

PER SEMPRE DIETRO LE SBARRE?

L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti

a cura di
GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI



PER SEMPRE DIETRO LE SBARRE?

L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti

*Atti del Seminario
Ferrara, 27 settembre 2019*

a cura di
GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI

*FORUM DI QUADERNI COSTITUZIONALI RASSEGNA,
fasc. n. 10 del 2019*

INDICE

<i>Prefazione</i>	X
<i>Documentazione</i>	XV
<i>Traccia per la discussione</i>	XVII

Relazioni introduttive

L'ERGASTOLO OSTATIVO NEL FUOCO DELLA <i>QUAESTIO LEGITIMITATIS</i> di FRANCESCO PALAZZO.....	1
LA PENA DETENTIVA «FINO ALLA FINE» E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI di VLADIMIRO ZAGREBELSKY.....	15

Discussione

L'ERGASTOLO OSTATIVO AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: UN DIALOGO POSSIBILE CON LA CORTE EDU? di FRANCESCA BAILO.....	27
IL 4-BIS ALL'ESAME DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LE QUESTIONI SUL TAPPETO E LE POSSIBILI SOLUZIONI di FRANCESCA BIONDI.....	33
<i>SPES</i> , ULTIMA DEA di MARIA BRUCALE.....	49
DIRITTO AL GIUDICE E <i>HABEAS CORPUS</i> PENITENZIARIO: L'INSOSTENIBILITÀ DELLE PRESUNZIONI ASSOLUTE SUI PERCORSI INDIVIDUALI di STEFANIA CARNEVALE.....	56
A PARTIRE DAL BENE OFFESO COME PARAMETRO DI LEGITTIMAZIONE DELLA PENA CARCERARIA di SILVIA CECCHI.....	64

LA CORTE SIA CHIARA E CORAGGIOSA SUL PRINCIPIO DELL'INCOSTITUZIONALITÀ, ANCHE SE PRUDENTE NELLA SCELTA DELLO STRUMENTO TECNICO di MARIO CHIAVARIO.....	71
L'ERGASTOLO OSTATIVO NEL PRISMA DEL SOTTOSISTEMA PENALE PREMIALE di ENRICO COTTU.....	75
IL POSSIBILE DIALOGO TRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTE EDU SULLA (IL)LEGITTIMITÀ DELL'ERGASTOLO OSTATIVO di ILARIA DE CESARE.....	83
ERGASTOLO OSTATIVO E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ TRA REATO E PENA: SPUNTI DALLE VICENDE FRANCESI di ANDREA DEFFENU.....	89
COLLABORAZIONE IMPOSSIBILE E ERGASTOLO OSTATIVO di EMILIO DOLCINI.....	96
QUEL CHE POSSIAMO FARE PERCHÉ IL “DIRITTO ALLA SPERANZA” TROVI CONCRETE APPLICAZIONI IN CARCERE di ORNELLA FAVERO.....	104
IL PASSO CORAGGIOSO CHE ANCORA RESTA DA COMPIERE di FABIO FIORENTIN.....	107
ORA TOCCA AI GIUDICI COSTITUZIONALI. IL VIAGGIO DELL'ERGASTOLO OSTATIVO AL CAPOLINEA? di DAVIDE GALLIANI.....	113
LA POSSIBILITÀ DI UNA PRONUNCIA DI INCOSTITUZIONALITÀ DIFFERITA SUL FINE PENA MAI? di MIRIANA LANOTTE.....	123
UNA NECESSITÀ DI POLITICA CRIMINALE O UN'ANACRONISTICA, CRUDELE ED ABNORME PUNIZIONE DI STATO? di ANTONIO LEGGIERO.....	128
IL DIALOGO TRA LE CORTI SULL'ERGASTOLO OSTATIVO: UN'OPPORTUNITÀ PER IL GIUDICE DELLE LEGGI di MARTA MENGOZZI.....	137
L'ART. 4-BIS COMMA 1 O.P. ALLA PROVA DEI FATTI: IL <i>DEFICIT</i> DI RAZIONALITÀ EMPIRICA E TELEOLOGICA di CLAUDIA PECORELLA e MONICA TRAPANI.....	142
ALCUNE BUONE RAGIONI PER UN ALLINEAMENTO TRA ROMA E STRASBURGO di ANDREA PUGIOTTO.....	147

