

L'altro diritto ONLUS-

c/o Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto
Via delle Pandette 35 - 50127 Firenze
Fax 055-4374925
Email: adir@altrodiritto.unifi.it
home page: www.altrodiritto.unifi.it



**Centro di documentazione su carcere,
devianza e marginalità**

Centro Consulenza Extragiudiziale

C.F. 94093950486

Iscrizione Registro Regionale del Volontariato

Sezione Provincia di Firenze

Atto dirigenziale n. 363 del 5/2/2003

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Conseil de l'Europe
Strasbourg, France

Tierce-Intervention

L'Altro diritto onlus

VIOLA c. ITALIE

Requête n° 77633/16

Con lettera del 31/08/2017 il Presidente della Sezione autorizzava L'altro diritto onlus a presentare osservazioni scritte nella causa *Viola c. Italia* (n. 77633/16).

1. L'ergastolo nel sistema italiano: “ergastolo ordinario” ed “ergastolo ostativo”.

Con la sentenza 204/1974 la Corte Costituzionale delineò, ricavandolo dall'art. 27 terzo comma della Carta fondamentale, il diritto soggettivo alla revisione della pena, operata da un magistrato, e non dal Ministro della Giustizia, sulla base del percorso di riabilitazione/risocializzazione di qualsiasi condannato. Con la successiva sentenza n. 264 del 1974, proprio in virtù di questo diritto appena statuito, la Corte ha ritenuto legittima la previsione dell'ergastolo in quanto consentiva comunque la revisione della sua durata sulla base del comportamento tenuto dal detenuto in fase esecutiva ed eventualmente, in caso di valutazione positiva del percorso riabilitativo/risocializzante, la concessione della liberazione condizionale.

L'anno successivo la legge sull'ordinamento penitenziario (L. 354/1975), poi integrata nel 1986 con la legge 663, ha stabilito le procedure per questa revisione e la gradualità dei passaggi di rimodulazione delle modalità esecutive (detentive e non) della pena inflitta a seconda del percorso riabilitativo/risocializzante seguito dal condannato.

La modalità di esecuzione pena che l'Ordinamento Penitenziario tratteggiava, prima dell'introduzione dell'art. 4-*bis*, appare dunque un sistema, anche per quanto riguarda l'ergastolo, sostanzialmente conforme alla Convenzione così come interpretata dalla Corte. La stessa Corte EDU ha considerato conforme all'articolo 3 della Convenzione l'ergastolo ordinario previsto dall'ordinamento italiano (*Scoppola*, decisione dell'8-9-2005, n. 10249/03, e *Garagin*, decisione del 29-4-2008, n. 33209/07) e ha fatto espresso riferimento alla posizione della Corte Costituzionale e alle garanzie che il sistema assicurava agli ergastolani in termini di reinserimento sociale (si veda *Vinter c. Regno Unito*, sentenza di Grande Camera del 9 luglio 2013, n. 66069/09, 130/10, 3896/10, §§ 72 e seguenti).

Come ha riconosciuto la Corte Costituzionale, in una recente sentenza (la n. 239/2014) pronunciata in seguito al giudizio provocato da un'istanza fatta da una detenuta assistita dalla nostra associazione, l'impostazione dell'ordinamento penitenziario è stata radicalmente modificata con l'introduzione dell'art. 4-*bis* ad opera del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa) con la quale ha assunto “un ruolo centrale nell'economia dell'istituto la collaborazione con la giustizia”.

Questa innovazione ha introdotto una nuova tipologia di ergastolo definita, prima dagli stessi ergastolani e poi dalla dottrina, “ergastolo ostativo”, ossia un “tipo” di ergastolo che prevede un ostacolo, una precondizione alla possibilità che il detenuto veda il proprio percorso riabilitativo valutato dalla magistratura di sorveglianza per ottenere i benefici penitenziari (ad eccezione della liberazione anticipata) e la concessione delle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della legge sull'ordinamento penitenziario.

