

DOMINE NON SUM DIGNUS: PRESUNZIONE DI PERICOLOSITÀ E PENA COME TORTURA*.

PRESENTAZIONE DEL LIBRO *CONTRO GLI ERGASTOLI*, A CURA DI STEFANO ANASTASIA, FRANCO CORLEONE, ANDREA PUGIOTTO.

di Francesca Iole Garofoli**

379

Sommario. 1. L'ergastolo come agonia: l'io esiste se esisti tu. – 2. Le scelte parlamentari in tema di ergastolo: le ragioni del dissenso. – 3. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale ed europea. – 4. Brevi considerazioni: Testo Unificato delle proposte di legge della Camera dei Deputati in ordine alle modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 e alla legge 13 settembre 1982, n. 646. – 5. Considerazioni conclusive: verso un recupero della dignità.

1. L'ergastolo come agonia: l'io esiste se esisti tu.

Il volume *Contro gli ergastoli* a cura di Stefano Anastasia, Franco Corleone, Andrea Pugiotto, rappresenta sotto il profilo scientifico una rivoluzione, per il coraggio con cui si affronta un tema scomodo: l'ergastolo, in bilico tra perenni esigenze emergenziali (*contradictio in terminis*) di difesa della collettività e diritti inviolabili dell'individuo.

Non appare fuori luogo, affidarsi al monito di Gaetano Foschini, poiché il ritorno ad un metodo della Giurisdizione, oggi, richiede l'intervento indifferibile di giuristi coraggiosi in quel reciproco di tirannia¹. Invero, il metodo della giurisdizione non attiene solo all'essere del processo penale, non è solo forma, esprime, la natura proattiva di quelle regole che delimitano e neutralizzano ogni abuso in nome dei diritti dell'individuo e della sua dignità. L'essenza intangibile del processo penale che piaccia o no. Se, dunque, *Giustizia e modernità* sono contagiate da entropia di fronte alla *debacle* delle garanzie e dei meta valori processuali, viceversa, spalancare le finestre della politica criminale sul diritto penale e sul processo penale attraverso nuovi paradigmi legislativi significa favorire la visione di pena

* *Sottoposto a referaggio*. Testo rielaborato dell'intervento tenuto all'Incontro nell'ambito del Dottorato *Diritti Umani. Teoria, storia e prassi*.

** Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ G. Foschini, *Tornare alla giurisdizione*, Milano, 1971.

come un *instrumentum regni* ed il processo penale ne diventa il congegno di vendetta sociale².

Dunque, il volume ha il pregio di occuparsi di quei diritti deboli che ogni Paese, che si vanta di essere democratico, dovrebbe saper tutelare attraverso un cambio di paradigma, sull'essere e sul tempo, che non può connotarsi di quell'ulteriore elemento: il silenzio; ciò di cui non si può parlare deve essere tenuto in dovuto silenzio, per non turbare gli animi, per ipocrisia³?

Non mi sembra sia questo il compito di un Giurista e di un Legislatore.

In altri termini, dalla lettura del volume si evince il vero problema: è sulla scia di una visione moralistica, che il nostro presente ci informa di un'agonia civile nella quale versiamo, se si pensa che nel Regno sabauda si impiccava il sabato mattina e l'ultimo pasto del condannato era una scodella di brodo.

Negli scritti di Franco Cordero, si ritrova il *trait d'union* con il libro *Contro gli ergastoli* quando ci avverte di un "Italia nel nodo scorsoio", e se il tempo è trascorso, è pur vero che

² G. Riccio, *La procedura penale tra storia e politica*, Napoli, 2010 sui "danni irreversibili" che rischia di provocare il "nuovo legislatore", ove si esprime "il significato simbolico della Procedura penale, cartina di tornasole dello Stato democratico e spia della sua effettività, dal momento che essa non regola – solo – lo scontro tra individuo e autorità, ma manifesta il tasso di sensibilità democratica di un Paese e la capacità dello stesso di tutelare i diritti dell'individuo", O. Mazza, *I Diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012; G. Foschini, *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1963; V. Garofoli e A. Incampo (a cura di), *Verità e processo penale*, Milano, 2005; V. Garofoli, *La sentenza della Corte costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione*, in *Atti del Convegno* (Trani, 2-3 febbraio 2007), Milano, 2007.

³ M. Heidegger, *Essere e Tempo*, traduzione di Pietro Chiodi, 7^a ed., Milano, 1976, In un sistema di tutela multilivello dei diritti delle persone sulle cui esistenze le norme vanno a incidere, si mette in discussione quel dualismo che caratterizza l'uomo: Il tempo e l'essere, la mortalità e la temporalità poiché, si intravede un altro elemento, il silenzio, inteso sì come diritto, ma nell'indifferenza legislativa, un'imposizione: "su ciò di cui non si può parlare bisogna tacere". M. Heidegger, *Essere e Tempo*, traduzione di Pietro Chiodi, 7^a ed., Milano, 1976, ove si evidenzia: "Perché è chiaro che voi avete una lunga familiarità con quello che propriamente intendete con l'espressione 'essente', quanto a noi, una volta abbiamo sì creduto di saperlo, ma ora siamo caduti nell'imbarazzo, forse che noi abbiamo oggi una risposta alla domanda, che cosa propriamente intendiamo col termine "essente"? Niente affatto. È dunque il caso di proporre di nuovo la domanda circa il senso di essere. E siamo forse oggi giorno almeno imbarazzati dal fatto di non comprendere l'espressione "essere"? Niente affatto. E allora è innanzitutto il caso di risvegliare una qualche comprensione del senso di questa domanda. La presente trattazione si propone la concreta elaborazione della domanda circa il senso di "essere". L'interpretazione del tempo come il possibile orizzonte di ogni comprensione d'essere in quanto tale, ne è obbiettivo preliminare.»); cfr. altresì, E. Levinas, *I diritti umani e i diritti altrui*, in *Fuori dal soggetto*, 1992, p. 123 ove: relazionalità, libertà, responsabilità fondano e giustificano la definizione del diritto di Antonio Rosmini: "La persona dell'uomo è il diritto umano sussistente". Definizione altresì fondata dalla costitutiva titolarità dell'uomo di diritti umani, "i diritti al rispetto della dignità umana di ognuno, della vita e della libertà, il diritto all'uguaglianza di tutti gli uomini di fronte alla legge che si fondano su una coscienza originaria del diritto, o sulla coscienza di un diritto originario [...] diritti più legittimi di qualsiasi legislazione, più giusti di qualsiasi giustificazione". R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, in *The Belknap Press of Harvard University Press*, Cambridge, 2011, ove si evidenzia che il diritto è una parte della moralità politica. Cfr. altresì dello stesso autore, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002 e *Constitutionalism and Democracy*, in *European Journal of Philosophy*, n. 1/1995.

la memoria genetica conserva impresse, distorsioni antiche, in uno scenario antropologico, mentale e affettivo che tende a “perpetuarsi tra piccole corti e orizzonti di cortile”, ogniqualvolta, nella riflessione dei giuristi, l’individuo appare come un soggetto astratto, un impedimento, un ostacolo⁴.