PROBLEMI DELL'OSTATIVITÀ SANZIONATORIA. RILEVANZA DEL TEMPO E DIRITTI DELLA PERSONA di DOMENICO PULITANÒ.....	153
LA DECISIONE SULL'AMMISSIBILITÀ DEGLI INTERVENTI DEI TERZI: UN ALTRO BANCO DI PROVA PER L'“APERTURA” DEL PROCESSO (E DELLA CORTE) di GIORGIO SOBRINO.....	160
SE LA PENA È DAVVERO “A OLTRANZA”: I (SERI) DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ SULL'ERGASTOLO E LE PRECLUSIONI OSTATIVE di PAOLO VERONESI.....	169

DIRITTO AL GIUDICE E *HABEAS CORPUS* PENITENZIARIO: L'INSOSTENIBILITÀ DELLE PRESUNZIONI ASSOLUTE SUI PERCORSI INDIVIDUALI

di STEFANIA CARNEVALE*

SOMMARIO: 1. L'esigenza di un nuovo pronunciamento sulle giustificazioni del meccanismo ostativo. – 2. Preclusioni, prove legali, presunzioni: alla radice del nucleo logico-giuridico dell'art. 4-*bis*. – 3. Le anomalie del sistema presuntivo e la sua incompatibilità costituzionale.

1. La Corte costituzionale è chiamata dalla Cassazione e dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia ad esprimersi nuovamente sul fondamento logico-giuridico del regime di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., questionato nel suo nucleo più incandescente e gravido di conseguenze. Si avverte forte l'esigenza di andare al fondo delle basi giustificative che sorreggono un impianto preclusivo così peculiare, la cui complessa fisionomia si è trasformata nel tempo a causa delle stratificazioni normative ma anche dell'evoluzione degli sfondi assiologici, di matrice costituzionale e convenzionale, in cui esse s'innestano¹.

Dalla prima pronuncia che salvò, con sofferti argomenti di *realpolitik*, la legittimità del nuovo apparato di divieti di concessione sono del resto trascorsi ventisei anni, il lasso temporale previsto per avanzare istanze di liberazione condizionale e consentire all'ergastolano una chance di controllata reintegrazione in società. Anche se le questioni sollevate non hanno ad oggetto la misura liberatoria ma quella minore dei permessi premio, la coincidenza appare significativa e dai risvolti giuridici pregnanti. Si tratta invero di un periodo considerevole, senza dubbio in grado di mettere di fronte a magistrati, operatori penitenziari e interpreti una serie di dati di realtà che il tempo ha lasciato affiorare, irriducibili all'astratta immobilità di un elenco di titoli di reato: mutamenti di attitudini scaturiti dalla lunga detenzione, evoluzioni sperate o inattese, svolte in percorsi accidentati.

Nel 1993, in un clima comprensibilmente condizionato dalla drammatica stagione in cui il doppio binario penitenziario era stato dapprima introdotto e

* *Associato di Diritto processuale penale, Università di Ferrara*

¹ Profilo diffusamente evidenziato da entrambe le ordinanze di rimessione.

