

QUESITI

EMANUELE SYLOS LABINI

Il cielo si tinge di Viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo?

Il testo analizza la decisione con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata per la prima volta sulla compatibilità convenzionale del contestato istituto dell'ergastolo ostativo, sancendo la violazione dell'art. 3 CEDU, riferibile al principio della dignità umana.

Nel dettaglio, la sentenza affronta la problematica questione della riducibilità *de jure e de facto* della pena perpetua, per poi focalizzare la propria attenzione sul diritto alla speranza che spetta ad ogni condannato.

The sky turns purple. Towards the sunset of life imprisonment without parole?

The text analyses the decision with which the European Court of Human Rights ruled for the first time on the conventional compatibility of the disputed institution of life imprisonment without parole, sanctioning the violation of art. 3 of the Convention, referable to the principle of human dignity.

In detail, the sentences deals with the problematic question of the reducibility of perpetual punishment, and then focuses its attention on the right to hope that is up to every convict.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La questione sollevata dinanzi alla Corte EDU. - 3. La disciplina interna di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo: dubbi di legittimità costituzionale. - 4. I precedenti giudiziari in ambito sovranazionale. - 5. La sentenza Viola c. Italia (n.2): la decisione della Corte EDU - 6. Brevi annotazioni conclusive, con un auspicio *de lege ferenda*.

1. *Premessa.* L'istituto dell'ergastolo ostativo è incompatibile con l'art. 3 CEDU, poiché viola il principio della dignità umana. Lo scorso 13 giugno sono state depositate le motivazioni della sentenza con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata, per la prima volta dalla sua istituzione, su una questione particolarmente delicata e di recente dibattuta in dottrina. La pronuncia riapre nel nostro ordinamento giuridico il problematico tema della compatibilità convenzionale di un particolare regime - previsto dal combinato disposto degli artt. 22 c.p., 4-bis e 58-ter ord. pen. - caratterizzato da rigidi automatismi determinati da presunzioni *ex lege* di carattere assoluto, che non consentono la concessione dei benefici penitenziari, salvo il caso di utile collaborazione con la giustizia. A parere dei Giudici di Strasburgo, dunque, per effetto del regime applicabile alla pena inflitta al ricorrente, le sue possibilità di rilascio anticipato risultano eccessivamente limitate, non soddisfacendo i criteri che consentono di ritenere "riducibile" una pena perpetua.

L'affaire Viola c. Italia assume così notevole importanza, giacché coinvolge la legittimità di un istituto che non favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società, si mostra altresì in aperto contrasto con i recenti principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare espressi nella sentenza n. 149 del 2018.

2. *La questione sollevata dinanzi alla Corte EDU.* La questione prende corpo dal ricorso presentato davanti la Corte EDU dal signor Marcello Viola, detenuto in carcere ininterrottamente dal 1992. Il ricorrente veniva dapprima condannato dalla Corte d'Assise d'appello di Palmi alla pena di dodici anni di reclusione¹, nell'ambito del processo relativo alla c.d. “prima faida di Taurianuova”, per il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, aggravata dalla qualità di promotore e organizzatore, salvo poi ricevere una seconda condanna, questa volta alla pena dell'ergastolo, in un secondo giudizio (c.d. processo Taurus), per altri reati, tra cui anche l'omicidio, aggravati dall'essere stati commessi con metodo mafioso. La pena, convertita in ergastolo con isolamento diurno per due anni e due mesi, diveniva definitiva nel 2004. Il ricorrente, dopo aver scontato l'isolamento, veniva sottoposto per sei anni al regime speciale di detenzione *ex art. 41-bis* (noto come “carcere duro”), previsto dalla l. 26 luglio 1975, n. 354. Nel 2006, il Tribunale di Sorveglianza dell'Aquila accoglieva il reclamo avverso l'ulteriore proroga del suddetto regime, sulla base della mancanza di adeguata motivazione inerente la persistenza di contatti tra il Viola e le organizzazioni criminali. Cinque anni dopo, il detenuto presentava due istanze di liberazione anticipata, entrambe rigettate dal giudice dell'esecuzione, fermo nel ritenere che il ricorrente non potesse lasciare il carcere, senza l'effettiva collaborazione con le autorità giudiziarie, atteso che dalla valutazione dell'osservazione del suo comportamento intramurario quotidiano non era stato possibile rinvenire una riflessione critica sul suo passato criminale. Nel 2015, il Viola si rivolgeva al Tribunale di Sorveglianza richiedendo il rilascio di un ulteriore permesso premio; ancora una volta, il Tribunale rigettava la richiesta, basandosi sulla insussistenza di un'attività di cooperazione con la giustizia, elemento necessario per provare la cessazione definitiva dei legami tra il detenuto e le associazioni mafiose. La Corte di Cassazione, adita l'anno dopo dal Viola, rigettava anch'essa il ricorso avverso il Tribunale di Sorveglianza, ritenendo che la dichiarazione di innocenza del condannato non avesse rilevanza,

¹ Il ricorrente non aveva presentato ricorso per Cassazione, professando sempre la sua innocenza.

sostenendo, *a contrario*, la possibilità di una sua valutazione soltanto in sede di revisione.

Sicché, esauriti i ricorsi interni, nel 2016 il Viola si rivolgeva alla Corte EDU, invocando plurime violazioni della Convenzione. Nella specie, il ricorrente lamentava, in serie, la violazione degli artt.: 3 CEDU, sostenendo che l'ergastolo ostativo fosse permanente, non offrendogli alcuna possibilità di liberazione anticipata; 5, § 4, CEDU, perché la detenzione non sarebbe mai stata considerata legittima, sulla base di una valutazione nel merito; 6, § 2, CEDU, in materia di diritto al silenzio, ritenuta una conseguenza della presunzione di innocenza; 8 CEDU, inerente all'obbligo di collaborazione con la giustizia, che violerebbe l'integrità morale della persona.

3. *La disciplina interna di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo: dubbi di legittimità costituzionale.* Prima di analizzare la *quaestio* sottoposta alla decisione della Corte europea, risulta necessario procedere ad una breve premessa, al fine di giungere ad un inquadramento della tematica di riferimento. Di seguito, dunque, tenteremo di approcciarci con equilibrio ad un tema complesso normativamente, posto che il *focus* del presente lavoro non riguarda l'istituto dell'ergastolo, peraltro da sempre ritenuto costituzionalmente legittimo dalla Corte Costituzionale², bensì quel particolare tipo di regime (c.d. ergastolo ostativo³) - presente solo nell'ordinamento italiano⁴ - in cui il detenuto sconta la propria pena

² Cfr. Corte cost., n. 264 del 1974, ove si evidenzia che l'ergastolo non è costituzionalmente illegittimo, non perché anche gli ergastolani possono accedere alla condizionale, quanto piuttosto perché quest'ultima è decisa da un Giudice.

³ L'espressione è stata coniata dalla dottrina per indicare quella particolare forma di ergastolo in cui al soggetto condannato per uno o più delitti di cui all'art. 4-bis, ord. pen., non viene data alcuna possibilità di accedere alla liberazione condizionale, al lavoro all'esterno, ai permessi-premio e alla semilibertà, sulla base della sua decisione di non collaborazione con la giustizia. Per ulteriori approfondimenti in tema di ergastolo ostativo, cfr.: AA.V.V., *“Ergastolo ‘ostativo’: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito”*, *Contributi al seminario di studi svoltosi il 16 novembre 2017 presso l'Università degli studi di Milano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1495 ss.; CHIAVARIO, *Un'esigenza di civiltà...senza dimenticare le vittime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1512 ss.; DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1500 ss.; EUSEBI, *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1515 ss.; MUSUMECI, PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali sull'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016; PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, a cura di Basile, Gatta, Paliero, Viganò, Milano, 2018, 512 ss.

⁴ Cfr. le osservazioni di GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2018, 1157, a parere del quale, tale tipo di pena perpe-

interamente in carcere, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità sociale *ex lege*, anche allorquando abbia comunque dato prova di adesione al trattamento rieducativo, salvo il caso di utile collaborazione con la giustizia. In altre parole, sarà approfondita la questione inerente le presunzioni legali assolute e definitive di cui sopra, che determinano l'ostatività ai benefici penitenziari, quali i permessi premio, il lavoro all'esterno, le misure alternative e la liberazione condizionale, non consentendo all'autorità giudiziaria alcun giudizio riguardo l'accesso ai benefici *de quibus*, in tutti quei casi in cui l'ergastolano decida di non collaborare con la giustizia. Accade, così, che la condanna per un determinato reato vieti o perlomeno renda più ostica la concessione di alternative alla pena intramuraria, la quale diviene perpetua: trattasi di una dinamica che si vuole giustificata dall'elevata pericolosità sociale del reo, presunta in ragione della gravità e della natura del reato consumato⁵, la quale tuttavia determina un vero e proprio «doppio binario penitenziario»⁶.

