

## ***L'ergastolo ostativo: problematiche costituzionali***

di Davide Galliani (© 2014) (\*)

Per concludere la panoramica sull'ergastolo qualche cenno sul legame tra la pena perpetua e i reati ostativi, partendo dal presupposto che, per la Corte costituzionale, la nostra Costituzione non ammette pene che escludano la persona dal circuito rieducativo in modo assoluto.

La categoria dei reati ostativi si è nel tempo allargata (quasi sempre in coincidenza di fatti criminali di particolare gravità) e quel che più conta è andata a costituire il fondamento di quello che si usa normalmente definire come un **trattamento esecutivo differenziato**. Ad oggi, l'ordinamento penitenziario prevede quindi un sistema trattamentale a due livelli, uno ordinario e uno speciale. Le differenze rilevanti ai nostri fini attengono, molto brevemente, alla possibilità di beneficiare degli strumenti alternativi alla detenzione, ai quali i condannati e gli imputati per i reati ostativi possono accedere solo se collaborano con la giustizia (i collaboratori di giustizia non vanno ovviamente confusi con i testimoni di giustizia).

Quali sono i problemi dell'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario?

1) Intanto, il trattamento speciale si applica indipendentemente dall'essere la persona **imputata** o **condannata**, il che è già di per sé un elemento da valutare attentamente.

2) Inoltre, è un canone generale dell'interpretazione quello per il quale le norme che limitano o escludono dall'accesso ai benefici penitenziari debbano essere di **stretta interpretazione**, così come le fattispecie di reato previste. Questo secondo aspetto è molto importante, poiché il Tribunale della Sorveglianza può esaminare la sentenza di condanna per verificare la sussistenza di un reato ostativo ancorché nel giudizio non sia stato oggetto di contestazione (dovrà quindi emergere dal testo della motivazione). Non si scontra, in questo modo, con l'obbligo di stretta interpretazione?

3) Certamente, l'aspetto più problematico del sistema dei reati ostativi è quello per il quale il legislatore ha presunto che alla mancata **collaborazione** faccia da contraltare l'assenza di **rieducazione**, la qual cosa, invece, sarebbe tutta da dimostrare, visto che non collaborare potrebbe essere semplicemente una mera **strategia processuale**. Non solo, poiché una volta che il soggetto decide di collaborare l'ordinamento non prevede la concessione automatica dei benefici, in quanto spetterà al giudice valutare la **pericolosità sociale**. In altri termini: posto che la scelta di non collaborare può anche non avere alcun collegamento con la rieducazione (esiste, d'altro canto, nel diritto penale, il **diritto al silenzio**, reso molto bene dal brocardo *nemo tenetur se detegere*, per il quale nessuno può essere costretto ad affermare la propria responsabilità) resta il fatto che se non si collabora i benefici sono preclusi, mentre se si collabora non sono automaticamente concedibili, poiché l'ultima parola è pur sempre del giudice.

4) Per non parlare poi di altri problemi non certo minori, come l'**onere della prova**, non tanto in riferimento all'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, quanto, in particolare, rispetto alla dimostrazione dell'**impossibilità**, della **irrelevanza** e della **inesigibilità** della **collaborazione**, le uniche circostanze che, per la Corte costituzionale, valgono ad escludere il divieto di concessione dei benefici per mancata collaborazione.

---

(\*) Il presente testo è stato preparato per le lezioni del corso di *Diritti fondamentali e Costituzione* tenuto presso la Facoltà di Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università degli Studi di Milano nell'anno accademico 2013/2014 ed è da considerarsi ad uso esclusivo degli studenti.

5) Del pari, si presenta problematico il vero e proprio **potere di veto** del Procuratore Nazionale Antimafia e del Procuratore Distrettuale Antimafia. Se uno dei due pone il veto i benefici non sono concedibili. Ma in questo caso non si viola l'obbligo per il giudice di essere **soggetto solo alla legge** ed anche il diritto di difesa, visto che il soggetto non ha alcuna possibilità di contraddire il parere dei due procuratori? Certo, il Tribunale della Sorveglianza può discostarsene, adottando una motivazione rinforzata, ma, sempre sia ipotizzabile questo comportamento, è realmente sufficiente?