La prima domanda da porsi è se l’ergastolo, violi il diritto alla vita o il sacrosanto diritto all’esistenza, tema affrontato nell’intervento svolto in aula, nel Senato, il 29 aprile del 1998 da Aldo Masullo, (*La domanda non è se l’ergastolo violi il diritto alla vita, bensì il sacrosanto diritto dell’uomo all’esistenza, che è cosa distinta*) sul disegno di legge Salvato, rievoca gli studi del pensiero di Stefano Rodotà quando nel suo volume *Il diritto di avere diritti* evidenzia che, siamo di fronte alla cancellazione dell’individuo che perde il suo volto, il corpo è lì, ancora visibile, però cancellato⁵ “una figura, forse un’ombra, rimane e il problema più grande è quello di restituirle una faccia, di renderla di nuovo riconoscibile, attrarla nuovamente nella realtà”, o meglio nell’esistenza che, come dice Aldo Masullo, è cosa ben diversa dalla vita: “vita è quella di tutti gli animali. Ma, l’esistenza è cosa squisitamente umana, perché esistere, *ex-sistere*, attiene alla condizione, che noi sperimentiamo, momento per momento, nell’incessante perdere parte di noi stessi, del nostro essere, per così dire, scacciati dall’identità nella quale stavamo al riparo fino a quel momento”⁶.

In tale contesto, il concetto di tempo di Elvio Fassone non è tanto la misura della vita, quanto piuttosto l’emozione fondamentale che ci caratterizza come uomini “cos’altro sono

⁴ F. Cordero, *Il brodo delle undici. L’Italia nel nodo scorsoio*, Torino, 2010

⁵ Il testo dell’intervento di A. Masullo si trova (alle pp. 243 ss.) nell’Appendice del volume in esame, introdotto da G. Zuffa, *L’ergastolo come pena di morte nascosta*.

⁶ S. Rodotà, *Il Diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2013 “Di fronte ai grandi soggetti economici che sempre più governano il mondo, l’appello ai diritti individuali e collettivi è la via da seguire per impedire che tutto sia soggetto alla legge ‘naturale’ del mercato. Nel 2000 l’Unione Europea si è data una Carta dei diritti fondamentali, la prima del nuovo millennio. Ma non bisogna fermarsi soltanto alle dichiarazioni formali. I fatti ci dicono altro: le donne e gli uomini dei paesi dell’Africa mediterranea e del Vicino Oriente si mobilitano attraverso le reti sociali, occupano le piazze, si rivoltano in nome di libertà e diritti, scardinano regimi politici oppressivi; lo studente iraniano e il monaco birmano, con il loro telefono cellulare, lanciano nell’universo di internet le immagini della repressione di libere manifestazioni, anche rischiando feroci punizioni; i dissidenti cinesi chiedono l’anonimato in rete come garanzia della libertà politica; le donne africane sfidano le frustate in nome del diritto di decidere liberamente come vestirsi; i lavoratori asiatici rifiutano la logica patriarcale e gerarchica dell’organizzazione dell’impresa e scioperano; gli abitanti del pianeta Facebook si rivoltano quando si pretende di espropriarli del diritto di gestire i loro dati personali. L’elenco potrebbe continuare a lungo perché la ‘rivoluzione dell’eguaglianza’, mai davvero compiuta, è oggi accompagnata dalla ‘rivoluzione della dignità’ e sta dando vita a una nuova antropologia, che mette al centro l’autodeterminazione delle persone”.

io se non la pena di ciò che ho perduto”. Che cos'è l'ergastolo se non la negazione di un segmento di vita o, di tutta la vita residuale dell'uomo?

Nell'agonia dell'ergastolo, l'Uomo vede morire parte di sé stesso, senza che nasca alcuna possibilità nuova senza che ci sia neanche un recupero di quella “originaria comunità, senza cui una società non è tale, o è soltanto una società di insetti”⁷.

Per lungo tempo, infatti, la modernità si è dimenticata di occuparsi della stella più bella del suo Universo: l'individuo ed è, per tali motivi, che quella maschera comincia, dove si distrugge la persona e la sua esistenza.

Questo accade, come dice Aldo Moro nella sua lezione del 13 gennaio 1976, (*Questo fatto agghiacciante della pena perpetua: non finirà mai, finirà con la tua vita questa pena*) quando si pone un problema di riconoscimento dell'individuo nel mondo e nel confronto degli altri, che porta con sé la necessità di definire il criterio, la misura di questo riconoscimento.

In altri termini, il valore aggiunto dell'identità individuale, che si riassume nel termine di persona, non è solo un problema linguistico ma, una procedura estremamente sensibile alle variabili storico - culturali.

È il suo rapporto con l'ordine, perché soltanto così si comprende il significato di pena, è la sua ragion d'essere il suo fondamento nell'esistenza di un reato che nella vita sociale è un fattore di disordine, e di qui, la pretesa punitiva come ristabilimento ideale dell'ordine sociale violato.

In maniera diversificata, attraverso l'erogazione di una pena, che è rivolta verso il passato si ha la valutazione quantitativa del disordine che si è verificato, la correlativa esigenza di chiarimento della situazione e la finalità di cancellare il disordine che il verificarsi dei reati ha proposto⁸.

⁷ G.M. Flick, *Contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 1505 ss.; in precedenza, cfr. ad esempio L. Riscicato, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, ivi, 2015, p. 1238 ss. Tendenzialmente più favorevole rispetto alla soluzione compromissoria adottata dalla Consulta, nell'ambito della letteratura più recente, cfr. ad esempio D. Pulitano, *Il penale tra teoria e politica*, in *Sistema penale online*, 9 novembre 2020. E. Dolcini, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, saggio incluso nel precedente volume collettaneo *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, cit., p. 34.

⁸ S. Kierkegaard, *Il giglio nel campo e l'uccello nel cielo*, (a cura di E. Rocca), Milano, 1998, p. 36, “l'inizio non è ciò con cui si inizia ma ciò cui si giunge e vi si giunge a ritroso”.

Di qui, l'archetipo di un legame giuridico, tra reato e pena, un legame, per così dire, morale e dal quale deriva, per il soggetto che ha commesso il reato, la necessità di una pena che lo colpisca.

La logica sottesa o forse il paradosso, che tutto rinvia in una scelta dell'Uomo e che legittima come conseguenza, il castigo giuridico, il castigo sociale, insomma, un'idea di pena che va al di là del diritto, ma resta ancorata a quel presupposto della vita morale, sociale e giuridica che altro non è che la libertà⁹.

L'Uomo agisce, l'Uomo sceglie, l'uomo determina, l'uomo consegue il premio così come ottiene la condanna.

Su tale modello, Aldo Moro arriverà a concludere che la pena perpetua non finirà mai, "finirà con la tua vita questa pena".

È forse tale, in termini di crudeltà, l'aberrazione degli ergastoli poiché, non c'è nulla di più crudele, di una pena come tortura, che conserva in vita, o meglio che priva la vita del suo contenuto, che senza ulteriori giri di parole, è abbruttimento e perdita di dignità¹⁰.

La dignità, lo ricorda Pierre Legendre (in *Revisiter les foundations du droit civil*) ove la valenza giuridica come significante di dignità è intesa nel senso che ogni soggetto si rapporta agli altri esercitando la propria libertà mediante una convivenza dignitosa e la persona è l'unico epicentro del diritto) per evidenziare che la dignità non è una super-norma ma si lega ai valori più forti della società: uguaglianza, solidarietà e libertà ed il rischio della sua caduta, per rinuncia, ingratitudine e rifiuto, ci rammenta che non basta sentirsi indegni, occorre confessarlo: "*Domine, non sum dignus*"¹¹.