Ebbene, deve rilevarsi che in un ordinamento come quello nazionale, contrassegnato, com'è noto, dal principio della risocializzazione del reo di cui all'art. 27, comma 3, Cost., non appare fuori luogo dubitare della legittimità

tua non esiste in nessun paese al mondo, eccetto il nostro. Si dirà: ma è normale, visto che la mafia è italiana, non certo norvegese. Sbagliato: primo, perché l'ergastolo ostativo non riguarda solo la mafia e, secondo, poiché la mafia è oramai un fenomeno globale e non mi pare di poter registrare un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati sulla falsariga di quella italiana. È vero che in molti, in Europa e nel mondo, ammirano la nostra legislazione antimafia, ma ad oggi dell'ergastolo ostativo si trova traccia solo in Italia. Riguardo l'esperienza nordamericana, cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3, 38; secondo gli autori «È vero che, a livello federale, negli Stati Uniti è possibile ridurre l'ergastolo a fronte della collaborazione con la giustizia (la «*sustantial assistance*»), tuttavia vi sono notevoli differenze con il caso italiano, che inducono a utilizzare parecchia cautela. A livello federale, negli Stati Uniti, ogni ergastolano è sempre *senza parole*, essendo stata abolita nel 1984. Inoltre, il giudice da solo nulla può: è il Governo che tramite una formale e apposita *motion*, chiede al giudice la riduzione della pena per via della collaborazione. Senza la *motion*, il giudice è impossibilitato a procedere. Il riferimento, ovviamente, è alla collaborazione con la giustizia di cui alla *Rule 35(b)* delle *Federal Rules of Criminal Procedure* e non a quella prevista dal § 5K1.1 delle *Sentencing Guide-lines* (la prima, non la seconda, si applica *dopo* la condanna). Non solo. Là, infatti, dopo la *motion* del Governo, se il giudice accorda la riduzione, nel caso la pena originaria sia l'ergastolo, ne dispone la sostituzione con una pena a tempo determinato, che non di rado si risolve in un *Life Imprisonment De Facto*. Se la pena è a tempo determinato, il giudice concede dei crediti, ossia mesi da detrarre al fine pena. Ma, se il fine pena è mai, non esistendo *le parole*, altro non si può fare che procedere *sostituendo* la pena originaria, l'ergastolo, con una nuova, che, in media, si aggira attorno ai 20 anni [che, come detto, in alcuni casi, per via dell'età della persona, danno vita ad un *Life De Facto*].».

⁵ Cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3, 3.

⁶ L'espressione è di CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 486.

costituzionale di tale tipologia di pena, tendenzialmente contraria alla dignità umana. In realtà, la consapevolezza del precario equilibrio costituzionale di una disciplina così strutturata è diffusa ormai da tempo. A riguardo, secondo attenta dottrina si è al cospetto di un'immagine terrificante: quella di un Giudice con le manette o, se si vuole, ancora più in senso figurato (e impressionante), di un Giudice dalle cui mani è sottratta la bilancia, al quale altro non rimane che sollevare la benda dagli occhi, per rendersi conto che tra le mani gli è rimasta solo la spada⁷. Fuor di metafora, colpisce la rilevanza di tale osservazione, peraltro condivisibile, che porta ad una conseguenza pratica: piaccia o meno, ci si trova di fronte ad una “palese” violazione del principio di separazione dei poteri, giacché la competenza a decidere la concessione delle misure alternative non spetta - come sancito dalla Costituzione - all'autorità giudiziaria, ma esclusivamente al legislatore.

Tanto premesso, possiamo addentrarci nel cuore del problema, ossia tentare di riflettere sulla compatibilità costituzionale o meno di un regime introdotto tra il 1991 e il 1992, epoca in cui lo Stato italiano, comprensibilmente allarmato dalle crescenti minacce provenienti dalla criminalità mafiosa, è stato chiamato a varare diverse misure, tra cui quelle incidenti sulla modifica della legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, sul cui impianto aveva già inciso qualche anno prima la l. 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini). Nella specie, con il d. l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella l. 12 luglio 1991, n. 203, il legislatore ha attuato una prima parziale correzione della filosofia di fondo che caratterizzava gli interventi realizzati rispettivamente nel 1975 e 1986, introducendo un nuovo art. 4-*bis*, ord. pen., che prevedeva un sistema di preclusioni all'accesso ai benefici, applicabile ai condannati di particolari delitti. Il presente decreto si caratterizzava, oltre che per l'introduzione dell'aggravante di cui all'art. 7, anche per la presenza all'interno del suo impianto di un sistema che sanciva una distinzione tra due fasce di detenuti. Rispetto ai reati della prima fascia, comprendente i condannati di delitti commessi per finalità di terrorismo o eversione, per associazione di tipo mafioso *ex art. 416-bis c.p.* e per altri delitti commessi avvalendosi dalle condizioni previste dallo stesso articolo o al fine di agevolare tali associazioni, nonché per associazione finalizzata al traffico di stupefacenti e per sequestro di persona a scopo di estorsione, i benefici stabiliti *ex lege* potevano essere concessi soltanto se, in positivo, fossero stati acquisiti elementi tali da

⁷ Cfr. GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo, cit.*

escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. Per i reati inseriti nella seconda fascia, invece, comprendente i delitti di omicidio, rapina ed estorsioni aggravate, produzione e traffico di ingenti quantità di sostanze stupefacenti, l'art. 4-*bis* ord. pen., subordinava la possibilità di accedere ai benefici alla sola presenza di un requisito a carattere negativo, quale l'assenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. Tale decreto si caratterizzava altresì in chiave premiale, nel senso di permettere, a mente del nuovo art. 58-*ter* ord. pen., a chi avesse collaborato con le autorità giudiziarie di accedere alle misure alternative alla detenzione⁸, fatto salvo l'accertamento necessario dell'eliminazione dei collegamenti tra il detenuto e le associazioni criminali. A ben guardare, il decreto in oggetto non si mostra esente da critiche; il riferimento è principalmente all'ipotesi di inversione dell'onere della prova, definibile una sorta di *probatio diabolica*, della dimostrazione dell'interruzione attuale dei contatti tra il detenuto e il sodalizio in cui gravitava. In buona sostanza, la mancata collaborazione non permetteva al condannato di accedere alle misure alternative alla detenzione, in deroga alle tempistiche, nel frattempo aumentate. Pertanto, se il soggetto avesse deciso di collaborare con la giustizia, sarebbe potuto accedere prima ai benefici penitenziari; *ex adverso*, si dovevano rispettare i termini ordinari, nell'occasione aumentati.

Le conseguenze della strage di Capaci⁹ cambiarono le carte in tavola, inducendo il legislatore a varare un secondo decreto (d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356), finalizzato ad inasprire la disciplina. La nuova disposizione, ispirata da una logica di fondo completamente differente da quella che caratterizzava la prima versione, dispose il mutamento dell'art. 4-*bis* ord. pen., statuendo, pertanto che ai detenuti condannati per i reati di prima fascia, in assenza di collaborazione con gli organi giudiziari *ex art.* 58-*ter* ord. pen., sia sempre precluso di poter accedere a qualsiasi misura alternativa (c.d. "fine pena mai")¹⁰. Il privilegio

⁸ Anche l'istituto della liberazione condizionale diviene accessibile ai condannati per i delitti indicati all'art. 4, *bis*, co. 1, ord. pen. alle stesse condizioni delle misure alternative, ossia l'utile collaborazione con la giustizia. Sul punto, cfr.: BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, Milano, 1995; RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.

⁹ A cui seguì la strage di Via D'Amelio del 19 luglio 1992, avvenuta in fase di conversione del d. l. 8 giugno 1992, n. 306, attuata con l. 7 agosto 1992, n. 356.

¹⁰ Cfr. MUSUMECI, *Ergastolo. Giorno e notte, in Giustizia insieme*, 2012, 38, il quale osserva come la non collaborazione sembri più grave del reato commesso.

offerto ai collaboratori pone in evidenza la svalutazione della funzione rieducativa della pena: l'applicazione delle misure alternative alla detenzione non viene rapportata all'osservazione, al trattamento, alla partecipazione all'opera di rieducazione, ma ad un diverso indice presuntivo di cessata pericolosità, agganciato a parametri probatori estranei a normali canoni processuali e finalizzato a risultati diversi, sostanzialmente svincolati dalla rieducazione del condannato¹¹. Accanto a tale tipo di collaborazione, la disposizione contemplava una seconda fattispecie collaborativa espressamente definitiva “oggettivamente irrilevante”, prevista nei casi in cui al detenuto sia stata riconosciuta con sentenza una circostanza attenuante: nella specie, la riparazione del danno o l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato *ex art. 62, co. 6, c.p.*; il contributo di minima importanza nel concorso di persone nel reato di cui all'*art. 114 c.p.*; il concorso in un reato più grave di quello voluto ai sensi dell'*art. 116, comma 2, c.p.* L'oggettiva irrilevanza della collaborazione offerta si concretizza per lo scarso risultato degli inquirenti in rapporto alla quantità e qualità di informazioni ottenute, ma non con riferimento alla carenza di attività collaborativa¹². A queste due ipotesi, si è aggiunta, su impulso della Corte costituzionale, la collaborazione “impossibile”, definita dalla dottrina come il “salvagente”¹³, che tuttavia non riesce a risolvere il problema di fondo, che si configura allorché la partecipazione del reo al fatto criminoso sia stata limitata ovvero l'accertamento dei fatti e delle responsabilità siano avvenuti con sentenza irrevocabile.

Ai fini dell'esclusione dei benefici penitenziari ai soggetti condannati o internati per una delle figure criminose contemplate dall'*art. 4-bis, co. 1-ter, ord. pen.*, è invece richiesta, conformemente ai principi del sistema processuale¹⁴, la prova positiva, da parte degli organi inquirenti, dell'esistenza dei collegamenti con la criminalità¹⁵.

¹¹ Cfr. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, 1262.

¹² In questi termini FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, *on-line*, secondo il quale il condannato e l'internato devono, infatti, adoperarsi versando il massimo contributo possibile.

¹³ L'espressione è di GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo, cit.*, il quale evidenzia come il Ministero della giustizia non abbia mai fornito dati ufficiali riguardo le collaborazioni impossibili, inesigibili e irrilevanti, circostanza che fa dubitare sulla vera natura di salvagente.

¹⁴ Cfr. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 64.

¹⁵ Cfr. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario, cit.*

Sicché, con la disposizione in esame che, *prima facie*, potrebbe presentare non pochi dubbi di incostituzionalità rispetto agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., è stato introdotto anche l'art. 41-*bis* ord. pen. (il c.d. “carcere duro”), la cui decisione di applicarlo è affidata al Ministro della giustizia e non al Giudice. Ecco che, allora, i profili oscuri di una disciplina caratterizzata da tratti di incostituzionalità si mostrano più fondati, atteso che in entrambi i casi *supra* richiamati – nuovo regime ostativo e carcere duro – il ruolo che la Carta Costituzionale assegna al Giudice risulta in concreto palesemente depotenziato¹⁶.