Questa nuova tipologia di ergastolo deriva dal combinato disposto degli articoli 22 c.p., 4-*bis* (comma 1 e 1-*bis*) e 58-*ter* dell'Ordinamento Penitenziario italiano. Per gli autori di una serie di reati associativi o valutati dal legislatore di grave allarme sociale¹, l'accesso ai benefici e alle

¹ La genesi della norma rimonta alla “stagione emergenziale” in tema di lotta alla criminalità organizzata risalente al principio degli anni '90 dello scorso secolo. A fronte dell'iniziale inclusione dei soli reati di terrorismo, criminalità organizzata e traffico internazionale di stupefacenti, l'elenco si è arricchito con fattispecie eterogenee, quali riduzione in schiavitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, violenza sessuale di gruppo, favoreggiamento

misure alternative alla detenzione è subordinato all'istituto della collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter o.p. I condannati per questi gravi reati, elencati oggi dall'art. 4-bis comma 1, al fine di accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative devono fornire un'*utile* collaborazione che si sostanzia nell'adoperarsi, anche dopo la condanna, "per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori" oppure nell'aiuto concreto prestato all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria "nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati". L'articolo 58-ter o.p., demanda alla magistratura di sorveglianza l'accertamento della collaborazione o della sua impossibilità o irrilevanza.

La Corte europea è ora chiamata per la prima volta a decidere della compatibilità con la Convenzione di questo nuovo particolare tipo di ergastolo in Italia. E il suo giudizio ha un'enorme rilevanza perché questo tipo di ergastolo è quello che di fatto regola la vita della grande maggioranza degli ergastolani italiani: si può dire che l'ergastolo è, nel nostro paese, (prevalentemente) ostativo. I dati raccolti dal Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, mostrano infatti che nel 2016, dei 1678 ergastolani, il 72,5%, ossia 1216, erano ergastolani ostativi. Il dato percentuale è identico a quello rilevato nel 2015, ma a causa dell'aumento degli ergastoli inflitti, in costante crescita dal 2005, il numero assoluto dei soggetti sottoposti all'ergastolo ostativo è aumentato².

2. Ergastolo e rispetto della dignità dei detenuti. Le obbligazioni derivanti dall'art. 3 della CEDU.

Come ribadito più volte dalla Corte EDU, "la giustizia non deve fermarsi alle porte delle carceri" (*Enea c. Italia*, sentenza del 17 settembre 2009, n. 74912/01). Il potere punitivo dello Stato incontra un limite assoluto e inderogabile: il rispetto della dignità della persona umana. Indipendentemente da ogni considerazione riguardante la gravità del reato, la pena non può in nessun caso essere contraria al senso di umanità e deve tendere al reinserimento sociale del condannato.

Il rispetto della dignità degli ergastolani e delle previsioni dell'articolo 3 della Convenzione devono concretizzarsi, sempre secondo la giurisprudenza della Corte, nell'effettiva prospettiva di scarcerazione per il condannato alla pena perpetua (*Vinter c. Regno Unito*, cit.).

Questa prospettiva non può certo limitarsi ad un generico "diritto alla speranza" (*Kafkaris c. Chipre* [GC], n. 21906/04, del 12 febbraio 2008) che sarebbe soddisfatto anche da una periodica estrazione a sorte tra i condannati alla pena perpetua, che ne abbiano scontato un periodo prefissato in carcere, per sapere chi di loro debba essere liberato (stile sorteggio per la Carta Verde negli USA). L'articolo 3 della Convenzione impone la creazione di un sistema che offre al condannato all'ergastolo una prospettiva di liberazione e una possibilità di riesame della pena. Il meccanismo di riesame della pena deve rispondere alle esigenze di legalità e

immigrazione clandestina, associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri. La stessa Corte costituzionale, nella sentenza 239/2014 lamenta come "a seguito delle ricordate implementazioni, l'elenco dei reati che rendono operante il regime speciale abbraccia, allo stato, ipotesi criminose notevolmente eterogenee, comprensive anche dei delitti contro la personalità individuale di cui agli artt. 600 e 601 c.p."

² I dati del Ministero della Giustizia, mostrano, nella serie storica, come il numero degli ergastolani, genericamente inteso, sia cresciuto costantemente e ininterrottamente per oltre 10 anni.

