

Un diritto alla speranza?

Nota alla sentenza della Corte EDU, caso Viola c. Italia, 13-6-2019, Ric. N. 77633/16

Sommario. 1. Premessa. – 2. La sentenza. – 2.1. Il caso Viola. – 2.2. Il diritto e le prassi rilevanti. – 2.3. L'ammissibilità del ricorso e le tesi delle parti. – 2.4. I principi ritenuti applicabili. – 2.5 La decisione. – 3. Effetti sospensivi e previsioni. – 4. Vincoli. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Infine arrivò la tanto attesa pronuncia della Corte di Strasburgo sull'ergastolo c.d. „ostativo“, „svelando“ che: 1) si tratta di pena perpetua „incomprimibile“ e pertanto viola l'art. 3 CEDU; 2) nel Bel Paese vige la „pena di morte“, non quella „istantanea“ inflitta con la più umana ghigliottina di epoca rivoluzionaria, ma quella più lenta, che prevede di lasciare in carcere una persona „finché morte non sopraggiunga“; 3) e, infine, che una pena infinita potrebbe anche essere applicata, nel caso di condannato ritenuto „irriducibile“.

È il rovescio della medaglia che offre la sentenza *Viola c. Italia*, con la quale si denuncia il contrasto con l'art. 3 CEDU del c.d. „ergastolo ostativo“¹ nostrano, quello che esclude i condannati all'ergastolo da qualunque opportunità di reinserimento sociale, di ritorno alla libertà, se non collaborano con la giustizia. Ma la sentenza se ha, infatti, l'indiscutibile pregio di offrire una concreta speranza di libertà per quei condannati all'ergastolo „incomprimibile“, se meritevoli, allo stesso tempo afferma, in via di principio, un'ulteriore *quaestio iuris* (tutta da sviluppare) rispetto alla ritenuta legittimità convenzionale di una pena perpetua nel caso di un „criminale irriducibile“.

Dunque una sentenza dai due volti: quello che censura l'automatismo preclusivo dell'art. 4-bis O.P., e l'altro, quello che afferma la legittimità convenzionale di una pena perpetua in caso di permanenza della pericolosità sociale. In quest'ultimo senso si dovrebbe assistere ad una certa „tensione“ con la Costituzione rispetto alla previsione (anche solo in astratto) di una pena perpetua². A conferma che nonostante le „lezioni“ di diritto che giungono d'Oltralpe, la Costituzione italiana resta sempre un „passo avanti“ a diversi ordinamenti europei e non solo, anche se spesso solo sulla „carta“, silenziata in nome di „sempreverdi emergenze“³.

Non essendo questa la sede né il momento per affrontare la questione, si può, comunque, accennare come, rispetto alla parte „sfavorevole“ della sentenza *Viola*, soccorre la giurisprudenza costituzionale che offre un efficace rimedio attraverso la dottrina c.d. dei „controlimiti“⁴, per la quale l'ordinamento interno si riserva l'applicazione dei principi affermati da una sentenza emessa

¹ Per l'esegesi di tale fattispecie vedi, E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *dirittopenalecontemporaneo*, § 1.4; e si consenta il rinvio a C. CONTE, *Manuale sulla pena dell'ergastolo*, Il diritto in Europa oggi, Keyeditore, 2017, § 2.8.5 e Capitolo Quinto.

² In tal senso anche, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, in *www.rivistaaic.it*, 2014, p. 4, che parla di portata epistemologica dell'abolizione costituzionale della pena di morte.

³ A. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, Fascicolo 2 | 2015, in *www.Costituzionalismi.it*, p. 38, nota 92, che evidenzia come la Corte con l'arresto n. 306/1993 abbia di fatto accantonato i principi ispirati dalla sentenza n. 313 del 1990, lasciando sopravvivere una disposizione (4-bis O.P.) che caratterizza la pena in senso spiccatamente retributivo, in contrasto con la recuperabilità di ogni condannato ontologicamente intesa dall'art. 27.3 della Costituzione.

⁴ La dottrina c.d. dei „controlimiti“ è stata elaborata dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 236 e 303 del 2011, la stessa mira a tutelare i diritti fondamentali dell'ordinamento nazionale e tra questi primeggiano quelli a tutela della persona.

dalla Corte EDU solo nella parte favorevole e non anche di quella che andasse ad intaccare i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

Tornando, invece, alla constatata violazione dell'art. 3 CEDU, la sentenza *Viola*, rappresenta quell'atteso segno di „diritto alla speranza“ auspicato da buona parte della dottrina⁵ e soprattutto dalle 1250 persone (e famiglie) che si sono “scoperte” condannate all'ergastolo „incomprimibile“ solo dopo 20-30 anni di carcere, il più delle volte, solo in base all'interpretazione peggiorativa dell'art. 4-bis O.P.: altra *quaestio iuris*, ancora ignorata ma da sottolineare. Non è un mistero la genesi dell'„ergastolo giurisprudenziale“ relativo al reato omicidiario non gravato dall'art. 7 DL 152/1991, incluso tra i delitti „ostativi“ per via interpretativa⁶.

