



3/2018

L'ERGASTOLO "OSTATIVO" ANCORA DAVANTI AL GIUDICE DI STRASBURGO

*Brevi note sulle [osservazioni scritte presentate nella causa Viola c. Italia \(n. 77633/16\)](#),
[pendente davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo](#),
[dall'Associazione "L'Altro diritto" onlus](#)*

di Fabio Fiorentin

SOMMARIO: 1. L'"affaire" Viola c. Italia. – 2. Una questione che da tempo busca (invano) alla porta del legislatore italiano. – 3. "Quaerendo invenietis". – 4. Lo scenario europeo. – 5. "Quanto all'alba?".

*La notte, udite, sta per finire, ma il
giorno ancora non è arrivato,
sembra che il tempo nel suo fluire resti
inchiodato...*

*Ma io veglio sempre, perciò insistete,
voi lo potete, ridomandate,
tornate ancora se lo volete, non vi stancate...*
(F. Guccini, "Shomér ma mi-llailah?", 1983)¹

1. L'"affaire" Viola c. Italia.

Il ricorso pendente alla Corte di Strasburgo cui accede l'*amicus curiae* depositato dall'Associazione "L'Altro diritto" onlus, riguarda un detenuto in carcere ininterrottamente dal 1992². Condannato dapprima a 12 anni di reclusione per associazione a delinquere di stampo mafioso, aggravata dalla qualità di promotore e organizzatore, in un secondo processo egli è stato condannato alla pena dell'ergastolo, poiché gli sono stati attribuiti anche reati di omicidio, con il riconoscimento delle

¹ La canzone trae ispirazione da un passo biblico che profetizza la caduta di Babilonia per mano dei Persiani: «Qualcuno chiama da Seir: "Sentinella, quando finisce la notte? Quanto manca all'alba?" La sentinella risponde: "Arriva l'alba, ma presto anche la notte. Se volete fare altre domande, tornate di nuovo"». (Isaia, 21,11).

² Si segnala che, nell'ambito del procedimento *Viola c. Italia*, è stato presentato un altro *amicus* elaborato da D. Galliani e A. Pugiotto e allegato a D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017, pp. 1-56.

aggravanti mafiose. La pena perpetua è divenuta definitiva nel 2004. Viola si è sempre proclamato innocente. Nel 2011 e nel 2013 ha formulato domanda di permesso premio, ottenendo sempre una risposta negativa, mentre ha sempre ottenuto la liberazione anticipata. Nel marzo 2015, Viola chiede la liberazione condizionale al Tribunale di sorveglianza, confermando la professione di innocenza, la quale, a suo giudizio, impedisce la utile collaborazione con la giustizia, chiedendo una pronuncia incidentale di inesigibilità della medesima. Nell'istanza, il detenuto chiede al Tribunale di sorveglianza di sollevare questione di costituzionalità dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. per contrasto con la funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.) e per violazione dell'art. 3 della Convenzione (assunto quale norma interposta *ex art.* 117, comma 1, Cost.). Il Tribunale di sorveglianza dichiara inammissibile e infondata la questione di costituzionalità e respinge l'istanza, ritenendo che la professione di innocenza non abbia rilievo nella fase esecutiva. La Cassazione, adita su ricorso avverso la decisione del Tribunale di sorveglianza, si pronuncia nel 2016 rigettando il ricorso e denegando di sollevare la questione di costituzionalità. A questo punto il Viola si rivolge alla Corte edu, invocando la violazione di quattro articoli della Convenzione: l'art. 3: non aver collaborato con la giustizia ha comportato il mancato riesame della detenzione, tanto è vero che i giudici non hanno mai motivato nel merito il rigetto della condizionale; l'art. 5, § 4: la detenzione non è mai stata considerata «*lawfull*» (legittima) sulla base di una valutazione nel merito; l'art. 6, § 2: il diritto al silenzio è una conseguenza della presunzione di innocenza; l'art. 8: l'obbligo di collaborare con la giustizia viola l'integrità morale della persona e la pone in perenne conflitto con la propria coscienza. La CEDU ha ritenuto «ammissibili» le doglianze in riferimento ai soli artt. 3 e 8, contrariamente a quelle relative agli artt. 5, § 4 e 6, § 2, giudicate inammissibili³.

2. Una questione che da tempo bussava (invano) alla porta del legislatore italiano.

La nostra Carta costituzionale stabilisce, anzi, impone, che “le pene” (dunque, ogni tipologia di pena) abbia lo scopo di rieducare il colui che vi è sottoposto (art. 27, comma 3, Cost.). Ma, se alla piena affermazione di un diritto costituzionalmente sancito alla rieducazione⁴, cioè ad un percorso di risocializzazione che culmina con il reingresso del condannato nella società libera, viene tributato, sul piano dei principi fondamentali, un ossequio formalmente incondizionato, è invece sul piano dell'immanenza che la sua concreta attuazione si scontra con una faglia critica dell'ordinamento penale italiano: l'ergastolo “ostativo”. Si tratta di una tipologia di pena non prevista in origine dal codice penale, bensì nata dal connubio applicativo che salda la disposizione codicistica ove è contemplato l'ergastolo ordinario (art. 22 c.p.) alla norma dell'art.4-bis, comma 1 e 1-bis,

³ Per una illustrazione del caso, si rinvia al saggio di D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., par. 8 e ss.

⁴ Sulle varianti linguistiche utilizzate in dottrina e giurisprudenza per identificare il concetto di “rieducazione”, cfr. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti. Atti del convegno del 19-20 maggio 2016 per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, 2016, 533.

dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975 n.354), introdotta dal decreto-legge 8 giugno 1992, n.306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), con la quale ha assunto un ruolo centrale nell'economia dell'istituto la collaborazione con la giustizia disciplinata nell'art. 58-ter ord. penit.. Per i delitti "ostativi" indicati nella norma penitenziaria, infatti, l'eventuale condanna all'ergastolo non consente, in assenza della collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter, ord. penit., l'accesso ai benefici penitenziari, fatta eccezione per la liberazione anticipata che, tuttavia, non ha alcun effetto pratico su una pena che è condanna perpetua e immutabile, una «pena fino alla morte»⁵.

