

L'ERGASTOLO OSTATIVO TRA DIRITTO E RAGION DI STATO

di Orlando Sapia, responsabile Osservatorio Carcere Camera Penale "Alfredo Cantàfora" di Catanzaro

1) La questione di legittimità al vaglio della corte costituzionale – 2) La costituzionalizzazione dell'ergastolo e il regime dell'ostatività- 3) Ostatività, tolleranza zero e ruolo dello stato – 4) Tra diritto penale massimo e diritto penale del nemico - 5) La giurisprudenza ed i recenti indirizzi: sent. n. 149/18 c.c. - sentenza viola cedu – sentenza n. 253 del 2019 c.c. - 6) 4 bis e circuito penitenziario differenziato

1) La questione di legittimità rimessa dalla Corte di Cassazione, I Sezione, con ordinanza del 3 Giugno 2020 alla Corte Costituzionale ha ad oggetto le disposizioni di cui agli artt. 4 bis, co.1, e 58 ter L. n. 354/ 1975 e art. 2 D.L. n. 152 del 1991 convertito in L. n. 203 del 1991, nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possa godere della liberazione condizionale, salvo il caso in cui sia avvenuta la collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58 ter della medesima legge o, in alternativa, l'accertamento dell'impossibile o inesigibile collaborazione.

Visto, nel caso oggetto di rimessione alla Corte Costituzionale, l'essersi formato il c.d giudicato esecutivo di segno negativo in ordine all'impossibile e/o inesigibile collaborazione, la circostanza della mancata collaborazione ha precluso il vaglio di quanto dedotto nel merito, a sostegno della richiesta di liberazione condizionale, da parte del ricorrente. Con ciò, si è elevata la presenza o meno della collaborazione a criterio, da un lato, esclusivo al fine di vagliare l'assenza di legami con l'ambiente criminale di appartenenza e, dall'altro, escludente rispetto ad altri elementi che in concreto potrebbero essere validi al fine di valutare la presenza dei sopraddetti legami criminali e, quindi, escludere la pericolosità sociale del condannato. Ne consegue che l'esistenza di preclusioni assolute alla valutazione/concessione della liberazione condizionale realizza, pur laddove vi siano progressi del condannato in termini di risocializzazione, una violazione del dettato costituzionale in riferimento agli artt. 3, 27 e 111 Cost.

La Suprema Corte di Cassazione nell'ordinanza di rimessione, anche sulla scia della recente giurisprudenza internazionale (sentenza Corte EDU Viola/Italia) e nazionale (sentenza C.C. n. 253/19) ha ritenuto la questione di costituzionalità rilevante e non manifestamente infondata, dal momento

* Orlando Sapia, Avvocato

che le vigenti disposizioni realizzano “una irragionevole compressione dei principi di individualizzazione e progressività del trattamento” che cedono il passo alle finalità di politica criminale e di difesa sociale, egemoni rispetto al principio della finalità rieducativa della pena che – come riconosciuto dalla sentenza n. 313 del 1990 – è “una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e, l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue”.

Ancora una volta si pone un confronto tra principi sottostanti ad istituti giuridici posti a tutela di differenti e, forse, antitetici interessi sociali, prima, e beni giuridici, dopo.

Da una parte le ragioni dello Stato nell’esercizio del potere legittimo della forza, dall’altra le ragioni del cittadino nel pretendere che questo esercizio legittimo della forza non sia egemonizzato dalle esigenze di sicurezza sociale, ma trovi il suo baricentro nella funzione di rieducazione/risocializzazione della pena.

2) L’ostatività ai benefici penitenziari e l’ergastolo ostativo costituiscono uno di quei casi in cui lo stato d’eccezione diventa regola. Un istituto giuridico nato in un tempo di emergenza, che non solo ha continuato a vivere sino ad oggi, ma continua ad allargarsi a dismisura. Tant’è che, paradossalmente, potrebbe essere più semplice domandarsi quali siano i reati per cui non è prevista l’ostatività per la concessione dei benefici penitenziari, piuttosto che elencare i c.d. reati ostativi, vista la crescita esponenziale nel corso degli anni di quest’ultima categoria.

Allorquando si vieta l’accesso ai benefici penitenziari, salvo il ricorrere della collaborazione ex art. 58 ter o.p. o della collaborazione impossibile/oggettivamente irrilevante, a soggetti condannati alla pena dell’ergastolo si entra in contrasto con quel percorso di costituzionalizzazione della pena perpetua che in Italia si è iniziato a realizzare con l’introduzione della liberazione condizionale per i condannati all’ergastolo nel 1962, per poi continuare con le disposizioni dettate dalla riforma penitenziaria del 1975 e dalla miniriforma Gozzini del 1986.