2. La sentenza

La Prima Sezione della Corte EDU, nel caso *Viola c. Italia*, sentenza del 13-6-2019, Ric. n. 77633/16, ha condannato l'Italia per la prevista fattispecie penale dell'ergastolo „incomprimibile“ (c.d. „ostativo“) *de iure e de facto*, realizzata attraverso il combinato disposto degli artt. 22 c.p., 4-bis e 58-ter O.P., poiché in contrasto con l'art. 3 CEDU che vieta le pene disumane e degradanti. La Corte ha messo in discussione l'automatismo che determina l'esclusione dai benefici penitenziari in assenza di collaborazione con la giustizia. La stessa ha definito tale automatismo una presunzione assoluta di pericolosità sociale che fissa il condannato al momento del reato e non gli permette di autodeterminarsi in un percorso risocializzante, che resta vanificato, anche se positivo. E, inoltre, non consente al giudice competente di apprezzare l'evoluzione della personalità che il detenuto ha compiuto nel corso degli anni. Anche tenuto conto che la collaborazione con la giustizia non è sempre segno di avvenuta rieducazione, così come l'assenza non significa la continuità di contatti col gruppo criminale, potendoci essere diversi motivi che impediscono la collaborazione, quali una scelta morale od evitare i rischi di rappresaglie per se stessi o i propri familiari. Per la Corte tale sistema rischia di privare i condannati all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 4-bis O.P., di quel valore della «*dignità umana, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione, [e] impedisce di privare una persona della sua libertà in maniera coercitiva senza operare nel contempo per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà* (Vinter, sopra citata, § 113)»⁷, constatando una diretta violazione dell'art. 3 CEDU.

I giudici di Strasburgo precisano che il „diritto alla possibilità“ di una revisione della pena non significa „diritto alla libertà“, poiché laddove sussistano le condizioni di pericolosità sociale del condannato la liberazione condizionale può essere sempre rifiutata.

La Corte, ancorché abbia deciso sulla base di un ricorso individuale, ha rilevato l'esistenza di un „problema strutturale“ e per evitare il proliferare di ulteriori ricorsi, richiede, ai sensi dell'art. 46

⁵ Cfr. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, citato; F. FIORENTIN, *L'ergastolo “ostativo” ancora davanti al giudice di Strasburgo*; A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5896-l-ergastolo-ostativo-ancora-davanti-al-giudice-di-strasburgo>.

⁶ Cfr. C. CONTE, *Manuale sulla pena dell'ergastolo*, cit., Capitolo Quinto, nel quale si descrive l'origine interpretativa dell'„ergastolo giurisprudenziale“, che apre le porte alla “quarta specie” di ergastolo che si aggiunge a quelle dell'ergastolo „ordinario“, „ostativo“ e „di terzo tipo“ descritto da E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, cit., §1.4.

⁷ Corte EDU, caso *Viola c. Italia*, 13-6-2019, Ric. N. 77633/16, § 136, traduzione italiana (a cura di) Ministero della Giustizia, Direzione Generale degli Affari giuridici e legali, traduzione eseguita e rivista da Rita Carnevali, assistente linguistico e dalla dott.ssa Martina Scantamburlo, funzionario linguistico (l'aggiunta in parentesi quadra è di chi scrive).

della Convenzione, un intervento con misure di carattere generale da attuarsi sotto il controllo del Comitato dei Ministri⁸. Pertanto il legislatore sarà “obbligato” a una riforma dell’art. 4-bis O.P.

L’Italia poi è stata condannata al pagamento di 6 mila euro, come risarcimento per le spese legali, mentre la stessa Corte ha ritenuto equo come ristoro morale il solo accoglimento del ricorso, rigettando la richiesta del ricorrente al pagamento di 50 mila euro come risarcimento morale.

Si può già anticipare che ogni effetto della decisione resta sospeso, per i termini previsti per un’eventuale impugnazione, la sua irrevocabilità si perfezionerà, infatti, entro il 13 settembre 2019 in assenza di ricorso del governo alla Grande Camera, che a sua volta potrà dichiarare ammissibile o non ricevibile l’impugnazione.

2.1 Il caso Viola

All’origine della sentenza vi è stato il ricorso di Marcello Viola, condannato alla pena dell’ergastolo (22 c.p.) per delitti omicidiari (110, 575, 575 c.p.) e sequestro di persona (630 c.p.) gravati dall’art. 7 DL 152/1991 (conv. in L. 203/1991), consumati all’interno di una guerra tra due gruppi mafiosi contrapposti; e una pena a dodici anni di reclusione per essere stato ritenuto il capo promotore di un’associazione di cui all’art. 416-bis c.p. Condanne poi cumulate in quella dell’ergastolo con due anni di isolamento diurno.

Durante la detenzione il ricorrente è stato sottoposto al regime *ex art. 41-bis O.P.*, dal 2000 al 2006, revocato per effetto di un’ordinanza, emessa dal Tribunale di sorveglianza di L’Aquila, nella quale si statuiva la non dimostrata presenza di contatti col crimine organizzato e una positiva evoluzione nel percorso rieducativo del condannato.

Successivamente, e anche sulla base della suddetta ordinanza, il ricorrente ha avanzato, per ben due volte, richiesta di permesso premio (30-ter O.P.), e una di liberazione condizionale (176 c.p.), ai giudici competenti, ottenendo sempre una dichiarazione di inammissibilità per assenza della collaborazione con la giustizia (4-bis e 58-ter O.P.) e sua „possibilità” o „esigibilità” (co. 1-bis, 4-bis O.P.).

Contestualmente, il Tribunale di sorveglianza adito (TDS), ha ritenuto non manifestamente fondata la questione di costituzionalità dell’art. 4-bis O.P. proposta dal ricorrente in relazione agli artt. 27, co. 3 e 117, co. 1 Cost. in combinato disposto con l’art. 3 CEDU. Il TDS ha ritenuto compatibile la disposizione contestata con i principi costituzionali e quelli espressi dalla Corte EDU nella sentenza *Vinter e altri c. UK*, poiché la normativa italiana offre una concreta possibilità di liberazione previa collaborazione con la giustizia e la dimostrazione della rottura del legame con l’ambiente mafioso⁹. Il ricorrente riproponeva le sue richieste alla Suprema Corte di Cassazione, evidenziando come la sua impossibilità di collaborare derivasse dalla proclamata innocenza, mentre la sua condanna al ruolo di „capo” non gli consentiva di percorrere le vie alternative della „collaborazione impossibile” o „inesigibile”, risollevando questione di incostituzionalità dell’„autmatismo legislativo” che impediva l’accesso alla liberazione condizionale.

