in L. n. 203/1991): con presupposti e conseguenze ben più rilevanti e significative.

I condannati per i delitti indicati nel 1° co. dell'articolo 4-*bis* possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici ivi indicati.

L'articolo 4-*bis* è integralmente applicabile alla liberazione condizionale in virtù del rinvio formulato dall'art. 2 testè citato. Secondo la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, per il c.d. diritto vivente tale rinvio ha natura meramente formale; talché le modifiche intervenute nel testo e l'elaborazione interpretativa dell'art. 4-*bis* per tale giurisprudenza esplicano i loro effetti anche nei confronti della liberazione condizionale, nonostante il silenzio serbato dal legislatore su quest'ultima nelle successive e numerose modifiche dell'art. 4 *bis*.

La collaborazione effettiva (o impossibile/inesigibile) si aggiunge perciò al “*sicuro ravvedimento*” previsto dall'art. 176 c.p. (*rectius* lo sostituisce); la sua mancanza, ne paralizza evidentemente l'efficacia come causa estintiva della pe-

na. In tal modo si destituisce di efficacia l'unico appiglio (l'estinzione della pena per chi si è "ravveduto") di legittimazione dell'ergastolo secondo la Corte Costituzionale (cfr. le sentenze n. 204 e 264 del 1974). Né - per le ragioni in precedenza richiamate - può sostenersi che soltanto attraverso la collaborazione possa manifestarsi il "sicuro ravvedimento".

D'altronde è palesemente irragionevole trattare allo stesso modo due situazioni profondamente diverse fra loro: la collaborazione come condizione *ex ante* di accesso a certe modalità di trattamento e di esecuzione della pena (le misure alternative); la collaborazione come condizione *ex post* di intervenuto "sicuro ravvedimento" e quindi di accertamento della intervenuta estinzione della pena.

Né è ammissibile un differimento dell'accertamento sul ravvedimento ad opera del giudice nel caso concreto, quando manchi la condizione della collaborazione o quella della sua possibilità/esigibilità. A fronte di un ravvedimento accertato, non v'è più ragione di proseguire l'esecuzione di una pena che ormai si è estinta a causa del ravvedimento stesso, ponendo come condizione una collaborazione che può essere estranea ad esso; e che - alla luce di quanto dianzi richiamato - si risolve necessariamente e soltanto in uno strumento di prevenzione generale incompatibile con la dignità della persona e con le finalità e condizioni del trattamento nell'esecuzione della pena.

**Presidente emerito della Corte costituzionale*