Tale cammino normativo ha reso l’ergastolo una pena ad esecuzione progressiva, in cui sono previste varie finestre che, nel caso di successo nell’opera di rieducazione, si possono aprire, fino a giungere in presenza del sicuro ravvedimento alla liberazione condizionale, oggetto della questione di legittimità al vaglio della Corte. Di fatto ed in diritto, avviene che il regime dell’ostatività di cui al 4 bis per i condannati all’ergastolo ripristina una disciplina che è quella anteriore al 1962, così riprendendo i connotati della pena perpetua, come concepita dal legislatore del 1930, con ciò in aperto contrasto al lungo e tortuoso percorso di costituzionalizzazione del diritto penale e della funzione della pena.

* Orlando Sapia, Avvocato

3) È probabile che il sistema dell'ostatività e l'ergastolo ostativo non siano solo il frutto di una emergenza che si è protratta oltre i limiti dovuti ed in violazione della Carta Costituzionale, ma costituiscano un nuovo modo di intendere la funzione dello Stato.

Uno Stato che diviene minimo nella funzione di welfare, nella sua funzione sociale, per divenire massimo nella funzione securitaria. Ciò comporta una crescita esponenziale del ruolo del diritto penale, non più inteso come *extrema ratio*, non più concepito come uno degli strumenti di governo del conflitto sociale, ma come lo strumento principale, soprattutto durante l'eterna campagna elettorale per l'attrazione del consenso.

Scrivendo, in ordine a tale mutamento strategico dello Stato e dei suoi apparati, Norberto Bobbio: "L'accusa che il neoliberalismo muove allo stato del benessere non è soltanto quella di aver violato il principio dello stato minimo ma anche di aver dato vita a uno stato che non riesce più a svolgere la propria funzione, che è quella di governare (stato debole). L'ideale del neoliberalismo diventa allora quello dello stato insieme minimo e forte"¹.

4) Così il diritto penale si agita tra la forma del diritto penale massimo, ossia la sua implementazione che consiste nella creazione di sempre nuove fattispecie, spesso non necessarie, e l'aumento degli edittali delle pene, la cui diretta conseguenza è rappresentata dalla vertiginosa crescita, avvenuta nel corso degli ultimi trent'anni, della popolazione detenuta e coinvolta nell'esecuzione penale, e il diritto penale del nemico, ossia la creazione di istituti giuridici il cui obiettivo è chiaramente la neutralizzazione di alcune categorie di rei, non certo il recupero degli stessi. Chiaramente, la neutralizzazione del reo cede il passo dinanzi alla prospettiva del recupero degli elementi info-investigativi, necessari per il successo delle inchieste, in una realtà di sistema penale sempre più votato alla "lotta" che all'accertamento dei fatti e all'eventuale irrogazione/esecuzione di pene conformi alla Costituzione.

La pratica di differenziazione del diritto penale, sino a giungere ad un diritto penale del nemico accanto a quello del cittadino, è fondamentalmente una tipologia aggiornata del diritto penale per "tipo d'autore". In questa direzione, si inseriscono quegli istituti giuridici, presenti in quasi tutti i paesi europei, che rispetto alla criminalità di natura terroristica/eversiva e al crimine organizzato comportano il venir meno del sistema, generalmente riconosciuto, di garanzie in campo penale, processuale e penitenziario.

1 N. Bobbio, *Il Futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1984

* Orlando Sapia, Avvocato

5) Nonostante il divieto di cui al 4 bis sia stato salvato più volte dalla Consulta, nel corso degli ultimi anni si è assistito ad un'inversione di tendenza da parte della giurisprudenza costituzionale. Ci si riferisce alla sentenza n. 149/2018, dove si ha la prima pronuncia di illegittimità costituzionale riguardante direttamente una forma di ergastolo, quella prevista dall'art. 54 quater O.P. Una tipologia di ergastolo, peraltro, che, riferendosi ad una ristretta cerchia di detenuti, si pone, perlomeno sotto il profilo numerico, ai margini del sistema penitenziario (trattasi dei condannati per i delitti di cui agli articoli 289-bis e 630 del codice penale che abbiano cagionato la morte del sequestrato). A supporto della propria pronuncia, la Corte adduce argomenti che coinvolgono contestualmente i principi di eguaglianza e di rieducazione del reo (artt. 3 e 27 co. 3 Cost.), valorizzando in modo particolare il secondo principio. Ciò in continuità con la storica sentenza, n. 313 del 1990, della Corte Costituzionale in tema di funzione della pena. Importantissime sono anche le pronunce da parte della Corte EDU; tra queste la recente sentenza nel procedimento Viola/Italia, in cui la Corte ha condannato lo Stato Italiano per trattamenti inumani e degradanti, quindi in violazione dell'art. 3 della Convenzione, proprio nel caso dell'ergastolo ostativo a carico del ricorrente Viola.