In realtà, nei dibattiti parlamentari in sede di conversione dei predetti atti normativi del Governo non sono mancate voci critiche, tuttavia, costantemente superate dalla circostanza che si trattava di misure eccezionali, atte a contrastare il continuo dilagarsi del fenomeno mafioso, quindi emanate per fronteggiare la grave situazione di emergenza che caratterizzava quel momento storico. Senonché, i successivi sviluppi hanno dimostrato la problematica della previsione di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., se solo si considera che, dai pochi e specifici reati previsti inizialmente, si è passati ad un aumento consistente degli stessi, da ultimo finanche a taluni reati contro la pubblica amministrazione¹⁷. Contraddizione, questa, segnalata anche dalla Corte costituzionale, la quale di recente, ha evidenziato la presenza di un elenco consistente di ipotesi criminose notevolmente eterogenee e di fattispecie profondamente diversificate¹⁸. Eppure, fino ad oggi, ogni tentativo di *reductio ad Constitutionem* del controverso istituto si è infranto di fronte alla linea

¹⁶ Com'è noto, ai sensi dell'art. 13, co. 2, Cost., “Non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”.

¹⁷ L'attuale catalogo di reati previsti dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen., al cui interno vi erano ricompresi i delitti di terrorismo, anche internazionale, di eversione dell'ordine democratico e di associazione di tipo mafioso, oltre che di riduzione di schiavitù, di prostituzione minorile e pornografia minorile, violenza sessuale di gruppo, associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, si è arricchito recentemente a seguito della l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge spazza-corrotti), che ha previsto l'inserimento di taluni reati contro la pubblica amministrazione tra i c.d. reati di prima fascia, ostativi alla concessione dei benefici penitenziari. Sul punto, in dottrina, cfr.: MANCA, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione “sostanziale” delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. penit. e legge “spazza-corrotti”*, in questa *Rivista*, 2019, n. 1, *on-line*; PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in questa *Rivista*, 2018, n. 3, *on-line*, secondo il quale, le varie fattispecie di corruzione, insieme con il peculato, vengono inseriti nel tragico elenco dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario che – com'è tristemente noto – è la porta d'ingresso ad un regime carcerario differenziato, d'inasprita severità e sostanzialmente ostile alle istanze dell'art. 27, comma 3, Cost.

¹⁸ Cfr. Corte cost., n. 239 del 2014.

assunta dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che non ha mai contrastato frontalmente tale assetto normativo¹⁹, affermando che la natura perpetua di quella pena non risiede in un vizio strutturale della stessa, ma riposa pur sempre su una autonoma scelta affidata al condannato, libera e reversibile, di collaborare o meno con la giustizia²⁰. A parere della Consulta, tale assetto discriminante trova giustificazione costituzionale per l'intrinseca natura dei reati commessi, in rapporto ai quali sarebbe ragionevole la presunzione che soltanto la fattiva collaborazione con la giustizia - certificando per *facta concludentia* il distacco del soggetto dall'organizzazione mafiosa - proverebbe la volontà di emenda del condannato, rendendolo meno pericoloso e rimuovendo la preclusione impeditiva dell'accesso ai benefici esterni²¹. In altre parole, la collaborazione è l'unica prova della rottura dei collegamenti tra il detenuto e la criminalità organizzata, mostrandosi a sua volta 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 penitenziario²². Emerge, così, il difetto strutturale intrinseco nel regime ostativo; stando così le cose, allorquando il legislatore stabilisce presunzioni assolute di necessità del carcere, fatalmente pretende, o quanto meno accetta, che stia in carcere anche il detenuto che potrebbe invece ambire a un differente e più articolato trattamento penitenziario²³. L'ergastolo ostativo rileva, dunque, i connotati di una pena

¹⁹ Cfr. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fasc. 7-8/2018, p. a parere del quale “al centro della giurisprudenza costituzionale si collocano due sentenze di rigetto: la sentenza 21 novembre 1974, n. 264, con la quale la Corte ha rilasciato alla pena dell'ergastolo (si trattava, ovviamente, in quella fase dell'ergastolo 'comune') una patente di legittimità che si sarebbe rilevata assai duratura; la sentenza 9 aprile 2003, n. 135, con la quale la Corte, con argomentazioni non proprio dissuasive, ha esteso la patente di legittimità all'ergastolano 'ostativo'. A contorno di tali sentenze, peraltro, si registrano alcune pronunce di accoglimento, relative a specifici aspetti della disciplina dell'ergastolo: precisamente, ai rapporti dell'ergastolo con la liberazione anticipata, con la minore età del condannato e con la revoca della liberazione condizionale”. Per un commento esaustivo alla sentenza della Corte cost., n. 264 del 1974, cfr. PAVARINI, *La Corte costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 262 ss.

²⁰ Cfr.: Corte cost., n. 273 del 2001; Id., n. 135 del 2003, con nota di DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1500 ss.

²¹ Cfr. Corte cost., n. 273 del 2001.

²² *Ibid.*

²³ Cfr.: GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit.; GIOSTRA, *Sovralfollamento carcerario: una proposta per affrontare l'emergenza*, cit.

incompatibile con il principio di rieducazione del condannato, perché applicabile anche a soggetti che abbiano in tutto o in parte conseguito il fine verso il quale la pena deve essere rivolta²⁴. Come osservato in dottrina, una siffatta presunzione è facilmente confutata dal rilievo che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, non è poi così raro trovarsi di fronte a casi ove vi sia una collaborazione con la giustizia senza ravvedimento (le cronache giudiziarie offrono abbondante materiale a riprova), così come può esistere un'effettiva e non strumentale presa di distanza dall'ideologia criminale da parte della persona che, pure, non collabora²⁵. In particolare, si è ragionato in una duplice direzione; ci si è chiesti se davvero chi non collabora sia immeritevole di accedere alle misure alternative e chi collabora, invece, sia meritevole di accedervi²⁶. Di talché, è stato brillantemente rilevato come la decisione di non collaborare possa dipendere anche da valutazioni di natura etica, quali ad es. il concreto timore per l'incolumità fisica del condannato stesso e dei propri familiari; il ripudio morale di accusare parenti o soggetti legati da vincoli affettivi, o ancora, l'impossibilità di rendere dichiarazioni collaborative, basata

²⁴ Cfr. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 dicembre 2018.

²⁵ Cfr.: FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al Giudice di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it; FIORENTIN, DELLI PRISCOLI, *"Tre colpi e sei fuori": una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2010, 4, 1879. In giurisprudenza, cfr.: Corte cost., n. 139; Corte cost. 291 del 2010.

²⁶ Cfr. GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2018, n. 3, *cit.*, il quale distingue le due alternative. Primo esempio. Una persona che ha esplicitamente e ripetutamente dichiarato la propria avversione ad ogni forma di criminalità organizzata, da quella alla quale apparteneva a tutte le altre. Una persona che ha preso pubblica posizione a favore della legalità, in generale del rispetto delle regole come fondamento della convivenza civile. Una persona che potrebbe anche aver espresso tutto il proprio rimorso nei confronti delle vittime, adoperandosi attivamente nei loro confronti, iniziando con la cosa più difficile ma anche più giusta da fare, chiedere scusa. Ebbene, questa persona, per il legislatore, è comunque socialmente pericolosa perché, potendolo fare, non ha collaborato con la giustizia, pertanto gli è sempre precluso l'accesso alle misure alternative. Diventano lettera morta tutte le relazioni trattamentali positive, le famose sintesi. Secondo esempio. "La persona ha utilmente collaborato con la giustizia. Non di meno, a differenza della prima, non ha mai mostrato alcun rimorso per quello che ha fatto. Non si è mai distaccata dal proprio passato, anzi sostiene che lui è un mafioso di altri tempi, perché nella mafia di oggi non si riconosce più. Un poco inquietante: è un mafioso o no? Alle attività trattamentali non ha mai partecipato. Un muro, di cemento armato, che nessuno è riuscito a scalfire. Nessun gesto nei confronti delle vittime e dei loro parenti. Di mezze scuse nemmeno se ne parla. Uccideva e basta, non ci pensava sopra tante volte. Anche perché non aveva moltissime alternative. Zero, niente di niente, ma ha collaborato con la giustizia, quindi è meritevole di accedere alle misure alternative".

dalla legittima esigenza difensiva di non aggravare la propria posizione processuale²⁷.

In verità, le argomentazioni con le quali l'istituto ha superato il vaglio della Consulta sono state riprese anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha adottato una costante, monolitica linea di difesa della legittimità costituzionale dell'ergastolo²⁸, pronunciandosi più volte per la manifesta infondatezza delle questioni sollevate dai Giudici di merito, talora con un ventaglio di argomenti congrui ad una pronuncia di rigetto della Corte Costituzionale²⁹. Nella specie, secondo la Suprema Corte, il sistema delineato dall'ordinamento penitenziario in materia di accesso ai benefici del detenuto in espiazione della pena dell'ergastolo per condanne relative a reati previsti dall'art. 4-*bis* ord. pen. (c.d. ergastolo ostativo) non solo è costituzionalmente legittimo, ma altresì è compatibile con i principi della CEDU³⁰; invero, in caso di provato ravvedimento, il condannato può essere ammesso alla liberazione condizionale *ex art.* 176, co. 3, c.p. anche per i predetti reati, in relazione ai quali la richiesta di collaborazione e la perdita di legami con il contesto della criminalità organizzata costituiscono indici legali di tale ravvedimento³¹.

Senonché, di recente si sono registrate delle aperture al possibile superamento del regime ostativo; piccoli segnali, che meritano di essere brevemente accennati. Sul punto, occorre rammentare come nella precedente legislatura siano stati presentati tre disegni di legge, finalizzati alla modifica dell'art. 4-*bis* ord. pen. Sono state anche formate due commissioni di studio, una di matrice ministeriale presieduta dal Prof. Francesco Palazzo³², istituita per “elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio

²⁷ Cfr.: CASELLI, *Le due guerre. Perché l'Italia ha sconfitto il terrorismo e non la mafia*, Milano, 2009, 168, il quale evidenzia che quando si tratta di pentiti di mafia, va sempre tenuto presente che parlare contro la mafia significa letteralmente, senza retorica, condannarsi a morte; CHINNICI, *I “buchì neri” nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in questa *Rivista*, 2015, n. 2, *on-line*; EUSEBI, *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, *cit.*; PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, *cit.* In giurisprudenza, cfr. Corte Cost., n. 306 del 1993.

