

AMICUS CURIAE

Ricorso n. 77633/16 – Viola v. Italy *- Prima Sezione -*

Davide Galliani, Professore di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Milano e *Andrea Pugiotto*, Professore di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Ferrara, e *Gaetano Silvestri*, Professore Emerito di Diritto costituzionale e già Presidente della Corte costituzionale, *Giovanni Maria Flick*, Professore Emerito di Diritto penale e già Presidente della Corte costituzionale, *Paola Bilancia*, Professore di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano, *Adolfo Ceretti*, Professore di Criminologia, Università degli Studi di Milano-Bicocca, *Carlo Fiorio*, Professore di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Perugia, *Glauco Giostra*, Professore di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Roma “La Sapienza” e già Presidente della Commissione mista per i problemi della magistratura di sorveglianza promossa dal Consiglio Superiore della Magistratura, *Vittorio Manes*, Professore di Diritto penale, Università degli Studi di Bologna, *Francesco Palazzo*, Professore di Diritto penale, Università degli Studi di Firenze e già Presidente della Commissione sulla riforma delle sanzioni penali promossa dal Ministro della Giustizia, *Marco Ruotolo*, Professore di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Roma Tre, *Emilio Santoro*, Professore di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Firenze, *Francesco Viganò*, Professore di Diritto Penale, Università Bocconi, Milano, *Stefano Anastasia*, Garante regionale dei diritti dei detenuti (Lazio e Umbria), *Franco Corleone*, Garante regionale dei diritti dei detenuti (Toscana) e Coordinatore nazionale dei Garanti locali dei diritti dei detenuti, *Sergio D’Elia*, Segretario di Nessuno Tocchi Caino, *Patrizio Gonnella*, Presidente di Antigone, *Luigi Manconi*, Presidente della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica, *Antonio Marchesi*, Presidente di Amnesty International – sezione italiana e *Mauro Palma*, Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale e già Presidente del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti.

15 settembre 2017 – **VERSIONE IN ITALIANO**

§ 1. La Corte europea dei diritti dell’uomo (la Corte) è chiamata ad affrontare, *per la prima volta dalla sua istituzione*, il problema della compatibilità convenzionale dell’ergastolo ostativo (E.O.) previsto

nell'ordinamento italiano. Non esprimiamo alcuna valutazione sull'opportunità di *relinquishment* alla Grande Camera. Tuttavia, la novità della questione e le *serious questions* di interpretazione della Convenzione meritano di essere tenute in considerazione ai fini dell'art. 30.

§ 2. Nel merito dell'E.O. vale la pena sottolineare subito un aspetto. Da *Vinter e Altri v. Regno Unito* (G.C., 9.7.2013) a oggi, la Corte, in *tutti* i numerosi casi nei quali è stata affrontata la questione dell'ergastolo, ha *sempre* inquadrato il problema a partire dall'art. 3 della Convenzione. Con le diversità dei casi di specie: in nove casi la Corte ha dichiarato la violazione, in due la non violazione¹. Le decisioni di violazione sono state pressoché tutte *unanimità*².

Diviene fondamentale rilevare, a questo proposito, che è proprio dall'art. 3 che la Corte ha fatto derivare la *dignità umana*. Pur non trovando esplicita previsione nella Convenzione, sin da *Tyrer v. Regno Unito* (25.4.1978) è stata riconosciuta come fondamento e principio guida dell'intero sistema convenzionale di protezione dei diritti umani.

In modo coerente, la Corte, basandosi questa volta anche sull'espressa previsione di cui all'art. 15, ha evidenziato che il divieto di violare la dignità umana non può essere oggetto di *alcuna* deroga. La dignità umana deve essere quindi garantita anche “*in time of war*” e indipendentemente da “*other public emergency threatening the life of a nation*”. Ed è sempre la Corte ad aver sostenuto che il divieto di violare la dignità umana, discendente dall'art. 3, non può incontrare *alcuna* deroga nemmeno in relazione al tipo di reato commesso.

Vi è di più. La Corte, proprio in *Tyrer*, sicuramente un *landmark case* nella sua sessantennale giurisprudenza, ha espresso altri due concetti e principi di straordinaria rilevanza, mai più messi in discussione³, peraltro (§ 21) respingendo *all'unanimità* la richiesta della parte resistente di *strike out* il ricorso, in quanto si era alla presenza di questioni di carattere generale riguardanti l'interpretazione della Convenzione⁴.