In particolare, la Corte EDU in sentenza afferma: "la Corte dubita della libertà della predetta scelta e anche dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato". Si prende, in tal senso, in considerazione la possibilità che la scelta della mancata collaborazione possa dipendere da altri fattori, ad esempio il timore di mettere a repentaglio la propria vita e quella dei prossimi congiunti, e non sia necessariamente sintomatica di un'adesione ai valori del consorzio criminale o di rifiuto del percorso rieducativo. Così stando le cose l'ergastolo c.d. ostativo priva, a parere della Corte i condannati, in caso di assenza di collaborazione, di qualsivoglia prospettiva di rilascio e di riesame della pena, così divenendo "l'ergastolo senza speranza".

Gli effetti della sentenza Viola comportano a carico dello Stato italiano l'obbligo di porre fine alla causa della violazione dell'art. 3 della CEDU e, quindi, "di attuare, di preferenza per iniziativa legislativa, una riforma del regime della reclusione dell'ergastolo, che garantisca la possibilità di riesame della pena; cosa che permetterebbe alle autorità di determinare se, nel corso dell'esecuzione della pena, vi è stata una evoluzione del detenuto e se è progredito nel percorso di cambiamento".

In questo solco è da inquadrare la sentenza della Corte Cost. n. 253 del 2019 in cui è stata dichiarata "l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis, comma 1, dell'Ordinamento Penitenziario nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione

* Orlando Sapia, Avvocato

criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. Sempre che ovvio il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo.”

6) Il 4 bis è la norma baricentro di un circuito differenziato. Essa traccia un perimetro nel quale si può subire l'esclusione, totale o parziale dei benefici penitenziari (misure alterative, permessi premio, lavoro all'esterno) e della liberazione condizionale. Tale norma descrive varie categorie di detenuti in virtù del reato per cui scontano la pena e crea un sistema di cerchi concentrici, ognuno dei quali rappresenta un differente livello di sottrazione/limitazione dei diritti, sino a giungere al livello di garanzia zero, ovverosia nessun diritto garantito, che è in definitiva la condizione che subisce chi è recluso in regime di 41 bis. In sostanza 4 bis, 41 bis, 58 ter ed altri articoli sparsi nell'O.P. compongono un capo non scritto apertamente, ma in concreto esistente, ovverosia il circuito penitenziario differenziato.²

La creazione di tale circuito penitenziario differenziato pone chiaramente un problema rispetto alla garanzia dei diritti dei detenuti e alla funzione rieducativa della pena, soprattutto, nel caso della pena dell'ergastolo. Difatti, nel caso in cui il soggetto condannato alla pena perpetua non collabori e non sia in grado di fornire prova in ordine alla propria “incolpevole” mancata collaborazione (perché magari conseguenza di altri fattori quali il timore di mettere a repentaglio la propria vita e quella dei prossimi congiunto), resta comunque bloccato nel vicolo cieco del 4 bis e delle preclusioni che ne scaturiscono, pur non essendo la scelta di non collaborare necessariamente sintomatica di un adesione ai valori del consorzio criminale o di rifiuto del percorso rieducativo.

Ne discende che per garantire la conformità convenzionale e costituzionale della normativa, oggetto della questione di legittimità, la presunzione dell'equivalenza tra mancata collaborazione e pericolosità sociale, o tra la prima e l'assenza del sicuro ravvedimento, deve necessariamente caratterizzarsi in termini di relatività; così garantendo in concreto la possibile valutazione della prova in ordine alla pericolosità sociale, da un lato, e al sicuro ravvedimento, dall'altro.

Si tratterebbe di una pronuncia di civiltà a garanzia dello stato di diritto. È di tutta evidenza che le ragioni giustificatrici dell'attuale regime differenziato sono estranee alla funzione costituzionalmente riconosciuta della pena, venendo ad incidere pesantemente sulle condizioni detentive per scopi estranei al sistema penitenziario.

Le finalità perseguite, in verità, appaiono ben diverse da quelle consacrate nel dettato costituzionale: istituzionalizzando, al di là dei limiti dell'emergenza, ed implementando a dismisura il regime differenziato, da un lato si mira a tranquillizzare l'opinione pubblica, creando un senso di maggiore

2 T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa University Press, Pisa 2015

* Orlando Sapia, Avvocato

e solo apparente sicurezza, dall'altro si tenta di sollecitare condotte collaborative in detenuti che soffrono la sospensione delle regole trattamentali e, quindi, una considerevole compressione di diritti garantiti dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali.

(Pubblicato in *Il Fine e la fine della pena, sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, a cura di Brunelli, Pugiotto e Veronesi, *Forum quaderni Costituzionali* fascicolo n. 4 del 2020)

* Orlando Sapia, Avvocato