2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
1.224	1.237	1.357	1.408	1.461	1.512	1.528	1.581	1.583	1.584	1.633	1.687

prevedibilità e porre il condannato in condizione di sapere quando e a quali condizioni potrà domandare il riesame della pena in vista della propria liberazione (*Vinter c. Regno Unito*, cit.; *Hutchinson c. Royaume-Uni* [GC], n. 57592/08, §42, CEDH 2017). Alla luce della giurisprudenza della Corte possiamo affermare che il diritto alla speranza di ritrovare un giorno la libertà non è sufficiente a garantire il rispetto della dignità del condannato. Il condannato conserva la propria dignità, non quando gli è lasciato un diritto a sperare nell'interruzione della pena perpetua, ma piuttosto quando può, attraverso le proprie azioni, incidere sulla propria vita futura. A questo diritto dell'ergastolano corrisponde specularmente (e lo rende effettivo) l'obbligo positivo dello Stato di organizzare il sistema penitenziario in modo da promuovere e garantire il reinserimento sociale dei detenuti (*Murray c. Pays-Bas* [GC], n. 10511/1, §§ 102-104; *Khoroshenko c. Russie* [GC], n. 41418/04, § 12).

Nella nostra lettura della giurisprudenza della Corte, rispettare la dignità degli ergastolani vuol dire riconoscere loro il diritto di potersi autodeterminare: di potersi dare un progetto di vita che si può realizzare attraverso azioni che incidono sulle prospettive future. So di aver commesso un reato per cui mi sono meritato la condanna all'ergastolo secondo l'ordinamento vigente nel mio paese, questo però non vuol dire che la mia vita d' ora in avanti diventa insignificante, che qualsiasi cosa faccia non posso cambiare il mio destino. Devo poter conoscere quali azioni compiere per poter cambiare il mio destino, solo in questo caso la mia dignità è rispettata: solo in questo caso il detenuto può continuare a condurre un vita che consideriamo dotata di autonomia e quindi di senso (anche se non è libero).

3. Il meccanismo della valutazione preventiva della collaborazione nella giurisprudenza nazionale.

Nell'ordinamento italiano, l'accertamento della collaborazione è configurato chiaramente come un giudizio su un fatto normalmente antecedente la condanna, che non coinvolge assolutamente la personalità del detenuto e la sua evoluzione. L'osservazione personologica in funzione trattamentale viene considerata alla stregua di un *work in progress*, costantemente proteso all'accertamento dell'eventuale evoluzione del condannato (e sempre in una chiave prognostica), al fine ultimo della predisposizione o dell'aggiornamento di un programma individualizzato che ricomprende, come momento qualificante, l'applicazione dei benefici penitenziari. Per i condannati all'ergastolo ostativo solo dopo che è stata verificata la collaborazione il magistrato di sorveglianza può valutare questo percorso riabilitativo/risocializzante, non prima. Nell'ordinamento italiano, oggi, l'accertamento della collaborazione è condizione indispensabile per la valutazione del percorso compiuto dal condannato all'ergastolo ostativo, ai fini della concessione di misure che gli consentono di prendere contatto con il mondo libero. In prima battuta il giudice di sorveglianza, come ricordato, deve accertare se, "anche dopo la condanna", gli autori del reato "hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati" (art. 58-ter primo comma). Se questo accertamento non ha successo il giudice di sorveglianza deve verificare se "la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia".

Quindi l'accertamento ex art. 58-ter comma 2 ord. pen. ha per oggetto esclusivamente la collaborazione (c'è stata o meno) e la sua rilevanza. La verifica dell'intervenuta collaborazione con la giustizia è, nella quasi totalità dei casi, un'operazione a carattere ricognitivo relativo al processo in cui è avvenuta la condanna: il tribunale di sorveglianza si limita, se la collaborazione non è avvenuta in fase esecutiva, ad acquisire la sentenza di condanna. A

conferma di ciò sta la prescrizione normativa che gli impone di acquisire il parere del pubblico ministero «presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione».

Come ha riconosciuto la giurisprudenza della Cassazione, la collaborazione «costituisce un semplice dato storico, *estraneo perciò al procedimento di sorveglianza*, per cui al fine di decidere sulla istanza diretta ad ottenere i benefici, il tribunale non deve saggiare la disponibilità del condannato a collaborare né deve acquisire comportamenti di collaborazione, dovendosi limitare ad accertare se il condannato ha collaborato o meno con la giustizia e, quindi, a constatare se sussista o meno il requisito che condiziona l'applicabilità del beneficio»³ (corsivo nostro).