⁹ T. Padovani, *La Soave Inquisizione – Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, pp 529 ss.

¹⁰ Lo ricorda anche N. Luhmann, *La realtà dei mass media*, Milano, 2002, p. 123: "la memoria realizza una continua discriminazione tra dimenticare e ricordare e se non dimenticasse, se non liberasse alcune capacità per le nuove operazioni, il sistema non avrebbe futuro. In altri termini la funzione della memoria sta nel cancellare le tracce, nel reprimere e nell'inibire occasionalmente la repressione. Si veda, D. Hofstadter e E. Sander, *Superfici ed essenze. L'analogia come cuore pulsante del pensiero*, Torino, 2015, p. 461; A. Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, 2004, p.136, A. Garapon, *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia* (Campi del sapere), Milano, 1997, p. 67.

¹¹ P. Legendre, *Revisiter les foundation du droit civil*, in *Revue-interdisciplinaire d'etudes-juridique* in https://www.cairn.info/editeur.php?ID_EDITEUR= ove "la valenza giuridica come significante di dignità è intesa nel senso che ogni soggetto si rapporta agli altri esercitando la propria libertà mediante una convivenza dignitosa e la persona è l'unico epicentro del diritto" per evidenziare, quindi, che "la dignità non è una super-norma ma si lega ai valori più forti della società: uguaglianza, solidarietà e libertà ed il rischio della sua caduta, per rinuncia, ingratitudine e rifiuto", ci rammenta che "non basta sentirsi indegni, occorre confessarlo": "*Domine, non sum dignus*". Insomma, un reciproco di tirannia, o una scelta di servitù volontaria che ci fa vivere come in un campo di battaglia e che può essere superato se fossimo realmente consapevoli che occorre ritrovare, in primo luogo, le coordinate epistemologiche nei percorsi di verità.

Insomma, un reciproco di tirannia, o una scelta di servitù volontaria che ci fa vivere come in un campo di battaglia e che può essere superato se fossimo realmente consapevoli che occorre ritrovare, in primo luogo, le coordinate epistemologiche di un rapporto tra cittadino e Stato, tra esistenza e pena¹².

Ma così non è.

2. Le scelte parlamentari in tema di ergastolo: le ragioni del dissenso.

Mi sia consentita una breve divagazione: in ogni società, si dice, sembra che ci sia una qualche nozione di giusto e della giustizia; ebbene, quando la distinzione si aggroviglia, si confonde, l'etica pubblica si intorbida e la società si disgrega dal suo interno, per effetto di fattori contraddittori e conflittuali, allora “il diritto è un modo, non il modo in cui gli esseri umani si regolano nel loro bisogno di giustizia¹³”.

Del resto, ogni epoca ha i suoi equilibri, le sue gerarchie, accade che la legislazione diventi una funzione di governo oppure che la dialettica si semplifichi in quell'endiadi: politica e

¹² É. De la Boétie, *Discorso sulla servitù volontaria*, *Liberilibri*, Macerata, “Vi è qualcosa di evidente nella natura, qualcosa che nessuno può dire di non vedere, è il fatto che essa, strumento di Dio, e governante degli uomini, ci ha fatto tutti di una medesima forma e, come sembra, col medesimo calco, affinché noi ci si riconosca scambievolmente tutti come compagni o meglio fratelli. E se, nella distribuzione dei suoi doni, ha svantaggiato nel corpo o nella spirito gli uni piuttosto che gli altri, tuttavia non ha inteso metterci in questo mondo come in un campo di battaglia, e non ha mandato quaggiù i più forti e i più abili come briganti armati in una foresta per prevaricare i più deboli, ma bisogna invece pensare che distribuendo ad alcuni di più ad altri di meno, essa volesse dare spazio all'affetto fraterno e mettere gli uomini in grado di praticarlo, avendo gli uni una capacità di offrire aiuto, gli altri bisogno di riceverlo [...]. Essa ha cercato, con tutti i mezzi, di formare e stringere forte il legame della nostra alleanza e società; se ha mostrato in ogni cosa che non voleva tanto farci tutti uniti ma tutti uno; di conseguenza non è da mettere in dubbio che noi siamo tutti naturalmente liberi, perché siamo tutti uguali; e a nessuno può saltare in mente che la natura, che ci ha fatto tutti uguali, abbia reso qualcuno servo”

¹³ G. Riccio, *Ragionando su Processo penale e Intelligenza Artificiale*, in *Archivio Penale*, n. 3/Settembre-Dicembre 2019, ove: “Giurisdizione e processo sono oggi ‘categorie’ diverse da quelle coltivate nella letteratura classica (e dalla Scuola classica e liberale), avendo perduto, la prima, il ruolo di giardino delle garanzie e del sistema e, il secondo, il compito di accertamento che gli è congeniale. Hanno assunto, giurisdizione e processo, caratteristiche ontologiche meramente punitive o, all'opposto, connotati rinunciatari con cui far fronte a bisogni deflattivi realizzati con definizioni anticipate (extraprocessuali); senza dire, su altro fronte, che le ‘misure-Orlando’ per la decarcerizzazione si presentano come modello di anticipazione della giurisdizione sull'azione e della ‘privatizzazione’ della giurisdizione, chiamata ad esprimere compiti di ‘ratifica’ dell'accordo altrove compiuto, ora con la messa alla prova, ora con la tenue offensività, ora con la contrattazione della querela, ora con le forme risarcitorie; tutti strumenti che hanno abbandonato il senso del processo e della giurisdizione per manifestare un pregiudizievole rifiuto per l'accertamento, cioè per il compito istituzionale che la Costituzione affida alla giurisdizione, È un nuovo modello di processo accusatorio; è il processo efficientista che accolla alle categorie fondamentali della giurisdizione la disorganizzazione giudiziaria facendo arretrare la giurisdizione sull'azione: ontologia e dogmatica negano valore al progetto i cui esiti travalicano tradizioni e categorie giuridiche liberali e democratiche, soprattutto i principi del Preambolo penalistico della Costituzione”.

giustizia e, allora, magari, inserire in questo connubio la problematica relativa alla pena, attraverso quei simboli che suscitano fede o incredulità e, magari, anche repulsione nei confronti di realtà ideali, allontana la visione da quell'immagine di *Dike* che incarna eccelse virtù di correttezza, imparzialità ma piuttosto si avvicina a quei simboli che nell'*antologia di Spoon River*, vengono rovesciati da un'immagine opposta, disgustosa che non vede nulla e vuole restare sola con se stessa, con le proprie paure, con quelle idiosincrasie che non sono un obiettivo ma un fine intransigente, fazioso¹⁴.

È alla luce di questa osservazione che si inserisce il primo contributo ad opera di Franco Corleone (*La pena dell'ergastolo in Parlamento*): un'accurata ricostruzione del dibattito parlamentare che ha interessato l'istituto dell'ergastolo a partire dalla prima legislatura.