E pure, fino ad oggi, ogni tentativo di *reductio ad Constitutionem* del controverso istituto si è infranto di fronte alla linea assunta dalla Corte costituzionale, che ha sempre "salvato" la costituzionalità di un tale assetto, affermando che la natura perpetua di quella pena non risiede in un vizio strutturale della stessa, bensì riposa pur sempre su una autonoma scelta del condannato, libera e reversibile, di collaborare (o no) con la giustizia.⁶ Ad avviso del Giudice delle leggi 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 esterni⁷: la collaborazione, dunque, quale indice legale «della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che a sua volta è condizione necessaria, [...], per valutare il venir meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato, a cui la legge subordina [...] l'ammissione alle misure alternative alla detenzione e agli altri benefici previsti dall'ordinamento penitenziario» (Corte cost., sentenza n. 273 del 2001).

Come si è rilevato in dottrina, peraltro, una siffatta presunzione è facilmente confutata dal rilievo che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, ben può aversi 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 collabora⁸. La stessa Consulta ha, del resto, osservato, che la scelta collaborativa «ben

⁵ Così C. MUSUMECI - A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali*, Napoli, 2016, 65; cfr. anche A. PUGIOTTO, *Scheda di lavoro in tema di riforma degli artt. 4-bis e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354*, predisposta nel corso dei lavori del Tavolo XVI degli Stati Generali per la riforma dell'esecuzione penale e dell'ordinamento penitenziario, Roma, 2015.

⁶ Corte cost., 9-24 aprile 2003, n. 135, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁷ Corte cost., 9-24 aprile 2003, n.135, cit. e 5-20 luglio 2001, n.273, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*; A. PACE, *L'art.4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2, 6.

⁸ Cfr. Corte cost., 4 ottobre 2010, n. 291, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo la quale «si deve partire dal costante orientamento di questa Corte, che esclude, nella materia dei benefici penitenziari, rigidi automatismi e richiede invece che vi sia sempre una valutazione individualizzata» (su tale sentenza si veda, volendo, F. FIORENTIN - L. DELLI PRISCOLI, *"Tre colpi e sei fuori": una regola incompatibile con la finalità rieducativa*

può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche», così come «la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica»⁹. Sulla stessa linea si colloca la dottrina che sottolinea il valore meramente indiziario, sul piano dell'emenda del reo, della collaborazione attiva con la giustizia (che potrà, al massimo, comprovare il distacco del soggetto collaborante dal sodalizio criminale di appartenenza) ed osserva come le motivazioni che inducono una persona a intraprendere la strada della collaborazione ovvero quella di non collaborare può dipendere anche da valutazioni di natura etica (quali, a es. il concreto timore per l'incolumità dei propri familiari; il ripudio morale di accusare parenti o soggetti legati da vincoli affettivi; l'impossibilità di rendere dichiarazioni collaborative, in quanto innocente vittima di errore giudiziario, e così via)¹⁰.

La prevalenza assoluta che l'ordinamento assegna, nelle ipotesi riconducibili all'ergastolo "ostativo", alle esigenze di prevenzione generale e di difesa sociale, associabili alla sanzione penale, appare, inoltre, incompatibile con il principio per cui il perseguimento di tali obiettivi non può «autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena»¹¹ che la stessa Consulta ha ribadito in molteplici occasioni¹² ed amputa, altresì, il percorso di esecuzione penale del costituzionalmente necessario vaglio del giudice di sorveglianza sulla effettiva sussistenza della pericolosità sociale del condannato, che

della pena, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 4, 1879; Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265, in www.cortecostituzionale.it, per cui «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit»; Corte cost., 14 aprile 2010, n. 139, in www.cortecostituzionale.it, che afferma: «l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa».

⁹ Corte cost., 8 giugno 1993, n. 306, cit. Con riguardo ad analoghi profili, cfr. Corte EDU, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, § 69: «la Corte ritiene che bisogna tenere conto del fatto che il procedimento a carico del ricorrente riguardava delitti legati alla criminalità di stampo mafioso. Ora, la lotta contro questo flagello può, in certi casi, portare all'adozione di misure che giustificano una deroga alla norma fissata dall'articolo 5 Cedu, che mira a tutelare, prima di tutto, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché a prevenire la commissione di altri reati penali gravi. In questo contesto, una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata, in particolare quando non è assoluta, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria».

¹⁰ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, in *Riv. AIC*, 2014, 3; D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2015: «non hanno speranza alcuna di liberazione anticipata, sempre che non decidano di parlare e mettere un altro dentro, al posto loro». L'Autrice evoca anche la possibilità che la collaborazione sia impossibile perché il condannato è vittima di un errore giudiziario.

¹¹ Corte cost., sent. 26 giugno-2 luglio 1990, n. 313, in www.cortecostituzionale.it. Cfr. in termini A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, cit., 3.

¹² In tal senso, *ex plurimis*, Corte cost., 4 febbraio 1966, n. 12, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui «un trattamento penale ispirato ai criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato»; nonché, nello stesso senso, le più recenti pronunce della Corte cost., 8-11 febbraio 1999, n. 26; 23 ottobre 2006, n. 341, tutte in www.cortecostituzionale.it, e 22 novembre 2013, n. 279, in *questa Rivista*, 19 dicembre 2013, con nota di A. DELLA BELLA, [Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire](#).

costituisce la sede in cui si raggiunge il punto di sintesi tra le esigenze preventive e quelle rieducative nel caso concreto¹³.

La posizione del Giudice costituzionale è stata condivisa anche dalla Cassazione, che ha dichiarato manifestamente infondate le numerose questioni di costituzionalità sollevate in relazione a tale profilo ostativo¹⁴, sulla scorta della dottrina che, al contrario, da tempo rimarca l'intrinseca contraddizione di un meccanismo che fa dipendere l'accesso del condannato al percorso rieducativo non già – come sarebbe naturale – dall'evoluzione della sua personalità e dal concreto impegno dell'interessato nel trattamento rieducativo, bensì da un dato di natura processuale, quale la collaborazione con la giustizia, benché quest'ultima costituisca un dato storico che non presenta alcuna diretta connessione con la finalità rieducativa della pena sancita dalla Carta fondamentale.

