

Prefazione

Significherebbe rubare pagine a questo libro e tempo al lettore se utilizzassimo queste righe prefatrici per tessere l'elogio degli Autori o per sintetizzare i contenuti del volume. Gli Autori, infatti, sono giuristi universalmente noti e apprezzati non solo per il loro valore di studiosi e di magistrati, ma anche per il vero e proprio impegno culturale e civile profuso da anni per arginare le derive della pena verso soglie intollerabili di imbarbarimento. I contenuti del volume, poi, sono limpidamente riassunti nell'Introduzione, ove il lettore troverà non solo la sintesi dei diversi contributi, ma anche il fil rouge che li lega: quell'“esperienza della speranza” senza della quale la vita dell'uomo perde la sua dignità e la pena la sua legittimità costituzionale.

E allora, cedo alla tentazione di approfittare dell'occasione benevolmente offertami dagli Autori per esprimere un paio di considerazioni che mi stanno particolarmente a cuore e che dalla lettura del volume hanno trovato forte sollecitazione e indiretto conforto.

In questo libro, come in quello analogo che l'ha preceduto, si enfatizza molto il ruolo del diritto penale costituzionale: e, aggiungerei, di un diritto penale costituzionale in action, fatto non solo e non tanto di astratte enunciazioni teoriche ma di progressivi invernamenti nell'ordinamento ad opera delle Corti in feconda sinergia con i giudici comuni e con una buona parte degli studiosi e degli avvocati. Insomma, un fenomeno entusiasmante per chi crede alla capacità vivificante della Costituzione e alla vitalità di un diritto che si forma e si plasma dinamicamente anche al di là del pietrificato verbo legislativo. Ed è del tutto naturale che questo dinamismo costituzionale – diciamo così – si stia manifestando specialmente sul terreno della pena: è qui che oggi si consumano tensioni fortissime tra i compulsivi furori repressivi di un legislatore ormai sfrenato e la crescente consapevolezza di una Corte costituzionale fattasi paladina di una concezione umanistica della pena, in sintonia con orientamenti culturali minoritari nell'opinione pubblica corrente ma certo agguerriti. Dunque, non mancano motivi per essere “speranzosi”. Ma non possiamo tuttavia nasconderci qualche ragionevole preoccupazione. Il diritto penale costituzionale avanza, e questo è senz'altro un bene. La Corte costituzionale si conquista un ruolo sempre più protagonista e si forgia di strumenti sempre più acuminati, e mantiene così in buona salute la nostra Costituzione e i principi di civiltà condivisi con Strasburgo. Ma, posto che d'altro lato il legislatore sembra pervicacemente ossessionato dalla passione punitiva e del tutto insensibile ai forti colpi e ai ripetuti “mònitì” provenienti dalla Corte, quanto potrà durare questo sbilanciamento dell'asse costituzionale del sistema senza che si creino pericolosi contraccolpi? L'orizzonte sovranazionale

in cui si collocano i principi del diritto penale costituzionale dà loro credito e forza: ma quale può essere il loro futuro quando non si esita a vilipendere la Corte di Strasburgo bollandola come un “baraccone europeo”? La Consulta fa insieme da argine e da apripista, ma occorrerà anche lavorare a tutto campo, con i mezzi della democrazia, per un vigoroso rafforzamento della “coscienza costituzionale” nella classe politica e nell’opinione pubblica.

L'altra considerazione è quasi una confessione, che qui oso esternare in ragione anche della amicale confidenza che mi lega alla maggior parte degli Autori. Ebbene, l'esigenza di contrasto alla criminalità organizzata specie di stampo mafioso ha imposto l'adozione di soluzioni “emergenziali”. Ma queste ultime si sono poi dilatate, come i cerchi nello stagno, verso crescenti e svariati campi criminali in una rincorsa divenuta inarrestabile: senonché, l'emergenza è tale finché è circoscritta; quando tende a divenire regola si muta in patologia. Ergastolo ostativo e regime differenziato ex 41 bis sono due esempi paradigmatici di questo perverso processo. Tanto più perverso perché chi nel dibattito pubblico si arrischia a criticare questo fenomeno dei cerchi concentrici, viene subito bollato come fiancheggiatore – quantomeno ideologico – della mafia. Ma la realtà è ben diversa.

Ergastolo ostativo e 41 bis sono due manifestazioni estreme di un'idea segregazionista della pena fondata sulla pericolosità: segregazione come strumento di contenimento della pericolosità, finché dura la pericolosità, e dunque anche in perpetuo. Senza ignorare che il problema del contenimento della pericolosità sussiste, a me pare però che imperniare la risposta punitiva sulla pericolosità costituisca uno stravolgimento dell'idea costituzionale di pena. Oltre che una contraddizione interna al sistema, nel momento in cui sono in crisi le misure di sicurezza per gl'imputabili e il principio di proporzione si afferma anche per esse.