Si affrontano le ragioni abolizioniste nel disegno di legge del 1998 che partivano dal Relatore Salvatore Senese con l'opzione di sostituzione della pena dell'ergastolo con una pena definita "reclusione speciale", della durata compresa tra 30 e 32 anni, alcune pene accessorie venivano mantenute, così come alcune misure di difesa sociale; il dato più evidente era quello volto a cancellare con nettezza la reclusione perpetua, con il suo carattere di esclusione sociale senza fine, parola che assume il doppio significato senza termine senza scopo.

Significative le parole di Salvatore Senese nel dibattito parlamentare, quando con una suggestione molto bella evidenzia: "all'inciviltà e le barbarie della devianza o della criminalità, si deve tentare di rispondere con la civiltà e cioè con la razionalità, con l'esatta commisurazione degli strumenti rispetto ai fini, senza lasciarsi soverchiare dall'emotività". Queste le sue parole conclusive: "tolto dal nostro universo di difesa sociale un espediente esorcistico, si potrà mettere mano con razionalità, senso della misura e pragmatismo all'apprezzamento di un sistema di difesa sociale efficace e sicuro".

Il contributo di Franco Corleone esamina le motivazioni inerenti ai dissensi sottesi alla mancata riuscita del progetto che dopo il voto del 30 Aprile 1998, appare avvilito e, come si legge, vi è la certezza di aver perso un appuntamento con la storia, sicché, in quel periodo, non solo non sarà approvata l'abolizione dell'ergastolo ma non si procederà ad una riforma di un nuovo codice penale che avrebbe comportato l'abrogazione del codice Rocco.

Nelle origini dei dissensi si evince un punto di rottura imposta da ragioni di tipo politico; in altri termini, il problema attiene al rischio di smarrire il consenso dell'opinione pubblica,

¹⁴ E. Lee Masters, *Antologia di Spoon River*, con la prefazione di Fernanda Pivano, Torino, 1966.

che si è sempre dimostrata contraria ad un diritto penale minimo, insufficiente alle attenzioni general-preventive di difesa sociale.

Il paradosso è che nel frattempo, rispetto al 1998, quindi, vent'anni dopo l'assassinio di Aldo Moro e sei anni dopo quelli di Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, sono aumentati gli ergastoli di quattro volte, mentre sono diminuiti gli omicidi che non superano i 500 in un anno, la lotta armata di origine interna è scomparsa e le stragi mafiose sono un lontano ricordo, eppure gli ergastoli aumentano in maniera esponenziale e le liberazioni condizionali sono poche e impossibili¹⁵.

Sicché, tale è la dimostrazione che quello che pareva un simulacro si è trasformato in uno strumento di repressione formidabile¹⁶.

3. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale ed europea.

Il volume *Contro gli ergastoli* viene pubblicato in concomitanza con l'ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2021, depositata l'11 maggio 2021, con la quale la Corte, sebbene non dichiara l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo, accerta l'incostituzionalità della norma nella parte in cui prevede la collaborazione del condannato quale unica via per accedere al beneficio della liberazione condizionale¹⁷.

Le ragioni di una mancata declaratoria di incostituzionalità attengono a ragioni di politica criminale, in quanto, così come sostenuto, «un'immediata declaratoria di incostituzionalità potrebbe determinare disarmonie e contraddizioni nella complessiva disciplina di contrasto alla criminalità organizzata, nonché minare il rilievo che la collaborazione con la giustizia

¹⁵ S. Marietti, «L'ergastolo in Italia non esiste». *I numeri di un pregiudizio*, in S. Anastasia, F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, cit., pp. 93-108.

¹⁶ In argomento, C. Bernasconi, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis, 2° co., ord. penit.*, in G. Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, 2003, Torino, p. 288; C. Fiorio, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in A. Bargi (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 1139; M. Pellissero, *Il percorso sospeso: la posta in gioco «radicale» dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1001 ss.

¹⁷ Corte Cost., ord. n. 97/2021, in G. U. 12 maggio 2021, n. 19 al considerando in diritto n. 9. Tra i molti commenti alla decisione si veda E. Dolcini, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema Penale*, 25 maggio 2021; L. Risicato, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, n. 2/2021, p. 641 ss.; V. Carucci, *Prove tecniche di «collaborazione istituzionale»: commento all'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 3/2021, p. 225 ss.; A. Pugiotto, *Leggere altrimenti l'Ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2021, p. 1182-1193.

continua ad assumere nell'attuale divieto».

La decisione della Corte evidenzia la dicotomia tra principi costituzionali e fallimento del sistema per cui, si sa, quando si discute di come *difendere Abele e recuperare Caino* occorre che il contrasto tra obiettivi di sicurezza e regole di tutela della dignità, non tollerano soluzioni intermedie poiché non si favorisce quel reciproco riconoscimento della comune umanità al principio dell'Uomo, sempre come fine e mai come mezzo¹⁸.

Un sostanziale *non liquet* della Corte nel rinviare alla data del 10 maggio del 2022 l'impegno del Legislatore ad uniformare l'attuale disciplina alle regole della Costituzione, con soluzioni di equilibrio tra, necessaria prevenzione e repressione dei reati di criminalità organizzata e, utilità della collaborazione in tali casi.

Sebbene, come icasticamente osservato, dal prof. Pugiotto, (*La Versione della Consulta. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale*) è solo la sentenza della Corte costituzionale, n. 253/2019 che ha aperto una decisiva breccia nel muro della ostatività penitenziaria, riconoscendo all'ergastolo ostativo non collaborante, la possibilità di essere ammesso al beneficio del premesso premio¹⁹.

Difatti, con la sentenza in epigrafe, vacilla la presunzione legale assoluta secondo cui “chi non parla, pur potendolo fare, è socialmente pericoloso: per legge, infatti, quel silenzio sarebbe sempre omertoso, prova invincibile della permanente adesione del reo al sodalizio criminale appunto non contano le ragioni del suo silenzio” (magari dettato dal timore di ritorsioni a suo danno o dei propri familiari); “non conta il suo percorso rieducativo, fatto durante gli anni di reclusione anche se ne attestati un'autentica revisione critica delle pregresse scelte criminali”²⁰.

¹⁸ G.M. Flick, *Contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 1505 ss.; in precedenza, cfr. ad esempio L. Riscato, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1238 ss. Tendenzialmente più favorevole rispetto alla soluzione compromissoria adottata dalla Consulta, nell'ambito della letteratura più recente, cfr. ad esempio D. Pulitano, *Il penale tra teoria e politica*, in *Sistema penale online*, 9 novembre 2020.

¹⁹ Corte costituzionale, s. n. 253/2019, in G. U. 11 dicembre 2019, n. 50. Corte costituzionale, s. n. 32/2020, in G.U. 4 marzo 2020, n. 10. Cfr. altresì, Corte costituzionale, s. n. 20/2022. In particolare: la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionali sollevate dal Magistrato di sorveglianza di Padova che riteneva privo di giustificazione e lesivo del principio di uguaglianza il diverso regime probatorio vigente per i detenuti la cui collaborazione con la giustizia è oggettivamente impossibile o inesigibile (in tal caso deve essere valutata la sola insussistenza di rapporti attuali con il contesto malavitoso) e coloro per i quali la collaborazione risulta invece possibile (in tal caso, come noto, deve essere escluso il pericolo di ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata). In dottrina, A. Pugiotto, *La versione della Consulta. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale*, in S. Anastasia, F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, Roma, 2021, p. 44.

