

UNA QUESTIONE DI LIMITI. A PROPOSITO DI "FINE PENA: ORA" DI ELVIO FASSONE

di Davide Galliani

Abstract. *Un significativo contributo al diritto costituzionale penale è ora offerto dalle lucide, coinvolgenti e (quasi) mai radicali riflessioni che Elvio Fassone ha sviluppato in "Fine pena: ora", Sellerio, 2015. Cercando di collocarlo in un contesto più generale, soprattutto per dimostrare che molte delle questioni di casa nostra in realtà sono al centro dei dibattiti di qualsiasi altro paese, lo scritto qui di seguito discute alcune delle più stimolanti riflessioni che Elvio Fassone ha esposto nella sua ultima fatica letteraria, nella quale convergono le doti di equilibrio e allo stesso tempo di determinazione che ne hanno caratterizzato l'intera esperienza di vita, da magistrato prima, da componente del CSM dopo e infine da legislatore.*

SOMMARIO: 1. Contesti differenti, problematiche simili. – 2. Mai più minori irrecuperabili per legge. – 3. Il riformismo di Barack Obama. – 4. "Fine pena: ora" di Elvio Fassone. – 5. Un autore *sui generis*. – 6. Una pena *sui generis*. – 7. Un *vademecum* sulla pena perpetua. – 8. L'architrave di tutto il ragionamento. – 9. E il futuro?

1. Contesti differenti, problematiche simili

È in corso, in moltissimi paesi, una profonda rivisitazione degli strumenti che il legislatore disciplina per il contrasto alla criminalità¹. Siffatto ripensamento non sta avvenendo solo a causa dell'attuale momento storico caratterizzato da un incredibile

¹ Come esistono una politica universitaria, una politica pensionistica, una politica militare, una politica estera, esiste anche una politica criminale. Forse il termine non è dei più adeguati, necessiterebbe di un ripensamento, appare sicuramente troppo influenzato dalla tradizione anglosassone, che non è l'unica esistente al mondo, ma il significato sostanziale è abbastanza chiaro: ci si riferisce, quando si discute della politica criminale, agli strumenti che il legislatore disciplina per prevenire e contrastare la commissione di reati. Dietro ai problemi terminologici si nascondono sempre questioni più profonde. Il termine politica criminale deriva da *criminal law*, che è il modo con il quale la tradizione anglosassone definisce quello che altre esperienze chiamano il diritto penale. In *criminal law* l'accento cade sul crimine, mentre in diritto penale sulla pena. Non sarebbe meno problematico utilizzare il termine politica penale, ma, anche in questo caso, non solo per una questione puramente terminologica. In ogni caso, qualunque sia la tradizione di riferimento, reato e pena devono stare insieme, non possono essere considerati distintamente, come fossero due mondo separati, non comunicanti.

sviluppo tecnologico. Il caso dei dati acquisibili dalle schede telefoniche sul traffico anteriore all'inizio delle indagini è solo uno dei tanti. Non di meno, insegna molto. Indica che la rivisitazione alla quale stiamo assistendo deve necessariamente affrontare un problema (essenzialmente costituzionale) su tutti gli altri, il problema dei limiti, che si può così riassumere: fino a che punto è possibile spingersi per contrastare la criminalità?

Non esiste, evidentemente, una sola risposta. Esiste però una sorta di bussola che può soccorrere. È il nuovo diritto costituzionale penale, che si nutre di comparazione, è influenzato dall'esperienza materialmente costituzionale sovranazionale, non può prescindere dall'apporto giurisprudenziale e si fonda sull'importanza di ogni singolo essere umano, più in particolare sulla dignità umana di ciascun individuo, dentro le mura di un penitenziario, fuori nella società libera.

Questo nuovo diritto costituzionale penale è veramente cosmopolitico. Sarebbe semplicemente sbagliato, oggi, pensare che i problemi dello *ius terribile* possano essere affrontati entro il recinto di ogni singola esperienza statale. I problemi di casa nostra, con tutte le loro peculiarità, sono problemi sui quali molti paesi democratici, chi più chi meno, stanno discutendo. Che poi esista tra gli Stati un vero dialogo è un altro problema. Come è un'altra questione il grado di vincolatività della giurisprudenza sovranazionale. Il punto è che i problemi sono comuni, anche se come termini di paragone si fa riferimento a Stati le cui culture (politiche, costituzionali, penali) sembrano apparentemente condividere poco².

2. Mai più minori irrecuperabili per legge

Non possiamo pertanto non dedicare alcuni cenni a quanto sta accadendo negli Stati Uniti, un grande serbatoio dal quale, a volte anche a loro insaputa, altri paesi nutrono la propria cultura. Sotto tutte le accezioni possibili che questo termine può avere, quindi ricomprendendovi anche la cultura politica, quella costituzionale e quella penale.

L'indiscussa influenza statunitense non è a senso unico. Il momento attuale ad esempio sembra promettere bene. Niente rivoluzioni, permangono problematiche strutturali, anche culturali, d'indiscussa delicatezza. Eppure qualcosa si sta muovendo, piccoli e meno piccoli segnali, ispirati da un nuovo diritto costituzionale penale, iniziano a farsi più significativi.

² Tanto è vero che, per riprendere la nota precedente, quella che a volte è una vera e propria incomunicabilità tra diversi paesi è spesso dovuta alla difficoltà di intendersi proprio da un punto di vista terminologico. Ci si dovrebbe sforzare di utilizzare, negli ambiti del nuovo diritto costituzionale penale, dei termini il più possibile neutri, che in quanto tali potrebbero più facilmente circolare. Incominciando proprio dai modi con i quali ci si riferisce usualmente ai penitenziari (termine neutro), ossia carceri, prigionieri, galere (termini non neutri).

Come fossero due attori che recitano uno stesso copione, il Presidente e la Corte Suprema degli Stati Uniti sono alle prese con una serie di problemi che potrebbero essere tranquillamente *mutatis mutandis* problemi di casa nostra.