Incentrare la risposta punitiva e i suoi pesanti aggravamenti sulla pericolosità, mediante segregazione, significa modificare l'immagine dell'uomo che sta al centro del nostro diritto penale costituzionale: un uomo che non è più tale. Non lo è più perché ove muore il diritto alla speranza muore anche la sua esistenza come essere proiettato antropologicamente nel futuro: si potrebbe dire che, se è vero che finché c'è vita c'è speranza, è altrettanto vero che senza speranza non c'è vita. Non è più un uomo, poi, perché una sanzione incentrata sulla pericolosità lo equipara sostanzialmente ad un animale da neutralizzare, da “abbattere” con la segregazione. C'è forse del radicalismo in queste mie parole; un radicalismo lontano e forse ingenuo rispetto alle accorte parole con cui la Corte costituzionale e i giudici comuni meritoriamente si sforzano di correggere le intollerabili asperità della nostra legislazione. Ma, forse, dinanzi al rischio di una strisciante trasformazione del sistema (che genera assuefazione) verso un diritto penale che lascia la pena e la proporzione per diventare un diritto della sicu-

rezza, della pericolosità, della segregazione senza limiti prefissati, dinanzi a questo che mi pare un rischio reale, forse il radicalismo è necessario per scuotere appunto dalla crescente assuefazione. La pena deve tornare ad essere quello che costituzionalmente è: una punizione proporzionata, sulla quale l'ordinamento personalistico e solidaristico innesta tutta una serie di istituti rieducativi operanti in senso di progressiva liberazione. E invece le cose sembrano andare a rovescio: durata e contenuti della pena sono dipendenti dalla pericolosità dell'autore (spesso desunta più o meno automaticamente o irragionevolmente dal titolo del reato), sforando così in eccesso la proporzione che è il vero e primo baluardo di una pena umana. E la magistratura di sorveglianza non è più giurisdizione della rieducazione ma della pericolosità: il che, se spiega il disagio manifestato sollevando questioni di costituzionalità a cascata, dovrebbe suscitare anche insofferenza verso questo ruolo surrettiziamente assegnatole di guardiano della pericolosità, così da snaturare l'immagine e i compiti a lei propri.

Ecco a me pare che questo volume abbia, oltre tutti gli altri, anche il merito di far riflettere su questi rischi di involuzione del sistema, sul piano sia degli equilibri costituzionali generali che del paradigma costituzionale della pena. Il che, ovviamente, non significa deprimere la speranza in un avvenire migliore, ma accentuare quella impietosa consapevolezza di fondo indispensabile per tradurre la speranza in esperienza.

Francesco Palazzo

Introduzione

1. Il volume che presentiamo ai lettori prosegue idealmente *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, pubblicato nel luglio 2019. Abbiamo pensato di mantenerne la struttura: una prima parte di riflessioni e una seconda parte di documentazione. Siamo convinti che ogni giurista persegua sempre uno scopo pratico, essendo pratico il sapere del quale si occupa, il diritto. Inoltre, anche se parzialmente cambiati gli autori, rimane la scelta di base: giuristi sono i professori universitari in materie giuridiche e i magistrati, nel nostro caso, nelle vesti di commentatori.

Oltre al tema dell'ergastolo ostativo, in questo nuovo libro il lettore troverà anche quello del regime detentivo differenziato di cui all'art. 41 bis, II c., ord. penit. Non può essere un caso che di entrambe le questioni si siano occupate di recente la Corte europea dei diritti umani e la Corte costituzionale, oltre alla magistratura di sorveglianza e al giudice di legittimità. La svolta è iniziata. La variante ostativa della pena perpetua ha i giorni contati. Dal regime detentivo differenziato stanno progressivamente uscendo le previsioni unicamente afflittive, che nulla hanno da spartire con il fine dichiarato di evitare i collegamenti con la criminalità organizzata. Il nostro è un ragionevole ottimismo, vorremmo dire di essere costituzionalmente speranzosi.

Sempre rispetto al libro precedente, in questo sono aumentati i contributi che commentano le sentenze. Come si potrà notare scorrendo l'indice, ci siamo confrontati con *Provenzano v. Italia* e *Viola v. Italia n. 2* della Corte di Strasburgo e con le sentenze nn. 253 e 263 del 2019 della Corte costituzionale. Sono tutte riflessioni critiche, nel senso etimologico: presenti i sostegni, insieme alle perplessità. In fondo, non è forse il senso critico il cuore pulsante del giurista?