²⁸ Cfr. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, *cit.*

²⁹ Cfr. DALL'ORA, *L'ergastolo e la Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, 485 ss.

³⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 12 marzo 2016, n. 34199, in *Mass. Uff.*, n. 267256; Cass. pen., Sez. I, 29 marzo 2012, n. 33018, in *Mass. Uff.*, n. 253430.

³¹ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 16 febbraio 2017, n. 7428, in *Mass. Uff.*, n. 271399.

³² Cfr. *Superamento dell'ergastolo ostativo: la proposta della commissione Palazzo*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 febbraio 2014; FLICK, *L'ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, p. 1505 ss.; PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in Basile, Gatta, Paliero, Viganò (a cura di), Milano, 2018, *cit.*

penale” e l'altra denominata “Stati generali dell'esecuzione penale”, promossa dal Consiglio Superiore della Magistratura, a seguito del *pilot judgement* Torreggiani c. Italia³³, composta da più di duecento componenti suddivisi in diciotto tavoli tematici e presieduta dal Prof. Claudio Giostra³⁴. In entrambi i casi, le proposte analizzate sul tavolo riguardavano modifiche all'art. 4-*bis* o.p., in specie al fine di rendere relativa la presunzione assoluta legislativa, secondo la quale la non collaborazione equivale a pericolosità sociale, con il conseguente proposito di permettere al Giudice di tenere in considerazione anche altri elementi attestanti l'avvenuta rieducazione³⁵. In particolare, fermo restando le ipotesi di collaborazione “impossibile” o “irrilevante”, che consentono il superamento delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari, si era suggerita l'introduzione di una fattispecie in cui la mancata collaborazione comunque motivata, fosse stata tuttavia accompagnata da concrete condotte riparative, che tuttavia non prescindono dalla necessaria sussistenza degli altri presupposti richiesti dalla legge per la concessione dei benefici *de quibus*³⁶. Com'è noto, quel brillante disegno riformatore è stato drasticamente ridimensionato in sede di attuazione della delega³⁷, rivelandosi

³³ Cfr. Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e Altri c. Italia. Per un'analisi approfondita della pronuncia, cfr.: BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, *on-line*; MAZZA, *Dalla sentenza Torreggiani alla riforma del sistema penale*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, *on-line*; MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi “compensativi”: prospettive de iure condendo*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, *on-line*.

³⁴ Cfr. *Tavolo XVI degli Stati generali dell'esecuzione penale: Trattamento. Ostacoli normativi alla individualizzazione del trattamento rieducativo*, in www.giustizia.it.

³⁵ Cfr. *Amicus Curiae*, in appendice a GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3, p. 46.

³⁶ Cfr. proposta n. 1 del Tavolo XVI, nella quale si legge che “La proposta...trova la sua motivazione principale nell'insostenibilità della presunzione assoluta di mancato realizzarsi del fine rieducativo della pena, o dei progressi nella rieducazione ritenuti rilevanti dalla legge ai fini dei benefici penitenziari, per il mero sussistere di una condotta non collaborante ai sensi dell'art. 58-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354, da parte del detenuto”.

³⁷ Cfr.: In questo senso, del tutto condivisibili appaiono le considerazioni di CAPITTA, *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, *on-line*. L'autrice osserva come «l'idea di una esecuzione penale fondata sulla centralità della pena detentiva affiora nella parte dei decreti legislativi che attiene al carcere. Per vero, ancora più sintomatica di questa linea è la “parte” mancante del decreto n. 123 del 2018, vale a dire che doveva riguardare l'allargamento del campo applicativo delle misure alternative alla detenzione e la eliminazione di automatismi e di preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari in caso di condanna per delitti di particolare allarme sociale: questi importanti contenuti della delega non hanno ricevuto attuazione». In argomento, cfr. LA ROCCA, *Il progetto “estivo” di riforma dell'ordinamento penitenziario tra l'inutile e il fantomatico*, in questa *Rivista*, 2018, n. 2, *on-line*.

una grossa occasione mancata³⁸, che ha reso di fatto vane le indicazioni pervenute dagli Stati Generali³⁹. Inutile rimarcare che, se queste proposte fossero state accolte dal legislatore dell'epoca, la prospettiva riformatrice avrebbe portato alla neutralizzazione del c.d. ergastolo ostativo, riconducendo a coerenza con la Costituzione anche questa tipologia di esecuzione penale⁴⁰. Qualcosa, però, comincia a muoversi anche nel terreno della giurisprudenza costituzionale⁴¹; la Consulta, di recente, pur continuando ad escludere un contrasto tra l'ostatività di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. e l'art. 27, comma 3, Cost., ha cominciato ad esprimere le proprie perplessità riguardo la collaborazione quale unica condotta in grado di oltrepassare lo sbarramento della predetta ostatività, riconoscendo apertamente che l'automatismo preclusivo risponde ad esigenze investigative e non penitenziarie⁴². *A fortiori*, se si esclude radicalmente il ricorso a criteri individualizzanti, l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo e si instaura di conseguenza un automatismo sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena⁴³. Ciò posto, la “stagione del cambiamento” vero e proprio è stata inaugurata da due recenti pronunce della Corte Costituzionale⁴⁴, entrambe aventi ad oggetto la detenzione domiciliare speciale e ordinaria per le detenute madri di prole di età pari o inferiore a dieci anni, benefici che l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. preclude nel caso in cui le stesse siano condannate per un reato “ostativo”. La lettura offerta dai Giudici di Piazza Cavour si incentra sul parametro dell'art. 31, comma 2, Cost., nonché sulle previsioni internazionali, tesi a valorizzare l'interesse preminente del minore ad una relazione genitoriale finalizzata a

³⁸ Come recita l'art. 1, comma 85, lett. e) della legge 23 giugno 2017, n. 103, che ha come oggetto di delega “la disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo”, il Governo ha escluso dall'ambito di applicazione della riforma penitenziaria i «casi di eccezionale gravità e pericolosità specificamente individuati e comunque le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale».

³⁹ Anche la riforma del 2018 lascia fuori l'istituto dell'ergastolo ostativo, per chiaro intento legislativo.

⁴⁰ Cfr. FIORENTIN, *L'ergastolo “ostativo” ancora davanti al Giudice di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 marzo 2018, *cit.*, il quale osserva come prima o poi si dovrà chiarire cosa realmente sia l'ergastolo ostativo: una pena sostanziale o un diverso modo di eseguire una pena sostanziale?

⁴¹ Cfr. Corte cost., n. 306 del 1993, ove si ritiene che dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione...di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale.

⁴² Cfr. Corte cost., n. 239 del 2014.

⁴³ Cfr. Corte cost., n. 189 del 2010.

⁴⁴ Cfr.: Corte cost., n. 239 del 2014; Corte cost., n. 76 del 2017.

un suo equilibrato sviluppo pschico-fisico). Ciò obbliga a relativizzare l'originaria, insuperabile preclusione; invero, l'accesso della madre alle modalità agevolate di espiazione della pena resta subordinata alla verifica in concreto, affidata al magistrato di sorveglianza, delle ragioni che - nella situazione specifica sottoposta al suo giudizio - orientano il bilanciamento a favore ora dell'elevato rango dell'interesse del soggetto minore, ora delle contrapposte esigenze di sicurezza collettiva⁴⁵. Ma è con la sentenza n. 149 del 2018⁴⁶ che viene segnata una svolta nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: per la prima volta una dichiarazione di illegittimità costituzionale investe formalmente una forma di ergastolo, sia pure rivolgendosi ad una stretta gamma di destinatari⁴⁷. Nell'occasione in parola, il Tribunale di sorveglianza di Venezia, con ordinanza del 28 aprile 2017, sollevava, in riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. pen.⁴⁸, nella parte in cui prevede che i condannati all'ergastolo per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 c.p., in caso di morte dell'ostaggio, non siano ammessi ad alcuno dei benefici penitenziari di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., prima dello scadere del termine di ventisei anni di espiazione di pena⁴⁹. L'orientamento del Tribunale di sorveglianza di Venezia veicola così a Palazzo della Consulta, per la prima volta, dubbi di costituzionalità già presenti da plurime voci dottrinarie riguardo il *black out* trattamentale provocato dall'art. 58-*quater*, ord. pen.; nello specifico, in riferimento al suo carattere marcatamente ed esclusivamente retributivo, alla

⁴⁵ Cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., a parere dei quali fuori dall'orbita dell'art. 31, comma 2, Cost., il regime dell'ostatività ai benefici penitenziari si confermerebbe regola legittima nel sistema carcerario degli adulti.

⁴⁶ In argomento, cfr. CAPITTA, *Ergastolo e rieducazione del condannato: la Corte censura la preclusione assoluta ai benefici penitenziari - Corte cost. n. 149 del 2018*, in questa *Rivista*, 2018, n. 2, on-line.

⁴⁷ Cfr. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, cit.

⁴⁸ Trattasi di un'ulteriore variante dell'ergastolo che la dottrina qualifica come "di terzo tipo", che riguarda i casi previsti all'art. 58-*quater*, comma 4, ord. pen., in cui la condanna sia pronunciata per sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione o per sequestro a scopo di estorsione seguiti dalla morte della vittima (art. 289-*bis*, comma 3, c.p. e 630, comma 3, c.p.). Per ulteriori approfondimenti sul punto, cfr.: CESARI, *Sub art. 58-*quater**, in DELLA CASA, GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 732 ss.; PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2018, p. 1359 ss.