Guardato dalla prospettiva costituzionale, l'idea della progressione del condannato nel percorso di rieducazione proporzionato ai risultati conseguiti dal trattamento penitenziario implicito nella norma iscritta nell'art. 27 Cost. è, dunque, negata in radice nel caso degli ergastolani condannati per i particolari delitti "ostativi" e non collaboratori e cede il passo ad un assetto la cui chiave di volta di accesso ad una prospettiva di fine-pena è costituita dalla collaborazione con la giustizia la cui mancanza, abbassando «le saracinesche sul trattamento rieducativo dei condannati»¹⁵, preclude radicalmente la possibilità del reinserimento nella società libera mediante una pena flessibile e modulabile attraverso misure rispondenti alle esigenze rieducative dell'individuo.

L'ultimo tentativo, in ordine di tempo, per riformare l'ergastolo "ostativo" è stato compiuto dagli Stati Generali dell'esecuzione penale. Si legge, infatti, nella Relazione illustrativa all'articolato progetto di riforma dell'esecuzione penale e penitenziaria proposto dal quel laboratorio di idee parole che non ammettono equivoci: «*Non sono ammesse presunzioni legali di irrecuperabilità sociale. Nessuna pena deve rimanere per sempre indifferente all'evoluzione psicologica e comportamentale del soggetto che la subisce. Postulati, questi, che debbono ritenersi impliciti nella funzione rieducativa assegnata alla pena dalla nostra Costituzione: quel dovere di "tendere" alla rieducazione significa che il risultato non deve mai essere né imposto, né certo, ma neppure deve essere mai ritenuto impossibile. In definitiva, va riconosciuto al condannato il diritto alla speranza, che peraltro si traduce sovente in una spinta motivazionale in grado di promuovere positive evoluzioni psico-comportamentali in vista di un proficuo, anticipato rientro nel consorzio civile. Il diritto alla speranza non può essere negato*

¹³ Come è stato efficacemente rilevato, «è, infatti, la "natura" della pena a non rendere costituzionalmente sostenibile la prevalenza predeterminata e rigida di una delle sue funzioni – nel caso di specie la funzione generalpreventiva – sulle altre e, allo stesso tempo, ad imporre che il magistrato abbia sempre la possibilità di compiere un bilanciamento fra di esse, in modo tale che, a seconda delle circostanze del caso concreto, possa dare la prevalenza alla funzione generalpreventiva o a quella rieducativa» (A. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, cit., 16).

¹⁴ V. da ultimo Cass., Sez. 1, 17 luglio 2015, Papalia, in A. PUGIOTTO, *Scheda di lavoro in tema di riforma degli artt. 4-bis e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354*, cit.

¹⁵ ; G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Quest. giust.*, 27 giugno 2015, 1. V. anche G. GIOSTRA (A CURA DI), [Carceri: materiali per la riforma. Working Paper](#), in questa Rivista, 17 giugno 2015.



3/2018

neppure al condannato all'ergastolo, come ha di recente statuito anche la Corte di Strasburgo, incardinandolo sull'art. 3 C.e.d.u.16: il sistema deve sempre prevedere un riesame che permetta «di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione»¹⁷. In conclusione. Dalla nostra Costituzione e dalla normativa sovranazionale è possibile desumere una linea di confine invalicabile dal legislatore e dall'amministrazione penitenziaria nel regolare l'esecuzione penale: niente può mai autorizzare lo Stato a togliere, oltre alla libertà, anche la dignità e la speranza».

Tra le proposte di riforma, spiccava quella elaborata dal Tavolo XVI, che si proponeva, per un verso, il superamento dell'attuale regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione (artt. 4-*bis* ord. penit.), e, per l'altro verso, ridisegnare l'istituto della collaborazione con la giustizia (art. 58-*ter*, ord. penit.), trasformando il giudizio di pericolosità cristallizzato nella previsione della mancata collaborazione con la giustizia da presunzione assoluta di pericolosità in presunzione relativa, come tale superabile, mediante adeguata motivazione, da parte del giudice di sorveglianza, mantenendo ferma la condizione dell'assenza dell'attualità di collegamenti dell'interessato con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Si era, precisamente, suggerito di introdurre – accanto alle attuali ipotesi di collaborazione “impossibile” o “irrilevante”, il cui accertamento consente il superamento delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari – una fattispecie in cui la mancata collaborazione comunque motivata, sia stata tuttavia accompagnata da concrete condotte riparative: ipotesi, beninteso, che non prescinde dalla sussistenza degli altri presupposti richiesti dalla legge per la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative¹⁸. La proposta emersa dai lavori degli Stati Generali eliminava il carattere di rigida preclusione della assenza di collaborazione con la giustizia e la rendeva bilanciabile con altri elementi evidenziati dai percorsi individuali dei detenuti (a es. la dissociazione esplicita, prese di posizione pubbliche, adesione a modelli di legalità, interesse per le vittime dei reati, radicamento del nucleo familiare in diverso contesto territoriale, l'impegno profuso per l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato e, quindi, il concreto interesse dimostrato per attività di risarcimento o, più in generale, riparatorie in favore delle vittime del reato).

Gli Stati Generali avevano, altresì, proposto un intervento sull'art. 4-*bis* ord. penit., volta a circoscriverne l'ambito applicativo ai soli reati associativi di particolare gravità¹⁹, depurando l'attuale dizione normativa del riferimento alle numerose altre

¹⁶ «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamenti inumani o degradanti».

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Chambre, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

¹⁸ V. proposta n. 1 del Tavolo 16. La proposta riprende, a propria volta, quanto proposto dalla Commissione ministeriale “Palazzo” istituita per *Elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale*, che già aveva suggerito di trasformare l'attuale previsione della mancata collaborazione da presunzione *assoluta* di insussistenza dei requisiti per la concessione al detenuto o all'internato dei benefici penitenziari, in presunzione *relativa*, superabile con adeguata motivazione da parte del giudice.