Il Tribunale di Sorveglianza di Firenze (ordinanza n. 500/1993) ha subito affermato che il collegamento tra la collaborazione e il cammino della rieducazione-riabilitazione che deve caratterizzare il processo di esecuzione della pena è sostanzialmente mistificatorio, perché la collaborazione è un'opzione pratica che nasce dalla valutazione della convenienza processuale ed è fortemente condizionata dall'andamento delle indagini e del processo, mentre il cammino rieducativo-riabilitativo corrisponde a un percorso di rivisitazione dei propri valori, delle proprie condizioni di vita e alla creazione, nella fase riabilitativa, di valori e condizioni che favoriscano un corretto reinserimento sociale. L'osservazione fu accolta dalla Corte (sentenza 306/1993) che riconobbe che la condotta collaborativa "ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche". In effetti, non è raro che, pur superato l'ostacolo della collaborazione, il magistrato ritenga di negare i benefici, perché il percorso compiuto dal condannato non viene ritenuto sufficiente.

Se non viene accertata l'utilità della collaborazione o la sua impossibilità, il percorso di un ergastolano ostativo può essere valutato solo ai fini della liberazione anticipata, che però, per un condannato all'ergastolo ostativo, è assolutamente ininfluenza perché, in mancanza della collaborazione, non potrà mai consentire la sua liberazione. La liberazione anticipata, infatti, per un ergastolano ha la sola utilità di accorciare il tempo necessario per accedere alle misure alternative. Secondo il quarto comma dell'art. 54 della legge penitenziaria, essa "*si applica anche ai condannati all'ergastolo*" con la conseguenza che "*agli effetti del computo di pena che occorre aver espiato per essere ammessi ai benefici dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale [...] si considera come scontata*" la parte di pena detratta in virtù della liberazione anticipata. Per l'ergastolano ostativo, che a questi benefici non può accedere, la sua concessione riveste un valore puramente formale. Anzi in qualche modo si traduce in una vera e propria beffa. Concedendola il giudice riconosce la meritorietà del percorso riabilitativo/risocializzante, ma questo riconoscimento non ha alcun impatto sulla pena dell'ergastolano che non ha collaborato ai sensi dell'art. 58-ter.

3.1. *L'accertamento della collaborazione ex art. 58-ter non configura una valutazione sul percorso di risocializzazione/riabilitazione del detenuto.*

Il fatto che l'accertamento della collaborazione non riguardi il percorso riabilitativo/risocializzante ma costituisca l'accertamento prodromico di una condizione perché la valutazione di questo percorso possa essere effettuata ci sembra sia stato chiaramente affermato dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 239/2014, intervenuta, come

³ Così, Sez. I, 20 settembre 1993, Ruga, n. 1768; analogamente, per Sez. I, 13 maggio 1994, Solinas, n. 1630, la collaborazione con la giustizia costituisce «un semplice dato storico, estraneo al procedimento di sorveglianza»; v., altresì, Sez. I, 13 maggio 1994, Petrucci.

ricordato, nel corso del giudizio sull'istanza di detenzione domiciliare speciale che la nostra associazione aveva fatto presentare ad una detenuta madre, condannata per un reato di cui al 4-bis primo comma, alla quale quindi era preclusa questa misura alternativa che rientra indubbiamente tra quelle previste dal Capo VI dell'ordinamento penitenziario. In questa sede la Corte afferma che, "affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata, per l'appunto, in concreto – così come richiede la citata disposizione – e non già collegata ad indici presuntivi – quali quelli prefigurati dalla norma censurata – *che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni*" (corsivo nostro).