La Corte di Cassazione ha rigettato entrambe le questioni, richiamando il precedente della Corte costituzionale (n. 135/2003) secondo il quale subordinare la concessione della liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia non contrasta con la funzione rieducativa, poiché è lasciata alla libera valutazione del condannato. Riguardo all’innocenza, lamentata dal ricorrente, la Suprema Corte ha richiamato, invece, un altro arresto costituzionale (n. 306/1993), che indicava la

⁸ Ivi, § 140.

⁹ Ivi, §§ 1-27.

possibilità di una revisione del processo. Mentre rispetto alla condizione collaborativa la Corte di Cassazione ha sottolineato il «*carattere assoluto della presunzione di pericolosità sociale, in caso di mancanza della collaborazione con la giustizia*»¹⁰.

2.2 Il diritto e le prassi rilevanti

Nella sentenza della Corte EDU poi, si è esaminato il diritto positivo relativo: *a)* agli artt. 27, co. 3 Cost.; 22, 176 e 416-bis c.p.; 4-bis, 21 e 30-ter O.P.; 2, co. 1 del DL 152/1991 per l'applicazione dell'art. 4-bis O.P. alla liberazione condizionale; *b)* la giurisprudenza della Corte costituzionale, muovendo: *i)* dalla sentenza n. 12/1966, fondante la concezione polifunzionale della pena; *ii)* alla sentenza n. 313/1990, con la quale si afferma l'immanenza del principio rieducativo nella pena da quando nasce alla sua estinzione; *iii)* e poi alla sentenza n. 306/1993 sul 4-bis O.P. nella quale si osserva che il legislatore ha voluto privilegiare aspetti di prevenzione generale e che se la collaborazione è „presunzione“ di „dissociazione“ *«dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale»*¹¹, così come la collaborazione non è segno di avvenuta risocializzazione¹²; due aspetti questi ultimi che, i giudici di Strasburgo, evidenziano nel loro percorso logico-motivazionale della decisione; *iv)* si valuta anche la sentenza n. 273/2001 con la quale si considera, invece, la „non collaborazione“ come indice di persistenza del legame criminale; *v)* e quella di due anni dopo, la sentenza n. 135/2003, che afferma come il *«divieto di cui all'articolo 4 bis non ha carattere di un automatismo legale. Ha considerato che la legge non prevede divieti assoluti e subordina l'accesso alla liberazione condizionale solo alla “collaborazione con la giustizia”, che esprime un atto volontario e libero del detenuto»*¹³. La Corte EDU prende nota di come la Corte costituzionale consideri le „presunzioni assolute“ contrarie al principio di uguaglianza, laddove risultino arbitrarie e irrazionali o se non rispondono alle „massime di esperienza“ del *quod plerumque accidit*, e come ci sia la *«necessità di conferire al giudice il potere di valutare gli elementi del caso concreto»*¹⁴; *vi)* conclude la panoramica con la sentenza costituzionale n. 148/2019 con la quale si riaffermano i principi della progressione trattamentale, della flessibilità della pena e dell'incostituzionalità di quelle previsioni che precludono in modo assoluto l'accesso ai benefici penitenziari per un periodo di tempo assai esteso.

La Corte EDU esamina anche la giurisprudenza di legittimità italiana e in particolare: *i)* l'arresto del 26-11-2012 n. 45978 che, evidenziando le „valvole“ della collaborazione o la sua impossibilità o inesigibilità, escludeva la presenza di rigidi automatismi; *ii)* la sentenza del 24-10-2017 n. 47044 in cui si definiscono le nozioni di collaborazione „impossibile“ o „inesigibile“; *iii)* la sentenza del 7-11-2014 n. 46103 in cui si afferma che lo stato detentivo non determina l'automatica cessazione dell'appartenenza al gruppo criminale, trattandosi di reato permanente.

Infine, la Corte EDU, ha rilevato l'esistenza dell'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione, datata 20-12-2018 n. 4474, che ha sollevato innanzi alla Corte costituzionale il contrasto

¹⁰ Ivi, § 28.

¹¹ Ivi, § 39.

¹² In tal senso vedi anche A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, 5 marzo 2013, in www.penalecontemporaneo.it.

¹³ Corte EDU, caso *Viola c. Italia*, 13-6-2019, § 41.

¹⁴ Ivi, § 42.

determinato dall'art. 4-bis O.P. con gli «*obiettivi di risocializzazione, che non consentono l'applicazione di presunzioni assolute in materia di benefici penitenziari*»¹⁵.

Non sono sfuggiti ai giudici di Strasburgo i „progetti di riforma“ dell'art. 4-bis O.P. da quello previsto con la “Commissione Palazzo” (2013); a quello degli “Stati generali dell'esecuzione penale” (2015); o quelli contenuti nella legge delega n. 103/2017 c.d. “Legge Orlando”, tutti protesi a eliminare gli automatismi derivanti dalle preclusioni che impediscono agli ergastolani di accedere ai benefici penitenziari. Progetti che conducono all'“ammissione” da parte del legislatore della natura di „presunzione assoluta“ dell'art. 4-bis O.P., della quale si dimostra consapevole programmandone la riformulazione.

La rassegna si conclude con la normativa europea e internazionale, relativa alla materia dell'ergastolo, compendiata nelle sentenze *Vinter e altri c. UK*, 2013; *Dickson c. UK*, 2007; *Murray c. Paesi Bassi*, 2016.