Un'ulteriore particolarità. Nella parte seconda trova spazio anche la relazione finale in materia di art. 4 bis ord. penit. della Commissione parlamentare antimafia. Un documento che non può passare inosservato. Se, nelle proposte di riforma, appare particolarmente problematico, non si può negare che muova da una premessa ampiamente condivisibile. Proviamo a sintetizzarla. Per troppo tempo il Parlamento si è girato dall'altra parte. Ora è il momento di cambiare rotta, serve prendere sul serio, in modo particolare, la questione dell'ergastolo ostativo. D'altro canto, in precedenti relazioni erano state evidenziate talune criticità anche del regime detentivo differenziato.

2. In effetti, il diritto penale costituzionale mal si presta ad essere considerato una sorta di orticello, recintato da muri invalicabili, come fosse di esclusiva pro-

prietà di alcuni. Gli attori che devono calcare la scena sono diversi. Da chi decide di ricorrere alla Corte di Strasburgo, a chi domanda, ai giudici interni, di sollevare una questione di costituzionalità. Da chi, in formazione di Camera o di Grande Camera, da Strasburgo rende giustizia convenzionale, compresi coloro che stendono opinioni separate, a chi, in ambito interno, giudica rilevante e non manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità. Da chi rende giustizia costituzionale, a chi, dal seggio parlamentare, ne comprende il significato più profondo.

Senza considerare che una parte consistente del diritto penale costituzionale è plasmata dalla comunità degli studiosi, quasi fossero partecipi di quella comune esperienza che, in questo ambito, risulta convergere attorno agli assi portanti della civiltà giuridica europea. Paul Ricoeur, dopo aver creato un gruppo a difesa del pensiero, pensò bene di descrivere il senso degli intellettuali riferendosi ad una sorta di *cospiratori dell'universalità*. A noi pare che sui fondamentali e sugli universali la comunità degli studiosi stia sempre più convergendo, e questo non è un segnale di poca rilevanza. Le Università non possono deperire in compiti burocratici. Devono stimolare approcci trasversali, avendo di mira i grandi problemi, quelli universali¹.

3. Prima di soffermarci sulla struttura del volume, sentiamo utile spendere qualche considerazione sul diritto alla speranza. Al pari della dignità umana, anche la speranza va maneggiata con cura. A differenza della dignità umana, il diritto alla speranza ha molto a che fare con la responsabilità, individuale e collettiva. Non vogliamo sostenere che la dignità umana abbia connotati unicamente statici, tuttavia è qualcosa che non si acquista per meriti e non si perde per demeriti, come da tempo ripete Gaetano Silvestri. Il diritto alla speranza, invece, ha una connotazione marcatamente dinamica. Lo Stato non può precludere la speranza, ad esempio ricorrendo a presunzioni e automatismi assoluti. Questo attiene alla responsabilità collettiva, la nostra. Non di meno, molto si gioca in termini di responsabilità individuale: al giudice è indispensabile dimostrare che l'imperativo della rieducazione ha fatto il suo corso, e che, di conseguenza, il suo peso sulla bilancia è prevalente rispetto alla pericolosità.

Potrebbe essere di aiuto qualche cenno etimologico, cercando di cogliere quelle che Günther Anders ha definito le vibrazioni di senso delle parole.

Speranza e umanità hanno molto in comune. Speranza deriva dalla *spes* latina, figlia della *spa* sanscrita. E *spa* significa tragitto, attraversamento. Dal canto suo, umanità deriva da *homo*, legato ad *humus*, terra, in particolare terra fertile (Dio, per la Genesi, plasmò l'uomo con la polvere del suolo). Si può sostenere che

¹ Da un certo punto di vista, la decisione della Consulta di riformare le norme integrative, ammettendo nuovi e diversi interventi di parti terze, può essere letta anche come la necessità di allargare piuttosto che restringere il rendere giustizia costituzionale. Attendiamo il nuovo passaggio, vale a dire l'introduzione delle opinioni separate.

speranza e umanità indichino *costruzioni* e che, in entrambi i casi, il punto di partenza sia costituito dall'essere umano. Se si vuole, in quanto al mondo (la dignità umana), in quanto responsabile (la speranza)².

Sarebbe eccessivo sostenere che l'umanità è speranza e che il senso di umanità è senso della speranza? Riteniamo di no, ma dietro al diritto alla speranza vi è qualcosa di ulteriore. È come se compendiasse tutti quelli che sono i tratti costituzionalmente necessari dell'esecuzione penale: la risocializzazione, la progressività trattamentale, la flessibilità delle pene, il vaglio del giudice e il divieto di automatismi e presunzioni assoluti. Il diritto alla speranza ha la stessa matrice di fondamento del senso di umanità, e poi allarga la sua influenza, rivestendo di sé ogni ambito del diritto penale costituzionale.