Nella sentenza la Corte Costituzionale ha ricostruito la *ratio* del congegno ostativo riconoscendo che essa in origine (la Corte si rifà ai lavori preparatori) "era di duplice ordine": "da un lato, il meccanismo poggiava sulla presunzione legislativa che la commissione di determinati delitti dimostrasse il collegamento dell'autore con la criminalità organizzata e costituisse, quindi, un indice di pericolosità sociale incompatibile con l'ammissione del condannato ai benefici penitenziari extramurari. La scelta di collaborare con la giustizia veniva assunta, in questa prospettiva, come la sola idonea ad esprimere con certezza la volontà di emenda del condannato e, dunque, a rimuovere l'ostacolo alla concessione delle misure, in ragione della sua valenza "rescissoria" di tale legame. Si coniugava a ciò – assumendo, in fatto, un rilievo preminente, nella situazione del momento – l'obiettivo di incentivare, per ragioni investigative e di politica criminale generale, la collaborazione con la giustizia dei soggetti appartenenti o "contigui" ad associazioni criminose, che appariva come strumento essenziale per la lotta alla criminalità organizzata". Secondo la Corte infatti, a fronte della gravità dei reati per cui scatta il meccanismo preclusivo, "il legislatore aveva assunto, non irragionevolmente, la collaborazione con la giustizia ad indice legale «della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che a sua volta è *condizione necessaria, [...], per valutare il venir meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato*, a cui la legge subordina [...] l'ammissione alle misure alternative alla detenzione e agli altri benefici previsti dall'ordinamento penitenziario» (sentenza n. 273 del 2001)" (corsivo nostro).

L'espressione evidenziata della sentenza ci sembra bene sottolinei l'evoluzione dell'istituto che la giurisprudenza costituzionale ha comportato. Oggi la collaborazione non è, come il legislatore l'aveva tratteggiata in origine, un indice del percorso riabilitativo/risocializzante del detenuto, ma "*condizione necessaria, [...], per valutare il venir meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato*". Quindi qualcosa di prodromico alla valutazione del percorso del detenuto, la cui mancanza impedisce la valutazione stessa. La tesi che la collaborazione giudiziaria e l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata fossero due facce della stessa medaglia è infatti stata immediatamente e rapidamente smentita dalla Corte costituzionale con alcune pronunce succedutesi nell'arco di pochi anni⁴.

Merita di essere ricordato che il meccanismo ostativo creato dall'art. 4-bis e 58-ter o.p. fu esaminato, nel processo di riforma conseguente alla condanna dell'Italia nel caso *Torreggiani*, dalla commissione di studio ministeriale presieduta dal prof. Palazzo⁵. La commissione ha

⁴ Si vedano in particolare la sentenza n. 306/93 in materia di revoca delle misure alternative a chi se l'era viste già riconoscere prima dell'introduzione dell'ergastolo ostativo, la 361/1994 in materia di cumulo, la 504/95 in materia di concessione di permessi premio a chi aveva già iniziato il percorso riabilitativo/risocializzante.

⁵ Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, "Proposta di modifica dell'art.

elaborato una proposta di modifica dell'istituto che mirava a riportare la collaborazione tra gli elementi alla luce dei quali valutare il percorso riabilitativo/risocializzante del detenuto. Per fare questo eliminava il suo carattere di rigida preclusione e la rendeva bilanciabile con altri elementi evidenziati dai percorsi individuali dei detenuti. Se fosse stata accettata la proposta la collaborazione avrebbe smesso di essere una precondizione alla possibilità di valutare il percorso del detenuto e sarebbe diventata un elemento di questa valutazione. Secondo la proposta della Commissione, infatti, appare "del tutto razionale restituire al Tribunale di Sorveglianza la possibilità di valutare se esistano elementi specifici che depongano nel senso di un positivo percorso rieducativo del condannato di cui si discute, tale da consentire – con specifica motivazione – l'accesso ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale nonostante l'assenza di una collaborazione resa ai sensi dell'art. 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354. Potrebbe a tal fine assumere rilievo, per esempio, un complesso di comportamenti, pur non collaborativi, che dimostrino il distacco del condannato medesimo dalle associazioni criminali (dissociazione esplicita, prese di posizione pubbliche, adesione a modelli di legalità, interesse per le vittime dei reati, radicamento del nucleo familiare in diverso contesto territoriale). Ma anche l'impegno profuso per l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato e, quindi, il concreto interesse dimostrato per attività di risarcimento o, più in generale, riparatorie in favore delle vittime del reato. Elemento, quest'ultimo, il quale andrebbe valutato non tanto nella sua dimensione oggettiva di effettiva e completa reintegrazione patrimoniale, quanto piuttosto sotto il profilo soggettivo, da intendere come "concreta manifestazione del sincero proposito di fare tutto il possibile per sanare le conseguenze del delitto" (v. in tal senso, Cass., I sezione penale, 9 maggio 2012, n. 26890)".