¹⁹ Cfr. ancora la proposta n.1 del Tavolo 16, volta a ripristinare sostanzialmente l'originaria formulazione dell'art. 4-*bis*, ord. penit., mantenendo comunque salvo il vigente regime speciale previsto per i c.d. *sex offenders* trattandosi di una disciplina che non stabilisce alcuna preclusione assoluta, bensì prevede un



3/2018

ipotesi di reato che attualmente precludono l'accesso ai benefici attraverso il richiamo all'evocato art. 4-bis.

Se queste proposte fossero state accolte dal Legislatore, la prospettiva riformatrice avrebbe portato alla neutralizzazione dell'ergastolo "ostativo", riconducendo a coerenza con la Costituzione anche questa tipologia di esecuzione penale²⁰.

La direzione imboccata dalle scelte politiche è stata – come sappiamo – molto distante dalle indicazioni provenienti dagli Stati Generali: la legge-delega 23 giugno 2017, n. 103, infatti, con riferimento alla pena dell'ergastolo, ha posto un criterio di delega che stabilisce (art. 1, comma 85, lett. e), l. 103/2017 cit.): *«eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»*.

Il tenore della direttiva ha imposto alla Commissione legislativa presieduta dal prof. Giostra, incaricata di formulare una proposta di attuazione della c.d. "delega penitenziaria", la scelta obbligata di operare assumendo che la clausola di salvezza ivi indicata fosse da intendersi nel senso che, nei confronti del condannato all'ergastolo, fosse consentita una mera "revisione" degli automatismi e delle preclusioni – sia quelli fondati sul titolo del reato, sia quelli riferiti alle caratteristiche soggettive del condannato – con la sola esclusione delle disposizioni ostative connesse alle condanne per "casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per i delitti di mafia e terrorismo"²¹. Tali limiti restano, comunque, immuni da qualsiasi intervento, anche di sola "revisione", quando si tratti di ergastolani per "casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per i delitti di mafia e terrorismo"²².

Anche la riforma del 2018, in altri termini, lascia fuori dalla porta il tema dell'ergastolo "ostativo".

percorso particolarmente pregnante in relazione alle specifiche esigenze (soprattutto di natura psicologica) che accompagnano il trattamento di tali casi.

²⁰ Prima o poi dovremmo chiarire cosa realmente è l'ergastolo ostativo: una pena sostanziale o un diverso modo di eseguire una pena sostanziale?

²¹ Si legge, nell'Introduzione alla proposta di riforma in materia penitenziaria elaborata dalla Commissione legislativa "Giostra": *«La Commissione è ben consapevole dei limiti del lavoro licenziato e sottoposto agli interlocutori istituzionali. Non si tratta – o almeno non solo – delle criticità eventualmente ascrivibili alla responsabilità di quanti hanno contribuito alla sua realizzazione, o di quelle indotte dagli strettissimi margini temporali imposti e dalla concitata fase di fibrillazione del quadro politico; né delle inevitabili aporie dovute ai limiti tracciati dalla Delega, che ha imposto, in molti casi, scelte obbligate cui non corrispondevano le soluzioni più vicine alle sensibilità maturate in seno alla Commissione e – per inciso – neppure a quelle che avevano connotato inizialmente il disegno di legge delega»*.

²² Cfr. Relazione illustrativa alla proposta di riforma dell'art. 4-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354, contenuta nel Documento finale illustrativo dei lavori della Commissione legislativa "Giostra", in corso di pubblicazione.

3. “*Quaerendo invenietis*”²³.

Calato, almeno per il momento, il sipario sulla prospettiva di una riforma domestica della disciplina che modella l’ergastolo “ostativo”, il dibattito si sposta sulla scena europea, di fronte al Giudice dei Diritti dell’Uomo, che – per la prima volta – è chiamata al vaglio della compatibilità dell’istituto italiano dell’ergastolo ostativo con la Convenzione edu. Il Canone di Bach potrebbe, allora, fare da colonna sonora al tentativo di rilanciare il tema dell’ergastolo “ostativo” di cui si è fatta portavoce l’Associazione “L’Altro diritto” *onlus* che, autorizzata con lettera del 31.08.2017 del Presidente della Sezione (Prima) a presentare osservazioni scritte nella causa *Viola c. Italia* (n. 77633/16) pendente innanzi alla Corte di Strasburgo²⁴, cerca dal giudice europeo quella risposta che fino ad oggi è mancata di fronte ai giudici nazionali.

Il documento prende posizione in rapporto alla questione della compatibilità – costituzionale e convenzionale – del c.d. “ergastolo ostativo riproponendo quelle motivazioni ideali che a Roma non hanno trovato la via necessaria a tradurre in norma quella riforma che già gli Stati Generali avevano disegnato nei tratti essenziali e riflettono il sentimento, radicato in una parte della comunità scientifica e degli operatori del diritto, di contrarietà nei confronti di un istituto che si pone in stridente contraddizione con i principi su cui si fonda l’ordinamento costituzionale e, in ultima analisi, la civiltà giuridica del nostro Paese.

In sintesi, si possono individuare alcuni passaggi fondamentali contenuti nel documento dell’Associazione:

a) La rilevanza del giudizio che esprimerà la CEDU dipende anche dalla circostanza che, in Italia, la pena dell’ergastolo è, di fatto, quasi sempre della tipologia “ostativa”: secondo dati raccolti dal Ministero della Giustizia, Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria, infatti, nel 2016, dei 1678 ergastolani, il 72,5%, ossia 1216, erano ergastolani ostativi. Si configura, pertanto, ad avviso dell’Associazione, una *violazione sistemica* della CEDU che dovrebbe condurre ad imporre all’Italia un mutamento di legislazione in conformità ai parametri normativi di matrice europea;

b) “La giustizia non deve fermarsi alle porte delle carceri” (CEDU, *Enea c. Italia*, sentenza del 17 settembre 2009, n. 74912/01): il potere punitivo incontra un limite assoluto e inderogabile: il rispetto della dignità della persona umana, presidiato anche dall’art. 3 CEDU in termini tali da assicurare alla detta tutela di prevalere su ogni altro interesse o esigenza dello Stato, addirittura anche nei casi in cui sia in gioco l’integrità stessa dell’ordinamento statale. In questa prospettiva, il “diritto alla speranza” di una fine-pena, che la Corte alsaziana ha iscritto tra quelli propri del patrimonio di ogni condannato (CEDU, sent. *Vinter c. Regno Unito*) non può risolversi in un generico

²³ [J. S. Bach: Canon a 2 quaerendo invenietis A, BWV 1079](#): l’annotazione latina apposta dal musicista allo spartito del canone richiama all’imperativo della ricerca.