poi irrigidito², la sentenza n. 306 aveva offerto una visione tanto lucida quanto scabra della sua *ratio*: per la Corte si trattava di una mera scelta di politica criminale, tesa ad asservire la fase esecutiva all'esigenza, tutta processuale, di ottenere informazioni su struttura, composizione e attività delle organizzazioni mafiose³. Questa nitida descrizione dell'intento legislativo non può essere tuttavia sufficiente ad eludere le domande di cui è investito oggi il giudice costituzionale. L'invito che gli è rivolto è di pronunciarsi sulla compatibilità di tale assetto con la nuova linfa nel frattempo infusa agli art. 27 e 3 della Costituzione dalla sua stessa ricca giurisprudenza e da quella della Corte europea, dei cui approdi non ci si potrebbe semplicisticamente sbarazzare evocando la natura polifunzionale della pena. I criteri di ragionevolezza e proporzionalità, insieme all'insopprimibile diritto al riscatto sociale e al controllo sulle sue condizioni di realizzabilità, sono stati ormai elevati a canoni ineludibili del sistema punitivo e questi sviluppi richiedono di andare nuovamente al cuore delle ragioni del meccanismo preclusivo.

Quasi da subito, per vero, è stato chiaro che l'ostatività non poteva giustificarsi soltanto con necessità processuali. Quell'unico scopo, alieno dai valori e dalle aspirazioni di cui è ammantata l'esecuzione penale, non sarebbe stato bastevole a decretarne la conformità con le Carte fondamentali dei diritti. Per tale ragione si è tentato, mediante inferenze di natura criminologica, di inscrivere il congegno ostativo entro la cornice del trattamento penitenziario e di adattarlo ai suoi specifici paradigmi⁴. La necessità della collaborazione con la giustizia quale pre-condizione indispensabile al vaglio sulla meritevolezza di esperimenti extramurari è stata così spiegata non più richiamando le impellenze della fase di cognizione, bensì l'insita capacità del requisito di dimostrare la resipiscenza del reo o quantomeno il suo distacco dalla realtà criminale d'appartenenza, che ne è essenziale premessa⁵; mentre il non integrarsi del

² L'esplicito richiamo a quello specifico clima si ritrova in apertura delle argomentazioni in diritto delle prime pronunce costituzionali in materia (Corte cost., sent. 7 agosto 1993, n. 306, § 9, dove si evoca subito «l'acuto allarme sociale creatosi nella contingenza in cui il decreto fu emanato - ampiamente testimoniato dai lavori parlamentari»; Corte cost., sent. 1 marzo 1995, n. 68, § 4, dove si osserva che «sono fin troppo note le ragioni di politica criminale che indussero il legislatore dapprima ad introdurre e poi a modificare, secondo una linea di progressivo inasprimento, l'art. 4-bis»).

³ Per la Corte «misura drastica», «espressione di una scelta di politica criminale e non penitenziaria», dovuta alla constatazione che «praticamente tutti i processi che hanno ottenuto qualche risultato ... sono stati fondati ... sulla collaborazione di ex appartenenti alle associazioni di stampo mafioso».

⁴ Già nella sent. n. 306 del 1993 la Corte andava alla ricerca di «un criterio pertinente all'area della prevenzione speciale», rinvenendolo almeno nella disciplina della collaborazione oggettivamente irrilevante, da cui si poteva dedurre come «dalla commissione di determinati delitti di criminalità organizzata» sorgesse «una presunzione di persistenza dei collegamenti con questa - e quindi di pericolosità specifica». Da ciò discendeva la necessità della «dimostrazione della loro rottura come requisito da aggiungere a quelli già vigenti per l'ammissione alle misure alternative alla detenzione».

⁵ L'articolarsi del ragionamento probatorio-presuntivo assumeva forme più compiute in Corte cost., sent. 27 luglio 1994, n. 354, § 2 e Corte cost., sent. 1° marzo 1995, n. 68, § 4.

presupposto richiesto dall'art. 58-ter ord. penit. è stato considerato inequivocabile segnale di persistente affiliazione.

2. Su questi nodi concettuali, dove s'intrecciano esigenze proprie della fase di cognizione, itinerari rieducativi e deduzioni tratte dalla fenomenologia criminale, occorre attentamente soffermarsi, per sondarne tenuta logica, coerenza giuridica e implicazioni costituzionali. Per farlo, occorre preliminarmente discernere fra le diverse categorie evocate nelle argomentazioni offerte a sostegno o levate a censura del meccanismo preclusivo, che richiamano di volta in volta l'esistenza di prove legali, presunzioni, vincoli assoluti o relativi all'apprezzamento giudiziale.