Per prima, è stata la Corte Suprema a intervenire. Il nuovo diritto costituzionale penale degli Stati Uniti, hanno affermato i giudici della Corte Suprema, non può più ammettere che il legislatore definisca giuridicamente irrecuperabili i minorenni che commettono determinati reati. Per loro, deve sempre esistere, indipendentemente dai reati che commettono, la possibilità di rivolgersi a un giudice o a un organo apposito (*parole board*) per poter essere “ri-giudicati”. Il nuovo giudizio potrà anche arrivare dopo parecchi anni, ma non può mancare, altrimenti non avrebbe senso alcuno pretendere dalla persona ristretta un determinato comportamento piuttosto che un altro.

Il giudice o l’organo apposito restano ovviamente liberi di decidere come meglio ritengono, utilizzando il bagaglio di esperienza e di professionalità che possiedono. Sarà, la loro, una scelta particolarmente difficile, ma è pur sempre meglio di una decisione presa a tavolino dal legislatore per tutti e una volta per sempre.

E la Corte Suprema ha aggiunto: la dichiarazione d’incostituzionalità della pena dell’ergastolo senza possibilità di accedere alla liberazione condizionale (*Life Imprisonment Without Parole, LWOP*), quando irrogata a minori al momento del reato e quando prevista come pena obbligatoria ed automatica, deve avere effetto retroattivo, quindi vale *pro futuro* ma anche per chi attualmente sta scontando quella pena, una pletora di circa 3.000 detenuti, alcuni dei quali in carcere da mezzo secolo, sin da quando erano minorenni³.

Queste persone hanno riottenuto, grazie alla Corte Suprema, il diritto di sperare che il legislatore aveva loro sottratto. Una cosa è scontare un ergastolo senza possibilità di accedere alla liberazione condizionale, altra è essere ristretti a fronte di un ergastolo che ammette, anche se molto in là negli anni, la possibilità di accedere alla

³ È quanto accaduto proprio nel caso a fronte del quale la Corte Suprema ha dichiarato la retroattività dell’incostituzionalità dell’ergastolo senza condizionale obbligatorio ed automatico nei confronti di minori al momento del reato: cfr. *Montgomery v. Louisiana*, 577 U.S. _ (2016). Il ricorrente, Montgomery, era in carcere dal 1963, da quando aveva 17 anni. Al 2016, pertanto, aveva 69 anni, 52 dei quali trascorsi in carcere. Gli altri due casi ai quali si è fatto riferimento nel testo sono *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010) (ergastolo senza condizionale ai minori al momento del reato per reati diversi dall’omicidio) e *Miller v. Alabama*, 567 U.S. _ (2012) (ergastolo senza condizionale automatico e obbligatorio ai minori al momento del reato). Tutte le decisioni sono state particolarmente sofferte: *Montgomery* e *Graham* sono state prese sei voti contro tre, mentre *Miller* cinque voti contro quattro. Al momento in cui *Montgomery* è stato deciso dalla Corte Suprema, la metà degli Stati avevano ritenuto *Graham* e soprattutto *Miller* validi retroattivamente. In sostanza, dei circa 3.000 detenuti minorenni al momento del reato, circa la metà avevano già ottenuto la riduzione della pena (quindi, l’ergastolo con condizionale). Dopo *Montgomery*, gli Stati non possono più tergiversare, proprio perché la Corte Suprema ha risolto in modo definitivo la questione della retroattività di *Graham* e *Miller*. A seconda della sensibilità del legislatore, gli Stati decideranno un tempo più o meno lungo prima di poter accedere alla condizionale, ma il punto è che prima o poi deve esserci questa possibilità. In attesa dell’intervento legislativo, potrebbero anche essere direttamente i giudici statali a ridurre la pena, tuttavia in questo caso dipende molto dai singoli Stati, poiché ne esistono alcuni nei quali la *Parole* è stata semplicemente abrogata.

condizionale, quindi che un giudice o un organo apposito possano effettivamente valutare se la rieducazione ha fatto il suo corso oppure se la pericolosità sociale è ancora presente.

Alcuni, a ragione, potrebbero evidenziare che, oggi, crimini anche efferati vedono protagonisti minorenni. Ebbene, andrebbe però altresì rilevato che quella particolarissima pena della quale si è detto, l'automatico e obbligatorio ergastolo senza condizionale per i minori al momento del reato, dopo essere stata dichiarata incostituzionale negli Stati Uniti, esiste ora in un solo paese al mondo, la Somalia. E che non esiste paese al mondo che prevede e pratica la pena di morte per i minori al momento del reato, ancora una volta con una sola eccezione: l'Iran. E, se proprio si vuole essere precisi, in moltissimi paesi, tra i quali l'Italia, è stato dichiarato incostituzionale anche l'ergastolo ordinario, quello quindi con la possibilità di accedere alla condizionale, verso i minori al momento del reato.

Insomma, i minori commettono sicuramente delitti anche particolarmente efferati, ma il nuovo diritto costituzionale penale appare molto chiaro: no alla pena di morte, no all'ergastolo senza condizionale, sì parziale all'ergastolo con condizionale, il che significa mai più minorenni irrecuperabili per legge.

3. Il riformismo di Barack Obama

Incastonate tra le date delle decisioni della Corte Suprema, sono presto sopraggiunte le iniziative e le riforme del Presidente degli Stati Uniti.

In primo luogo, Barack Obama ha fatto il massimo (o comunque molto) di quello che la Costituzione gli consentiva di fare da solo, concedere la grazia e commutare le pene. Prima otto casi, poi, in un continuo crescendo, ventidue e dopo addirittura quarantasei. Se è vero che tra i destinatari delle clemenze individuali non figuravano autori di reati violenti, essendo tutti reati legati alla droga, è però anche vero che, in non pochi casi, si trattava di persone (maggioresenni) condannate, ancora una volta, all'ergastolo senza possibilità di accedere alla condizionale.

A livello federale, questi detenuti hanno solo tre possibilità per vedersi ridotto l'ergastolo. La grazia e la commutazione, la scarcerazione per motivi umanitari (in pratica, malattie terminali a certo e brevissimo esito infausto) e la collaborazione con la giustizia (la *substantial assistance*, ai sensi della quale il governo – e solo il governo – può, con una specifica mozione, chiedere al giudice la riduzione della pena, anche dopo l'irrogazione, nel caso in cui la persona collabori nelle *investigations* – indagini – e nelle *prosecutions* – imputazioni – di altre persone).