²⁴ Cfr. D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., 25 e ss.



3/2018

auspicio di liberazione (CEDU, Kafkaris c. Chipre [GC], n. 21906/04, del 12 febbraio 2008) ma deve essere previsto e disciplinato nella sua concreta attuazione nell'ambito di un sistema «che offre al condannato all'ergastolo una prospettiva di liberazione e una possibilità di riesame della pena. Il meccanismo di riesame della pena deve rispondere alle esigenze di legalità e prevedibilità, così da porre il condannato in condizione di sapere quando e a quali condizioni potrà domandare il riesame della pena in vista della propria liberazione (*Vinter c. Regno Unito*, cit.; *Hutchinson c. Royaume-Uni* [GC], n. 57592/08, §42, CEDH 2017)». Secondo l'Associazione, infatti, la semplice affermazione del diritto alla speranza non può garantire la dignità della pena, qualora il sistema non gli offra un percorso disciplinato dalla legge per rendere effettiva la possibilità del reinserimento sociale dei detenuti (*Murray c. Pays-Bas* [GC], n. 10511/1, §§ 102104; *Khoroshenko c. Russie* [GC], n. 41418/04, § 12);

c) Il meccanismo della collaborazione ex art.58-ter ord. penit., risulta irrazionale se inserito nella dinamica delle misure penitenziarie, poiché non configura una valutazione sul percorso di risocializzazione/riabilitazione del detenuto: il giudizio di cui all'art.58-ter ord. penit., è configurato come un giudizio su un fatto normalmente antecedente la condanna, che non coinvolge assolutamente la personalità del detenuto e la sua evoluzione. Da una parte, dunque, un istituto la cui attivazione obbedisce spesso a ragioni di pura convenienza ed è influenzato fortemente dagli sviluppi delle indagini preliminari; dall'altra, un cammino rieducativo-riabilitativo da valutare e parametrare alle possibilità di un corretto reinserimento sociale. L'accertamento ex art.58-ter, ord. penit., inoltre, si configura quale fase prodromica, dal punto di vista logico-giuridico rispetto al giudizio di meritevolezza e di assenza o di minima pericolosità sociale che il giudice di sorveglianza pone alla base della prognosi che schiude alla concessione delle misure penitenziarie. Il fatto che la collaborazione non sia normativamente inserita tra gli elementi alla luce dei quali valutare il percorso riabilitativo/risocializzante del detenuto, bilanciabile con gli altri elementi di valutazione del caso concreto (come era previsto nella proposta degli Stati Generali), determina l'irrazionalità del sistema attuale e lo pone all'esterno del perimetro costituzionale e convenzionale. Del resto, la stessa possibilità di collaborare anche in fase esecutiva potrebbe essere preclusa da fatti del tutto indipendenti dalla volontà del soggetto (pieno successo delle indagini che accertano integralmente i fatti, posizione marginale del soggetto, sua innocenza, etc.) e dunque sarebbe irrazionale e ingiusto che tale situazione gli fosse rimproverata. Infine, è adombrato *incidenter* il contrasto tra il meccanismo della collaborazione con la giustizia e l'art. 6 CEDU sotto il profilo della violazione del principio *nemo tenetur se detegere*.

4. Lo scenario europeo.

La questione è dunque: la vigente disciplina conosciuta sotto il nome di “ergastolo ostativo” può considerarsi compatibile con i principi europei?²⁵

La Corte EDU ha prodotto una copiosa elaborazione in tema di pena perpetua²⁶. Il *leading case* ha riguardato la vicenda di un soggetto condannato all’ergastolo al quale le autorità penitenziarie – applicando una disposizione regolamentare successivamente dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema di Cipro (che prevedeva, nel caso di condanna all’ergastolo, un massimo di detenzione per venti anni) – aveva comunicato la data in cui la detenzione sarebbe terminata. Una nuova legge aveva, successivamente, stabilito che la liberazione anticipata per buona condotta non potesse essere concessa ai condannati all’ergastolo, onde il ricorrente non era stato liberato²⁷. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che, nel caso preso in esame, considerato che la legislazione interna di Cipro prevede anche per i condannati all’ergastolo la liberazione su decisione discrezionale del presidente della repubblica (la grazia) e, preso atto del fatto che tale facoltà presidenziale era stata in passato effettivamente esercitata, il ricorrente non poteva dirsi privato – *de jure* e *de facto* – di ogni possibilità di liberazione, mentre, per altro verso, la prosecuzione, anche per lungo tempo, della detenzione non costituisce, in sé considerata, un trattamento inumano o degradante agli effetti dell’art. 3 della Cedu. Una successiva, fondamentale decisione è quella assunta nel caso *Vinter c. Regno Unito*, in relazione all’istituto del *life imprisonment without parole* dell’ordinamento inglese²⁸, affine all’ “ergastolo ostativo” italiano²⁹. Con tale arresto, la Corte di Strasburgo ha ribadito il principio per cui l'imposizione di una pena perpetua non riducibile si pone in contrasto con l'art. 3 Cedu, qualora si configuri come una «detenzione del criminale al di là della durata giustificata dagli obiettivi legittimi della carcerazione [...]. Il criterio essenziale sembra essere la possibilità di un controllo che permetta di stabilire se la detenzione sia o meno giustificata»³⁰. Il protrarsi della detenzione non appare, dunque,

²⁵ Si riprendono, in questo paragrafo, alcune delle riflessioni svolte in F. FIORENTIN, *L'esecuzione della “giusta pena” tra principi costituzionali e prospettive europee*, in F. Giunchedi (a cura di) *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa University Press, 2018, in corso di pubblicazione.

²⁶ Non per caso, infatti, un giudice della Corte ha scritto che «*The most important penological issue on the European agenda today is life imprisonment*» (P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life Imprisonment and the European Right to Hope*, in *Riv. AIC*, 2, 2015, 1, cit. da D. GALLIANI, *Il problema convenzionale e costituzionale della pena perpetua dopo Hutchinson della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 9, 2017, 969-980.