⁴⁹ Per un'analisi dettagliata dell'ordinanza *de qua*, cfr., GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit.

sua severità nell'escludere per periodi troppo lunghi qualunque rilievo a possibili evoluzioni nella personalità del condannato, alla sua forte valenza afflittiva e sanzionatoria, alla sua irragionevolezza per l'irrilevanza di eventuali condotte collaborative, con conseguente trattamento eguale di situazioni diseguali⁵⁰.

Sulla scorta di tali premesse, la pronuncia - che sancisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 58, *quater*, comma 4, ord. pen., nella parte relativa ai condannati all'ergastolo ostativo per i delitti di cui agli artt. 630 e 289-*bis* c.p., in cui il sequestro abbia cagionato la morte della vittima - si incentra in particolare sul tema della funzione rieducativa della pena, ponendosi in netta antitesi con gli orientamenti giurisprudenziali precedenti, incentrati per vero sulla c.d. teoria polifunzionale eclettica della pena. Invero, se nella visione della sentenza n. 264/1974, la finalità rieducativa della pena poteva essere sacrificata, in base a imponderabili valutazioni del legislatore ordinario, a considerazioni di prevenzione generale mediante intimidazione o di prevenzione speciale mediante neutralizzazione⁵¹, nella pronuncia n. 149/2018, la Corte afferma l'opposto principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena⁵². In buona sostanza, anche nei confronti di coloro che abbiano commesso crimini efferati, deve essere lasciato spazio discrezionale di valutazione all'organo competente per verificare l'opportunità o meno di concedere benefici: dunque, debbono essere stabilite ragionevoli soglie temporali da parte del legislatore, ma l'apprezzamento circa la pericolosità sociale del soggetto non può ancorarsi al mero titolo del reato, non potendo il momento risocializzante soccombere di fronte ad istanze repressive⁵³.

⁵⁰ Cfr.: CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 511; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 109; DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialista agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994, p. 114; GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit.

⁵¹ Cfr. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, cit.

⁵² Cfr. Corte Cost., n. 149 del 2018, ove si afferma che l'art. 58-*quater*, comma 4, ord. pen., si pone in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società.

⁵³ Cfr. URBINATI, *L'imperativo costituzionale della rieducazione: un necessario intervento della Corte costituzionale sulla irragionevolezza degli sbarramenti ex art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit.*, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2018, n. 6.

A completamento del quadro sistematico così delineato, non trascurabile pare la recente ordinanza con cui la prima sezione della Cassazione ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni a norma dell'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose, che non abbia collaborato con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. pen., possa essere ammesso al godimento dei permessi premio di cui all'art. 30-*ter*, ord. pen.⁵⁴. Traendo spunto da due gruppi di pronunce emesse dalla Consulta⁵⁵, i Giudici di legittimità hanno dapprima affermato l'irragionevolezza *ex art. 3* Cost., dell'art. 4-*bis* ord. pen., atteso che equiparare tutti i soggetti coinvolti in un'indagine di criminalità organizzata nell'ostatività ai benefici delle misure alternative penitenziarie, significherebbe precludere ad una categoria troppo ampia e diversificata di condannati il diritto di ricevere un trattamento penitenziario rivolto alla risocializzazione, senza che sia data al Giudice la possibilità di verificare in concreto la presenza di una situazione di pericolosità sociale che effettivamente giustifichi l'inflizione di un percorso penitenziario non aperto alla realtà esterna⁵⁶. Il punto merita specifica considerazione. Come già ribadito da parte della dottrina, non essendo sempre vero che la collaborazione con l'autorità giudiziaria sia l'unica via per provare il distacco dal sodalizio mafioso di appartenenza, è opportuno evidenziare come vi siano situazioni soggettive che meritano un trattamento differenziato. Il riferimento è alla distinzione che esiste tra soggetti sospettati per aver commesso reati di cui agli artt. 416-*bis* e 416-*ter* c.p., e soggetti che invece sono sottoposti ad indagine per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis*, c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiosi. Per le ultime due categorie sopra riportate, dunque, la Suprema Corte ritiene che non possano valere i meccanismi di presunzione assoluta di pericolosità.

⁵⁴ Cfr. Cass., Sez. I, ord. 20 dicembre 2018, n. 57913, con nota di UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2019.

⁵⁵ Cfr.: Corte cost., n. 57 del 2013; Corte cost., n. 48 del 2015; Corte cost., n. 239 del 2014; Corte cost., n. 76 del 2015.

⁵⁶ Cfr. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, *cit.*

Riguardo la violazione del principio di rieducazione della pena sancito all'art. 27, comma 3, Cost., gli ermellini concentrano le loro argomentazioni sulla diversità strutturale del permesso premio di cui all'art. 30-ter ord. pen., la quale richiede valutazioni differenti rispetto a quelle effettuate per le altre misure alternative penitenziarie. Tale beneficio, peraltro, trova fondamento nella realizzazione di una finalità immediata, costituita dalla cura di interessi affettivi, culturali e di lavoro, che lo caratterizza come strumento di soddisfazione di esigenze anche molto limitate.

La conclusione appena esposta viene argomentata alla luce della su menzionata sentenza n. 149/2018 della Corte Costituzionale; ad oggi, invero, il combinato disposto degli artt. 4-bis, comma 1 e 30-ter ord. pen., attraverso il meccanismo di preclusione previsto nella prima delle due disposizioni nei confronti dei condannati per i delitti ivi menzionati, impedisce la verifica in concreto della pericolosità di tali soggetti, sacrificando, pertanto, la funzione rieducativa della pena, ritenuta dalla Consulta preminente⁵⁷.

In continuità con quanto argomentato dalla Prima Sezione della Suprema Corte, anche il Tribunale di Sorveglianza di Perugia ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord. pen., con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo per i delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione a delinquere della quale sia stato partecipe, possa essere ammesso alla fruizione del permesso premio⁵⁸. Sicché, anche se in tal caso il condannato all'ergastolo non solo è un vero e proprio affiliato alla criminalità organizzata, ma riveste una posizione apicale e non marginale od occasionale all'interno della stessa, comune si mostra il nodo costituzionale, ossia la dubbia legittimità di una pena detentiva perpetua, non riducibile *de jure* e *de facto*, se non attraverso una collaborazione esigibile ed utile con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. pen., in assenza della quale, in forza della preclusione di qualsiasi misura extramuraria, l'ergastolo torna ad essere un vero e proprio “fine pena mai”⁵⁹.

Orbene, le argomentazioni utilizzate nelle ultime pronunce consentono di rilevare come, allo stato attuale, possa affermarsi che si siano aperte nuove prospettive in favore di una sorta di “rivisitazione” anche delle altre forme di ergastolo. Il percorso è certamente lungo e tortuoso; ciò nondimeno, non

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Cfr. Tribunale di Sorveglianza di Perugia, ord. 28 maggio 2019, n. 725.

⁵⁹ In argomento, si segnala un interessante Convegno di studi dal titolo “Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti”, che si terrà il 27 settembre 2019, presso l'Università degli studi di Ferrara.

può revocarsi in dubbio che il cambiamento di rotta inaugurato di recente dalla giurisprudenza merita un riconoscimento positivo, soprattutto in un'ottica di attuazione del finalismo rieducativo della pena.

4. I precedenti giudiziari in ambito sovranazionale.

Per inquadrare meglio la questione decisa dalla Corte EDU nell'*affaire* Viola, occorre procedere – senza alcuna pretesa di esaustività – ad un breve riepilogo di quanto affermato dalla giurisprudenza sovranazionale in tema di pena perpetua. A tal proposito, il *fil rouge* che lega gli orientamenti della Corte di Strasburgo è rappresentato dal concetto di riducibilità *de jure* e *de facto* della pena, elemento fondamentale per valutare la compatibilità dell'ergastolo sotto il profilo dell'art. 3 CEDU.

Il *leading case* è rappresentato dalla sentenza *Kafkaris c. Cipro*⁶⁰, che riguardava un detenuto autore di omicidio premeditato, delitto per il quale l'ordinamento cipriota prevede obbligatoriamente l'inflizione dell'ergastolo. Al tempo della sentenza, peraltro, la disciplina penitenziaria sanciva che detta pena fosse sostanzialmente perpetua, senza alcuna possibilità in capo al detenuto di poter accedere alla liberazione anticipata e/o condizionale, salva la sussistenza di un provvedimento discrezionale di grazia adottato dal Presidente della Repubblica.

In quell'occasione, la Corte di Strasburgo, riaffermando la propria giurisprudenza costante sul punto, ha stabilito che la pena dell'ergastolo non è di per sé incompatibile con alcuna disposizione convenzionale e, in particolare, con l'art. 3 CEDU, laddove vi sia per il condannato una prospettiva, *de jure* o *de facto*, sulla liberazione anticipata. Nel caso di specie, la possibilità di una grazia da parte del Presidente della Repubblica cipriota – peraltro in passato già effettivamente esercitata – è stata ritenuta sufficiente per riconoscere che il ricorrente avesse una possibilità concreta di essere rilasciato anticipatamente.

La pronuncia *de qua* registra opinioni dissenzienti particolarmente numerose⁶¹, le quali fanno leva sulla natura puramente discrezionale del provvedimento di grazia del Capo dello Stato e sulla completa assenza di garanzie contro il rischio di un uso arbitrario di questa sua prerogativa, nonché sul dato statistico della scarsa applicazione della grazia

⁶⁰ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*.

⁶¹ La decisione è stata presa a maggioranza di dieci Giudici contro sette.

nell'ordinamento cipriota; con conseguente problematicità dell'affermazione della maggioranza secondo cui il condannato nel caso concreto avesse concrete possibilità, quanto meno *de facto*, di non dover trascorrere il resto della propria vita in prigione⁶². Un assunto tutt'altro che giuridicamente ineccepibile; d'altronde, diversamente dal Giudice, il potere politico non ha alcun obbligo di motivazione, sia esso il Capo dello Stato o il Ministro⁶³. Pertanto, a parere dei Giudici dissenzienti, la pena dovrebbe sempre - anche nel caso dell'ergastolo - mirare al reinserimento sociale dei condannati⁶⁴; e tale principio, pur in assenza di esplicita base testuale nella Convenzione, avrebbe dovuto essere riconosciuto dalla Corte, che avrebbe ben potuto cogliere l'occasione per affermare assai più chiaramente l'incompatibilità di principio con l'art. 3 CEDU dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale⁶⁵.