Come la Corte Suprema, anche il Presidente ha ritenuto che, entro il nuovo diritto costituzionale penale, non possano trovare molto spazio le scelte del legislatore che letteralmente producono persone giuridicamente irrecuperabili, alle quali si nega il diritto di sperare che un giorno qualcuno possa valutare rieducazione e pericolosità e consequenzialmente decidere se meritano di tornare libere o invece di rimanere ristrette.

In secondo luogo, Barack Obama è stato il primo Presidente in carica, in tutta la storia degli Stati Uniti, a recarsi fisicamente in un penitenziario. Il 16 luglio 2015, al *El Reno Federal Correction Institution*, nello Stato dell'Oklahoma. Un gesto molto simbolico, non vi è dubbio, ma egualmente significativo.

Infine, il terzo intervento. Sicuramente ha molto pesato la (a dir poco) incredibile esperienza raccontata in prima pagina sul *New York Times* da Rick Raemisch, una storia che non smetterà di far riflettere per generazioni⁴. Cosa ha fatto Barack Obama? Il Presidente ha completamente riformato il regime dell'isolamento nei penitenziari federali perché *overused* (eccessivamente utilizzato) e causa di complicazioni psico-fisiche non più accettabili (sono sue parole). Si è mosso lungo tre direttrici. Primo: ha completamente abolito l'isolamento per i detenuti minorenni. Secondo: ne ha vietato l'uso per fini disciplinari. Terzo: ha ridotto da un anno a due mesi il periodo massimo in isolamento (sono consentite le proroghe, ma, appunto, non più di anno in anno ma di due mesi in due mesi).

Non vi è molto da dire a questo proposito. Si tratta di provvedimenti perfettamente compatibili con il nuovo diritto costituzionale penale, che non vieta l'isolamento, su questo si deve essere molto chiari, non si possono negare i problemi che intende fronteggiare, ma lo ammette solo se ragionevolmente giustificato (e quindi *de jure* e *de facto* non generalizzato ma individualizzato) e chiaramente limitato, ferma l'esistenza di taluni casi dove ricorrervi è inumano e degradante, contrario al senso di umanità, semplicemente *cruel*⁵.

⁴ Il Governatore del Colorado aveva intenzione di riformare il regime dell'isolamento nei penitenziari statali. Si affidò a Rick Raemisch, nominandolo direttore del penitenziario statale. Egli, tuttavia, non sapeva come procedere. Scelse una strada che non ha bisogno di commenti. Indossò l'uniforme dei detenuti, si fece ammanettare le mani dietro la schiena, volle anche le gambe legate, insomma, era sua ferma intenzione sentirsi un vero e proprio detenuto. Alle 18.45 del 23 gennaio 2014 entrò nell'area delle celle. Si fece mettere in isolamento, nella cella numero ventidue. Divenne a tutti gli effetti un R.F.P., *Remove From Population*. Niente televisione, niente giornali, niente di niente. Era lui, la sua uniforme e la sua cella di sette piedi per tredici, circa due metri per quattro. Avrebbe voluto stare in quelle condizioni almeno venti ore, niente rispetto alla media in Colorado, ossia ventitre mesi (con casi anche di persone in R.F.P. da venti anni). Alle 15 del giorno dopo decise di interrompere anticipatamente l'esperimento. Voleva solo capire meglio come riformare il regime di isolamento, come intervenire, soprattutto, per evitare, ha scritto nel suo resoconto *My Night in Solitary*, pubblicato sul *New York Times* del 20 febbraio 2014, che le persone escano dal penitenziario peggio di come sono entrate.

⁵ Appunto i minorenni, ma non sarebbe difficile immaginare altri casi simili, altri soggetti particolarmente deboli: una donna in gravidanza, un non vedente, una persona in carrozzina, una persona affetta da seri disturbi psichici abituale a estremi gesti autolesionistici e tentativi di suicidio? Vero che è difficile stilare un elenco, poiché contrasterebbe con la individualizzazione. Lo stesso problema esiste per i casi di differimento obbligatorio-facoltativo della pena. Non si nega che cristallizzare in un elenco i casi di *default* incompatibili con la detenzione e con il carcere duro appare molto difficile, tuttavia l'esempio di Barack Obama mostra che in talune circostanze deve prevalere un senso di umanità generalmente condiviso, al quale del resto i giudici non mancano di riferirsi a fronte di determinate patologie.

4. *“Fine pena: ora”* di Elvio Fassone

Voglia scusare il lettore se si è sentito il bisogno di partire da così lontano, addirittura da oltreoceano. Non si sono trovate altre vie per dimostrare che i nostri problemi non sono solo nostri.

La pena dell'ergastolo senza condizionale, il giudizio a tavolino del legislatore circa la irrecuperabilità di una persona, la problematica sottrazione di ruolo e funzioni al giudice, la necessità di riformare il regime detentivo prima di tutto per rendere la società più sicura: questi e altri temi sono obbiettivamente temi anche di casa nostra.

Il libro *“Fine pena: ora”* di Elvio Fassone, edito da Sellerio e pubblicato nel novembre 2015, non è un caso letterario. Anzi, forse lo è, ma non è questa la sua più importante caratteristica.

Se si dovesse chiedere cosa rappresenta il nuovo diritto costituzionale penale, la risposta potrebbe essere questa: ogni riga, ogni pagina, ogni capitolo di questo libro parla del nuovo diritto costituzionale penale.

Si proceda con ordine, cercando di fornire al futuro lettore di questo libro tutte le più essenziali informazioni, partendo da qui: il libro parla essenzialmente di limiti, di quali siano i limiti che un ordinamento deve rispettare quando decide di punire una persona, non solo nell'interesse di questa persona, ma anche in quello più generale di tutti noi.

Non esiste, anzi, un noi e un loro: il rispetto dei limiti è a vantaggio di tutti, di coloro che scontano una pena e di coloro che vivono da liberi. Non è buonismo, pietismo, ingenuità. No. Porsi dei limiti è una garanzia (costituzionalmente necessaria) che opera per tutti, dentro e fuori un penitenziario.