4. Si potrebbe anche dire che la speranza è esperienza, e quindi ancora una volta responsabilità. Questa sembra la traiettoria che ha voluto seguire Ann Power-Forde, la quale, nel concorrere in *Vinter*, ha discusso di *right to hope* e di *experience of hope*. Anche in questo caso, soccorre l'etimologia.

In inglese, *experience* suona al pari di *example*, *experiment*, *exportation*, volendo *enterprise*. Laborioso, esportabile, sperimentale, esemplare, appunto esperienziale. In tutti i casi, siamo alle prese con un movimento, un percorso. Una vera e propria aspettativa, *expectation*. Se aggiungiamo *hope*, la cui desinenza è chiara, il risultato è che stiamo discutendo di un tragitto che riguarda l'uomo, la sua responsabilità. In poche parole: *experience of hope* esprime un concetto unitario. Che in italiano suona ancora più evidente: esperienza della speranza sembra addirittura una ripetizione, tanto sono contigui nel loro significato i due termini. La speranza è esperienza, riguarda l'uomo in quanto tale, ma chiama in causa anche la sua responsabilità, ciò che sta fuori (*es-peranza*).

Insomma, la dignità umana e la speranza sono sorelle, e da parte sua la speranza è come se fosse il ponte con la società, che non si può interrompere, se non interrompendo ogni volta se stessi. Anche se descritta come la più piccola rispetto alle due grandi sorelle (fede e carità), in realtà la speranza è quella che le tira, è quella che sempre ricomincia. Utilizzando le parole che Papa Francesco ha rivolto alla polizia penitenziaria, ai cappellani delle carceri e ai detenuti, la speranza è la fiammella, il diritto alla speranza è il diritto di ricominciare. La speranza è più della vita, secondo Emil Cioran. In questo, assomiglia molto alla dignità. Ma la speranza è anche una fede, qualcosa in cui credere, anzi è la fede da preferire, sostiene Charles Péguy, che la descrive sempre in riferimento al farsi dell'uomo, alla sua esperienza.

Anche per questo, lo diremo a momenti, il diritto alla speranza è inarrestabile. Non potrebbe essere altrimenti. Ne abbiamo una concreta prova nell'ordinanza

² La Relazione 2020 del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale si apre con una riflessione sulla speranza, ricostruita anche in termini di responsabilità individuale.

con la quale la I sezione della Corte di Cassazione ha sollevato la questione di costituzionalità dell'ergastolo ostativo, questa volta rispetto alla domanda della liberazione condizionale. Il collegio ha deciso di scriverlo nero su bianco, questo inarrestabile diritto alla speranza. Un diritto che ha molto da spartire con la dignità del detenuto, ma che, allo stesso tempo, è qualcosa di diverso, da coltivare, utilizzando le precise parole del giudice di legittimità.

5. Veniamo alla struttura del volume. La parte prima si apre con un saggio di Emilio Dolcini su *Pena e Costituzione*, nel quale il testo costituzionale è descritto al pari di un ordito normativo nel quale tutto si tiene insieme. Il senso di umanità e la rieducazione, ma anche il principio personalista e il principio di eguaglianza, così come il principio di legalità, tutti insieme capaci di forgiare la forma di Stato disegnata dai nostri Costituenti. In questa prospettiva, non mancano le avvertenze sul come utilizzare correttamente (in senso costituzionalmente orientato) quello che in molti purtroppo riducono ad un vuoto slogan, la certezza della pena.

Seguono due scritti che passano al microscopio la sentenza *Provenzano* della Corte di Strasburgo. Uno, di Raffaello Magi, tenta di smorzare le ingiuste critiche piovute negli attimi immediatamente successivi alla decisione, la quale di certo si inserisce nei precedenti della giurisprudenza convenzionale. Semmai, evidenzia l'autore, sono due gli interrogativi sui quali riflettere: l'inquadramento giuridico del regime detentivo differenziato (una sorta di misura di prevenzione atipica?) e la necessità (oramai ineludibile) di un intervento del legislatore lungo la completa giurisdizionalizzazione dell'applicazione del regime detentivo differenziato.

L'altro scritto, di Davide Galliani, ricostruisce nei minimi particolari (anche fattuali) il caso *Provenzano*, seguendo per filo e per segno il ragionamento dei giudici di Strasburgo e il confronto intavolato con le decisioni interne, non mancando di elogiare il più che convincente esito finale. Le considerazioni si concentrano anche sulla prassi dei decreti di rinnovo fotocopia, che altro non sono che una sorta di automatismo *sui generis*. Il caso di specie richiedeva, per la ennesima proroga, motivazioni individualizzate. Non averlo fatto significa aver violato la dignità del detenuto, considerato al pari di un oggetto, la cui detenzione aveva ormai solo una valenza simbolica, e quindi era inumana e degradante.