La proposta della Commissione non è però stata fatta propria dal legislatore che ha così manifestato chiaramente la sua volontà di mantenere in vita un meccanismo che, in violazione dell'art. 3 della Convenzione così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte, impedisce la valutazione, ai fini della sua liberazione, del comportamento tenuto dal detenuto in fase esecutiva.

3.2. Tesi sulla natura della collaborazione.

Alla luce di questo percorso ci sembra quindi corretto sostenere che il giudizio previsto sulla collaborazione, almeno in tutti i casi in cui questa non è prestata in fase di esecuzione pena, non possa configurarsi come un giudizio relativo al percorso compiuto dal condannato in fase esecutiva, ma solo come una condizione, accertata in modo incidentale, il cui verificarsi consente quel giudizio.

Ci sembra, quindi, indubbio che l'istituto della collaborazione, così come emerge da una lettura costituzionalmente orientata e conforme alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, non possa essere identificato come un elemento atto a valutare, addirittura in modo vincolante⁶, il percorso educativo. Non può quindi questa valutazione essere considerata l'istituto che garantisce al detenuto condannato all'ergastolo ostativo la possibilità di vedere valutato il comportamento da lui tenuto durante l'esecuzione penale, avendo presenti, fin dall'inizio della stessa, i criteri di valutazione del comportamento stesso da parte di un giudice terzo. Del resto che la collaborazione si collochi non nel quadro del percorso di riabilitazione/risocializzazione del condannato, ma in quello degli elementi utili per le indagini e la lotta contro la criminalità

4-bis, co. 1-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2, co. 1 d.l. 13 maggio 1991, n.152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203".

⁶ Del resto la Corte costituzionale ha da sempre sostenuto l'illegittimità delle presunzioni vincolanti in materia di valutazione del percorso riabilitativo/risocializzante del condannato. In questo senso si vedano le sentenze n. 306/1993, n. 357/1994, n. 68/1995, n. 445/1997, n.186/1995, n. 255/2006, n. 173/1997, n.189/2010.

organizzata è testimoniato dall'enfasi che il legislatore ha posto, fin dalla prima formulazione delle norme, sul fatto che essa deve essere "utile".

Merita di essere sottolineato che la Corte Costituzionale proprio delle irragionevolezza che possono derivare dal requisito dell'"utilità" della collaborazione si è subito preoccupata: la sentenza 257/1994 che impone di prevedere la collaborazione impossibile in quanto inesigibile, ma più correttamente sostanzialmente poco "utile" per lo scarso rilievo del contributo del condannato all'azione criminosa (a prescindere dal riconoscimento della circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p.) e la sentenza 68/1995 che impone di prevedere la collaborazione impossibile in quanto inutile o irrilevante nel caso in cui il completo accertamento dei fatti e delle responsabilità sia avvenuto con la sentenza di condanna.

Il fatto poi che la Cassazione sostenga che il detenuto possa domandare l'accertamento della collaborazione ex art. 58-ter o.p. solo in via incidentale quando chiede la misura alternativa, vale a dire ragionevolmente alla prima richiesta del permesso premio, impedisce, anche ai detenuti che hanno collaborato o la cui collaborazione è impossibile, irrilevante o inesigibile di avere la certezza, dal momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, di poter essere valutati per il loro comportamento tenuto durante la detenzione dal magistrato di sorveglianza ai fini della loro deliberazione⁷. Questa circostanza rende anche poco trasparenti le decisioni in materia di collaborazione. Esse infatti si perdono all'interno della decisione sulla misura richiesta, risultando praticamente impossibili da reperire: solo esaminando tutti i fascicoli relativi ad istanze di benefici di ergastolani condannati per reati ostativi, si potrebbe procedere al loro esame. Ma questa impresa è di fatto impossibile: presupporrebbe la pubblicità di una lista nominativa di ergastolani condannati per reato ostativo con l'elenco delle istanze presentate e le indicazioni dei Tribunali di sorveglianza ai quali esse sono state indirizzate. A questo punto il ricercatore si dovrebbe recare in ogni cancelleria e consultare ogni singolo fascicolo.