Questo libro, in senso metaforico, è un atto di ribellione, che vuole letteralmente sbattere in faccia al lettore un incredibile bagaglio di conoscenza ed esperienza che l'autore ad un certo momento ha sentito il bisogno di condividere. È un libro che vuole far conoscere, che dovrebbe trovare spazio nella biblioteca di ogni persona non rassegnata, di chi vuole sì cambiare le cose ma non senza prima aver davvero cognizione delle questioni. Senza conoscenza non esiste decisione che possa dirsi ragionevole, anche quella di chi, legittimamente, intende non cambiare ma preservare.

La platea dei potenziali destinatari del libro di Fassone, da questo punto di vista, è particolarmente estesa: la classe politica, gli interpreti del diritto (giudici, pubblici ministeri, avvocati, funzionari, studiosi) e, più in generale, l'opinione pubblica, quella che necessita (forse) più di altri di conoscenza⁶.

⁶ I massimi funzionari del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, in passato e oggi, si sono espressi su molte delle questioni al centro del libro, in molti casi sollevando perplessità simili a quelle di Elvio Fassone.

5. Un autore *sui generis*

Due parole sull'autore. Elvio Fassone, ora in pensione, è stato giudice per molti anni, poi membro del Consiglio Superiore della Magistratura e infine senatore per due legislature.

Non bastasse questo *curriculum*, il lettore deve sapere che Elvio Fassone non è affatto nuovo alla scrittura. Vanta una cospicua bibliografia, fatta di libri ma anche di articoli e saggi, molti dei quali ospitati in alcune delle riviste scientifiche più autorevoli dell'intero panorama italiano.

Dalla lettura di molti dei suoi scritti, emergono, tra gli altri, due tratti differenziali di particolare rilevanza, uno formale e l'altro sostanziale. Nel primo senso, l'autore non manca mai di riferirsi al dibattito scientifico del momento, utilizzando opere di costituzionalisti, penalisti, processualpenalisti, ma anche civilisti, filosofi del diritto, grandi pensatori politici. Nel secondo senso, la cifra degli argomenti che si espongono è il dialogo. Difficile non capire quale sia l'idea che l'autore ritiene più persuasiva, ma appunto solo di questo si tratta. Non manca mai di problematicizzare, di esporre tutte le tesi, quelle più vicine (al) e quelle più lontane (dal) suo orientamento. Cosicché il lettore possa, acquisito un ampio bagaglio di ulteriori conoscenze, farsi la propria idea.

Il libro del quale stiamo parlando, tuttavia, non è stato scritto solo dalla persona della quale abbiamo brevemente tracciato un primissimo profilo. Si raccontano ventisei anni di corrispondenza epistolare che l'autore ha intrattenuto con un detenuto. Non solo. Si tratta della persona alla quale lo stesso autore, da giudice, ha irrogato la pena. L'autore racconta, vuoi in prima persona vuoi lasciando spazio direttamente al pensiero del detenuto, le cui lettere sono citate tra virgolette, cosa è accaduto in tutti questi anni, quasi trenta.

Dagli inizi alla fine, dal loro primo incontro, avvenuto durante il maxiprocesso che determinò la condanna, all'ultima corrispondenza, poiché il detenuto, ad un certo punto, perdendo ogni speranza, ha deciso che era arrivato il momento del fine pena e ha cercato di togliersi la vita. Dall'inizio alla fine, il lettore riesce a comprendere non solo la concretezza della detenzione, con tutti i suoi spiragli di speranza che costantemente si alternano a motivi di profondo sconforto, ma anche i più importanti eventi di natura politico-istituzionale che, nel corso di tre decenni, hanno accompagnato il diritto costituzionale penale nel nostro ordinamento.

Tutti, senza alcuna eccezione. Dai primi maxiprocessi, che l'autore riesce a far intendere cosa realmente significhino, in particolare quanto spesso i principi del rito penale risultino rimanere sulla carta, alle fasi iniziali della detenzione, in questo caso, come in molti altri, quelle più difficili e rischiose. Dalle difficoltà di iniziare un primo percorso verso la rieducazione, che dovrebbe includere una maggiore possibilità di mantenere gli indispensabili legami famigliari, fino alle brusche variazioni nel regime detentivo, dovute alle severe risposte che la classe politica del momento ritenne di adottare. Dalle speranze che si sono fatte concrete, con l'acquisizione di diplomi, il coltivare interessi, il prodigarsi in mestieri, finanche il lavoro (vera resurrezione delle anime, in carcere come fuori), alle incredibili vicende processuali seguenti, che hanno

fatto ripiombare nel baratro il detenuto che pur aveva dato segni di positivo miglioramento. E tanto altro ancora.

Dato che l'autore è un giudice, il filtro degli eventi non può che risultare particolarmente interessante per chi ricopre il medesimo ruolo, per chi ha quotidianamente a che fare con il giudice, il pubblico ministero, ma anche per gli avvocati. Le premesse c'erano tutte e il risultato va oltre ogni più rosea aspettativa: lo studioso che intendesse confrontarsi con questo libro non potrebbe che trarne beneficio, almeno lo studioso che non sia interessato al solo testo di una legge ma che intenda approfondirne anche il contesto e la concreta applicazione.

Le leggi, oramai si dovrebbe sapere, sono quelle che sono, non ne esiste una perfetta. Serve valutarle per quello che dicono, per il rapporto che hanno con altre leggi, *in primis* con la Costituzione. È necessario confrontarle con la giurisprudenza, capire quindi in che rapporto si collocano con il diritto vivente. Tutto questo però non è sufficiente. Deve essere fatto, ma si deve fare anche altro. Contano molto il contesto politico più generale, le motivazioni che hanno spinto il legislatore a fare quella scelta piuttosto che un'altra, comprese le pressioni alle quali si è deciso di cedere, non sempre in modo lungimirante. E, allo stesso modo, conta anche la concretezza della loro applicazione, gli effetti che producono sui diretti destinatari, ma più in generale sulle persone nel loro complesso, ancora una volta, non solo quelle direttamente interessate (nel caso, i detenuti), ma anche quelle indirettamente coinvolte (nel caso, le persone libere).

6. Una pena *sui generis*

Non solo la scena è quanto meno singolare: un giudice che, tramite una corrispondenza pluridecennale con un detenuto, offre la sua lettura di alcuni tra i più importanti pilastri del nuovo diritto costituzionale penale.