La categoria della prova legale, pur suggestiva, non si adatta agli ingranaggi dell'art. 4-bis. Il vigente assetto normativo impedisce infatti di guardare alla scelta collaborativa come elemento in grado di dimostrare con sicurezza il buon esito del percorso penitenziario, o la rottura del legame con l'associazione di appartenenza⁶. La magistratura di sorveglianza resta libera, pur a fronte di dichiarazioni che soddisfino i requisiti di cui all'art. 58-ter ord. penit., di negare l'accesso a permessi, lavoro all'esterno o misure alternative. La condotta collaborativa è eretta a presupposto indefettibile del vaglio giudiziale, che tuttavia, una volta instaurato, si mantiene aperto a ogni possibile esito. L'accoglimento delle istanze passa infatti per la scrupolosa verifica delle condizioni oggettive e soggettive di volta in volta richieste dai singoli istituti risocializzativi, che vanno ad aggiungersi, senza esserne assorbite, a quella iniziale premessa. La legge non assegna espressamente ai contributi dati al processo nemmeno uno speciale peso probatorio nei procedimenti volti a verificare la fruibilità di progressioni nel trattamento, dove più contano le relazioni dei tecnici.

La stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 309 del 1993 smascherava l'equivoco con grande chiarezza, rifiutando la facile equazione fra collaborazione ed emenda del reo⁷. L'aiuto agli inquirenti può essere offerto per fini prettamente utilitaristici, può essere prestato nell'imminenza dei fatti e prima di qualunque intervento rieducativo, può addirittura essere teso a scopi di vendetta fra cosche avverse o fra associati ad una stessa compagine entrati in conflitto. La casistica giudiziaria e gli studi sociologici intercorsi in questi decenni ne hanno dato ampiamente conto. Basti solo pensare a come un numero significativo di istanze di revisione si fondi su dichiarazioni di correi rivelatesi

⁶ Così invece Corte cost., sent. n. 68 del 1995, §4, dove si afferma che la legge ha dato «risalto esclusivo ad una condotta - quella collaborativa - che si assume come la sola idonea a dimostrare, *per facta concludentia*, l'intervenuta rescissione di quei collegamenti». Il concetto di prova legale è accolto, seppure per censurarne le conseguenze, dall'ordinanza di rimessione della Cassazione (§ 4).

⁷ Secondo la Corte «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».

fuorvianti. La sacralità dell'atto collaborativo, con il corredo di implicazioni etiche che vi si fanno discendere, va dunque ridimensionata alla luce dell'esperienza maturata durante la vigenza della legislazione speciale e riportata alla composita variabilità dei casi concreti.

È d'altra parte lo stesso art. 4-*bis* ord. penit. ad escludere che le dichiarazioni utili all'accertamento dei fatti siano sufficienti a rassicurare sulla effettiva rottura dei legami con le organizzazioni di appartenenza. Prima di rendere ogni decisione sull'accesso a misure esterne, la magistratura è sempre tenuta a supplementi istruttori aventi ad oggetto la possibile persistenza di contatti con i contesti criminali di provenienza (art. 4-*bis* commi 2, 2 *bis* e 3 ord. penit.). Anche quando vengono forniti apporti processualmente rilevanti questo passaggio non può essere eluso. La collaborazione si configura pertanto come un elemento dal forte peso dimostrativo, ma che non assurge a prova legale della rottura del vincolo associativo, giacché il giudice resta libero di apprezzarne l'esistenza, o di ravvisare comunque la pericolosità del condannato.