²⁷ Corte EDU, Grande Camera, 2 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*.

²⁸ Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

²⁹ Affine ma non certo identico: nel sistema britannico, il condannato non può chiedere la liberazione condizionale qualora imprigionato *without parole*; nel nostro ordinamento, invece, il sistema prevede la possibilità di domandare la liberazione condizionale qualora risulti la collaborazione con la giustizia.

³⁰ Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., § 39. Le espressioni utilizzate dai giudici di Strasburgo sembrano ricalcate su quelle scritte dalla Corte costituzionale con la sentenza 27 giugno 1974, n. 204, cit. Nello stesso senso, recentemente, Corte EDU, 15 dicembre 2015, *Gurban c. Turchia*. La Corte ha ritenuto che la preclusione di accedere alla liberazione condizionale prevista dalla legge turca per i condannati all’ergastolo per reati di terrorismo equivalga a un trattamento inumano e degradante, prescrivendo allo Stato condannato di introdurre modifiche legislative così da non prevedere più preclusioni assolute e consentire alle autorità nazionali di valutare se, nel caso concreto, soprattutto in

legittimo quando sia accertato che gli obiettivi della pena, cioè «la repressione, la dissuasione, la correzione e la protezione del pubblico» sono stati raggiunti dalla porzione di detenzione già espiata, così che «deve essere offerta al detenuto una possibilità di dimostrare che egli è degno di reinserirsi nella società»³¹. Nella prospettiva disegnata dalla sentenza *Vinter c. Regno Unito* si rinviene una triplice distinzione, nell'ambito della pena dell'ergastolo: «i. l'ergastolo con possibilità di liberazione dopo un periodo minimo di reclusione, ii. l'ergastolo discrezionale senza possibilità di liberazione condizionale (ossia una pena prevista dalla legge ma la cui imposizione necessita di una decisione giudiziaria), e iii. l'ergastolo obbligatorio senza possibilità di liberazione condizionale (ossia una pena prevista dalla legge per un reato particolare e che non lascia al giudice alcun potere discrezionale per quanto riguarda l'opportunità di pronunciarla)». Solo quest'ultima tipologia di pena contrasterebbe – secondo la giurisprudenza *Vinter* – con l'art. 3 Cedu, poiché in tale ipotesi il condannato è privo di una realistica prospettiva di liberazione dal carcere (è «inumana», in altri termini, la pena che sia strutturata con caratteristiche tali da togliere «il diritto alla speranza»³²) e perché manca una verifica periodica sulla eventuale «sproporzione» della (protrazione della) stessa in relazione alle (eventualmente) raggiunte finalità di sanzione ed emenda del reo³³. In altri termini: è irrazionale, secondo il canone *id quod plerumque accidit*, una presunzione di pericolosità soggettiva assoluta e immodificabile nel tempo.

La giurisprudenza *Vinter* è stata riaffermata e, in parte, ulteriormente sviluppata dalla CEDU in molti importanti arresti, due dei quali assumono particolare importanza ai fini di questa riflessione. Con il primo, Strasburgo ha affermato che l'ergastolo non contrasta di per sé con l'art. 3 della Convenzione, salvo che tale sanzione sia manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del reato. Nel corso dell'esecuzione della pena perpetua è, inoltre, necessario che la legislazione degli Stati membri assicuri

presenza di progressi del condannato verso la risocializzazione, sia opportuna in sede esecutiva una modifica del trattamento sanzionatorio adottato.

³¹ Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., § 54.

³² Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013 *Vinter c. Regno Unito*, cit., opinione concordante (concorrente) del giudice Power-Forde: «È questo il punto. La sentenza riconosce, implicitamente, che la speranza è un aspetto importante e costitutivo della persona umana. Gli autori degli atti più odiosi ed estremi che infliggono ad altri sofferenze indescrivibili conservano comunque la loro umanità fondamentale e hanno la capacità intrinseca di cambiare. Per quanto lunghe e meritate siano le pene detentive inflitte loro, essi conservano la speranza che, un giorno, potranno riscattarsi per gli errori commessi. Non dovrebbero essere interamente privati di una tale speranza. Impedire loro di nutrire tale speranza significherebbe negare un aspetto fondamentale della loro umanità e, pertanto, sarebbe degradante». Su questo profilo si sofferma anche A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., che vi ravvisa un rilevante profilo di incostituzionalità dell'istituto in analisi.

³³ Cfr. Corte EDU, *Kafkaris c. Cipro*, cit., § 98, richiamato dall'arresto *Vinter c. Regno Unito*, cit., § 109. Cfr. anche la medesima sentenza *Vinter*, al §112: «Inoltre, una persona condannata all'ergastolo senza alcuna prospettiva di liberazione né possibilità di far riesaminare la sua pena perpetua rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, per quanto eccezionali possano essere i suoi progressi per correggersi, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo. La punizione, del resto, rischia di appesantirsi ancora di più con il passare del tempo: quanto più vive il detenuto, tanto più lunga sarà la sua pena. In tal modo, anche quando l'ergastolo è una punizione meritata alla data in cui viene inflitta, col passare del tempo esso non garantisce più una sanzione giusta e proporzionata».

«both a prospect of release and a possibility of review»: un meccanismo, cioè, che possa consentire la liberazione del condannato a vita quando non vi siano più legittime ragioni penologiche che giustifichino la perdurante detenzione, secondo condizioni e procedure che devono essere stabilite e chiare al condannato *ex ante* (proprio per consentire il “diritto alla speranza” già affermato in *Vinter*). Tale meccanismo dovrebbe prevedere un primo esame non oltre i venticinque anni dall’inizio dell’esecuzione della pena, per consentire la riducibilità *de facto* della pena perpetua (consentire, cioè, un riesame al fine di verificare se, sotto il profilo della rieducazione, debba ritenersi ancora necessaria la protrazione dell’esecuzione della pena, altrimenti non più giustificata sul piano della mera soddisfazione delle esigenze retributive)³⁴.