La questione di particolare rilevanza risiede nel fatto che le intere vicende narrate nel libro risentono in modo significativo del cosiddetto regime dell'ostatività, il quale, se applicato alla pena perpetua, fa dell'ergastolo una pena molto simile, scontate le inevitabili differenze, a quel *Life Imprisonment Without Parole* al quale si è fatto riferimento all'inizio rispetto al caso statunitense.

In cosa consiste l'ergastolo ostativo? I lettori più informati lo conoscono bene. In genere, tuttavia, non è molto conosciuto. È la pena perpetua che, al 12 ottobre 2015, scontavano 1.174 persone, ossia il 72,5% del totale degli ergastolani italiani, che erano, sempre a quella data, 1.619.

In cosa differisce l'ergastolo ostativo dall'ergastolo ordinario? Nel secondo caso, il detenuto può accedere alle misure alternative alla detenzione⁷, a determinate scadenze temporali⁸, nel caso in cui il giudice valuti positivamente i requisiti

⁷ Permesso premio, semilibertà, liberazione condizionale.

⁸ Dieci anni per i permessi, venti per la semilibertà, ventisei per la condizionale.

legislativamente previsti e attestati, direttamente o indirettamente, che la persona non risulta socialmente pericolosa⁹. Nel primo caso, invece, l'accesso a tutti i benefici risulta legislativamente precluso, a meno che il detenuto non abbia utilmente collaborato con la giustizia¹⁰.

Una delle caratteristiche principali dell'ergastolo ostativo è che può essere disposto solo nei confronti di autori di determinati reati, quelli ostativi. Appena introdotti, nel 1991, non erano molti, con il tempo l'elenco si è allungato. Nel momento in cui il reato di cui si è imputati o condannati rientra in questo elenco e la pena prevista è la pena perpetua, questa diviene ostativa, da qui appunto l'ergastolo ostativo.

Né il permesso premio, né la semilibertà, né la liberazione condizionale possono essere concessi dal giudice nel momento in cui non è stata offerta utile collaborazione con la giustizia. Il sistema normativo prevede espressamente che il giudice, se il detenuto non ha offerto la propria collaborazione, non possa tenere in considerazione alcun requisito richiesto per accedere alle misure alternative.

Detto in altro modo: se hai tenuto regolare condotta, hai compiuto progressi nel corso del trattamento, sei sicuramente ravveduto, ma non hai collaborato utilmente con la giustizia, non puoi uscire mai dal carcere, né momentaneamente (permesso premio), né in modo quasi definitivo (semilibertà), né in modo definitivo (liberazione condizionale, salva la libertà vigilata). Il che significa che il legislatore ha deciso, ricorrendo ad una presunzione legislativa di tipo assoluto, che la non collaborazione equivale a non rieducazione e che la collaborazione equivale a rieducazione¹¹.

È anche di questa pena che il libro di Elvio Fassone si occupa. L'autore vuole problematizzarla. A parte alcuni passaggi della finale Appendice, non ci sono mai critiche drastiche, osservazioni radicali a senso unico. L'autore riesce a far intendere tutto il suo tribolamento interno a fronte di una pena come questa che obiettivamente non può lasciare indifferenti, una qualche riflessione ulteriore obbliga a fare.

Il racconto che si offre nel libro narra anche di come la detenzione scorra nel momento in cui il detenuto ha deciso che non collaborerà con la giustizia. L'autore discute quindi di e con una persona che, dopo continui alti e bassi, piccole aperture cui seguono grandi delusioni, ha perso la speranza di uscire un giorno dal penitenziario. Questo è il cuore del libro: il travaglio interiore di due persone a fronte di una pena della quale tutto si può dire, tranne che non sia particolare.

⁹ Perché ha tenuto regolare condotta (permesso premio), ha compiuto progressi nel corso del trattamento che legittimano un graduale reinserimento nella società (semilibertà), è sicuramente ravveduto (liberazione condizionale).

¹⁰ Vale a dire si sia adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero, abbia aiutato concretamente l'autorità di polizia o quella giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

¹¹ Vi sarebbero altre specificità da richiamare, ma la sostanza della previsione è questa, anche perché l'ulteriore requisito di cui al comma 1 bis dell'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario, la necessità di provare l'inesistenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata, un classico esempio di prova diabolica, si intende soddisfatto nel momento in cui si accerta l'utile collaborazione con la giustizia.

Non serve molto per comprenderlo. È prima di tutto il buon senso che autorizza a pensare che possano esistere delle persone rieducate non collaboranti e delle persone collaboranti non rieducate.

Sono casi non solo ipotetici ma anche reali. Ma anche fossero solo immaginari, una cosa sarebbe domandare agli autori di determinati reati il soddisfacimento di ulteriori requisiti rispetto a quelli ordinari, che il giudice dovrebbe valutare sentendo il parere di esperti sia delle forze dell'ordine sia degli operatori della rieducazione¹². Un'altra cosa, invece, è escludere il giudice da ogni possibilità di valutazione, privandolo così della possibilità di offrire un giudizio individualizzato, caso per caso, che rimane una garanzia non solo nei confronti del detenuto, ma anche dell'intera collettività, che normalmente aspira ad accogliere persone rieducate punto e basta, non persone che hanno collaborato e per questo il legislatore (e non il giudice) ha ritenuto rieducate.

7. Un *vademecum* sulla pena perpetua

Smessi i panni del narratore, finita come sappiamo la storia, l'autore, in una trentina di pagine, espone le sue riflessioni più generali sull'ergastolo. Una prima sensazione che la lettura dell'Appendice restituisce è la seguente: vi si possono leggere talune riflessioni sulla pena perpetua che potrebbero essere ritenute ragionevoli e persuasive anche da chi non ha mai seriamente pensato alla necessità di un profondo ripensamento della pena perpetua.

Accade un po' quello che sta succedendo negli Stati Uniti in riferimento alla pena di morte. Molti, come si sa, sono favorevoli alla pena di morte, tuttavia iniziano a nutrire almeno qualche perplessità se riflettono in modo più approfondito su alcune attuali peculiarità, come la tremenda attesa prima dell'esecuzione (dall'irrogazione all'esecuzione passano in media ventidue anni), tra l'altro in regime di pressoché completo isolamento.