Il dato più significativo è comunque che l'accertamento della irrilevanza e dell'impossibilità della collaborazione, pur consentendo, se positivo, la valutazione che permette l'accesso alle misure alternative, ponendo fine all'impossibilità di liberazione, non dipende assolutamente dal comportamento tenuto dal condannato in fase esecutiva, ma da eventi completamente indipendenti dalla sua volontà (il fatto che le indagini abbiano permesso, a prescindere dal suo comportamento processuale, di acclarare tutti gli elementi, eventi e partecipanti, relativi al reato) oppure dal suo comportamento nel corso del reato (la marginalità della sua condotta nella realizzazione dello stesso) che rende la sua collaborazione "oggettivamente irrilevante".

4. La collaborazione come la "scelta di Sophie".

Ci preme infine esprimere alcune considerazioni sulla legittimità, alla luce del dovere dello Stato di non violare la dignità del detenuto, della possibilità di ottenere la collaborazione in fase di esecuzione penale.

Il fatto che il primo comma dell'art. 58-ter dica che il condannato possa collaborare (aiutare "concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati") "anche dopo la

⁷ La Cassazione penale ha da tempo ribadito, con orientamento consolidato, che l'accertamento della collaborazione ha natura incidentale, o meglio necessariamente pregiudiziale alla valutazione di una connessa istanza di beneficio penitenziario (si vedano in tal senso le sentenze della Cassazione Penale, sez. I, n. 973/1997, n. 1865/1999, n. 29195/2003, n. 38288/2005, n. 7267/2006, n. 9301/2014, n. 26567/2017), con la conseguente inammissibilità di un'impugnazione proposta con limitato riferimento alla decisione assunta dal tribunale di sorveglianza sulla sussistenza della collaborazione (si veda sentenza Cassazione Penale, sez. I, n. 4473/1996).

condanna” rende chiaro che il legislatore ha ideato il meccanismo dell’ostatività e del suo superamento per promuovere atteggiamenti collaborativi. Appare evidente, come ha sostenuto la Cassazione (sez. I penale, 13/02/1997, n. 973), tesi ripresa recentemente, come ricordato, dalla Corte Costituzionale, che la *ratio* dell’art. 58-ter “risiede indubbiamente nell’esigenza di stimolare e di agevolare le collaborazioni, *anche successive alla condanna*, rimuovendo, *in deroga all’art. 4-bis*, il divieto di concessione di determinati benefici previsti dall’ordinamento penitenziario” (corsivi nostri).

Sebbene le collaborazioni in fase esecutiva siano rare, questa previsione e la sua finalità finiscono per ingigantire le storture dell’istituto che si basa a volte su eventi che prescindono dal comportamento e dalle intenzioni del detenuto (il fatto che la collaborazione sia resa impossibile dal successo delle indagini che accertano ogni aspetto dei reati), a volte su suoi comportamenti processuali e quindi precedenti alla sua condanna (la collaborazione processuale), a volte su comportamenti che tiene in fase esecutiva.

A prescindere da questa “irrazionalità” dell’istituto dal punto vista del detenuto, che si vede in balia degli eventi, lo stimolo alla collaborazione in fase esecutiva appare aprire alcuni gravi problemi, ai quali, a nostro parere, fa riferimento la Corte Costituzionale con il passo già citato della sentenza 306/93 (§ 9). In questo passo, come ricordato, la Consulta afferma che “la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere (...) conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quali a esempio, *l’esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare*” (corsivi nostri). Crediamo che questa “esposizione” sia, tra l’altro, il principale fattore esplicativo della scarsità della collaborazione in fase esecutiva.

Purtroppo la Corte, nella giurisprudenza successiva, non ha più sviluppato questo spunto, lo ha anzi, in qualche modo, neutralizzato. Ha infatti, da un lato, affermato (sentenza n. 39 del 1994) che “l’incentivo alla collaborazione con la giustizia, perseguito dal legislatore,” non può “qualificarsi come «costrizione» a tale comportamento,” dato che il detenuto è “sempre libero di non adottarlo”. Dall’altro ha considerato meritorio che il legislatore, spinto dalla sua giurisprudenza, ha reso la preclusione sancita dalla norma “non [...] assoluta e definitiva,” ma dipendente “da una opzione volontaria del condannato, rivedibile in ogni momento: quella, appunto, di non collaborare, pur essendo in condizione di farlo”. In questo modo “la mancata collaborazione” non può che essere imputata ad una libera scelta del condannato (sentenza n. 135 del 2003).