È poi la volta delle valutazioni sul caso *Viola*, con il quale la Corte di Strasburgo ha valutato contrario alla dignità umana il nostro ergastolo ostativo, basato su una presunzione legislativa assoluta incompatibile con la Convenzione. Il primo contributo è di Fabio Fiorentin, e offre al lettore una prospettiva di analisi di ampio respiro. Affronta le tematiche poste dal ricorso, i principali snodi motivazionali della Corte e il possibile (necessario) seguito interno, imbastendo un dialogo con il nostro giudice costituzionale e la sentenza n. 253 del 2019, rispetto alla quale si evidenziano gli iniziali seguiti presso la giurisprudenza di legittimità.

Il secondo scritto è di Emilio Dolcini, il quale coglie le novità introdotte dalla sentenza *Viola* discutendone in termini di affermazione del principio di umanità della pena, in questo modo dipanando un solidissimo filo con la Costituzione e la Corte costituzionale. Umanità della pena, rieducazione, dignità dell'uomo: sono questi gli assi portanti messi a valore nello scritto, che, partendo da *Vinter*, attraversando la Commissione Palazzo e gli Stati generali dell'esecuzione penale, approdano nella giurisprudenza costituzionale, nella sentenza n. 149 del 2018 e nella sentenza n. 253 del 2019. Se il destino dell'ergastolo ostativo appare segnato, sostiene l'autore, dobbiamo riconoscere ai giudici di Strasburgo.

Chiude il trittico di commenti a *Viola* il saggio di Davide Galliani e Andrea Pugiotto, redattori e primi firmatari dell'*amicus curiae* valorizzato nella sentenza dei giudici europei. La difficoltà di considerare veramente libera la scelta di collaborare utilmente con la giustizia. La verosimile, ma non vera, equivalenza tra collaborazione e rieducazione. Le false ridicibilità della pena perpetua. Fino alla criticità della tesi secondo la quale, per contrastare la mafia, l'ordinamento può ricorrere sempre a strumenti dichiaratamente emergenziali. Queste e altre sono le tematiche approfondite, a fronte di una sentenza che sembra dipingere particolarmente bene il quadro, compresa qualche pennellata a tinte forti. Scritto quando ancora era pendente il *referral* in Grande Camera, se ne prevedono gli esiti: il consolidamento giurisprudenziale è una faccenda seria, ancora di più quando riguarda il centro del sistema creato dalla Convenzione, quella dignità umana così prossima al diritto alla speranza.

5.1. La parte prima prosegue con analisi e riflessioni sulla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale. La Consulta decide di attenersi al beneficio del permesso premio, tuttavia, da una parte, dichiara incostituzionale la presunzione legislativa assoluta in riferimento a tutti i reati previsti dallo straripante I comma dell'art. 4 bis ord. pen., e quindi non solo rispetto alla partecipazione e alla agevolazione ex art. 416 bis c.p.; dall'altra parte, il giudice costituzionale sfodera passaggi talmente profondi ed efficaci da rendere più che probabile un suo successivo intervento, allorquando sarà la volta della liberazione condizionale.

Discutendo della n. 253 con molti magistrati, di quelli che non popolano tutti i giorni la televisione, abbiamo avuto la netta sensazione che il giudizio complessivo sia largamente positivo. In tanti hanno detto di essere al cospetto di una sentenza da prendere sul serio. Un aggettivo, serio, che rimanda a *scrivo* e *scrio*, quindi a *creatus*, nel senso di naturale e vivo.

Il contributo di Davide Galliani e Raffaello Magi commenta a caldo la sentenza n. 253, evidenziandone i passaggi più significativi, che sembrano costituire un vero e proprio punto di non ritorno. Allo stesso modo, in un'ottica costruttiva, non mancano appunti critici, specie per quanto riguarda il nuovo requisito del pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata. Sebbene il giudice costituzionale ne dichiari la diretta derivazione dal testo costituzionale,

sarebbe stato auspicabile un maggiore sforzo in termini di tassatività. A ciò dovrà rimediare la magistratura di sorveglianza, come sempre con l'ausilio della Cassazione, che da tempo, proprio in tema di tassatività, sta spendendo molte energie.

Seguono due ampi saggi di Andrea Pugiotto, il primo incentrato sempre sulla sentenza n. 253, il secondo anche sulla sorella n. 263, grazie alla quale la Consulta ha dichiarato incostituzionale l'estensione ai minorenni del regime ostativo, preludio della sconsiderata (e dichiarata) volontà di applicazione del regime detentivo differenziato anche nei loro confronti.