2.3 L'ammissibilità del ricorso e le tesi delle parti

La Corte EDU riafferma l'autonomia nella qualificazione giuridica dei fatti e ritiene di esaminare la vicenda solo sotto l'aspetto relativo all'art. 3 CEDU (e non anche 8 CEDU come prospettato dal ricorrente).

Dichiara ammissibile il ricorso, escludendo dai „rimedi interni“, da esaurire, quello della „revisione“ (come proposto dal Governo), trattandosi quest'ultimo di un rimedio „straordinario“. La Corte ritiene, infine, di dover valutare nel „merito“ la vicenda per le importanti questioni di fatto e di diritto che solleva in relazione all'art. 3 CEDU.

Quanto alle parti, il ricorrente lamenta che nell'ordinamento italiano vi siano due tipi di ergastolo, uno „ordinario“ e l'altro „ostativo“, al quale risulta soggetto e che gli impedisce l'accesso alla liberazione condizionale per effetto di una «*presunzione legale inconfutabile di pericolosità*»¹⁶. Presunzione superabile solo con la „collaborazione“ o sua „impossibilità“, ribadendo i motivi che gli precludono tali possibilità e di come restino vanificati i risultati del percorso del suo cambiamento che nessun giudice potrà mai valutare. Richiama la sentenza della Corte EDU *Trabelsi c. Belgio* ricorso n. 140/2010 per le forti similitudini; evidenzia come la prevalente funzione generale preventiva perseguita dalla politica criminale italiana violi la dignità umana, poiché riduce la persona al suo reato; di come lo Stato italiano non attemperebbe all'obbligo di adoperarsi per il reinserimento sociale del condannato, impedendo la sua capacità di autodeterminazione. Rilevano, infine, i giudici di Strasburgo, con riguardo al potere di grazia del Presidente della Repubblica che nessun condannato all'ergastolo „ostativo“ sia mai stato graziato, a dimostrazione che si tratti di un istituto di fatto inoperante.

Il governo, a sua volta, contesta l'equivalenza della collaborazione a presunzione assoluta di pericolosità e di come sia invece indice di rieducazione; che per la gravità dei reati è richiesto un contributo per debellare l'associazione mafiosa e ristabilire la legalità. Richiamano la giurisprudenza costituzionale e di legittimità che ritengono la pena dell'ergastolo comprimibile *de iure* e *de facto* attraverso la collaborazione e le alternative di „collaborazione impossibile“ o „inesigibile“; ovvero per grazia presidenziale o sospensione della pena per motivi di salute. La conferma deriverebbe anche dal trattamento penitenziario perseguito anche per tali condannati.

¹⁵ Ivi, § 48.

¹⁶ Ivi, § 67.

I terzi intervenuti, hanno evidenziato come originariamente l'istituto della collaborazione era volto a premiare chi avesse collaborato. Si richiama quella giurisprudenza costituzionale per la quale una pena non può mai essere contraria al principio della dignità umana; del diritto al silenzio; all'autodeterminazione; che tale meccanismo introduce una presunzione assoluta che non può essere rovesciata dal giudice; che contrasta con i principi di individualizzazione e progressività del trattamento penitenziario. Si evidenzia, inoltre, come i condannati all'ergastolo „incomprimibile“ siano circa 1250 (su 1700 ergastolani totali), obbligati a scegliere tra la propria dignità (e autodeterminazione) e il rischio per la loro vita o quella dei propri familiari. Si sottolinea come la „non collaborazione“ non è motivo penologico legittimo per detenere un condannato e che la procedura viola i parametri convenzionali; si invita, inoltre, la Corte a occuparsi di due questioni: a) delineare le procedure di controllo con le garanzie analoghe a quelle previste in materia di libertà; b) consacrare un vero e proprio diritto al reinserimento sociale, conseguentemente ai principi di „effettività“ e „sussidiarietà“.

2.4 Principi ritenuti applicabili

La Corte EDU ha ritenuto applicabili quei principi ritenuti rilevanti in materia di pene perpetue, di reinserimento sociale e di liberazione condizionale, già esposti negli arresti *Vinter e altri c. UK*, 2012 (§§ 103-122); *Kafkaris c. Cipro*, 2008, e recentemente riassunti nelle sentenze *Murray* (§§ 99-100) e *Hutchinson c. UK*, 2017 (§§ 42-45).

La Corte di Strasburgo, per l'applicazione di tali principi al caso di specie, rileva che il ricorrente lamenta solo la „incomprimibilità“ della pena dell'ergastolo, non la „sproporzione“; che a differenza dei precedenti casi discussi contro l'Italia (Corte EDU, *Garagin c. Italia*, 2008; ID. *Scoppola c. Italia*, 2005) in cui, la Corte EDU, ha sostenuto la compatibilità della pena dell'ergastolo di cui all'art. 22 c.p. con l'art. 3 CEDU, il presente caso rappresenti condizioni di rilascio diverse, per effetto del combinato disposto ex artt. 22 c.p., 4-bis e 58-ter O.P.¹⁷.

Il Collegio, infatti, rileva la presenza di «un trattamento penitenziario differenziato, che ha l'effetto di impedire che siano accordati la liberazione condizionale e l'accesso agli altri benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione»¹⁸, salvo collaborazione con la giustizia o sua impossibilità.

La Corte osserva che il caso in oggetto si distingue anche dal caso *Öcalan c. Turchia* (2) del 18-3-2014¹⁹. In quest'ultimo caso, infatti, si trattava di un automatismo legislativo che escludeva ogni possibilità di ottenere il riesame della pena; nel presente, invece, la legislazione interna non vieta in modo assoluto e con effetto automatico, ma subordina l'accesso alla liberazione condizionale alla

¹⁷ Ivi, §§ 93-95.