²⁰ A. Pugiotto, *La versione della Consulta. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale*, in S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, cit., p. 44.

“O collabori o rimani in cella” per sempre: questo è l'epitome del regime ostativo penitenziario, questo è sul vero volto del sistema cautelare l'impiego della costrizione *ad eruendam veritatem*²¹.

Si legge, nel contributo del Prof. Pugiotto, che invero, una tale costruzione normativa alla luce del riconoscimento della Consulta non regge il confronto con gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.: “la collaborazione può essere premiata, non estorta con il ricatto di una detenzione più afflittiva, perché nega a priori rilevanza giuridica al processo di risocializzazione del detenuto, perché il percorso del tempo in prigione, decenni per il condannato a vita può contraddire la presunta immutabilità sia della personalità del detenuto sia del contesto esterno al carcere”²².

In altri termini, si basa su una generalizzazione che può essere invece contraddetta da allegazioni contrarie e sarà quindi il Giudice di sorveglianza, coadiuvato dalle autorità competenti, dalle direzioni penitenziarie e dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, dalla procura antimafia a dover valutare caso per caso, tutti i fattori in gioco al fine di concedere o meno il beneficio penitenziario richiesto dal reo non collaborante.

Il moto tellurico provocato dalla sentenza impone valutazioni in tema di presunzioni di pericolosità che travolgono, su un piano diversificato, il processo penale nell'ossimoro *imputato e condannato pericoloso*: una *contradictio in adiecto*, irriducibile alle regole del giusto processo a partire dalla non considerazione di colpevolezza e di pena come sarebbe opportuno definirla, come percorso di reinserimento del condannato nella società.

Incomprensibile, dunque, la persistenza di tale presunzione in una fase qual'è quella di esecuzione, dove la presunzione assoluta di pericolosità si basa su formulazioni generiche

²¹ G. Bettioli, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 344. F. Cavalla, *Prefazione a Retorica, processo, verità*, in F. Cavalla (a cura di), *Retorica, processo, verità*, Milano, 2007, G. Illuminati, (voce) *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, 1988, p. 1; A. Tarski, *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, 1944, pp. 341-375, trad. it. A cura di A. Meotti, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in L. Linsky (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano, 1969, pp. 27-68. F. Centorame, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Torino 2016.

²² Corte costituzionale, s. n. 253/2019, Pres. Lattanzi, Red. Zanon, in *Eius*, in www.eius.it/giurisprudenza/2019/699, 1 ss.; nonché in *Guida al dir.*, n. 5/2020, p. 64 ss.; A. Pugiotto, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*; M. Cerase, *La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità*, M. Chiavario, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, A. Menghini, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, consultabili partendo dal sito www.giurcost.org. C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, p.101 ss.

e al contempo contrarie che ne smentiscono spesso il presupposto nella specifica valutazione da parte della magistratura di sorveglianza.

Non dimentichiamo che il processo penale si fonda sul dubbio e su quell'errore che mette in crisi il giudicato e la fase dinamica dell'esecuzione, mediante meccanismi complessi ma non impossibili dell'istituto della revisione che sono stati pensati per evitare che il giudicato, possa coprire gli errori più di quanto la terra faccia con i suoi morti se vogliamo svelare il segreto del processo penale di S. Satta²³.

Ecco, dunque, che una visione parziale e ancorata a pregiudizi appare un *non sense* che annuncia, in maniera insidiosa l'inversione dell'onere della prova quando, nel ragionamento della stessa Corte costituzionale, si evince che quest'ultima è ben consapevole che l'appartenenza ad un'associazione di stampo mafioso, ancora oggi implica un'adesione stabile e duratura ad un sodalizio criminoso.

Rileva, nondimeno, che il trascorrere del tempo, nella fase di esecuzione della pena, può comportare trasformazioni rilevanti sia della personalità del detenuto sia del contesto esterno al carcere.

Di qui, la necessità di riconoscere carattere non più assoluto ma bensì, relativo, alla presunzione di pericolosità, posta a base del divieto di concessione del permesso premio al detenuto che abbia scelto di non collaborare con la giustizia, senza che tale ultima circostanza possa fungere da impedimento alla valutazione in concreto dell'evoluzione

²³ S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi 1994. Avverte l'esigenza di spostare il piano dell'indagine verso la prassi M.R. Damaska, *I volti della giustizia e del potere, analisi comparativa del processo*, Bologna, 1991, p.278 il quale ricorda: "la legislazione di molti sistemi occidentali...stabilisce che l'imputato benché tenuto a sottoporsi ad interrogatorio, ha il diritto di rifiutarsi di rispondere. Il diritto al silenzio. Inoltre, se si sceglie di deporre, le bugie che ne risultano non sono punibili come falsa testimonianza: diritto di mentire. Naturalmente la costrizione fisica per ottenere la deposizione è ormai proibita in via generale. A livello della retorica giuridica queste sono deviazioni drastiche della forma pura dell'attuazione di scelte politiche, con la sua enfasi sul dovere della parte di cooperare con le autorità. L'effettiva amministrazione della giustizia è però stata influenzata da queste conquiste retoriche solo in misura limitata, sicché il diritto vivente in questo campo merita di essere riconsiderato"). Non è sbagliato ricordare, C.G.A. Mittermaier, *Teoria della prova nel processo penale*, Milano 1858, G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, F. Carnelutti *principi del processo penale*, Napoli, 1960, per sottolineare che la teoretica sul contributo conoscitivo dell'accusato prendeva forma e sostanza dalla scarsa considerazione della considerazione di non colpevolezza, sebbene, sin dal 1723 le Regie Costituzioni piemontesi, (lo evidenzia Il Prof. A. Giarda nel *Persistendo l'reo nella negativa*, Milano, 1980 "una tematica di fondamentale portata sistematica, nella quale sono implicati i valori di fondo del processo penale : dal mito della ricerca della verità materiale alla salvaguardia del diritto di difesa : dalle esigenze della difesa sociale alla tutela della persona dell' imputato; dalla ricorrente tentazione di ripristinare strumenti di acquisizione delle "fonti" e dei risultati di prova ad impronta inquisitoria alla sempre più diffusamente sentita necessità di riaffermare, contro o almeno a fronte di ogni potere dello Stato, taluni "insopprimibili diritti dell' uomo; dall'esaltazione di un dovere di lealtà per le parti implicate nel processo all'ammissione di strategie difensive inevitabilmente ispirate e sorrette da criteri di parzialità", si veda altresì V. Grevi, "Nemo tenetur se detegere". *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, dello stesso Autore si veda *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, Milano 1998.

della personalità.

In definitiva, se non è irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, tuttavia è necessario, in ossequio ai principi contenuti negli artt. 3, 27, co. 3, Cost. consentire che tale presunzione possa essere superata da prova contraria.

Ma da parte di chi? Su chi dovrebbe gravare quest'onere, non certo sul condannato²⁴!

Peraltro, il superamento della presunzione di pericolosità sociale non può dipendere dalla sola regolare condotta carceraria, dalla mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno da una mera e declamata dissociazione, ma si determina solo in forza dell'acquisizione di altri congrui e specifici elementi, ricavabili dell'intero tessuto normativo e sociale, per quanto possa essere corretto definirlo così all'interno del percorso rieducativo penitenziario.