Lo stesso accade, dopo aver letto l'Appendice, in riferimento alla pena dell'ergastolo: talune sue sfaccettature, alcune sue odierne complicazioni, in effetti, potrebbero far riflettere anche chi, legittimamente, in buona fede, ritiene la pena perpetua giusta, utile, necessaria, fosse anche solo il minore dei mali.

Con un termine che non ci soddisfa appieno, potremmo dire che l'Appendice rappresenta la parte più scientifica dell'intero volume. Non è che il resto non lo sia, chiunque, per farsi un'idea maggiormente approfondita di alcuni strumenti della politica criminale e del loro rapporto con il nuovo diritto costituzionale penale, non può prescindere dal sapere cosa questi strumenti concretamente significhino.

Sarebbe del resto imbarazzante non ricordare che i due Presidenti che la nostra Assemblea Costituente ha avuto, prima Giuseppe Saragat e dopo Umberto Terracini,

¹² Sarebbe del resto plausibile riflettere attorno alla possibilità di inserire, tra questi ulteriori requisiti, anche taluni nuovi strumenti della giustizia riparativa.

sono stati entrambi in carcere e hanno quindi prima vissuto sulla propria pelle la concretezza della pena e dopo contribuito alla scrittura e all'approvazione della Costituzione¹³. Chiaro pertanto che se si usa la Costituzione come faro del nuovo diritto costituzionale penale non si può che approfondire anche nel concreto cosa realmente significhi una pena, per valutarla poi compatibile o meno con quel senso di umanità del quale discute il testo costituzionale.

Va da sé, però, che, ad un certo momento, si sente l'esigenza di distaccarsi dalla concretezza di una pena, per prenderla di petto da un punto di vista intellettuale, per come è scritta nei testi legislativi, per come è stata interpretata dai giudici (non solo italiani) e per come si è collocata nel contesto più generale, tanto rispetto alle scelte politiche quanto rispetto all'opinione pubblica. Ma non solo, perché valutare il contesto nel quale una pena si colloca significa anche occuparsi di Abele, troppo spesso visto come opposto a Caino, quando, invece, sono entrambi partecipi di uno stesso destino, quello di contribuire ad una società migliore, più sicura perché più umana e più umana perché più sicura.

Elvio Fassone non manca nessuno degli argomenti che si prefigge di approfondire. Ecco una brevissima anticipazione di alcuni argomenti che il lettore troverà nell'Appendice.

Primo. Una premessa fondamentale, che solo chi è favorevole alla pena di morte può ritenere non persuasiva. Non esistono persone irrecuperabili perché nessuno è mai tutto in un gesto che compie, buono o cattivo che sia. Il punto di partenza dell'autore è chiaro, è uno degli architravi del nuovo diritto costituzionale penale, che è nuovo anche perché (ora e non ieri) prevede un divieto assoluto della pena capitale, almeno nel nostro paese, ma oramai in pratica in quasi tutti i paesi democratici al mondo.

Secondo. Esistono, invece, fortissime resistenze emotive contro un serio ripensamento della pena perpetua, per non dire rispetto alla sua abrogazione. Alcune di queste vengono immediatamente considerate non meritevoli di approfondimento. In realtà, anche con queste forti resistenze emotive l'autore si misura. Una, in particolare, quel "non è il momento" che così spesso ripetono le persone con le quali si interloquisce sul problema dell'ergastolo. Ha gioco facile l'autore quando sostiene che il solo invocare di continuo questo argomento costituisce la sua più evidente smentita: "non è il momento" diviene "non è mai il momento", finendo quindi per diventare un vero e proprio non argomento.

Terzo. La questione dei precedenti. Le resistenze all'abrogazione, in alcuni casi, sono sfociate in clamorosi esiti referendari. Quello del 1981, in Italia, è stato, ammette l'autore, una batosta per il fronte dell'abrogazione dell'ergastolo (del 79,4% degli aventi diritto recatosi alle urne, il 77,4% si espresse in senso contrario).

¹³ Il primo, Saragat, non fece molti anni di detenzione, ma quelli che fece li passò anche nella sezione di Regina Coeli riservata ai condannati a morte. Il secondo, Terracini, di anni ne fece a sufficienza, passati anche al confino prima a Ponza e dopo proprio all'ergastolo di Santo Stefano.

L'effetto è stato talmente forte che si è fatto sentire anche nelle aule parlamentari di molti anni dopo, entro le quali il nostro autore sedeva quando, nel 1997, si riprovò, questa volta utilizzando la via legislativa. Il racconto, in questo caso, è analitico, minuziosissimo. E dimostra ancora una volta tutta la maestria di cautela ed equilibrio del nostro autore allora legislatore.

Partita troppo radicale, la riforma è stata corretta proprio da Elvio Fassone, in termini obbiettivamente ragionevoli. Non è servito, approvata al Senato venne affossata alla Camera impaurita dai sondaggi di opinione¹⁴.

Quarto. Riformare poco per ottenere abbastanza. Questa in sintesi la nuova strategia dell'autore. Come se riprendesse da dove si era fermato, Elvio Fassone accetta la sfida e propone un delicato ma ancora una volta ragionevole primo intervento riformatore. L'autore suggerisce un graduale ma deciso sfoltoimento dei casi nei quali un delitto è punito con la pena dell'ergastolo¹⁵.

¹⁴ In breve, questi i fatti. La maggioranza ha i numeri. Presenta un disegno di legge di questo tipo: alla pena dell'ergastolo è sostituita quella di anni trenta. Non si comprende che la pubblica opinione, sono parole dell'autore, non era ancora pronta per immaginare un autore di reati molto gravi fuori dal carcere dopo sette-otto anni dalla condanna. Grazie al giudizio abbreviato (che decurta di un terzo), alla liberazione anticipata (che sforbicia 45 giorni ogni semestre) e altri benefici, in ipotesi poteva accadere proprio questo. Chi intervenne? Proprio Elvio Fassone, che propose una ragionevole modifica: la pena perpetua scompare, la pena massima diviene trenta anni, tuttavia rimanevano cristallizzati i limiti temporali per accedere alle misure alternative alla detenzione, come se ancora ci fosse la pena perpetua, che invece non esisteva più. Non bastò. Il Senato riuscì ad approvare in prima lettura la nuova proposta, congegnata dal nostro autore, ma la Camera, che pur aveva ancora molti anni dinanzi, non la considerò sul serio e venne affossata. Nel libro l'autore esprime il proprio rammarico, non solo per la proposta in sé, ma anche perché sostiene che pesarono i sondaggi che le forze politiche fecero, che le spinsero a desistere.