Una breccia nel muro dell'ostatività. Questo il cuore delle riflessioni dell'autore in riferimento alla n. 253, della quale si scannerizzano la *ratio decidendi* e i criteri di particolare rigore utilizzabili al fine di superare la preclusione legislativa. L'autore si preoccupa anche della contraerea preventiva contro la sentenza. Le parole utilizzate sono calibrate, a differenza di quelle usate dai soliti noti, pensando evidentemente di influenzare l'esito del giudizio costituzionale attraverso una narrazione che non informa ma deforma, disinforma, anteponendo assunti sociologici presentati come verità fattuali incontrovertibili. Come se i membri della criminalità organizzata fossero ontologicamente incompatibili con ogni recupero. Come se dietro l'angolo ci fosse il "liberi tutti". Come se la magistratura di sorveglianza fosse incapace di essere giudice. E come se, di punto in bianco, si dovesse abbandonare la collaborazione con la giustizia. Ebbene, chi la pensa diversamente, chi pensa costituzionalmente orientato, per fortuna esiste. Dentro e fuori dal Palazzo della Consulta.

A chiudere la parte prima, il commento di Andrea Pugiotto che, partendo dalla sentenza n. 253, analizza la successiva n. 263. Cambiano i relatori, ma non l'assunto di base. Certamente aiutata dalla tutela costituzionale dei minori, nella pronuncia vi è molto di più, poiché la Consulta inforca una direzione ostinata e contraria, usando il piccone per tracciare il tragitto. Sostiene l'autore che il giudice costituzionale avrebbe anche potuto chiudere la questione riferendosi unicamente ai minori, per i quali la finalità rieducativa è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente. Invece la Consulta va oltre e, non ricorrendo alla tecnica dell'assorbimento, amplia la parte motiva della sentenza, ottenendo un effetto sensazionale: se la n. 253 relativizza l'assoluta presunzione legislativa, la n. 263 fa integralmente cadere quella stessa presunzione, che non diviene relativa, più semplicemente sparisce.

Ci piace qui sottolineare che l'ordinanza che ha sollevato la questione di costituzionalità sul regime ostativo applicato ai minori è stata firmata dal giudice Roberto Di Bella, il quale presiedeva il Tribunale dei Minorenni di Reggio Calabria. Non solo perché la sua attività, compendiata in *Liberi di scegliere*, dimostra compiutamente che la mafia va contrastata senza incertezze, ma dentro lo Stato di diritto. Da quel Tribunale e sempre da quella penna è stata scritta anche una

nuova ordinanza, che solleva una questione di costituzionalità in materia di modalità dei colloqui dei detenuti al regime detentivo differenziato, che trova accoglienza nella parte seconda del presente volume.

5.2. Parte seconda che raccoglie la documentazione più rilevante in materia di ergastolo ostativo e regime detentivo differenziato, la cui lettura pensiamo debba integrarsi con i testi a presenti nel precedente volume su *Il diritto alla speranza*.

Si inizia con quattro sentenze della Corte costituzionale. La prima, n. 186 del 2018, sul divieto di cottura dei cibi al regime detentivo differenziato. Le tesi che la Corte ha dovuto affrontare rasentano il risibile: è mai possibile che, a differenza del cibo crudo e di quello precotto, il cibo cotto possa alimentare prestigio e potere? Ne esce vincitore il principio di eguaglianza e, soprattutto, l'unico senso che può avere lo stesso regime detentivo differenziato, impedire i collegamenti con la criminalità organizzata. Sono letteralmente salutari le parole impiegate dal giudice costituzionale: non siamo in presenza solo di un'inutile e ulteriore limitazione contraria al senso di umanità, messa bene in risalto del resto dall'ordinanza di remissione del giudice di sorveglianza di Spoleto, poiché il punto sono i *piccoli gesti di normalità quotidiana*, che a nessuno e proprio a nessuno possono essere negati.

Le ulteriori sentenze costituzionali proposte al lettore sono la n. 253 e la n. 263 del 2019, alle quali abbiamo sopra accennato. Rimandando ai saggi di commento contenuti nel volume, qui vogliamo solo evidenziare il passaggio contenuto nel paragrafo 6 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 253. Attiene al requisito della rilevanza, e riteniamo costituisca uno snodo fondamentale anche in riferimento al prossimo giudizio di costituzionalità sulla liberazione condizionale e l'ergastolo ostativo.