Si comprende, dunque, quale possa essere l'onere del Legislatore che entro il 10 maggio del 2022, dovrà disciplinare la materia conformemente a Costituzione, con interventi che tengano in considerazione sia la peculiare natura dei reati connessi alla criminalità organizzata sia la necessità di preservare il valore della collaborazione in queste ipotesi.

Il Legislatore dovrà, altresì, tenere in considerazione anche tre interventi giurisprudenziali europei particolarmente importanti, di cui tratta nel volume Barbara Randazzo, *Gli ergastoli nella giurisprudenza della Corte EDU*, ricordando che quando si affrontano argomenti che attengono alla tutela dei diritti umani occorre prendere in considerazione il sistema multilivello di protezione sia, sotto il profilo dei principi e delle regole riconosciuti nelle diverse Carte sia, sotto il profilo dei rimedi giurisdizionali interni ed europei previsti dalle diverse Corti.

Gli ergastoli italiani, al vaglio della Corte europea hanno come prima pronuncia, di matrice europea, *Viola v. Italia* n. 2/2019 e di qui alcune riflessioni: in primo luogo, è opportuno precisare che la Corte EDU non si è mai pronunciata contro le pene di durata indeterminata, purché l'indeterminatezza non nasconda il carattere incondizionato della perpetuità²⁵.

In maniera diversificata, la perpetuità, in quanto tale, non viene condannata a livello sovranazionale ma in particolare, la giurisprudenza convenzionale tratteggia distintamente

²⁴ Se i documenti derivanti dalla Procura Nazionale o dalla Procura distrettuale o dal Comitato per la sicurezza sono negative, l'onere di allegazione gravante sul beneficiario si trasforma in un vero e proprio onere probatorio, v. A. Menghini, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p.*, Nota a Corte cost. n. 253/2019, consultabili partendo dal sito www.giurcost.org.

²⁵ Corte EDU, Sez. I, sent. 13 giugno 2019, *Marcello Viola c. Italia* (n.2).

i confini entro i quali l'ergastolo può essere considerato una pena legittima, a tal fine imponendo agli Stati membri, con il margine di apprezzamento tipico della giustizia penale, l'istituzione di un meccanismo dedicato che garantisca il riesame della sentenza con possibilità di rilascio²⁶.

Nel particolare, la Convenzione richiede una verifica ove si possa sostenere che le iniziali ragioni giustificative della detenzione possano ancora persistere, in caso contrario la perpetuità non può realizzarsi, laddove, invece, perdurino fattori di rischio e di pericolo attuali, questa appare compatibile con i principi sanciti dalla Carte convenzionali.

È dunque, la irriducibilità contraria all'art. 3 della Convenzione, non la perpetuità, la quale, invece, può essere giustificata da esigenze retributive, di prevenzione generale o speciale, di risocializzazione; ed è per questo che invocare le Carte o la giurisprudenza sovranazionale per sostenere l'inconciliabilità dell'ergastolo con i diritti fondamentali può risultare un'operazione dagli esiti dubbi.

Insomma, la Corte EDU non appare proprio in linea con le esigenze di un'abolizione dell'ergastolo, poiché sin dal 2014 ha fatto costantemente applicazione della giurisprudenza *Vinter*, ribadendo in più occasioni che in presenza di un meccanismo di riesame la pena perpetua non integra un trattamento inumano e degradante²⁷.

Ed è in virtù di tali ragioni che nella sentenza *Viola v. Italia n. 2*, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto l'ergastolo ostativo previsto dall'ordinamento italiano contrario alla Convenzione, in quanto limitativo delle prospettive di rilascio dell'ergastolano.

In particolare, se per il Legislatore italiano, la collaborazione con la giustizia è presupposto per dimostrare la dissociazione dal sodalizio criminale e per garantire il ravvedimento, per il giudice europeo, invece, «la mancanza di collaborazione potrebbe non sempre essere legata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai valori criminali e dal mantenimento di legami con il gruppo di

²⁶ D. Galliani e A. Pugiotto, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2019, p. 194. Cfr. altresì, § 75, *Léger c. France*, [Second Section], 2006, nella quale si afferma, riprendendo una precedente giurisprudenza, che «La Cour a jugé en effet, à propos d'une peine perpétuelle, que dès lors qu'il a été satisfait à l'élément punitif de la sentence, tout maintien en détention doit être motivé par des considérations de risque et de dangerosité». «In effetti, la Corte ha ritenuto, in relazione a una condanna all'ergastolo, che “una volta che l'elemento punitivo della pena è stato soddisfatto”, la continuazione della detenzione deve essere motivata da considerazioni di rischio e pericolosità”.

²⁷ In tal senso, si v. § 111, *Vinter e altri c. Regno Unito*, [GC], 2013. Nella stessa pronuncia, la Corte indica, altresì, che il riesame debba essere garantito non oltre venticinque anni dopo la condanna all'ergastolo, con ulteriori riesami periodici in seguito (§ 120), e che il condannato ha il diritto di conoscere le condizioni per la sua liberazione sin dall'inizio della pena (§ 122).

appartenenza»²⁸.

È dunque contraria alla Convenzione la presunzione assoluta che presuppone l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la pericolosità sociale, perché «collega in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i delitti sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e degli altri motivi per cui *maintien en détention doit être motivé par des considérations de risque et de dangerosité* (In effetti, la Corte ha ritenuto, in relazione a una condanna all'ergastolo, che “una volta che l'elemento punitivo della pena è stato soddisfatto», la continuazione della detenzione deve essere motivata da considerazioni di rischio e pericolosità).

Nel contributo di Davide Galliani, (*Gli ergastoli altrove. Ovvero: la pena perpetua nel mondo*) l'autore si interroga su cosa sia la pena perpetua e se sia sufficiente prevedere istituti come la libertà condizionale, la clemenza, il differimento per motivi umanitari-sanitari per escludere che una pena astrattamente perpetua non sia in realtà tale²⁹.

La prima questione risulta superata poiché a livello definitorio si considerano perpetue “quelle pene che, pronunciate dal giudice della cognizione nei confronti di una persona penalmente responsabile, implicano l'assenza di tempo predeterminato da dover scontare in carcere”.

Quelle pene che, quindi, si risolvono in un fine pena mai o, meglio, fine pena a limite soggettivo, dipendendo la durata dalla sopravvivenza del condannato³⁰.

Sintomatico, il confronto con la Corte penale internazionale, che ad oggi, non ha mai pronunciato condanne alla pena perpetua. Peraltro, lo statuto prevede, in caso di condanna alla pena perpetua una *judicial review* della stessa Corte, dopo 25 anni di detenzione del reo.

Il confronto pone delle serie riflessioni in tema di diversità trattamentale per il diritto penale internazionale che, in tema di crimini contro l'umanità, prevede meccanismi meno rigorosi rispetto ai meccanismi punitivi previsti per i reati di criminalità organizzata e, viceversa, risponde a forti istanze di retribuzione e deterrenza.

²⁸ G.M. Flick, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, p. 5.

²⁹ D. Galliani, *Gli ergastoli altrove. Ovvero: la pena perpetua nel mondo*, in S. Anastasia, F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, cit., pp. 109-142.