Da un lato, la Corte (§ 31) ha discusso della Convenzione come di un “*living instrument*”, la cui interpretazione deve confrontarsi con l'evoluzione statale e più in generale europea, entrambe oramai senza alcun dubbio rivolte a fare della protezione dei diritti umani in generale e della dignità umana in particolare un vero e proprio obbiettivo primario e irrinunciabile. Dall'altro lato, la Corte (§ 32) ha sottolineato che, per considerare una pena o un trattamento degradanti, “*it may well suffice that the victim is humiliated in his own eyes, even if not in the eyes of others*”. Questo poiché, secondo le parole della Corte (§ 33), il principale scopo dell'articolo 3 è proteggere “*a person's dignity and physical integrity*”.

Di conseguenza, un trattamento e una pena non possono mai essere in violazione della dignità umana “whatever their deterrent effect may be” (sempre Tyrer, § 31) ed è quindi solo considerando gli effetti dal punto di vista della persona che si deve valutare l'esistenza o meno di un trattamento e di una pena inumani e degradanti.

§ 3. Questo aspetto è importante per inquadrare la problematica dell'E.O., poiché si tratta di un *genus* di pena che viola in questo caso in modo particolarmente evidente la **libertà morale della persona**,

¹ Dopo *Vinter e Altri v. Regno Unito*, G.C., 9 luglio 2013, nel senso della violazione: 1) *Ocalan v. Turchia n. 2*, II Sez., 18.3.2014, def. 13.10.2014; 2) *Laszlo Magyar v. Ungheria*, II Sez., 20.5.2014, def. 13.10.2014; 3) *Harachiev e Tolumov v. Bulgaria*, IV Sez., 8.7.2014, def. 8.10.2014; 4) *Trabelsi v. Belgio*, V Sez., 4.9.2014, def. 16.2.2015; 5) *Kaytan v. Turchia*, II Sez., 15.9.2015, def. 15.12.2015; 6) *Murray v. Paesi Bassi*, G.C., 26.4.2016; 7) *T.P. e A.T. v. Ungheria*, IV Sez., 4.10.2016, def. 6.3.2017; 8) *Matosaitis e Altri v. Lituania*, II Sez., 23.5.2017. Per la non violazione: *Bodein v. Francia*, V Sez., 13.11.2014, def. 13.2.2015 e *Hutchinson v. Regno Unito*, G.C., 17.1.2017. In *Čačko v. Slovacchia*, III Sez., 22.7.2014, def. 15.12.2014, la Corte non ha proceduto all'esame della doglianza rispetto all'art. 3. Sottolineiamo che in *Khamtokhu e Aksenchik v. Russia*, G.C., 24.1.2017, la questione riguardava unicamente l'art. 14. In *Harkins v. Regno Unito*, G.C., 10 luglio 2017, a maggioranza la Corte ha dichiarato inammissibile la doglianza rispetto all'art. 3.

² Tutti i casi di violazione sopra riportati in nota 1 sono stati decisi all'unanimità, compreso *Murray v. Paesi Bassi* di G.C., tranne *T.P. e A.T. v. Ungheria*, adottato 6 vs 1 e *Vinter v. Regno Unito* di G.C., adottato 16 vs 1. Per quanto riguarda *Hutchinson*, la decisione di non violazione della IV Sez., 3.2.2015 è stata presa 6 vs 1, mentre quella di G.C. 14 voti vs 3. Invece, *Bodein* è stato deciso all'unanimità (su *Hutchinson* torneremo, mentre, a proposito di *Bodein*, vale la pena evidenziare che in Francia la possibilità di domandare la condizionale era “unicamente” soggetta a limiti di natura temporale).

³ L'importanza di *Tyrer* è unanimemente riconosciuta, tanto da essere frequentemente richiamato nella giurisprudenza della Corte, anche in tempi molto recenti (si veda *Bouyid v. Belgio*, G.C., 28.9.2015, § 87).

⁴ Il ricorrente aveva deciso di ritirare il ricorso e già l'allora Commissione decise di non accettare la conseguente richiesta di *strike out*. Decisione come detto confermata dalla Corte, questa volta in riferimento alla richiesta del Governo.

espressione di quella dignità propria di ogni singolo essere umano, che, in quanto tale, *mai* può acquistarsi per meriti e perdersi per demeriti⁵.

La libertà morale è di ogni individuo per la sola ragione di appartenere al genere umano; di conseguenza non può essere oggetto di alcuna violazione, restrizione, eliminazione.