La Cassazione, nella sua ordinanza, sostiene che la condotta collaborativa non può considerarsi l'unica prova esclusiva di ravvedimento, poiché diverse sono le ragioni che possono indurre il detenuto a non collaborare. Ad esempio, il rischio per la propria incolumità e quella dei congiunti, il rifiuto morale di accusare persone legate da vincoli affettivi e il ripudio di una collaborazione che rischia di apparire strumentale alla concessione di un beneficio. A questo punto, dinanzi alla Consulta, l'Avvocatura dello Stato contesta il carattere ipotetico ed astratto di tali considerazioni, mai addotte dal reclamante nel giudizio *a quo*. Di conseguenza - questa la tesi - difettava il requisito della rilevanza, in quanto, in caso di accoglimento, la decisione della Corte non avrebbe spiegato effetti nel processo *a quo*.

La Corte costituzionale dichiara l'eccezione non fondata. Da una parte, qualora venisse smontato il carattere assoluto della presunzione di pericolosità del detenuto non collaborante, la magistratura di sorveglianza potrebbe verificare le ragioni della scelta di non collaborare: se non lo ha fatto non è perché non ha voluto, ma perché non ha potuto. Dall'altra parte, la Corte sostiene che, in tema

di rilevanza, è sufficiente che la disposizione censurata sia applicabile nel giudizio *a quo*, senza che rilevino per le parti in causa gli effetti di una eventuale illegittimità costituzionale. Perché questo? Perché è necessario immergersi in una prospettiva di un più largo accesso al sindacato di costituzionalità: un passo importante, che dimostra come la Corte non voglia essere tagliata fuori, che devono sparire le zone franche dal suo sindacato di costituzionalità.

Infine, trova accoglienza nella parte seconda del volume anche la sentenza n. 97 del 2020, con la quale la Consulta prosegue il tragitto da lei stessa aperto. Il tema è il divieto di scambiare oggetti al regime detentivo differenziato. Aveva forse scampo questa inutile e ulteriore limitazione? Il giudice delle leggi non ha alcun dubbio e accoglie le argomentazioni sollevate dalla Corte di Cassazione con due ordinanze di analogo tenore.

Il giudice di legittimità si arresta dinanzi al dettato legislativo. Il giudice costituzionale lo abbatte. Del resto, la lettera *f* del comma 2-quater dell'art. 41-bis (a tanto siamo arrivati nel nostro ordinamento) usava una terminologia molto sospetta, poiché discorreva della necessità di adottare tutte le misure di sicurezza volte ad assicurare la *assoluta* impossibilità di scambiare oggetti per i detenuti al regime differenziato, appartenenti al medesimo gruppo di socialità. Ciò che è assoluto stride, sempre. La pensava diversamente il magistrato di sorveglianza. Il tribunale, invece, aveva accolto il ricorso. A questo punto, il ministero della giustizia propone ricorso per Cassazione, la quale solleva il dubbio di costituzionalità. E non vi è dubbio che la Corte costituzionale apprezzi il dubbio, nel momento in cui il significato letterale delle parole impiegate dalla legge è inequivoco.

Nel merito, la si legga la n. 97. Fonda insieme il principio di eguaglianza, il senso di umanità e la rieducazione, tecnica oramai usualmente impiegata a fronte degli automatismi legislativi. Se i detenuti del medesimo gruppo di socialità possono comunicare tra di loro (aggiungiamo noi, altrimenti a che serve il gruppo di socialità), anche il più criptico significato simbolico-convenzionale di un oggetto scambiato può essere agevolmente sostituito da una esternazione orale. Pertanto, il divieto è meramente afflittivo, non ha nulla da spartire con il fine di impedire i collegamenti (e si ragiona sempre sui detenuti al medesimo gruppo di socialità). La stessa cosa se si ritenesse che lo scambio di oggetti accresca la posizione di supremazia. Come può mai accadere questo, si domanda la Corte, se ad essere scambiati sono, come nei casi di specie, lo zucchero, il caffè, nonché generi per l'igiene personale e la pulizia della cella?

La conclusione è una, e soltanto una. Così come non esiste un diritto fondamentale del detenuto di cuocere cibi, allo stesso modo non ne esiste uno di scambiare oggetti. Tuttavia, sia cuocere cibi sia scambiare oggetti sono facoltà di ogni individuo, anche se posto in detenzione, e fanno parte di quei *piccoli gesti di normalità quotidiana*, che a nessuno possono essere negati. Il legislatore ha fatto un bilanciamento *ex ante*, dice la Corte, a prescindere dalla verifica in concreto delle esigenze di sicurezza, il che ha escluso la possibilità di adattamenti calibrati

sulle peculiarità dei singoli casi. Come volevasi dimostrare: è sproporzionata la previsione *ex lege* del divieto *assoluto*, con buona pace di ogni automatismo, che si dimostra ancora una volta contrario alle coordinate fondamentali del diritto penale costituzionale.