La Corte (ancora sentenza n. 39 del 1994) ha cercato di giustificare queste tesi sottolineando che «la condizione di condannato per delitti di criminalità organizzata non era certo comparabile con quella del comune cittadino», tenuto alla denuncia dei soli delitti contro la personalità dello Stato puniti con l’ergastolo. Questa ultima affermazione ci appare velatamente degradare, contrariamente all’insegnamento della Corte EDU, la protezione della dignità dei detenuti sulla base dei reati da essi commessi.

Quello che ci preme sottolineare sono però alcuni dubbi sull’istituto della collaborazione in fase esecutiva. Durante i nostri interventi nelle carceri a tutela dei diritti dei detenuti, ci siamo trovati più volte di fronte a persone che ci dicevano di sentirsi intrappolati da questa previsione che li metteva davanti ad una scelta che li tormentava, a volte minando la loro stabilità psichica. In effetti, i soggetti, autori dei reati ostativi, la cui collaborazione potrebbe essere ancora utile, ci sembrano messi di fronte a quella che un celebre romanzo, e poi un ancora più celebre film, hanno portato a definire come “la scelta di Sophie”. Il detenuto la cui collaborazione è ancora

utile si sente come la protagonista del romanzo e del film, che deportata insieme ai due figli, un maschio ed una femmina, ad Auschwitz, all'arrivo al campo di concentramento fu costretta da un tormentato ufficiale nazista a scegliere tra i suoi due figli, decidendo di abbandonare la bimba alla morte. Il detenuto la cui collaborazione è ancora possibile si sente messo di fronte alla scelta tra la propria dignità, cioè la possibilità di poter incidere con il suo comportamento sul suo futuro e recuperare grazie alle sue scelte la libertà, e la vita e la salute dei suoi cari che proprio l'utilità della collaborazione, e quindi la sussistenza di responsabilità penali ancora da individuare, espone a ritorsioni tremende.

4.1. *Incidenter tantum: possibile violazione art. 6 della Convenzione.*

La scarsità delle collaborazioni in fase di esecuzione potrebbe essere dovuta anche ad un altro fattore. Essa infatti appare in contrasto con l'antico broccardo di civiltà giuridica *nemo tenetur se detegere* e quindi con l'art. 6 della Convenzione. Il problema non è direttamente oggetto della controversia, però ci preme sottolineare che il quadro normativo chiarisce che la collaborazione in fase di esecuzione deve avere per oggetto fatti non coperti dall'accertamento processuale, e, quindi, fatti per i quali il detenuto potrebbe essere passibile di una nuova imputazione. Si configura quindi come una richiesta di collaborazione relativa a condotte che necessariamente daranno vita ad un nuovo processo. Anche sul piano formale difficilmente ci sembra che la procedura di assunzione di questa collaborazione possa essere considerata come inseribile in un procedimento di esecuzione, relativo alle modalità di espiazione della pena. Quando la collaborazione avviene in fase esecutiva, l'istituto della sua assunzione sembra configurarsi piuttosto come una sorta di incidente probatorio, demandato al giudice di sorveglianza, che avrà rilevanza nel nuovo processo, avente oggetto i fatti su cui la collaborazione porta elementi utili e nuovi rispetto a quelli accertati nella sentenza di condanna.

5. Richiesta conclusiva: applicazione dell'art. 46.

Visto che, come ricordato, oltre il 70% degli ergastolani stanno scontando un ergastolo ostativo la nostra associazione chiede che la Corte riconosca questo un caso in cui esiste una violazione sistematica degli obblighi derivanti dalla Convenzione e quindi imponga, come ha stabilito, per questi casi, in *László Magyar c. Ungheria*, n. 73593/10, 20 maggio 2014, all'Italia di adottare una revisione legislativa che consenta in ogni caso, quindi anche a prescindere dalla collaborazione, che un giudice possa valutare il percorso riabilitativo/risocializzante degli ergastolani e, qualora lo trovi soddisfacente, decretare la fine della loro carcerazione perpetua.

Emilio Santoro
Comitato Scientifico L'Altro diritto onlus