La scelta di collaborare utilmente con la giustizia – *unica* possibilità prevista nel regime dell'E.O. per potere accedere a *tutte* le misure alternative alla detenzione (permesso premio, semilibertà, liberazione condizionale), nonché ad altri strumenti utili alla risocializzazione (ad es., il lavoro all'esterno) – può essere “premiata” attribuendo vantaggi. Ciò che invece appare in netto contrasto *innanzitutto* con l'art. 3 è la scelta legislativa di “sanzionare” la condotta non collaborante con la giustizia⁶. Così facendo si punisce il soggetto per l'esercizio di un diritto espressione della propria libertà morale: il **diritto al silenzio**, riconosciuto sia nella giurisprudenza della Corte sia nella normativa dell'Unione Europea (si veda la Direttiva UE 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27.1.2016)⁷.

La scelta del silenzio da parte del reo corrisponde all'esercizio di un diritto umano, che proprio perché tale non può essere oggetto di gradazione o addirittura eliminazione, dovendosi ritenerlo *sempre* garantito, tanto in fase processuale, prima della eventuale sentenza di condanna, quanto nella successiva fase esecutiva. Al contrario, per la legge italiana, la scelta del silenzio comporta per il condannato all'E.O. conseguenze gravemente pregiudizievoli, quale l'esclusione *permanente* da *tutti* i benefici penitenziari e, quindi, un regime detentivo *esclusivamente* intramurario.

Il diritto al silenzio, proiezione della libertà morale e quindi riconducibile alla dignità umana, non può prima esistere e dopo scomparire. Se una persona ha diritto al silenzio durante il processo, egli deve mantenerlo a maggior ragione in seguito, nel momento in cui la sua libertà personale è ristretta in un penitenziario, ipotesi che comporta inevitabilmente un livello (che dovrebbe essere minimo) di sofferenza.

§ 4. Confrontato con l'art. 3, l'E.O. solleva un triplice problema:

1) non è **degradante** *costringere* delle persone – a pena di concludere i propri giorni di vita in un carcere, senza alcuna altra possibilità – a scelte che possono mettere a repentaglio la vita e l'incolumità propria, dei familiari, dei conoscenti o di qualsiasi altra inconsapevole persona?

2) non è **inumano** strumentalizzare il reo per il raggiungimento di fini pur meritevoli di protezione, dal momento che il rispetto della dignità umana impedisce di degradare l'uomo da fine a mezzo?

3) non è **inumano e degradante** l'assioma a fondamento dell'E.O., vale a dire l'*automatismo legislativo* in base al quale la persona non collaborante è socialmente pericolosa e quindi non meritevole di alcuna misura alternativa alla detenzione, a *nulla* rilevando ogni altra valutazione riguardante il come è trascorso il tempo in carcere e i progressi trattamentali attestati dalle relazioni delle autorità penitenziarie?

§ 4.1. E' opportuno, per valutare la problematicità dell'E.O., approfondirne le vicende ordinamentali, caratterizzate da prese di posizione della Corte costituzionale e da ripetuti interventi normativi, del Governo e del Parlamento.

Introdotta con il **decreto legge 13 maggio 1991, n. 152**, l'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario (o.p.), inizialmente, non solo riguardava pochi e specifici reati, ma funzionava nel senso di permettere, a chi avesse

⁵ Così Gaetano Silvestri nella *Prefazione* a C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016 (collana *Diritto penitenziario e Costituzione*, diretta da M. Ruotolo).

⁶ Useremo “collaborazione con la giustizia” o anche solo “collaborazione” intendendo sempre “utile collaborazione con la giustizia”.

⁷ E' nel suo complesso che la Direttiva europea fa esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte (sul diritto al silenzio, si veda l'art. 7). Quanto alla giurisprudenza della Corte, il diritto al silenzio, ancorché non esplicitamente previsto nell'art. 6, è “*generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6)*” (così tra i molti *Saunders v. Regno Unito*, 17 dicembre 1996, § 68).

collaborato con la giustizia, di accedere alle misure alternative alla detenzione anticipando i limiti di tempo ordinari, fatta salva l'accertata esclusione dell'attualità dei collegamenti con le associazioni criminali.

Dopo la strage di Capaci (23 maggio 1992), un nuovo **decreto legge 8 giugno 1992, n. 306** ha mutato il volto dell'art. 4 bis, poiché, in assenza di collaborazione con la giustizia, è sempre preclusa la possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione. Nello stesso decreto legge n. 306 si introdusse come noto l'art. 41 bis o.p., il cd. "carcere duro", che poteva (e può ancora oggi) essere disposto *solo* dal Ministro della Giustizia e *solo* per imputati e condannati di reati di cui all'art. 4 bis o.p.