¹⁸ Ivi, § 96.

¹⁹ Per le analogie tra il regime turco censurato e l'„ergastolo ostativo“ R. CASIRAGHI – S. ZIURULIA, *Monitoraggio Corte EDU, marzo 2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014; in tal senso anche, S. FUNGARDI, „Fine pena mai“: il c.d. ergastolo ostativo tra diritto interno e giurisprudenza della Corte EDU, tesi di laurea (a. ac. 2013-2014), con E. Dolcini e A. Della Bella (relatore e correlatore), www.ristrettiorizzonti.it, 2015, §§ Capitolo IV e Conclusioni: nella quale si prospetta l'incompatibilità dell'„ergastolo ostativo“ con il principio di umanità elaborato dalla Corte di Strasburgo (3 CEDU) proprio per le strette analogie con il già censurato regime turco; di parere opposto PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, cit., p. 36, nota 76, che evidenzia come la pronuncia della Consulta n. 135/2003 sembrerebbe in linea con la sentenza della CGJ, caso *Vinter v. UK* cit., che in relazione all'art. 3 CEDU, ritiene legittimo mantenere in carcere quei condannati che restano pericolosi (come affermato in *Maiorano v. Italia*), purché, la pena sia *de iure* e *de facto* riducibile; in tal senso si consenta il rinvio a Conte, *Manuale sulla pena dell'ergastolo*, cit., § 4.4.1.2. nel quale si sono evidenziate le differenze dei regimi turco e italiano.

„collaborazione con la giustizia“²⁰, finendo per situare la posizione del condannato tra quella dell’ergastolo „ordinario“, comprimibile *de iure* e *de facto* e quello „ostativo“ incompressibile in violazione dell’art. 3 CEDU²¹.

La Corte pur convenendo con le osservazioni relative alla gravità del fenomeno mafioso espresse dal governo e la scelta del legislatore di privilegiare le finalità di prevenzione generale, di quelle della Corte di Cassazione e dal giudice di condanna, ribadisce che seppur la punizione resta uno degli obiettivi della detenzione, il diritto europeo mette l’accento su quello della risocializzazione e possibilità di autodeterminazione, che deve orientare il legislatore, il giudice di cognizione quello della sorveglianza e dell’amministrazione penitenziaria. Riecheggia così l’arresto della Corte cost. n. 313/1990 sull’immanentismo della funzione rieducativa della pena „da quando nasce a quando si estingue“²².

La Corte di Strasburgo, dunque, comprende che la «*questionne centrale*»²³ sta nel valutare l’equilibrio tra finalità di politica criminalità e funzione risocializzante, che nel caso italiano si informa alla progressione trattamentale²⁴. Muove dal principio affermato della „dignità umana“ che impedisce di privare una persona della libertà senza l’obbligo di fornirle la possibilità di reinserimento; precisando che nella sentenza *Vinter* si è già stabilito che il condannato all’ergastolo ha il diritto di sapere quali sono le condizioni per il suo rilascio fin dal momento della sua condanna. Così come ribadisce il *dovere* delle autorità nazionali a fornire ai condannati all’ergastolo una *possibilità reale* di reinserimento, anche se resta un obbligo nei mezzi non nel risultato. La Corte considera la posizione del governo, secondo la quale la legislazione lascerebbe la possibilità al condannato di essere „l’artefice del suo destino“²⁵, posizione alla quale si contrappone quella del ricorrente, del prospettato rischio per i suoi familiari di essere esposti a rappresaglie, in caso di collaborazione, così come la sua intima convinzione di innocenza. La «*Corte dubita della libertà di tale scelta, così come dell’opportunità di stabilire un’equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato*»²⁶ che finisce per non corrispondere al reale percorso rieducativo del ricorrente.

Osserva, infatti, la Corte, come la collaborazione non sia sempre indice di ravvedimento, così come la mancata collaborazione non sia indice di mantenimento dei legami col gruppo di appartenenza²⁷.

²⁰ Corte EDU, caso *Viola c. Italia*, 13-6-2019, cit., §§ 100-102.

²¹ *Ivi*, § 102.

²² Una censura della funzione general preventiva, da parte della Corte EDU, era stata prospettata da chi scrive proprio in commento alle analogie e differenze tra l’ergastolo turco e quello „ostativo“ italiano in C. CONTE, *Manuale sulla pena dell’ergastolo*, cit., § 4.4.1.2: «non può restare irrilevante la considerazione di come quest’ultima dimensione della pena sfugga alla capacità di autodeterminazione individuale del condannato, appartenendo a fenomeni generali sulla cui reale efficacia da sempre si nutrono dubbi. Pretesa che contrasterebbe con altri fondamentali principi espressi dalla Corte di Strasburgo nelle stesse pronunce, in particolare col rispetto della dignità umana e del reinserimento sociale, ontologicamente riconosciuto a tutti i condannati ed a prescindere dalla gravità dei delitti per cui sono stati condannati».

²³ Corte EDU, caso *Viola c. Italia*, 13-6-2019, § 110.

²⁴ Sulla necessità di una pena perpetua riducibile secondo i parametri della giurisprudenza di Strasburgo, si veda, E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, cit., §§ 5.1. e ss.

²⁵ Corte EDU, caso *Viola c. Italia*, 13-6-2019, §§ 113-114.

²⁶ *Ivi*, § 116.