La svolta si è avuta con la sentenza *Vinter e Altri c. Regno Unito*⁶⁶, ove la Grande Camera in una decisione presa quasi all'unanimità⁶⁷, ha introdotto fondamentali elementi di novità, purtuttavia senza rinnegare i principi affermati nella sentenza *Kafkaris c. Cipro*. Secondo la Corte, l'istituto del *Life imprisonment without parole* presente nell'ordinamento anglosassone⁶⁸ viola

⁶² Cfr. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2012.

⁶³ Cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit.

⁶⁴ Tale principio è stato messo in risalto dalla giurisprudenza sovranazionale. Sul punto, cfr.: Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*; Corte Edu, 30 giugno 2015, *Khoroshenko c. Russia*.

⁶⁵ Cfr. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, cit.

⁶⁶ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e Altri c. Regno Unito*.

⁶⁷ Sono sedici i Giudici che hanno emanato parere favorevole, contro uno.

⁶⁸ L'istituto è affine ma non identico a quello del c.d. ergastolo ostativo presente nell'ordinamento italiano. Per maggiori approfondimenti riguardo il sistema presente nel Regno Unito, cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., a parere dei quali «il giudice irroga l'ergastolo, *mandatory* (obbligatorio) in caso di omicidio. Di norma, il giudice stabilisce, rispetto alla gravità del reato, dopo quanti anni la persona può domandare la *parole*: è quella che si chiama la «tariffa», intesa come la parte retributivo-punitiva della pena («di biblica memoria»). In alcuni casi, però, il giudice è autorizzato a decidere di non fissare alcuna tariffa: da qui nasce il «*whole life imprisonment*», vale a dire l'ergastolo da scontare interamente (*whole*), poiché la parole non potrà mai essere chiesta. In simili casi, l'ordinamento inglese riserva una sola residua possibilità, la *early release* per motivi umanitari (la «*compassionate release on medical grounds*»), che può essere concessa solo dal Ministro della Giustizia, anche tenendo in considerazione i criteri previsti nel *Lifers Manual*,

l'art. 3 CEDU, giacché il detenuto deve conoscere sin dal momento della sentenza di condanna come agire («*the Right to Hope*»), al fine di poter richiedere in futuro la riduzione della pena. Il criterio di riferimento, dunque, è quello della necessaria presenza di un organo che, dopo un determinato periodo dalla condanna, valuti se persista la pericolosità sociale oppure se la rieducazione abbia fatto il suo corso; diversamente, la pena è inumana e degradante in violazione dell'art. 3 della Convenzione⁶⁹. *In primis*, perché il condannato resta privo di una realistica prospettiva di liberazione dal carcere; in secondo luogo, poiché manca una verifica periodica sulla eventuale sproporzione della (protrazione della) stessa in relazione alle (eventualmente) raggiunte finalità di sanzione ed emenda del reo⁷⁰.

I principi richiamati nella sentenza *Vinter e Altri c. Regno Unito*, sono stati ripresi e ulteriormente sviluppati dalla Corte in numerose pronunce successive⁷¹, le quali hanno contribuito a consolidare la giurisprudenza europea sul punto⁷². Per quanto riguarda l'arco temporale trascorso il quale al detenuto deve essere concessa la possibilità di domandare la *review* della detenzione, se nella sentenza *Vinter e Altri c. Regno Unito*, il termine veniva quantificato indicativamente in venticinque anni, con la pronuncia T. P. e A. T c. Ungheria⁷³, i Giudici di Strasburgo hanno dichiarato la violazione dell'art. 3 CEDU rispetto al periodo di quarant'anni, stabilito dall'ordinamento ungherese. In dottrina, è stato osservato come quanto appena affermato sia

una sorta di circolare nella quale si esemplificano le condizioni al verificarsi delle quali potrebbe concedersi la *early release*. Esattamente come il potere di grazia, anche la *early release* ministeriale era (ed è) completamente discrezionale e senza alcun obbligo giuridico esplicito di motivazione nel caso sia rifiutata».

⁶⁹ Secondo quanto affermato da GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., «a nulla varrebbe qualsiasi comportamento che il detenuto (ergastolano) decidesse di tenere durante la detenzione, poiché la sua eventuale scarcerazione, prima della morte, dipenderebbe unicamente da motivi umanitari, legati al suo stato di salute. I giudici non lo mandano a dire: poter morire a casa o in uno ospizio invece che dietro le sbarre di una cella non configura una prospettiva di rilascio, né soddisfa alcun diritto di sperare».

⁷⁰ Cfr. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al Giudice di Strasburgo*, cit., a parere del quale è irrazionale, secondo il canone *id quod plerumque accidit*, una presunzione di pericolosità soggettiva assoluta e immodificabile nel tempo.

⁷¹ Cfr.: Corte EDU, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*; Corte EDU, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*; Corte EDU, 4 ottobre 2016, T.P. e A.T. c. Ungheria; Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matiosaitis c. Lituania*. Le seguenti pronunce sono state emanate all'unanimità.

⁷² Soltanto in due casi la Corte EDU ha dichiarato la non violazione dell'art. 3 CEDU. Sul punto, cfr.: Corte EDU, 13 novembre 2014, *Bodein c. Francia*; Corte EDU, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*.

⁷³ Cfr. Corte EDU, 4 ottobre 2016, T.P. e A.T. c. Ungheria.

più che un'indiretta conferma dell'indicazione avanzata nella sentenza *Vinter e Altri c. Regno Unito*⁷⁴; invero, nel corso dell'esecuzione della pena perpetua è necessario che gli Stati membri assicurino un meccanismo che preveda un primo riesame, non oltre i venticinque anni dall'inizio dell'esecuzione della stessa, al fine di consentire la liberazione del condannato a vita quando non vi siano più legittime ragioni penologiche che giustifichino la perdurante detenzione⁷⁵.

Anche la sentenza *Trabelsi c. Belgio*⁷⁶ richiama la pronuncia *Vinter c. Regno Unito*; il caso riguardava un cittadino tunisino, condannato secondo le disposizioni dell'ordinamento belga per attività di terrorismo e successivamente estradato dal Belgio negli Stati Uniti, nonostante la possibilità di ricevere una pena detentiva perpetua senza possibilità di liberazione. Nell'occasione in parola, la Corte di Strasburgo ha condannato il Belgio, atteso che nessuno degli istituti previsti dal diritto americano presenta i requisiti necessari per garantire il rispetto dell'art. 3 CEDU, evidenziando peraltro il diritto del detenuto a conoscere fin dall'inizio le attività da effettuare per ottenere la liberazione e in quale momento potrà farne richiesta⁷⁷.

Non meno interessante si mostra altresì la particolare questione decisa nella sentenza *Murray c. Paesi Bassi*⁷⁸, nella quale la *Grande Chambre* ha affermato la violazione dell'art. 3 CEDU nel caso di un detenuto, affetto da problemi di salute mentale, le cui richieste di essere collocato in uno stabilimento specializzato nel trattamento di soggetti psichiatrici erano state rifiutate dalle autorità, così privando *de facto* il reo di ogni speranza di ottenere una liberazione condizionale⁷⁹.

⁷⁴ Cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit.

⁷⁵ Cfr. Corte EDU, 4 ottobre 2016, T.P. e A.T. c. Ungheria.

⁷⁶ Cfr. Corte EDU, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*.

⁷⁷ Cfr. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, cit., a parere del quale la legislazione statunitense non consente al condannato a pena perpetua di ottenere che un'autorità accerti, secondo tempi e criteri prestabiliti e conoscibili al momento della condanna, se siano venuti meno tutti i "motivi legittimi relativi alla pena", che potrebbero giustificare il permanere in carcere.

⁷⁸ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*.

⁷⁹ Cfr.: FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al Giudice di Strasburgo*, cit.; GALLIANI, *Murray c. Paesi Bassi: progressi in materia di pena perpetua*, in *Quaderni Costituzionali*, 2016, 3, p. 603 ss.

Il quadro viene completato dalla rilevante pronuncia *Matiosaitis e Altri c. Lituania*⁸⁰, la quale consacrando la violazione dell'art. 3 CEDU, riprende il concetto più noto in *Vinter c. Regno Unito*, relativo al diritto alla speranza che non può negarsi nemmeno ai condannati dei crimini più gravi, poiché gli stessi conservano la loro umanità e con essa la potenzialità di un cambiamento. Ciò che per i Giudici rileva, dunque, è l'assenza di una *review* della pena perpetua sin da quando è stata irrogata; invero, sebbene gli Stati membri siano liberi di decidere se la revisione debba essere affidata ad un Giudice o al potere esecutivo, è necessaria un'adeguata valutazione degli eventuali progressi del detenuto in termini di risocializzazione, circostanza che porta tanto l'autorità giudiziaria, quanto l'organo esecutivo a motivare le proprie scelte⁸¹.

5. La sentenza *Viola c. Italia* (n.2): la decisione della Corte EDU.

Delineato lo stato dell'arte della giurisprudenza interna e sovranazionale in materia di ergastolo ostativo, è ora opportuno procedere all' esegesi della pronuncia *Viola c. Italia* (n. 2), la cui complessità e rilevanza si ricava dalla specifica attenzione che i Giudici di Strasburgo hanno prestato al ricorso presentato⁸².

Facendo applicazione dei principi dettati nei suoi ultimi approdi⁸³, la Corte Europea ha ritenuto a maggioranza la violazione del principio della dignità

⁸⁰ Cfr. Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matiosaitis c. Lituania*.