¹⁵ In alcuni, non si può che convenire con l'autore: non è la razionalità che lo impone, è la logica pura e semplice, poiché si tratta di delitti dei quali risulta che nessun giudice se ne sia mai dovuto occupare. Anche quando è successo, nessuno è mai finito in galera, per riprendere testualmente l'autore. Si tratta di tutti i delitti prima sanzionati con la pena di morte e oggi con l'ergastolo che si risolvono in un attentato contro lo Stato. Per il sabotaggio di opere militari, posto che nessuno è mai stato condannato per questo, è davvero necessario mantenere la pena dell'ergastolo? Oltre a questo primo intervento chirurgico, Elvio Fassone ne propone un altro, questo sì che avrebbe potuto portare ad avere meno ergastoli e quindi meno ergastolani. Si riferisce all'omicidio, la cui pena base è da 21 a 24 anni, che in molti casi ragionevoli si trasformano in pena perpetua, ma in altri, invece, più problematici, potrebbero anche risolversi diversamente. Si può convenire o meno con i singoli casi, ma serve comunque partire dal presupposto che non è possibile prevedere la stessa pena a fronte di reati obbiettivamente differenti. Per non dire poi di altri casi, quelli nei quali è prevista la pena perpetua anche nei casi di tentativo, ad esempio per il reato di strage. In questi casi, oltre al principio di eguaglianza, è chiaramente stratonato anche il diritto penale del fatto, che costituisce uno dei principi più rilevanti del nuovo diritto costituzionale penale.

8. L'architrave di tutto il ragionamento

È però l'ultimo intervento proposto quello sul quale il lettore è chiamato ad una ancora più seria meditazione. In questo caso, Elvio Fassone non sembra molto disposto a problematicizzare, come è invece solito fare. Espone il suo ragionamento in uno scontro a volte acceso con la Corte costituzionale, che fino ad ora è sì intervenuta per porre alcuni ritocchi, ma ha sempre salvato questo tipo di pena riferendosi alla possibilità di scelta che l'ordinamento lascia in capo all'individuo, che rimane giuridicamente e naturalisticamente in grado di porre termine alla pena perpetua. La Corte costituzionale, del resto, ha da tempo chiarito il suo pensiero in merito all'ergastolo ordinario, che ritiene costituzionalmente legittimo poiché esistono le misure alternative alla detenzione, in particolare poiché dal 1962 gli ergastolani possono accedere alla liberazione condizionale.

Elvio Fassone evidenzia la contraddittorietà del ragionamento della Corte. Se, da un lato, la possibilità di accedere alla condizionale è l'unico elemento che salva l'ergastolo dalla incostituzionalità, come è possibile, dall'altro lato, non considerare la problematicità del regime ostativo, che è vero non nega categoricamente le misure alternative, tra le quali la condizionale, ma le collega non ad un giudizio del giudice circa il ravvedimento e la pericolosità, bensì ad una preventiva e assoluta (è questo l'aspetto più importante) presunzione legislativa per la quale solo se collabori sei rieducato? E quella persona con la quale si sono sviluppati tre decenni di corrispondenza? E tutti quelli che si sono adoperati affinché il percorso trattamentale portasse qualche buon frutto?

Il lettore non troverà in nessuna pagina del libro un accenno critico allo strumento della collaborazione con la giustizia. Non è mai contestato in sé. Sa benissimo, l'autore-giudice, che, insieme alle intercettazioni, è proprio la collaborazione uno degli strumenti più importanti per sconfiggere talune forme di criminalità organizzata. Ma quello che vuole dire l'autore lo dice molto chiaramente. Se è accettabilissimo che il giudice, prima della sentenza di condanna, valuti anche l'apporto alle indagini da parte della persona. Se, egualmente, è accettabile che questo avvenga dopo la sentenza di condanna, anche fosse a distanza di molti anni dai fatti per i quali si è stati dichiarati colpevoli. Quello che invece risulta problematico è privare il giudice della possibilità di valutare, insieme alla collaborazione, anche altri fattori.

Essenzialmente, è una questione di limiti. Si potrà anche tenere in considerazione se la persona ha o meno utilmente collaborato, è la tesi conclusiva dell'autore, ma il mestiere del giudice deve rimanere il mestiere di giudicare, di valutare, di comprendere, di ispezionare. Il legislatore impedisce questo e pertanto l'ostatività non è un problema in sé, è piuttosto un problema essenzialmente costituzionale di limiti.

Basterebbe far diventare da assoluta a relativa la presunzione, restituendo finalmente la parola al giudice, così indirettamente dando maggiore dignità a tutti quelli che lavorano con dedizione in questi settori così delicati, poiché il giudice potrà finalmente tenere conto delle relazioni degli educatori, dei rapporti della polizia

penitenziaria, dei verbali dei direttori dei penitenziari. Tutte informazioni che, con l'ostatività, il giudice non può considerare. Certo che valuterà anche la pericolosità e quindi le informazioni fornite dal pubblico ministero, dal comitato dell'ordine e della sicurezza pubblica, dalle procure specializzate. Ma è proprio questo ciò che l'autore chiede: che il giudice possa tornare a fare il giudice, valutando i *pro* e i *contra* al permesso, alla semilibertà, alla condizionale.

Non è forse cardine del nuovo diritto costituzionale penale, recuperato anche in altre esperienze a prima vista molto distanti dalla nostra, il principio molto semplice e allo stesso fondamentale in base al quale a decidere se la restrizione della libertà personale debba continuare o possa anche (provvisoriamente, parzialmente, definitivamente) concludersi deve essere un giudice e non il potere politico? Si tratta di una questione essenzialmente di limiti, oltrepassare i quali diviene problematico, anche quando, sul piano performativo, lo strumento della politica criminale in questione (questo, come altri) si fosse rivelato o si rivelasse assolutamente indispensabile.