Con una seconda pronuncia, la Cedu afferma la violazione dell’art. 3 della Convenzione europea nel caso di un soggetto, affetto da problemi di salute mentale, le cui richieste di essere allocato in uno stabilimento specializzato nel trattamento di soggetti psichiatrici (dove avrebbe potuto fruire di programmi riabilitativi che avrebbero potuto fondare una revisione della pena), era stato rifiutato dalle autorità, così privando *de facto* il detenuto di ogni speranza di ottenere una liberazione condizionale³⁵.

Benché, con qualche incertezza³⁶, il giudice alsaziano ha successivamente seguito e sviluppato consolidato la giurisprudenza *Vinter*, consolidandosi su alcuni punti essenziali: a) ogni condannato, per quanto grave sia stato il crimine connesso, conserva la propria umanità e con essa la potenzialità di un cambiamento e per tale ragione non può essere privato – se non violando l’art. 3 della Convenzione – del diritto alla speranza che un giorno, compiuta una emenda dai propri crimini, il suo stato possa cambiare così da ottenere una commutazione della sentenza; b) è necessario che ogni detenuto sia portato a conoscenza dei passi da compiere e delle condizioni per poter aspirare alla liberazione; c) il meccanismo giuridico che prevede la liberazione condizionale dell’ergastolano deve essere strutturato in modo tale da consentire al condannato un’adeguata interlocuzione con l’autorità nell’ambito di un procedimento assistito da idonee garanzie che evitino ogni apparenza di arbitrio nella decisione, che deve poter essere sottoposta al controllo giudiziale; d) la possibilità di liberazione condizionale deve essere possibile *de iure* e *de facto* ed essere strutturata nei termini di periodici riesami della situazione del detenuto, quantomeno decorsi venticinque anni di pena espiata³⁷.

³⁴ Corte EDU, 4 ottobre 2016, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, in *questa Rivista*, 28 novembre 2016, con nota di P. Bernardoni, [Ancora in tema di ergastolo e art. 3 CEDU: la Corte di Strasburgo pone un limite al margine di apprezzamento degli Stati?](#)

³⁵ Corte EDU, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*. Cfr. in tema D. GALLIANI, *Murray c. Paesi Bassi: progressi in materia di pena perpetua*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2016, 603 ss.

³⁶ Si allude alla sentenza *Hutchinson v. Regno Unito*, pronunciata dalla Corte EDU, Grande Camera, il 17 gennaio 2017, ove la Corte medesima ha ritenuto non necessario che l’ordinamento nazionale specifichi i criteri ai quali l’autorità nazionale deve ispirarsi nel procedere alla decisione circa la eventuale liberazione anticipata dell’ergastolano. Il sistema considerato dalla Corte – quello inglese – prevede la possibilità che il Ministro conceda la liberazione anticipata del condannato a pena perpetua senza possibilità di *early release* qualora ricorrano “*exceptional circumstances*”, decidendo sulla base di “*compassionate grounds*” che dovranno essere valutati “*on a case by case basis*” ed è soggetta a *judicial review*.

³⁷ Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matiošaitis and Others v. Lithuania*.

Il quadro che va prendendo forma – pur con le segnalate sfrangiature – nell’ambito della giurisprudenza europea così come nelle fonti di *soft law* cui, sempre più spesso, essa attinge³⁸ offre utili spunti di riflessione sulla questione dell’“ergastolo ostativo” italiano, che si iscrive nel paradigma della “pena perpetua non riducibile”: per essa, infatti, non è previsto né un periodico riesame da parte dell’autorità giudiziaria o amministrativa³⁹; né una prospettiva *de facto* (cioè realistica) di accedere alla liberazione condizionale in assenza di collaborazione con la giustizia.

Sotto quest’ultimo aspetto va, invero, ribadito che la possibilità di superamento della non riducibilità della pena perpetua, rappresentato dalla possibilità per il condannato di collaborare con la giustizia prevista dall’art. 58-ter della medesima legge, deriva da una presunzione legale di immeritevolezza e pericolosità addossata dal legislatore al non collaborante, che contrasta non solo con la ragionevolezza (ed anzi integra un profilo di intrinseca irrazionalità come si è dianzi rilevato) ma anche con la lettura che dell’art. 3 Cedu dà la Corte di Strasburgo, che non perde occasione per ricordare il dovere degli Stati di garantire il «diritto ad una speranza» a tutti i detenuti, anche coloro che si sono macchiati dei più terribili crimini, senza possibilità di alcuna distinzione sotto il profilo dei delitti commessi⁴⁰: lo stesso ideale che sembra, polifonico, riecheggiare nelle parole pronunciate dal Papa Francesco, incontrando 400 detenute del carcere femminile di Santiago del Cile il 16 gennaio 2018: “Ogni pena deve avere un

³⁸ Si indicano, senza pretese di esaustività, la Risoluzione 76(2) del 17 febbraio 1976 del Comitato dei Ministri del Consiglio europeo, riguardante i detenuti che scontano pene di lunga durata («pene lunghe»); l’art. 77 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale (CPI), il quale prevede la pena dell’ergastolo se l’estrema gravità del crimine e la situazione personale del condannato lo giustificano. L’articolo 110 § 3 del medesimo Statuto dispone che, quando una persona ha scontato venticinque anni di reclusione nel caso di una condanna a vita, la CPI riesamina la pena per stabilire se sia opportuno ridurla; la Raccomandazione (2003)23 del Comitato dei Ministri del Consiglio europeo, adottata il 9 ottobre 2003 in tema di misure per attenuare gli effetti negativi che la detenzione di lunga durata e l’ergastolo possono generare e favorire la transizione del condannato a tali pene da un regime detentivo a forme alternative di esecuzione fino alla liberazione condizionale; la Raccomandazione (2003)22, riguardante la liberazione condizionale, adottata dal Comitato dei Ministri il 24 settembre 2003; il Rapporto del CPT (2007) 55, pubblicato il 27 giugno 2007, intitolato «Condanne all’ergastolo reale/effettivo», che prende in esame i diversi testi del Consiglio d’Europa sulle pene perpetue, fra cui le già richiamate Raccomandazioni (2003)22 e (2003)23.