⁸¹ Cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, *cit.*, i quali osservano che al tempo della pronuncia, il sistema lituano prevedeva semplicemente l'impossibilità per tutti gli ergastolani di domandare la condizionale. In aggiunta, dovevano scontare i primi dieci anni della detenzione in appositi istituti penitenziari [...] Gli ergastolani lituani avevano una sola *chance*: il potere di grazia del Capo dello Stato, eletto direttamente dai cittadini, al quale era consentito rivolgersi dopo aver scontato dieci anni di detenzione. Il sistema lituano era così rigido ma anche articolato: la domanda di grazia veniva filtrata da una *Pardon Commission* che esprimeva obbligatoriamente il proprio (autorevole) parere, ancorché non giuridicamente vincolante. Il Presidente della Repubblica, in effetti, rimaneva libero di decidere diversamente, il suo decreto di rigetto non era motivato e al massimo era consentito ripresentare una nuova domanda di grazia dopo sei mesi dalla precedente. Molte commissioni di studio ministeriali avevano ricevuto l'incarico di rivedere siffatto sistema. Nulla era però cambiato. Da quando il sistema è questo, dalla fine degli anni novanta del Novecento, in un solo caso il Presidente ha graziato un ergastolano, su un totale di trentacinque domande (gli ergastolani oggi sono circa duecento).

⁸² Il ricorso è stato presentato il 12 dicembre 2016. Dopo soli cinque mesi dal deposito dello stesso, la Prima Sezione della Corte EDU ha comunicato il caso al Governo, formulando alle parti quattro quesiti.

⁸³ Si fa in specie riferimento a: Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e Altri c. Regno Unito*.

umana di cui all'art. 3 CEDU, in quanto l'attuale disciplina del c.d. ergastolo ostativo limita le prospettive di richiesta del condannato di accedere al beneficio della liberazione condizionale all'unica ipotesi di collaborazione con la giustizia. A parere della Corte alsaziana, dunque, la pena perpetua non può essere considerata di fatto riducibile *de jure* e *de facto*, atteso che priva l'ergastolano di un meccanismo di *review* dopo un certo periodo di detenzione, che possa offrire concrete *chance* in capo al reo di riconquistare la libertà in una data futura.

Per giungere a tale conclusione, i Giudici di Strasburgo percorrono un preciso *iter* argomentativo, il cui *incipit* riguarda l'ampia analisi del regime ostativo presente nell'ordinamento italiano, allo scopo di comprendere se sia nel concreto riducibile; in buona sostanza, se sia presente o meno un qualche meccanismo che non precluda in senso automatico in capo all'ergastolano l'accesso al beneficio della liberazione condizionale. Ebbene, notevole si mostra lo sforzo operato dalla Corte, la quale pur rammentando la funzione centrale che il principio di risocializzazione ricopre nell'ordinamento italiano, rammenta come l'istituto dell'ergastolo ostativo sia il frutto del combinato disposto dell'art. 22 c.p. con gli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. pen., i quali prevedono un trattamento differenziato dei detenuti, con l'effetto di precludere il rilascio dei permessi premio e l'accesso delle altre riduzioni di pena e misure alternative a chi non fornisca alle autorità un ruolo decisivo nelle attività investigative, così come sancito dall'art. 58-*ter* ord. pen. Detta precisazione, però, è accompagnata dall'unica possibilità che esenta il condannato alla collaborazione con l'autorità giudiziaria, ossia i casi in cui la cooperazione si mostri impossibile o inapplicabile e vi possa essere la dimostrazione dell'avvenuta chiusura dei collegamenti tra il detenuto e il sodalizio mafioso.

Le caratteristiche appena rimarcate inducono quindi la Corte a focalizzare la propria attenzione sull'unica opzione disponibile concessa al ricorrente, al fine di essere ammesso ad ottenere la liberazione condizionale. In tale contesto, i Giudici europei osservano come la legislazione italiana offra ai condannati la possibilità di scegliere se collaborare o meno con le autorità giudiziarie. Pur tuttavia - e questo è un punto di estrema importanza della sentenza - permangono i dubbi sulla natura libera di quella scelta, circa l'opportunità di equiparare la mancata collaborazione con la pericolosità sociale del detenuto. Invero, come è stato ampiamente rilevato anche dall'esame di uno degli interventi di terze parti nel caso di specie, la scelta del

to; Corte EDU, 17 gennaio 2017, Hutchinson c. Regno Unito; Corte EDU, Grande Camera, 26 aprile 2016, Murray c. Paesi Bassi.

condannato di non collaborare con la giustizia può essere presa per il timore di mettere in pericolo sé stesso e la sua famiglia. Da ciò, ne deriva come la mancanza di cooperazione con gli organi giudiziari non sia sempre il risultato di una libera scelta, né peraltro riflette necessariamente la continua aderenza ai valori criminali o la permanenza di collegamenti attuali con l'organizzazione mafiosa. A tal proposito, la Corte osserva come si potrebbe ragionevolmente immaginare una situazione in cui un detenuto collabori con le autorità, senza che ciò si traduca in una effettiva riabilitazione da parte sua ovvero in una concreta interruzione dei contatti con i circoli criminali. È ben possibile quindi supporre l'esistenza di altri indicatori che potrebbero essere utilizzati, allo scopo di valutare gli eventuali progressi compiuti dal reo, non potendosi escludere a priori che la rottura dei legami con le organizzazioni mafiose possa avvenire con metodi diversi dalla cooperazione con la giustizia.

Tanto premesso, la Corte alsaziana evidenzia come nel caso *de quo*, al sig. Viola non sia stata concessa l'opportunità di accedere alla liberazione condizionale - a causa del suo fermo rifiuto di collaborare con la giustizia -, nonostante la presenza di positive relazioni inerenti il comportamento tenuto all'interno del carcere, le quali avevano certificato un cambiamento positivo nella sua personalità. La disciplina italiana, difatti, non permette alcuna valutazione degli eventuali progressi compiuti dal detenuto in fase intramuraria, limitando - come già ampiamente ribadito - il ruolo dell'autorità giudiziaria alla mera verifica della scelta di collaborare o meno con la giustizia, circostanza che certifica una presunzione assoluta di pericolosità nei confronti di chi decida appunto di non cooperare nelle attività investigative e giudiziarie. Ciò consente di sostenere che la normativa italiana parametri la sussistenza della pericolosità del soggetto soltanto al momento della commissione del reato, impedendo all'autorità giudiziaria di effettuare una rivalutazione critica del percorso di risocializzazione del detenuto. Così disponendo, l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo, in aperto contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena⁸⁴. *Ex adverso*, a parere della Corte, la personalità di un detenuto non rimane invariata dal tempo della commissione del reato, potendosi evolvere nel corso della fase esecutiva della pena, come riflesso del processo di risocializzazione e di revisione critica del passato criminale compiuta dal reo. Allorquando, dunque, vi sia un percorso evolutivo nella personalità dell'ergastolano, di tali cambiamenti bisogna

⁸⁴ Cfr. Corte cost., n. 189 del 2010, in *Mass. Uff.*, n. 248580.

tenerne conto, non potendo giustificarsi alcuna deroga all'art. 3 CEDU, che vieta in termini assoluti il trattamento inumano e degradante, nemmeno in casi come quello del sig. Viola, autore di gravissimi reati attinenti ad un fenomeno particolarmente pericoloso per la società. Al detenuto, pertanto, spetta il diritto di essere informato⁸⁵, sin dall'inizio dell'esecuzione della pena, sulle condizioni per poter presentare domanda di liberazione condizionale, a prescindere dalla propria scelta di cooperare o meno con la giustizia. Nondimeno, sottolinea la Corte, ciò non significa che all'ergastolano debba sempre e comunque essere riconosciuta una prospettiva di liberazione immediata, posto che sarà necessario valutare il suo percorso evolutivo *case by case*, poiché lo scopo della risocializzazione è prevenire la recidiva e tutelare la società.

Così ricostruito l'*iter* argomentativo della Corte, vi è da chiedersi da ultimo quali misure debba intraprendere lo Stato italiano, ai sensi dell'art. 46 § 1 CEDU, al fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli della violazione riscontrata. Pur non trattandosi di una sentenza pilota, la pronuncia in oggetto evidenzia la sussistenza di un grave problema strutturale⁸⁶, anche in considerazione del copioso numero di ricorsi ad oggi pendenti a Strasburgo, che probabilmente sono destinati ad aumentare. Per tali ragioni, i Giudici europei indicano allo Stato italiano la via da percorrere, ossia quella di una riforma dell'istituto dell'ergastolo ostativo, preferibilmente per via legislativa, incentrata sulla previsione di uno strumento di revisione della sentenza di condanna, allo scopo di beneficiare della liberazione condizionale, anche nei casi in cui non vi sia stata una collaborazione con la giustizia, prendendo a riferimento ulteriori elementi che possano determinare la dissociazione criminale tra il soggetto e il sodalizio mafioso. Secondo tale meccanismo, dunque, in ottemperanza degli insegnamenti della giurisprudenza europea, il detenuto deve essere portato a conoscere delle condizioni per le quali potrebbe aspirare al suddetto beneficio, sempre però in presenza di riscontri positivi della sua personalità, che possano certificare nel caso concreto l'evoluzione della sua personalità, nonché una piena dissociazione dal sodalizio criminale.

⁸⁵ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, Vinter e Altri c. Regno Unito.

⁸⁶ Secondo gli ultimi dati statistici offerti dal Ministero della Giustizia, alla data del 30 settembre 2016 il numero degli ergastolani ostativi presenti nelle carceri italiane era di 1216 su 1678, pari al 72,5% del totale dei condannati alla pena detentiva perpetua.