Esistono buone ragioni per oltrepassare ogni tanto questo limite? In questo caso, il soccorso è prestato da un concetto relativamente recente del nuovo diritto costituzionale penale, che ne costituisce per alcuni il fulcro, l'essenza: sicuramente è problematica, i contorni appaiono sfumati, ma la dignità umana di una persona serve proprio per evitare che quella persona, anche la più cattiva tra i cattivi, possa essere usata come strumento per raggiungere alcuni fini, fossero anche (come sono) i più meritevoli di tutela.

Lo ha detto la Corte costituzionale, lo ha ripetuto più volte la Corte europea dei diritti dell'uomo, lo ha affermato la Corte Suprema degli Stati Uniti nella sua giurisprudenza che ha progressivamente ancorché parzialmente cancellato la pena di morte e che sta iniziando a limitare la pena fino alla morte, insomma, lo hanno sostenuto, dopo Beccaria e Kant, giudici e Corti di mezzo mondo: l'uomo è fine, non può essere mai utilizzato come mezzo, nemmeno quando sono in gioco interessi supremi.

Perché il nostro legislatore non inizia ora una seria riflessione sulla necessità di restituire lo scettro al giudice, prima di essere costretto a farlo dopo una sentenza di condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo? C'era bisogno di attendere un giudizio di Strasburgo per sapere che detenere una persona in meno di tre metri quadrati rappresentava un caso di scuola che materializza quei trattamenti contrari al senso di umanità che sono vietati, prima ancora dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dalla nostra Costituzione? Allo stesso modo: devono essere i giudici di Strasburgo a dire che una presunzione legislativa assoluta, che toglie al giudice la possibilità di giudicare, non è perfettamente in regola con il nuovo diritto costituzionale penale? Passi, forse, se la pena è a termine, ma che dire quando è invece perpetua¹⁶?

¹⁶ Questo non significa che un eventuale giudizio di Strasburgo appaia già oggi pressoché scontato, non di meno esiste sicuramente una giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo, in base alla quale la persona deve essere a conoscenza, sin dal momento della condanna, di come deve comportarsi per poter un giorno domandare la scarcerazione anticipata. Il margine di apprezzamento

Questo chiede Elvio Fassone, rivolgendosi anche a chi crede nella bontà del retribuzionismo *sic et simpliciter*, che non sembra possa dirsi del tutto soddisfatto né da una pena come quella perpetua (in quanto pena fissa, può essere davvero conforme al principio di proporzionalità, moderno portato della retribuzione?), né da una pena perpetua ostativa, la quale osteggia in radice il postulato base della retribuzione, non tanto per via dell'inesistenza di una misura premiale (non certo congeniale al retribuzionista), quanto soprattutto poiché nega al giudice di parametrare la pena scontata con il reato commesso.

9. E il futuro?

Ci sono altri aspetti che meriterebbero attenzione, tutti approfonditi nel volume, che non manca neppure di riferirsi in modo puntuale alla più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Particolarmente importanti appaiono le ultime pagine del libro, dedicate alle persone che più di altri potrebbero beneficiare di una detenzione più umana e di una pena che dia effettivamente la possibilità di demandare ad un giudice se si è svolto il percorso rieducativo oppure se ancora la pericolosità sociale permane, vale a dire gli individui che vivono nella società libera. Compresa le vittime dei reati, alle quali stoltamente (sono parole dell'autore) i giornalisti si rivolgono appena il delitto è compiuto, salvo poi finire nel dimenticatoio per "omissione di soccorso" da parte della classe politica, che prima li sfrutta senza pudore e poi se ne dimentica senza tanto clamore. Anche in questo caso, l'autore non manca di indicare talune riforme, già da domani traducibili in atti concreti.

Merita ad ogni modo concludere con una sorta di piano di lavoro futuro che il libro sembra suggerire o quanto meno i cui indirizzi corrispondono ad alcune delle traiettorie di analisi sviluppate dall'autore. Chi intenda occuparsi di queste tematiche – dell'umanità dei penitenzieri e delle pene in un'ottica di nuovo diritto costituzionale penale – non potrà fare a meno di approfondire questi aspetti: a) i dibattiti occorsi durante i lavori dell'Assemblea Costituente, in particolare sugli articoli 13 e 27 della Costituzione; b) la relativa giurisprudenza della Corte costituzionale, insieme a quella sugli strumenti del diritto penale d'autore nel corso del tempo dichiarati incostituzionali; c) i lavori preparatori della riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 e della successiva legge Gozzini, per giungere alla legislazione introdotta nel 1991 e nel 1992 e poi istituzionalizzata nel 2002; d) la normativa europea, compresa quella

statale esiste ed è importante: spetta agli Stati decidere sia dopo quanto tempo (la Corte si limita a suggerire 25 anni, sulla scorta dello Statuto della Corte penale internazionale di Roma) sia l'organo incaricato di compiere la valutazione, se il giudice o altro apposito, come il *parole board*. Quello che però gli Stati non possono prevedere, altrimenti violano l'articolo 3 della Convenzione, che vieta la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, è una pena perpetua senza possibilità di accedere alla condizionale o comunque che non dia la possibilità, sin dal momento della condanna, di sapere come comportarsi per aspirare un giorno alla scarcerazione anticipata.

recentissima dell'Unione ed in specie la giurisprudenza, iniziando dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; e) la comparazione: se è vero che solo una quarantina di Stati al mondo hanno abrogato l'ergastolo, è anche vero che sono sempre solo una quarantina quelli che lo prevedono senza condizionale; ed, infine, f) i regimi detentivi differenziati, i quali, quando accoppiati alle massime pene, possono perseguire anche ulteriori scopi rispetto a quelli ufficiali, legittimi e accettabili, specie se i regimi speciali sono disposti dal potere politico (ministeriale) con un possibile intervento solo *ex post* del giudice.

Di tutte queste tematiche il libro di Elvio Fassone ne parla a sufficienza, offrendo una prospettiva di riflessione molto suggestiva. Non crediamo comunque di sbagliarci se diciamo che la sua più importante intenzione, alla fine, era innestare un dibattito, stimolare riflessioni. Diffondere conoscenza.