Dopo queste quattro straordinarie sentenze del giudice costituzionale, trovano posto due altrettanto importanti ordinanze di remissione. Una, alla quale abbiamo già fatto cenno, della I sezione della Cassazione, in merito alla liberazione condizionale e all'ergastolo ostativo. Quando la Corte costituzionale deciderà dovrà certamente prendere in considerazione la sentenza *Viola* della Corte di Strasburgo. Il terreno è fertile, più di questo non vogliamo dire, se non che è la stessa Consulta ad averlo coltivato a dovere. Le attese, inutile negarlo, sono alte. Il diritto alla speranza potrebbe entrare per la prima volta in una sentenza del giudice costituzionale. La sentenza n. 253, va ribadito, è un punto di non ritorno. Attendiamo, quindi. E, come sempre, speranzosi.

La seconda ordinanza di remissione alla Corte riguarda le modalità dei colloqui per chi è al regime detentivo differenziato. Certamente, il Tribunale dei Minorenni di Reggio Calabria argomenta molto bene i motivi che rendono di dubbia costituzionalità la esclusione dei colloqui attraverso strumenti audio-visivi. Allo stesso modo, molto convincente è la tesi secondo la quale il mantenimento dei legami famigliari è uno dei presupposti più rilevanti per garantire il senso di umanità della detenzione. Così come più che efficace è la considerazione attorno alla doppia pena che altrimenti si verificherebbe, una nei confronti del padre e l'altra rispetto ai figli. Non di meno, condensando l'ordinanza, il suo principale merito è quello di aprire alla speranza, alla possibilità di cambiamento, proprio partendo dalla costruzione di un rinnovato legame famigliare.

Infine, tra la documentazione trova spazio la relazione finale della Commissione parlamentare antimafia. Vedremo come evolverà il tutto, ma di certo, qualunque sarà la scelta del legislatore, da valutarsi anche in termini di adeguamento del nostro ordinamento alla sentenza *Viola*, il perimetro da non oltrepassare è chiaro. Un centimetro in là non si può andare.

6. Siamo perfettamente consapevoli di quanto sia ancora lungo il percorso per far tornare il nostro diritto penale dentro la Costituzione. La pena tutta italiana dell'isolamento diurno, che tra poco compie un secolo di vita, caratterizzata da un più che sospetto automatismo, quasi geometrico: due ergastoli e non hai scampo, devi avere anche l'isolamento diurno. La decadenza automatica dalla potestà genitoriale per tutti i condannati alla pena perpetua, una previsione dal sapore vetero-testamentario, che penalizza senza senso genitori e figli. La libertà vigilata, che, per l'ergastolano che ottiene la liberazione condizionale, deve automaticamente essere di cinque anni. Non siamo noi che abbiamo il pallino dell'ergastolo. È che si tira dietro un sacco di automatismi incostituzionali, tutti generati dalla fissità di una pena perpetua.

Quanto al regime detentivo differenziato, le recenti svolte della Corte costituzionale sono state pedagogiche, se solo si guarda alle odierne decisioni del giudice di legittimità sulle sanzioni inflitte ai detenuti che hanno avuto la gravissima colpa di augurarsi la buona notte o il buon appetito. Quando però non vi è margine interpretativo, la Consulta dovrà essere richiamata in causa, ad esempio sulla annosa questione dello scambio dei libri. Dato che i libri sono importanti almeno quanto il cibo, e non possono essere considerati solo oggetti, ci auguriamo che il loro non modico valore possa fare breccia alla Corte.

Quelli indicati sono unicamente degli esempi. Al resto ci penserà la speranza, il pensiero, il pesare, e quindi come sempre la bilancia. Che cosa è del resto la speranza, se non uno dei valori universali, così bene rappresentati da *Building Bridges*, opera scelta come copertina di questo volume. Mani che si uniscono, a formare un ponte. Tra i sei valori universali rappresentati da Lorenzo Quinn, il nostro, la speranza, merita di essere difeso, provato, vissuto. Anche perché, per dirla con Hans-Georg Gadamer, chi vuole comprendere una parola deve essere pronto a lasciarsi dire qualcosa da quella parola. Deve porsela davanti: e ora il diritto alla speranza è davanti alle corti.

7. Non ci restano che i ringraziamenti. A Laura Rigamonti, per l'idea prospettica della copertina. A Francesco Palazzo, maestro e amico tra i più speranzosi.

*Emilio Dolcini, Fabio Fiorentin, Davide Galliani,
Raffaello Magi, Andrea Pugiotto (19 luglio 2020)*