6. *Brevi annotazioni conclusive, con un auspicio de lege ferenda.* La sentenza in oggetto, il cui esito era stato in un certo senso profetizzato da alcune voci dottrinarie⁸⁷, si inserisce pienamente nel solco dei precedenti orientamenti giurisprudenziali sovranazionali, inaugurati dalla pronuncia Vinter c. Regno Unito, contribuendo ad alimentare il già acceso dibattito attinente allo strumento della pena perpetua. Da tempo ormai ci si interroga sulla portata di una sanzione che, nata come surrogato della pena capitale⁸⁸, esprime un'idea di giustizia vendicativa, che tuttavia risulta incompatibile con la finalità rieducativa della pena espressamente sancita dalla Carta Costituzionale. È opinione diffusa tra gli studiosi, invero, quella che rinviene nell'ergastolo una pena che tende a produrre la morte civile del condannato, non offrendogli alcuna possibilità di recupero nella società, risultando di conseguenza una pena *usque ad mortem*⁸⁹, tanto più nel caso di ostatività ai benefici penitenziari.

Ciò posto, due in particolare appaiono i profili che, in ragione degli importanti risvolti applicativi che se ne possono dedurre, destano maggiore attenzione. Anzitutto, in una prospettiva necessariamente *de lege ferenda*, appare doveroso l'intervento del legislatore, che nel rispetto delle coordinate

⁸⁷ Cfr. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, cit.; a parere dell'autore si può attendere che da Strasburgo arrivi una condanna per l'Italia, che finalmente apra la strada a un ripensamento della disciplina attuale da parte del legislatore. La presunzione assoluta che la mancata collaborazione con la giustizia sia sempre riconducibile all'assenza di progressi nel percorso verso la rieducazione non ha alcun fondamento razionale. Inoltre, premesso che l'art. 3 CEDU - come ampiamente rilevato dalla Corte di Strasburgo - è posto a tutela della dignità della persona umana, dalla quale è componente fondamentale la libertà morale, sanzionare la mancata collaborazione con la giustizia significa fare violenza alla libertà morale del condannato, messo di fronte a questa alternativa: rimanere in carcere sino alla fine dei suoi giorni oppure mettere a repentaglio l'incolumità propria, quella dei familiari e di ogni persona a lui legata; FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al Giudice di Strasburgo*, cit., il quale osserva come "Quello che - forse - la Corte potrebbe difficilmente giustificare non è, quindi, il fatto che la legislazione italiana subordina la fine della pena perpetua ad una condizione, quanto l'intrinseca irrazionalità di detta condizione: pretendere la collaborazione da chi si professa (e potrebbe essere) innocente, da chi è posto nell'alternativa tra salvare se stesso e condannare un'altra persona, significa subordinare l'interversione della condanna perpetua ad un elemento privo di ragionevolezza e - se vogliamo andare fino in fondo - profondamente contrario al rispetto della dignità umana, poiché impone al soggetto una violazione della libertà morale, integrata dall'alternativa - che a volte può risultare drammatica - sopra appena indicata e contrario all'umanità della pena laddove nel meccanismo italiano si ravvisi una strumentalizzazione della pena ai fini dell'incentivazione delle condotte collaborative".

⁸⁸ Dal 1944, l'ergastolo ha sostituito la pena di morte in tutte le disposizioni del codice penale che la prevedevano.

⁸⁹ In questo senso - che qui si condivide completamente -, si è espresso DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, p. 89.

ermeneutiche tracciate a Strasburgo, non può esimersi dal dare coerenza convenzionale all'istituto dell'ergastolo ostativo. Appare evidente come nelle principali argomentazioni evidenziate nella pronuncia Viola c. Italia (n. 2), si riscontri un esplicito invito rivolto al legislatore, che dovrà necessariamente farsi carico di riformare l'istituto *de quo*, sulla scia di quel principio di umanizzazione della pena che caratterizza un moderno stato civile. Nondimeno, sostituire l'ergastolo con una pena detentiva a tempo, perfino nei casi di reati gravi come quelli indicati all'art. 4-*bis* ord. pen., potrebbe rilevarsi un *boomerang* per le forze politiche presenti al Governo; a ben riflettere, sussiste il concreto rischio che tale modifica possa essere percepita negativamente dalla maggioranza dell'opinione pubblica, soprattutto in un momento storico particolare come quello attuale, caratterizzato da imprudenti ma al contempo incisivi *slogan* populistici⁹⁰, improntati sul primato della pena carceraria. Senonché, si può (*rectius* si deve) invertire la rotta, rendendo l'ergastolo ostativo una pena riducibile *de jure* e *de facto*, allo scopo di offrire al detenuto una prospettiva di rilascio – così come già avviene nel caso di ergastolo comune –, anche in assenza di utile collaborazione con l'autorità giudiziaria. Il proposito, dunque, è quello di consentire all'autorità giudiziaria di valutare ulteriori elementi attestanti gli eventuali progressi compiuti dal soggetto durante l'esecuzione della pena; così strutturato, il regime esecutivo correlato all'ergastolo ostativo sarebbe compatibile con il principio convenzionale del rispetto della dignità umana ex art. 3 CEDU, oltre che strettamente aderente al canone costituzionale della rieducazione della pena. Invero, appare ormai ingiustificabile un meccanismo giuridico che escluda a priori la possibilità di una *review*, per via di un irragionevole automatismo legislativo che viola il divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti. In questo senso, il principio della progressione del trattamento, strumentale a quello della rieducazione della pena, non può essere sacrificato in nome di immediate esigenze di difesa sociale, scaricando così sulla collettività al momento del fine pena i rischi di una recidiva⁹¹ non adeguatamente disinnescata⁹².

⁹⁰ Sul c.d. populismo penale, cfr. GAITO, MANNA, *L'estate sta finendo...*, in questa *Rivista*, 2018, n. 3, *on-line*; MANNA, *Razionalità ed irrazionalità nel sistema penale*, in questa *Rivista*, 2018, n. 3, *on-line*.

⁹¹ È ormai noto che il tasso di recidiva dei detenuti affidati al circuito carcerario sia molto più alto di chi al contrario sconta la pena con le misure alternative.

⁹² Cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, *cit.*

Ad ogni modo, non deve sfuggire l'insegnamento di Cesare Beccaria, il quale nella sua trattazione contro la pena di morte, evidenziava la spiccata efficacia intimidativa della pena perpetua, produttiva di una sofferenza ancor maggiore rispetto alla pena capitale⁹³. Appare necessaria, dunque, una rivoluzione culturale, incentrata sulla ripresa dei fondamentali principi di civiltà e umanità introdotti dall'illuminismo giuridico, che coinvolga non solo gli studiosi di diritto penale ma soprattutto i cittadini. A tal fine, vi è il bisogno estremo di colmare la distanza abissale che separa gli addetti ai lavori dall'opinione pubblica, giacché senza una battaglia civile, di tipo culturale, nella direzione dell'umanizzazione della pena, i discorsi dei giuristi sul superamento dell'ergastolo, ostativo e/o comune, sono destinati a restare nel circolo ristretto di studiosi illuminati⁹⁴. Un ausilio in questo senso potrebbe anche venire dalle parole del Sommo Pontefice, il quale di recente si è pronunciato più volte nei confronti della pena dell'ergastolo, definendola una pena senza futuro, ossia "una pena di morte nascosta"⁹⁵. Seguendo tale linea di pensiero, la dignità di ogni condannato, anche autore dei più gravi delitti, deve essere salvaguardata; l'esecuzione della pena e il carcere devono rappresentare un luogo di riparazione e di recupero sociale, non di segregazione, restrizione, eliminazione. In questo senso, non resta che attendere la pronuncia della Corte Costituzionale, la quale il prossimo 22 ottobre sarà chiamata ad affrontare la rilevante questione della sospetta incostituzionalità dell'art. 4-*bis* ord. pen., per violazione degli artt. 27, comma 3 e 117 Cost., in relazione all'art. 3 CEDU, nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di avvalorare l'attività di associazioni in esso previste, possa beneficiare dei permessi premio di cui all'art. 30 ord. pen., salvo il caso di utile collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. pen. Va da sé come il Giudice delle Leggi non potrà esimersi dal valutare la *quaestio* prendendo a riferimento anche quanto sancito dalla giurisprudenza europea, da ultimo nel *Viola c. Italia* (n. 2), in tema di pena perpetua.

Riguardo il secondo profilo che merita attenzione, appare utile segnalare che nonostante si tratti di una sentenza non definitiva - in quanto ci pare improbabile che il Governo decida di non rimettere la *quaestio* dinanzi alla

⁹³ Cfr. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, cap. XXVIII, 64 ss.

⁹⁴ In questi termini GATTA, *Superare l'ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1495 ss.

⁹⁵ Cfr. *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, in EUSEBI, *Cautela in poena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 469.

Grande Chambre -, è di palmare evidenza come i principi espressi nella pronuncia *de qua* siano destinati a suscitare conseguenze non solo nei confronti del ricorrente, bensì sulle vicende processuali in corso. Il riferimento è ai c.d. “fratelli minori” del sig. Viola, vale a dire tutti quegli ergastolani ostativi che versano in una identica situazione a quella del ricorrente vittorioso a Strasburgo e che ragionevolmente, vorranno far valere i principi espressi nella sentenza di condanna pronunciata dalla Corte europea⁹⁶. In tal caso, l'augurio resta quello di una rimessione alle Sezioni Unite, come già accaduto per la questione relativa all'operatività ed alla portata della sentenza *Contrada c. Italia*, al fine di individuare altresì il rimedio applicabile⁹⁷.

⁹⁶ Sul punto, già SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreto “via di scampo: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 luglio 2019.

⁹⁷ Cfr. Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*. Sul recepimento della sentenza all'interno dell'ordinamento italiano, cfr.: FALATO, *L'efficacia estensiva delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. A proposito dei potenziali epiloghi della Cassazione nel caso dei fratelli minori di Bruno Contrada*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, *on-line*; GIORDANO, *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in questa *Rivista*, 2015, n. 2, *on-line*; CASCINI, *Dopo la sentenza Contrada: tra carenze strutturali dell'ordinamento interno ed esigenze di adattamento al sistema convenzionale*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, *on-line*; PLANTAMURA, *Legalità costituzionale e convenzionale: tra misure di prevenzione e concorso esterno*, in questa *Rivista*, 2018, n. 3, *on-line*, 23 ss.

ARCHIVIO PENALE 2019, n. 3