³⁰ L. Risicato, *La pena perpetua*, cit., 1254. Per obiezioni di questo tipo cfr., tra altri, K. Luederssen, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 85 ss.; e, più di recente, D. Galliani, *Pena di morte e pena perpetua: e il senso di umanità?* in *Giustiziainsieme.it*, 30 gennaio 2021. G. Fiandaca, *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione*, in L. Di Carlo (a cura di), *Bilanciamento e sistema delle fonti*, Torino, 2020, p. 77 ss.

Il cuore del problema si ritrova nel commento già citato, di Andrea Pugiotto, sugli approdi della Corte costituzionale, secondo cui l'ergastolo può continuare ad esistere in quanto tende a non esistere: “un sofisma dal corto respiro che capovolto dimostra che il carcere a vita è certamente incostituzionale [...] L'ergastolo, infatti, non viola la costituzione purché non sia ergastolo”.

Emerge così il paradosso insito nella legittimità dell'ergastolo, costituzionale in astratto, incostituzionale in concreto, perché tollerato solo se non perpetuo: un paradosso che tuttavia si traduce in realtà per tutti coloro che non possono o non riescono ad ottenere la liberazione condizionale e per i quali l'ergastolo, o meglio gli ergastoli, ancora esistono. Stando alla lettera del codice, in realtà, la pena perpetua, con l'obbligo di isolamento notturno e di lavoro, viene declinata al singolare denominata come ergastolo; l'opera, però, supera consapevolmente l'utilizzo del singolare ed utilizza il plurale per indicare le varie forme di esecuzione della pena qualitativamente diverse: l'ergastolo comune, l'ergastolo scontato per determinati periodi in isolamento diurno e l'ergastolo ostativo.

4. Brevi considerazioni: Testo Unificato delle proposte di legge della Camera dei Deputati in ordine alle modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 e alla legge 13 settembre 1982, n. 646.

Le Commissioni parlamentari permanenti I, VI e XI hanno recentemente espresso parere favorevole con riguardo al testo unificato delle proposte di Legge della Camera dei deputati in ordine alle modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 e alla legge 13 settembre 1982, n. 646 in materia di revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia³¹.

In particolare, il testo unificato della Commissione estende la concessione dei benefici di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario ai detenuti o internati per reati particolarmente gravi che, pur non avendo collaborato con la giustizia, abbiano fornito

³¹ F. Ventimiglia e G. Conconi, *Il nuovo ergastolo ostativo ai sensi del Testo unificato delle proposte di Legge della Camera*, in *plusdiritto.ilsole24ore.com*.

sufficienti elementi a dimostrazione di una avvenuta rieducazione a seguito del percorso carcerario.

Dunque, il condannato per i delitti di cui al primo comma dell'art. 4-*bis*, ordinamento penitenziario potrà accedere a permessi premio, lavoro all'esterno, semilibertà e liberazione anticipata quando dimostri di non essere più collegato all'associazione criminale.

Nello specifico, il nuovo comma 1-*bis* del predetto articolo prevede che tale accertamento potrà essere fornito dal detenuto tramite l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna nonché mediante la documentazione di specifici elementi che testimonino la propria estraneità alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva che non siano, tuttavia, limitati alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione al percorso di rieducazione o alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale.³²

Pertanto, la concessione di tali benefici rimane, in ogni caso, condizionata alla sussistenza di particolari requisiti nonché subordinata agli esiti degli accertamenti svolti dall'Autorità giudiziaria.

Infatti, il Tribunale di sorveglianza, previo parere del Pubblico Ministero presso il Giudice che ha emesso il provvedimento di primo grado – o del Pubblico Ministero presso il Tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado – nonché del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo potrà decidere in merito all'accoglimento o al rigetto dell'istanza di accesso ai benefici penitenziari.

Il Tribunale di sorveglianza sarà, inoltre, tenuto ad acquisire informazioni da parte dell'istituto penitenziario ed eseguire accertamenti sulla situazione patrimoniale del detenuto, nonché su eventuali iniziative di riparazione o risarcimento del danno nei confronti delle vittime. Tuttavia, qualora, trascorso il termine di 30 giorni, non siano pervenuti i suddetti pareri o le informazioni relative agli accertamenti richiesti, il Giudice potrà decidere, ancorché motivando adeguatamente il provvedimento di accoglimento o di rigetto, anche in assenza di questi.

Con riferimento alla liberazione condizionale, la nuova disciplina prevede altresì che il detenuto che non collabori con la giustizia debba aver scontato almeno due terzi della pena

³² Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia (esame emendamenti testo unificato C. 1951 Bruno Bossio, C. 3106 Ferraresi, C. 3184 Delmastro Delle Vedove e C. 3315 Paolini-A - Rel. Perantoni) www.camera.it.

temporanea o un minimo di 30 anni per la pena dell'ergastolo ai fini dell'istanza di accesso a detto beneficio.

5. Considerazioni conclusive: verso un recupero della dignità.

Occorre constatare che allo stato attuale, si potrebbe sostenere, come nella Commedia di Kenneth Branagh, che ci sia stato molto rumore per nulla se, invero, l'ordinanza n. 97/2021 con cui la Corte costituzionale aveva chiesto al Parlamento di intervenire in materia di concessione di misure alternative alle persone condannate per i reati di cui all'art. 4-*bis*, ordinamento penitenziario, constatata l'incostituzionalità della disciplina vigente, risulta disattesa in buona parte dal testo approvato dalla commissione Giustizia della Camera³³.

In altri termini, non si è saputo cogliere il cuore del problema, nelle indicazioni ricevute dalla CEDU e dalla Corte costituzionale: l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo ha la sua ragion d'essere perché la pena è legittima solo se idonea a restituire qualunque detenuto alla vita libera ove non costituisca più un pericolo per gli altri e non ci siano più giustificazioni alla sua restrizione.

L'orizzonte indicato dalla Consulta appare chiaro e questo, non significa non mantenere l'attenzione sui fenomeni criminali di massima pervasività quanto, piuttosto, saper rimuovere gli ostacoli normativi in tema di percorsi effettivi di reinserimento e di diritto alla speranza che spetta ad ogni individuo perché tornare a essere liberi, significa tornare ad essere vivi.

In tale logica, non si sono raggiunti grandi risultati se, come si è visto, il nuovo testo

³³ Corte costituzionale, o. n. 9772021, Pres. Coraggio, Red. Zanon: «La collaborazione con la giustizia 'certamente mantiene il proprio positivo valore, riconosciuto dalla legislazione premiale vigente' e non è irragionevole presumere che l'ergastolano non collaborante mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di appartenenza. Tuttavia, l'incompatibilità con la Costituzione si manifesta nel carattere assoluto di questa presunzione poiché, allo stato, la collaborazione con la giustizia è l'unica strada a disposizione dell'ergastolano ostativo per accedere al procedimento che potrebbe portarlo alla liberazione condizionale. La collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, così come il suo contrario non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento: la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione, così come, di converso, la scelta di non collaborare può esser determinata da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di legami con associazioni criminali» cfr. altresì R. De Vito, *La liberazione condizionale nel diritto vivente giurisprudenziale*, in S. Anastasia, F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, cit., p. 160.

legislativo disegna ulteriori e stringenti limiti, nel pretendere che il detenuto debba dimostrare l'integrale adempimento delle obbligazioni civili o l'assoluta impossibilità ad adempierle, fornisca specifiche prove idonee ad escludere l'attualità dei collegamenti o di un eventuale pericolo di ripristino di tali collegamenti, rispetto ad una semplice dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di originaria appartenenza.