6) Si è poi sostenuto che lo scambio tra collaborazione e benefici rasenta la definizione internazionale del reato di **tortura**, ossia ogni atto con il quale viene intenzionalmente inflitto ad una persona un grave dolore o una grave sofferenza, fisica o mentale, per propositi quali ottenere da essa o da un terzo informazioni o confessioni. E' vero che il diritto internazionale esclude i casi per i quali il grave dolore o la grave sofferenza fisica o mentale derivano unicamente da sanzioni legittime, tuttavia alcuni testi internazionali, come la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, non menzionano l'eccezione, pertanto la tortura sembrerebbe prodursi anche nei casi in cui l'atto di infliggere dolore (psichico e fisico) sia previsto legittimamente da un ordinamento. Detto che molti accusati o condannati per reati ostativi sono stati o sono al carcere duro (uno strumento anche questo che, sebbene pensato per interrompere i contatti con l'esterno, sembra da un certo punto di vista pensato per "spingere" al pentimento), il problema è il dolore psichico che si procura ad una persona propugnandole, come unica possibilità di uscita dal carcere, non tanto e non solo il suo pentimento, ma la sua collaborazione fruttuosa con la giustizia.

7) Ancora, la previsione dei reati ostativi farebbe venire meno un serio trattamento individualizzato, unico in grado di concretizzare la finalità rieducativa, in questo modo facendo riemergere la categoria dei **tipi d'autore** verso la quale in molti, tra cui la Corte costituzionale, si sono invero battuti a più riprese, almeno hanno mostrato serie perplessità. Se una persona ha commesso un reato ostativo e se non collabora con la giustizia *allora* non è rieducato e quindi non può accedere ai benefici penitenziari. Appunto: se una persona commette *quel* tipo di reato e se una persona non collabora allora non è rieducato. Ma questo esclude la possibilità che la dissociazione dal proprio passato possa avere valenza per l'ordinamento, il quale invece pretende la delazione. Non viene lesa la **dignità umana** in questo modo? Non si usa la persona e la sua collaborazione per fini che pur meritevoli di tutela non possono prevalere sul fine che è l'uomo in se stesso?

8) Esiste poi il problema dell'**errore giudiziario**, che come noto è stato importante in quei paesi che hanno di recente abrogato la pena di morte. Se una persona è imputata o condannata per un reato ostativo per un errore giudiziario si trova nella impossibilità di collaborare, cosa che gli preclude l'accesso alle misure alternative.

9) Infine, la questione della **liberazione condizionale**. Se la collaborazione può essere "utile" e nonostante questo non viene prestata, è costituzionalmente legittimo escludere dalla condizionale l'ergastolano solo per questo motivo, considerando che, in caso di risposta affermativa, la pena perpetua sarebbe davvero perpetua? La Corte costituzionale ha sempre risposto in modo affermativo, poiché il sistema "non impedisce in maniera assoluta e definitiva l'ammissione alla liberazione condizionale" ma lega "il divieto alla perdurante scelta del soggetto di non collaborare con la giustizia" (sent. 153/2003). E' quindi nella scelta della persona, "naturalisticamente e giuridicamente possibile" (sent. 89/1999), se collaborare o meno e il legislatore assume tale scelta come criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare il sicuro ravvedimento.

10) Recentemente, il 18 giugno 2014, in un'audizione al Senato, il nuovo direttore del DAP, ex magistrato, pubblico ministero in importanti inchieste di mafia, ha sostenuto che, secondo la sua esperienza, la collaborazione di una persona non deriva da un particolare regime carcerario, nel caso il

carcere duro ex art. 41 bis, ma da una predisposizione preesistente. Non solo. Ha anche detto che, nonostante manchino dati ufficiali, si può affermare che il numero dei pentiti tra i detenuti *non* sottoposti al 41 bis è superiore rispetto a quelli sottoposti (questi secondo sono 715, dei quali 648 su 6.009 per associazione mafiosa). Se queste osservazioni sono vere e non sembra si possa dubitare, non è forse vero che, di conseguenza, sembra essere, oltre che poco rispettosa per la dignità umana, anche poco produttiva, non solo la prospettiva del carcere duro, ma anche quella “sorella”, di vietare la condizionale agli ergastolani ostativi se non collaborano con la giustizia?

Fine