Si è tuttavia al cospetto di un meccanismo presuntivo, e di natura assoluta, che va portato chiaramente alla luce per sondarne la compatibilità con i principi costituzionali. L'assioma inconfutabile che si annida nelle pieghe dell'art. 4-*bis* ord. penit. non investe la *scelta di collaborare* e la sua idoneità a dimostrare il *distacco* del condannato dal consorzio criminoso, bensì la *scelta di non collaborare* e la sua idoneità a dimostrare la *persistenza* del legame associativo.

La presunzione ricavabile dall'art. 4-*bis* ord. penit. nel suo complesso, necessaria per fornirne una *ratio* giustificativa che non sia la pura coazione processuale, può essere così enucleata: se sussistono le condizioni oggettive per fornire apporti utili agli inquirenti (come il ruolo non trascurabile del condannato all'interno del sodalizio, le responsabilità ancora non integralmente accertate, l'esistenza di profili della vicenda criminale rimasti oscuri), l'assenza di collaborazione si suppone dovuta al perdurare del vincolo di affiliazione e di questo mantenimento non può fornirsi prova contraria⁸.

Non è perciò la parola data che dimostra la rottura del legame con la consorteria, ma è il silenzio che presuppone, senza possibilità di smentita, la sua esistenza e la correlata pericolosità del condannato. L'assunto non ammette eccezioni di sorta.

Se la collaborazione resa fosse davvero configurata dalla legge come prova legale di rottura del vincolo associativo, si verificherebbe una situazione del tutto inconsueta per i canoni del nostro sistema di accertamento penale ma che giocherebbe a favore del reo e non si porrebbe in contrasto con i parametri costituzionali invocati: in presenza di contributi dichiarativi rilevanti non si potrebbe negare il distacco dal sodalizio d'appartenenza; in loro assenza, la

⁸ È questo il punto che non coglie Corte cost., 5 luglio 2001, n. 273, § 5, dove ritiene che l'atteggiamento non collaborativo sia sì «indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato», ma che la presunzione sia vincibile grazie ai casi di oggettiva impossibilità o insigibilità della collaborazione.

rottura o la conservazione del legame andrebbe invece accertata caso per caso e sulla base di altri elementi.

Diverso è arguire dalla passività del condannato la sussistenza di un'affiliazione in essere e considerarla indice insuperabile di pericolosità, sottraendo al giudice di sorveglianza ogni possibilità di valutare le ragioni del comportamento omissivo, o la persuasività di altri fattori suscettibili di dimostrare che il vincolo appare ormai sciolto, lontano, non attuale, dissipato: le vicende personali e familiari, i cambiamenti intervenuti, la comprovata efficacia degli interventi rieducativi. Non può neppure dirsi che sia il silenzio ad integrare prova legale, giacché manca un momento o una sede in cui al detenuto si chieda espressamente di parlare: ad assumere rilevanza per la legge è il puro non-fare, l'inerzia, il non proporsi *motu proprio*, nel corso degli anni di reclusione, come ausilio agli inquirenti.

Se dunque la preclusione configurata dall'art. 4-*bis* non è assoluta, perché la scelta di collaborare può superarla⁹, il mancato apporto dichiarativo provoca una radicale impossibilità di vagliare il percorso di recupero del condannato, sorretta da una presunzione *iuris et de iure* di immutata pericolosità.

3. La ricca giurisprudenza costituzionale fiorita in materia di presunzioni cautelari, richiamata dalle ordinanze di rimessione, ha chiarito a più riprese come il legislatore non sia affatto libero di innestare nel sistema inferenze legali assolute senza che la Corte possa sindacare la loro razionalità e il loro fondamento giustificativo, che si richiede sia tanto più solido quanto più sono rilevanti i valori che risultano sacrificati. Quell'insieme di pronunce ha consolidato un metodo d'analisi sulla compatibilità costituzionale delle scelte legislative che va calato nel contesto del diritto penitenziario, informato dall'attitudine necessariamente rieducativa delle pene. Se la mancata collaborazione con la giustizia viene in quest'ambito assimilata alla perdurante pericolosità del condannato, sino ad assurgere a indice legale di durevole appartenenza alle organizzazioni criminali, il fattore tempo, gli sforzi rieducativi obbligatoriamente espletati durante la detenzione, l'individualizzazione e la differenziazione del trattamento non possono non entrare, come ingredienti di primario rilievo, nel controllo sulla tenuta logico-giuridica dell'assetto normativo.