³⁹ L’istituto italiano dell’ “ergastolo ostativo” non consente, inoltre, quel periodico esame giudiziale sulle effettive esigenze penologiche del mantenimento della pena perpetua che emerge invece nella giurisprudenza della Corte EDU come uno degli elementi essenziali del meccanismo di gestione *in executivis* delle pene perpetue attraverso una verifica giudiziale, all’esito della quale sia accertato se «*le maintien en détention du requérant se justifiera toujours après un délai minimum de détention, soit parce que les impératifs de répression et de dissuasion ne seront pas encore entièrement satisfaits, soit parce que le maintien en détention de l’intéressé sera justifié par des raisons de dangerosité*». Corte EDU, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia*, cit., § 206. Il passaggio è ribadito da Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matiošaitis and Others v. Lithuania*, cit., §180.

⁴⁰ «*The Court [...] equally considers that even those who commit the most abhorrent and egregious of acts, nevertheless retain their essential humanity and carry within themselves the capacity to change. Long and deserved though their prison sentences may be, they retain the right to hope that, some day, they may have atoned for the wrongs which they have committed. They ought not to be deprived entirely of such hope. To deny them the experience of hope would be to deny a fundamental aspect of their humanity and to do that would be degrading*» (Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matiošaitis and Others v. Lithuania*, cit., §180. In termini analoghi, Corte EDU, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia*, cit., § 205).

orizzonte, l'orizzonte del reinserimento, devo prepararmi per il reinserimento, questo dovete esigerlo da voi stesse e dalla società".

5. "Quanto all'alba?".

Gli argomenti portati dalla elaborazione dottrinale sull'ergastolo "ostativo" e compendiate nella memoria illustrativa dell'Associazione "L'Altro diritto" *onlus* sono dotati della robustezza necessaria per impegnare la Corte di Strasburgo in una riflessione importante sul controverso istituto italiano. Un segnale dell'attenzione dei giudici europei per la questione sottoposta al loro vaglio è certamente la sollecitudine con cui la I Sezione della CEDU, a soli cinque mesi dalla presentazione del ricorso *Viola c. Italia*, ha comunicato il caso al Governo, formulando alle parti quattro quesiti sulla natura dell'istituto dubitato di incompatibilità convenzionale⁴¹.

Dall'altra parte, sarebbe ingenuo non considerare che l'oggetto del ricorso involge evidenti e delicati profili afferenti a scelte di politica criminale che – occorre ricordare – hanno fino ad oggi ottenuto l'avallo delle giurisdizioni di vertice del nostro Paese. È, questo, uno dei motivi che – unitamente alla assoluta peculiarità della materia (l'istituto dell'ergastolo "ostativo" come strutturato nell'ordinamento italiano rappresenta un *unicum* nel panorama giuridico europeo) – potrebbe indurre la I Sezione a devolvere la questione alla Grande Camera⁴².

E qui le cose potrebbero complicarsi: la Corte, non potendo operare in termini comparativi (nessun altro ordinamento europeo annovera – come si è accennato – un istituto esattamente sovrapponibile all'ergastolo "ostativo"⁴³), dovrebbe ricorrere all'elaborazione di criteri generali cui orientare il vaglio. E non è detto che uno di questi non possa – recuperando la giurisprudenza *Kafkaris* – essere quello con il quale la nostra Corte costituzionale ha già disatteso i dubbi di costituzionalità affacciati nei confronti dell'istituto: dal momento che già è successo che l'ostatività assoluta alla concessione dei benefici penitenziari è stata superata, anche nella fase esecutiva, mediante l'accertamento di cui all'art. 58-ter, ord. penit., ergo l'ergastolo "ostativo" italiano non contrasta con l'art. 3 CEDU⁴⁴.

Da *Vinter*, inoltre, potrebbe trarsi il convincimento per cui l'ergastolo "ostativo" italiano rispetta l'art. 3 CEDU in quanto il condannato è perfettamente posto in grado di conoscere – fin dall'inizio della propria condanna – quali siano le condizioni per rendere *riducibile* la pena perpetua (appunto: collaborare con la giustizia).

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,

⁴¹ Lo fanno osservare D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., 25.

⁴² Questa è l'opinione di D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove:...*, cit., 27-28.

⁴³ Cfr. nota 28.

⁴⁴ Non sono, peraltro, disponibili i dati su quanti condannati per reati "ostativi" hanno potuto accedere, *in executivis*, ai benefici penitenziari grazie all'accertata collaborazione con la giustizia.



3/2018

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 persona⁴⁵, significa subordinare l'interversione della condanna perpetua ad un elemento totalmente 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.

Altrettanto difficilmente giustificabile appare il fatto che la collaborazione con la giustizia – un fatto storico che nulla ha a che vedere con la successiva evoluzione della personalità né, a maggior ragione, con l'emenda del reo – impedisca al giudice ogni valutazione sulla effettiva, concreta e attuale pericolosità del condannato nella prospettiva della sua (progressiva) liberazione. In altri termini: la verifica che *Vinter* impone sul condannato ai fini della riducibilità dell'ergastolo non potrebbe concretamente avvenire con riguardo all'ergastolo "ostativo" italiano.

Non siamo in grado di formulare una prognosi su quale direttrice si indirizzerà la decisione dei giudici di Strasburgo. Siamo però consapevoli del fatto che il nostro Paese avrebbe offerto – senza alcun dubbio – una migliore immagine di sé sul piano della civiltà giuridica, se avesse approfittato della finestra di opportunità apertasi con l'indizione degli Stati generali dell'esecuzione penale nel 2015 per discutere e approvare una riforma dell'ergastolo "ostativo" in linea con i principi già espressi dalla Corte edu e con le stesse, precise indicazioni già fornite dai Tavoli tematici di quella assise. Ora, invece, deleghiamo ad un'autorità sovranazionale la risoluzione dei problemi che noi stessi non abbiamo voluto o potuto risolvere. Il che, come l'esperienza insegna, non è mai la soluzione preferibile.

⁴⁵ Ipotesi, vale la pena di osservare, affini a quella di chi non è più in grado di operare alcuna scelta collaborativa, che rientra nelle ipotesi di collaborazione impossibile/inesigibile che secondo la disposizione del comma 1-bis, art. 4-bis ord. penit., rimuovono la preclusione assoluta alla concessione dei benefici penitenziari.