²⁷ *Ibidem*; per un’esaustiva serie di considerazioni e paradossi sulla collaborazione vedi, D. GALLIANI, *Ponti non muri. In attesa di Strasburgo, qualche riflessione sull’ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Anno LXI Fasc. 3- 2018, Giuffrè, pp. 1173-1175; mentre per un’esegesi sulle presunzioni assolute di pericolosità sociale ex art. 4-bis O.P. vedi, V. MANCA, *La declinazione della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all’attesa della Corte costituzionale*, in *Archivio penale web*, 7, 2019, § 3.1.

La Corte ha osservato che «*considerando la collaborazione con le autorità come l'unica dimostrazione possibile della "dissociazione" del condannato e della sua correzione, non si tiene conto degli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto*»²⁸. In sostanza il meccanismo attuale arresta la personalità del condannato, mentre la Corte ritiene che essa non può restare „congelata“ al momento del reato commesso.

Al di là di ogni incertezza, la Corte di Strasburgo, arriva ad affermare la condizione collaborativa alla stregua di una «*presunzione inconfutabile di pericolosità, che ha l'effetto di privare il ricorrente di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione (si vedano, tra altre, Harakchiev e Tolumov, sopra citata, § 264, e Matiošaitis e altri, sopra citata, § 177). Questi rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo, e rischia altresì di appesantirsi ancora di più con il passare del tempo (Vinter, sopra citata, § 112)*»²⁹.

La Corte EDU riconosce che il ricorrente non è nelle condizioni di dimostrare l'assenza di quelle ragioni penali che giustificano la detenzione, poiché si subordina la sua pericolosità al solo soddisfacimento della condizione collaborativa, che collega, nella realtà, la sua pericolosità sociale al momento del reato, ignorando il percorso rieducativo e progressi (eventuali) intervenuti durante l'espiazione della pena. La «*suddetta presunzione inconfutabile impedisce de facto al giudice competente di esaminare la domanda di liberazione condizionale*»³⁰.

I giudici di Strasburgo, rammentano, che nel caso *Pantano c. Italia*, del 6-11-2003, in materia di durata della custodia cautelare, con riferimento all'art 5 CEDU, si è affermato che la „presunzione sociale di pericolosità“ può giustificarsi solo quando non è assoluta ma confutabile con prova contraria. «*Questa affermazione lo è ancor più sul terreno dell'articolo 3 della Convenzione, dato il carattere assoluto di questa disposizione, che non è soggetta ad alcuna eccezione (si veda, tra molte altre, Trabelsi, sopra citata, § 118)*»³¹.

Alla Corte EDU non sfugge che anche all'interno dell'ordinamento nazionale si assiste a interventi tesi a demolire tali preclusioni, citando l'arresto della Corte cost. n. 149/2018; l'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione relativa all'incostituzionalità dell'art. 4-bis O.P. e i due progetti di riforma, già citati.

La Corte di Strasburgo, infine, ha osservato come gli altri due rimedi, rappresentati dal governo, quello della „grazia presidenziale“ e della „sospensione pena per motivi di salute“ non corrispondano alla nozione di „prospettiva di rilascio“, coniata nella sentenza *Kafkaris c. Cipro* del 2008.

2.5 La decisione

La Corte, come esposto nelle anticipazioni del secondo paragrafo di questo scritto, conclude rimarcando come la dignità umana al centro del sistema di tutele creato dalla Convenzione impedisce di privare la persona della sua libertà, senza al contempo operare e concedergli una concreta possibilità di reinserimento sociale. Ritiene che l'art 4-bis O.P. limiti eccessivamente la prospettiva di rilascio del condannato al c.d. ergastolo „ostativo“ e per tali motivi tale pena perpetua non può essere considerata „*comprimibile*“ ai sensi dell'art. 3 CEDU.

²⁸ Corte EDU, *Viola c. Italia*, 13-6-2019, cit., § 121.

²⁹ Ivi, § 127.

³⁰ Ivi, § 129.

³¹ Ivi, § 131.

La Corte ribadisce che la presunzione assoluta di pericolosità sociale, derivante dall'assenza della collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis O.P., viola l'art. 3 CEDU³².

Per tali motivi, la Corte condanna l'Italia al pagamento di 6 mila euro (a fronte dei 17.600 euro richiesti) per i costi e spese processuali sostenute; riconosce (a fronte dei 50 mila euro richiesti dal ricorrente per danni morali) come equo risarcimento solo l'accoglimento del ricorso. La Corte, ai sensi dell'art. 46 CEDU, evidenzia, infine, la presenza di un problema strutturale e sollecita un intervento di carattere generale, cioè la modificazione dell'art. 4-bis O.P. per renderlo compatibile con l'art. 3 CEDU nell'interpretazione fattane dalla Corte, ed evitare la proliferazione di ulteriori ricorsi.

La sentenza, comunicata per iscritto e in francese il 13-6-2019, ex art. 77, § 2-3 del Regolamento della Corte, contiene anche l'opinione dissenziente di uno dei giudici del collegio che ha adottato la decisione con la maggioranza di 6 giudici su 7³³.

3. Effetti sospensivi e previsioni

Gli effetti della sentenza in epigrafe restano „congelati“ fino al 13 settembre 2019, termine entro il quale la parte soccombente potrebbe impugnare la decisione innanzi alla Grande Camera della Corte di Strasburgo.

Laddove il governo italiano propendesse per il ricorso gli esiti potrebbero essere due: una dichiarazione di inammissibilità, formandosi il „giudicato“ sulla prima decisione; ovvero di ammissibilità, a seguito della quale si avrebbe una nuova decisione che potrebbe confermare la sentenza dei giudici della Prima Sezione, in tal caso, la sentenza della Grande Camera produrrebbe effetti *erga omnes* rispetto a tutti gli Stati contraenti; ovvero la Grande camera potrebbe ribaltare la decisione e, in tal ultimo caso, si avrebbe l'accoglimento delle ragioni prospettate dal governo, con la conseguenza che l'ergastolo „ostativo“ risulterebbe conforme all'art. 3 CEDU.