A questo riguardo occorre anzitutto osservare come vi sia un giudice, il tribunale di sorveglianza, chiamato ad esprimersi sulla pregnanza della collaborazione o sulla sussistenza delle stringenti ragioni giuridiche che possono farne decretare l'inesigibilità, ma a cui è impedito dalla legge di svolgere le sue caratteristiche funzioni. Il collegio, con la sua particolare conformazione, esperienza e vocazione, non può infatti valutare le scelte del condannato, il suo presente, la genesi e le ragioni del suo non-fare, essendo

⁹ Come rileva Corte cost., 24 aprile 2003, n. 135.

investito del solo compito di appurare, a lunga distanza dalla commissione del reato e con strumenti di accertamento poverissimi, dati oggettivi, relativi all'andamento dei fatti e alla ricostruzione delle vicende criminose. Il giudizio preliminare sulla superabilità del regime ostativo s'impenna su questioni tipiche della sede di cognizione: se il condannato abbia o meno rivestito ruoli marginali in seno all'organizzazione, se il suo apporto causale sia stato trascurabile, se le sue dichiarazioni abbiano o meno fornito contributi decisivi all'accertamento penale (artt. 58-ter e 4 bis comma 1-bis ord. penit.). Al tribunale è precluso di vagliare tutto il resto, ciò che riguarda il qui e ora, la persona, il suo percorso, le ragioni delle sue scelte. Con le questioni sollevate i giudici non chiedono che di riguadagnare la propria precipua funzione e lo stesso pretende dall'Italia la sentenza Viola. I diversi pronunciamenti esprimono invero la comune esigenza di superare la presunzione invincibile che avvolge l'inerzia del condannato e offrire alla magistratura di sorveglianza l'opportunità di scrutinarne le ragioni, per poter poi vagliare i risultati del percorso rieducativo.

Vale appena rilevare che la presunzione, assoluta nel suo profilo *soggettivo*¹⁰, entra anche in tensione con il diritto al silenzio, profilo correttamente evocato ma non direttamente invocato dall'ordinanza del Tribunale di Perugia. Ad emblema delle contraddizioni in cui incorre il sistema, basti considerare come per chi sia detenuto in "posizione mista" (evenienza consueta nelle vicende di criminalità organizzata) la legge processuale imponga di non far derivare dall'assenza di collaborazione prognosi di pericolosità (art. 274 lett. a c.p.p.), laddove l'ordinamento penitenziario dallo stesso atteggiamento, tenuto della stessa persona e nello stesso momento, impone l'opposto. D'altro canto l'art. 197-bis c.p.p. continua a tutelare il diritto di tacere sulla propria posizione anche dopo il giudicato, mentre l'apporto richiesto dall'art. 58-ter ord. penit. include le dichiarazioni *contra se*¹¹.

Ma il vero nucleo irrazionale del meccanismo preclusivo attiene al fondamento della presunzione legata al silenzio, che secondo la giurisprudenza costituzionale, per non risultare arbitraria e irrazionale, dovrebbe rispondere a dati di esperienza generalizzati, secondo il parametro dell'*id quod plerumque accidit*¹².

Ebbene, ciò che normalmente accade è che ogni uomo è diverso, ogni storia è differente, ogni percorso penitenziario è singolare. La fase esecutiva e la sua cornice costituzionale si fondano su questi assunti. Dopo decenni di carcerazione, dopo trattamenti per legge individualizzati, dopo l'intervento di

¹⁰ Se *oggettivamente* esigibile, sono le ragioni della scelta ad essere insindacabili.