Si disattende la richiesta formulata dalla Corte costituzionale su una differenziazione tra le fattispecie individuate nell' art. 4-*bis*, accomunando reati di origine associativa e quelli contro la pubblica amministrazione e si arriva ad imporre una dichiarazione di dissociazione in palese contrasto con il diritto al silenzio di chi si continua a sostenere innocente.

Peraltro, il 10 maggio la Corte costituzionale dovrà affrontare il tema dell'ammissibilità delle misure alternative al carcere per le persone condannate all'ergastolo *ostativo* e probabilmente, nella perdurante incapacità del legislatore di esprimere un testo coerente ai dettami della Consulta, quest'ultima dovrà, disegnare un nuovo tessuto normativo poiché già sembrano profilarsi ulteriori dubbi di incostituzionalità.

Forse, quello che occorre trovare, è un equilibrio in tema di tutela dei diritti *scomodi*, magari riuscire a trovare il modo per allontanare un concetto paternalistico di Stato e di Giustizia, per riscoprire il valore dell'Uomo: quella speranza che va contro ogni speranza e allontana da un'idea di costrizione come tortura.

Dalla lettura del volume, *Contro gli ergastoli*, si trova una via *Al posto degli ergastoli*: il prof. Giovanni Fiandaca (*Al posto degli ergastoli*) evidenzia che: "la pena detentiva a vita non può vantare titoli di legittimazione incontestabili, sia di principio che di efficacia preventiva". Si sottolinea, dunque, il rischio di guardare alla prospettiva della riparazione con un eccesso di fiducia e di enfasi come "un nuovo farmaco psicologico da assumere senza indugio" per non sentire nei nostri animi quel disincanto che è l'ideale rieducativo³⁴.

Quel che occorre è forse quello di sperimentare e discutere sulla questione più complessa, come poter dar senso a contenuti e scopi utili alla carcerazione dei mafiosi, al di là delle finalità di neutralizzazione della loro pericolosità criminale.

Quel che necessita è approfondire la questione di un percorso rieducativo che sia finalizzato

³⁴ G. Fiandaca, *Nota introduttiva*, in S. Cecchi, G. Di Rosa, P. Bonetti e M. Della Dora (a cura di), *Sulla pena. Al di là del carcere*, Macerata, 2013, p. 22. G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sistema penale online*, 28 novembre 2020. Per una disamina sulle alternative alla detenzione e sui numeri della pena carceraria negli altri Stati membri, si veda il volume di L. Manconi, S. Anastasia, V. Calderone e F. Resta, *Abolire il carcere*, cit., p. 85.

ad una verifica temporanea, per poter giungere all'effettivo reinserimento: perché il diritto a riconquistare la libertà è di ciascun individuo.³⁵

Significative in tal senso, le parole di Anton Cechov: “l’assenza di termine della condanna e la consapevolezza che ogni speranza in un futuro migliore è vana, che nel condannato il cittadino è morto per sempre e che non esiste sforzo che possa riportarlo in vita, inducono a concludere che la pena capitale, non è stata abolita, bensì camuffata sotto altre vesti, meno scandalose per la sensibilità umana”.

Senza alcun dubbio, occorre interrogarsi circa la possibilità di disporre di strumenti alternativi per fronteggiare le ricorrenti minacce alla sicurezza derivanti dalle più gravi forme di criminalità individuale e collettiva. “Quanto all’obiettivo finale, [...] la pena, nel nostro ordinamento, non può aspirare a rimodellare globalmente la personalità del condannato”. “Quanto al metodo, l’imperativo della rieducazione deve tradursi in un’offerta rivolta al condannato, il quale potrà accoglierla o rifiutarla. Lo Stato non può imporre al reo alcun trattamento rieducativo, né l’autore del reato è tenuto a sottostarvi”³⁶. Insomma, sembra che quella fase esecutiva non possa riportare a quell’idea, da molti condivisa di una *pace esecutiva* perché non più dominata dalla discrezionalità amministrativa ma da una giurisdizionalità, intesa come metodo.

Questo assunto trovava momentaneo riscontro nella l.n. 354/1975, vale a dire la riforma dell’esecuzione penale in chiave giurisdizionale di qui, in omaggio a quest’ultima l’esigenza, di una creazione della cosiddetta Magistratura di sorveglianza, garante, almeno in teoria della salvaguardia dei diritti, *rectius* delle prerogative del detenuto³⁷.

Non sembra si siano colti tali insegnamenti, se la logica appare ancorata ad una detenzione come eliminazione della dimensione fisica e mentale dal contesto sociale.

La storia da quella data ad oggi, non ha dato concreti segnali di resipiscenza e di inversione del pensiero rispetto al passato.

Resta, *la speranza in un futuro migliore*, e per tali motivi il volume rappresenta un nobile impegno in ragione di una riflessione su una esecuzione penale ove il dinamismo è tutela

³⁵ G. Mannozi e G.A. Lodigiani, *La Giustizia riparativa: Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.

³⁶ Così, E. Dolcini, *Pena e Costituzione* in E. Dolcini, F. Fiorentin, D. Galliani, R. Magi e A. Pugiotto (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020; cfr. altresì, G. Fiandaca, *Commento all’art. 27, comma 3 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, p. 222 ss.

³⁷ V. Garofoli, *La “negata” giurisdizionalizzazione dell’esecuzione penale e i rapporti (L.n.354/26 luglio 1975) tra organo amministrativo e organo giurisdizionale in executivis*, in *Unità e pluralità del sapere giuridico*, in *Nel diritto editore*, n. 1/2021; G. Spangher, *La progressiva “giurisdizionalizzazione” della fase esecutiva*, in *Unità e pluralità del sapere giuridico*, in *Nel diritto editore*, n. 1/2021.

dei principi di Giustizia e Umanità.

Abstract: Il contributo analizza il volume *Contro gli ergastoli* a cura di Stefano Anastasia, Franco Corleone e Andrea Pugiotto, evidenziando il volto attuale dell'ergastolo ostativo e delle misure che operano nella fase di esecuzione della pena. Attraverso il sistema multilivello di garanzie costituzionali e convenzionali, la pena dell'ergastolo, nelle recenti inversioni di rotta del Legislatore, rappresenta un limite alla speranza di ogni individuo e non può essere collegato alla collaborazione che, nel processo penale, legittima visioni distorte nell'accertamento della verità e abusi nell'utilizzo di misure custodiali.

Abstract: The paper analyzes the book *Contro gli ergastoli* edited by Stefano Anastasia, Franco Corleone and Andrea Pugiotto, highlighting the current face of life imprisonment and the measures that operate in the execution phase of the sentence.

Through the multilevel system of Constitutional and Conventional guarantees, the penalty of life imprisonment, in the recent reversals of course of the Legislator, represents a limit to the hope of each individual and cannot be linked to collaboration that, in the criminal process, legitimizes distorted visions in ascertaining the truth and abuses in the use of custodial measures.

Parole chiave: ergastolo – ostativo – collaborazione – rieducazione – garanzie costituzionali.

Key words: Life imprisonment – ostative – collaboration – re-education – constitutional guarantees.