Sull'orientamento del governo possono farsi solo delle ipotesi. È ragionevole pensare che l'Italia valuterà molto attentamente la possibilità di rinunciare al ricorso per le seguenti considerazioni. La prima discende dalla “consapevolezza giuridica” che in Italia esiste una pena perpetua „incomprimibile“. Una “pena di morte nascosta” com'ebbe a definirla Papa Francesco³⁴. Affermazione che contrasta con lo spirito della nostra Carta fondamentale.

Di tanto ormai ne è consapevole anche il legislatore nazionale che negli anni ha delegato il governo alla rimozione degli automatismi in materia di ergastolo „incomprimibile“, come dimostrano le varie commissioni ministeriali istituite per i progetti di riforma citati.

Ed entrambi, governo e legislatore, sono altresì consapevoli del retroterra giuscostituzionale che si è formato in relazione all'art. 4-bis O.P. La Corte costituzionale, negli anni è dovuta ricorrere a vere e proprie acrobazie per salvare tale norma da una declaratoria d'incostituzionalità. E tanto si è giustificato in nome dell'„emergenza“ (Corte cost. n. 306/1993), che oggi non è più sostenuta pubblicamente neanche dagli operatori che sono in „prima linea“ nella lotta alla criminalità organizzata ed eversiva³⁵. Si potrebbe inoltre immaginare un intervento diretto da parte del giudice

³² Ivi, § 142.

³³ Ivi, §§ 146-152.

³⁴ Papa Francesco, *Discorso alla delegazione dell'associazione internazionale di diritto penale nella Sala dei Papi*, del 23 ottobre 2014.

³⁵ Vedi, *L'inferno della speranza, La strada per uscire dal “fine pena mai”*, 2017, in www.stradebianchilibri.com/millelirepersempre.html: E-book che raccoglie gli atti del Convegno tenutosi nell'istituto penitenziario di Milano-Opera il 16 giugno 2016, nel citato convegno, Roberto Pennisi, uno dei più importanti

della “rieducazione”, senza il passaggio obbligato della Corte costituzionale, con un’interpretazione conforme alla Convenzione e alla giurisprudenza evolutiva di Strasburgo, *in primis*, ricorrendo alla sentenza Viola, in commento.

Allo stesso modo, la „discrezionalità” che la Corte costituzionale riconosce al legislatore sembra destinata a essere ricalibrata entro un perimetro più ragionevole.

Anche su questo versante è doveroso ribadire come la Costituzione e la Corte costituzionale che ne rappresenta l’anima vivente, siano teleologicamente volte a tutelare i diritti della persona proprio dagli atti abnormi dei poteri pubblici (parlamento, governo, giudici), rispetto ai quali il cittadino resta indifeso e schiacciato. Pertanto il richiamo alla „discrezionalità” riconosciuta al legislatore non può rappresentare una „clausola in bianco” per legiferare arbitrariamente, superando i limiti costituzionali, com’è avvenuto con la vicenda “*ex art. 4-bis*”, anche in momenti di grave allarme sociale. A sostegno soccorre il combinato disposto *ex artt.* 13, 27.3, 117 Cost., 3 e 15 CEDU che non ammettono deroghe ai divieti di pene e trattamenti disumani o degradanti nemmeno in caso di pericolo per l’esistenza stessa dello Stato.

L’altra considerazione che potrebbe sconsigliare il governo dall’impugnare la decisione, discende poi, dal precedente caso *Contrada c. Italia* (2) del 2015³⁶. Vicenda in cui è appena il caso di ricordare, il ricorso alla Grande Camera fu dichiarato inammissibile, nonostante la materia fosse ben più complessa, poiché riguardava l’origine „giurisprudenziale” della fattispecie criminosa del reato di „concorso esterno” al reato di associazione mafiosa e sua applicazione retroattiva, in violazione del divieto affermato *ex art.* 7 CEDU. „Precedente”, che potrebbe portare a miti consigli i Rappresentanti del governo italiano.

Probabilmente il comportamento del governo non influirà, comunque, nella decisione della Corte costituzionale italiana, prevista per il 22-10-2019, per la stessa materia di ergastolo „incomprimibile”. Sia perché nel caso di ricorso alla Grande Camera, la stessa non si sarà ancora pronunciata, sia perché la Consulta non può essere influenzata sfavorevolmente dall’eventuale ricorso del governo. Mentre sarà più facile attendersi che la Consulta non ignori la sentenza europea, per quanto provvisoria, poiché rappresenta pur sempre un’importantissima pronuncia che riflette molti di quei principi espressi nelle sentenze costituzionali italiane.

4. Conclusioni

L’aspetto deleterio della vicenda, è che l’Italia pare abbia bisogno di un „amministratore di sostegno” nella tutela dei diritti dei cittadini, considerato che non è la prima condanna subita dal Bel Paese per la violazione dei diritti umani (v., *ex multis* Corte EDU, *Torreggiani c. Italia*).