¹¹ Secondo la giurisprudenza la collaborazione di cui all'art. 58-ter ord. penit. deve anzi essere specificamente riferita ai fatti e ai reati oggetto della condanna per cui si chiede il beneficio (v. ad es. Cass., 18 ottobre 2007, Miraglia, in *C.e.d.* n. 238689; Cass. 23 settembre 1996, Grassi, in *C.e.d.* n. 205749), episodi su cui al condannato viene spesso richiesto di chiarire le residue zone d'ombra.

¹² Così, insistentemente, le sentenze costituzionali rese in ambito cautelare, da quella del 21 luglio 2010, n. 165 in poi.

esperti, sforzi di recupero, patti educativi stipulati e osservati, sacrificare un diritto vitale (letteralmente) come quello di non morire in carcere sulla base di generalizzazioni è del tutto inconferente. L'esperienza, se insegna qualcosa, è che chi ha diretto l'associazione per decenni non è uguale a chi vi è entrato poco prima del processo; chi ha pianificato stragi non è uguale a chi ha ucciso in uno scontro a fuoco fra bande avversarie; chi ha dei figli a cui è molto legato e che metterebbe in pericolo con le sue dichiarazioni non è uguale a chi ha rinnegato i famigliari e giurato loro vendetta perché hanno collaborato; le stesse organizzazioni mafiose si differenziano per grado di implicazione esistenziale e solidità del vincolo associativo; e persino l'amministrazione penitenziaria suggella queste tangibili differenze quando fa passare un detenuto, pur non collaborante, dal regime di alta sicurezza a quello di media sicurezza.

E allora fondare l'ergastolo a vita, la pena senza speranza, su una formula come quella *del ciò che di solito accade*, riferita a fenomeni di una complessità inaudita come le scelte criminali, l'evoluzione successiva del condannato, la capacità di sopravvivenza del vincolo associativo, appare davvero indifendibile. L'art. 4-*bis* ord. penit. omologa, appiattisce, rende tutto identico, elevando le soglie massime di pericolosità a regola generale e a postulato inconfutabile.

È invece il giudice, come chiede l'art. 27 comma 3 Cost. con i suoi inscindibili corollari di giurisdizionalizzazione, a dover valutare le singolarità dei casi e le diversità degli uomini: il finalismo rieducativo si annoda strettamente all'art. 3 Cost. perché impone alla magistratura di guardare alla multiforme variabilità dei processi rieducativi. La presunzione assoluta che grava sul silenzio del condannato impedisce invece l'*habeas corpus* penitenziario, ossia quel diritto a un vaglio giudiziale sulla persistente legittimità della detenzione elevato dalle grandi Corti al rango di fondamentale.

In questo quadro, le domande a cui i giudici costituzionali dovranno direttamente o indirettamente rispondere sono in fondo semplici. È possibile che qualcuno non collabori per ragioni diverse da una pervicace affiliazione (come la paura per la propria incolumità o quella dei familiari, o l'amore per le persone da denunciare¹³)? È possibile ipotizzare che vi siano detenuti che non rientreranno nell'organizzazione criminale, pur senza aver volutamente collaborato? E se fosse anche uno solo, in base a quale valore potrebbe essere sacrificato, al punto da negargli per tutta la vita il diritto a un vaglio giudiziale? Potrebbe soccombere in nome dell'utilitarismo, perché il legislatore teme che *altri* giungano a non collaborare se a quell'uno viene data una chance di reintegrazione?

La Corte, se intende salvare l'assetto esistente, dovrà misurarsi con tutto il microcosmo dell'art. 27 Cost., che nei suoi commi primo, secondo e terzo è irrorato dalla stessa esigenza di tutela del singolo, di non sacrificio dell'uno all'utilità collettiva.

¹³ Valore ancora una volta tenuto in piena considerazione dalla legge processuale, là dove consente al testimone di tacere quando le sue dichiarazioni potrebbero danneggiare i congiunti (art. 199 c.p.p.).