Su questo fronte le varie giurisdizioni domestiche sembrano, infatti, „paralizzate” dai possibili „attacchi” politico-mediatici che temono di ricevere per un intervento che riaffermi la centralità del

magistrati applicati alla Direzione Nazionale Antimafia, nel suo intervento ha affermato: «cosa volete che vi dica a proposito della costituzionalità o meno, della giustizia o meno, dell’esistenza dell’art. 4 bis dell’Ordinamento penitenziario? Dal punto di vista giuridico non ha nessuna ragione d’essere. Ma vedete cos’è? La questione non è giuridica! Signori professori, vi ho ascoltati, è politica! È una questione politica, la cui responsabilità dovete attribuire alle parti politiche verso le quali avete sempre manifestato la vostra simpatia e il vostro consenso. Perché l’art. 41 bis e l’art. 4 bis sono semplicemente la „foglia di fico” che nasconde le vergogne di una classe politica che, per dissimulare i propri collegamenti con quella criminalità che sconvolge quei territori, oggi tutto il territorio nazionale, per mostrare la sua faccia bella, si scatena con questo tipo di istituti. Questa è la realtà, signori, e allora io mi domando ma che senso ha discutere dal punto di vista giuridico? È una questione politica la cui soluzione si avrà solo quando sarà venuto meno.... Sarà venuta meno quella necessità che fa sì che ci sia la „foglia di fico” per nascondere la vergogna»³⁵.

³⁶ Corte EDU, Quarta Sezione, caso *Contrada v. Italia*, del 14 aprile 2015 (ricorso n. 66655/13).

„diritto“. La stessa Corte costituzionale invece di affondare il “colpo” su una norma palesemente illegittima, l’ha solo „erosa“ nel tempo, con diversi interventi rammentatizi, senza mai trovare il coraggio di espungerla definitivamente dal nostro ordinamento. Una norma che è bene rammentarlo è stata introdotta nel 1991-1992, in un momento di emergenza, determinato dal fenomeno della criminalità organizzata (sequestri di persona, traffico di droga, associazione mafiosa), che nel tempo non solo è stata „normalizzata“, non solo è divenuta una „norma contenitore“³⁷ per le più disparate fattispecie criminali (fino ai *sex offenders*), ma peggiorata anche interpretativamente (incluso il delitto omicidiario non gravato dall’art. 7 DL 152/1991). E così quel „pericolo“ paventato, al momento della sua conversione in legge, per l’indeterminatezza della sua formulazione letterale, è diventato realtà³⁸ col risultato che oltre 1250 persone condannate all’ergastolo (su 1700 totali), dopo decenni di detenzione, hanno „scoperto“ di essere escluse da qualunque beneficio penitenziario, in assenza di una utile collaborazione con la giustizia.

Ma quest’ultimo aspetto, relativo alla „prevedibilità“ al „legittimo affidamento“ generato dall’interpretazione più favorevole dell’art. 4-bis O.P. secondo la quale il delitto omicidiario non era incluso tra quei delitti „ostativi“, è una pagina che ancora attende di essere scritta.

Nel frattempo, ritornando alle aspettative generate dalla Prima Sezione della Corte di Strasburgo sul caso *Viola*, in caso di formazione del „giudicato“, l’Italia, avrà sei mesi per presentare un progetto di riforma „strutturale“ relativo all’art. 4-bis O.P., da sottoporre al Comitato dei Ministri, „preferibilmente legislativo“, ma non esclude altre modalità d’intervento e, dunque, anche giurisdizionali.

Le possibili soluzioni sono già sul campo: da quelle prospettate dalle varie „Commissioni interministeriali“ a quelle proposte dagli „Stati generali per l’esecuzione della pena“, a cui potrebbe attingere il legislatore o governo (con un decreto legge); ovvero sperare in un rinnovato dialogo tra le Alte Corti europea e nazionale³⁹; ovvero un più auspicato e auspicabile intervento caducatorio da parte della Corte costituzionale⁴⁰, che risulterebbe anche più rapido e indolore, e in tal modo garantire i diritti affermati dalla Corte europea, sia per estenderli ai „fratelli minori“ di *Viola*⁴¹.

Resta poi forte e necessaria l’idea di una palingenesi culturale che coinvolga l’opinione pubblica⁴² italiana e la porti a considerare l’ineludibile necessità di un sistema penale volto ad un’effettiva opportunità rieducativa, al reinserimento sociale, alla riparazione comunitaria, confinando

³⁷ Cfr. R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 275.

³⁸ *Atti*, Senato, 531° Seduta del 19 giugno 1991, p. 12: sen. Battello (in sede di discussione per la conversione in legge dell’art. 1 del DL 152/1991) che metteva in guardia dal rischio che tale norma potesse divenire «un contenitore di categorie in relazione alle quali la discrezionalità del giudice, che per altri versi qui si vuole limitare, può diventare prepotente».

³⁹ Cfr. V. MANCA, *La declinazione della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all’attesa della Corte costituzionale*, cit., § 5, per cui si ritiene che le massime d’esperienza utilizzate per sostenere che l’assenza di collaborazione equivale al mantenimento di contatti o solidarietà col crimine organizzato sono smentite da tutti quei condannati per delitti ostativi che ammessi al circuito premiale risultano esenti da recidiva.

⁴⁰ In tal senso, cfr. D. GALLIANI, *Ponti non muri. In attesa di Strasburgo, qualche riflessione sull’ergastolo ostativo*, cit., pp. 1185-1189, che propende per un intervento risolutore della Corte costituzionale adita da chi sa che «fare il giudice significa non dormire la notte, alzarsi sommersi da dubbi».

⁴¹ Cfr. S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 luglio 2019.

⁴² Tra i tanti vedi, cfr. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, cit., § 6.2; M. SALERNO, *Ergastolo ostativo e diritto alla rieducazione. La necessità di una riflessione „fiori“ dal carcere*, in *L’Indice penale*, 2019, § 5.

all'estrema *ratio* la pena detentiva e, in un passato mai troppo lontano, l'inciviltà della pena all'ergastolo.

CLAUDIO CONTE

Parma, 26 luglio 2019