Nei dibattiti parlamentari in sede di conversione di questi due atti normativi del Governo non mancarono voci critiche, poi superate soprattutto grazie alla sottolineatura che si trattava di misure eccezionali e straordinarie, adottate per fronteggiare le gravissime situazioni emergenziali di quel momento, provocate in particolare dalle associazioni criminali di stampo mafioso.

I successivi sviluppi hanno dimostrato la problematicità della previsione di cui all'art. 4 bis, se solo si considera che, dai pochi e specifici reati previsti inizialmente, si è passati a un numero consistente di reati, sicuramente eterogenei tra loro e rispetto a quelli iniziali per i quali era stato originariamente pensato il regime dell'ostatività.

Anche la Corte costituzionale ha evidenziato a più riprese questa contraddizione (da ultimo, sentenza n. 239 del 2014, § 3 e § 9 *cons. dir.*, dove si parla espressamente di un elenco di ipotesi criminose "notevolmente eterogenee" e di fattispecie "profondamente diversificate"). Per fare alcuni esempi, l'attuale catalogo di delitti previsti dall'art. 4 bis, I comma, include, oltre agli originari delitti di terrorismo, anche internazionale, di eversione dell'ordine democratico e di associazione di tipo mafioso, anche la riduzione in schiavitù, la prostituzione minorile, la pornografia minorile, la violenza sessuale di gruppo, l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri e, da ultimo, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Un catalogo così eterogeneo di reati travalica la discrezionalità delle scelte di politica legislativo-criminale e pone un problema di legittimità convenzionale. Applicare il regime dell'ostatività a tipi di autore i più diversi, infatti, solleva dubbi di compatibilità tanto con i principi di eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità delle pene quanto rispetto al principio di colpevolezza: tutti, certamente, oramai riconosciuti come appartenenti al patrimonio giuridico europeo.

§ 4.2. La stessa **giurisprudenza costituzionale**, d'altro canto, attesta la difficile coesistenza tra il principio della dignità umana e il regime dell'E.O.

Non vi è alcun dubbio che, quando la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale il regime dell'ostatività – nella parte in cui non si escludevano i casi di collaborazione inesigibile, irrilevante, impossibile – ha *de jure* e *de facto* riconsegnato parzialmente al giudice il ruolo privatogli dal legislatore.

E poiché la valutazione caso per caso affidata al giudice è proiezione giurisdizionale del principio di responsabilità personale, gli interventi della Corte costituzionale significano che il problema principale dell'E.O. – la previsione di automatismi che prescindono dalla libera autodeterminazione della persona e dal suo possibile ravvedimento – è una questione che investe la dignità umana. Per la Corte costituzionale, dunque, ogni persona *deve* mantenere il diritto a che, prima o poi, un giudice possa *realmente e concretamente* valutare se gli iniziali scopi della pena sono ancora attuali.

Deve quindi essere garantita la possibilità di considerare attuale o meno la consequenzialità tra la condanna e la detenzione. In termini convenzionali, si può discutere dopo quanto tempo e a quale organo affidare la review. Non è invece possibile né per la Corte costituzionale né per il sistema convenzionale escluderla sempre e comunque, per via di un irragionevole automatismo legislativo che viola prima di ogni altra cosa la dignità umana e quindi il divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti.

L'impossibilità di escludere per sempre qualsiasi ipotesi di *review* della consequenzialità ("causal connection") tra condanna e pena è, d'altro canto, il più rilevante principio che contraddistingue la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di ergastolo, sin da *Kafkaris v. Cipro* (2008) e poi da *Vinter* (2013) in avanti, fino ad oggi, compreso *Hutchinson v. Regno Unito* (2017).

§ 4.3. Meritano di essere riportati anche gli sviluppi delle posizioni del **Governo** e del **Parlamento** in materia di ostatività e in particolare di E.O.

Nell'attuale legislatura (XVII, iniziata il 15.3.2013) sono stati presentati ben tre disegni di legge per la modifica dell'art. 4 bis, a prima firma di parlamentari di diversi gruppi⁸. Inoltre, sono stati resi pubblici i risultati di due commissioni di studio: una ministeriale, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo e l'altra promossa dal Consiglio Superiore della Magistratura, presieduta dal Prof. Glauco Giostra. In entrambi i casi, si propongono modifiche all'art. 4 bis, in specie al fine di rendere relativa la presunzione assoluta legislativa secondo la quale la non collaborazione equivale a pericolosità sociale. Il proposito è di permettere al giudice di tenere in considerazione *anche* altri elementi attestanti l'avvenuta rieducazione.

Del resto, il Ministro della Giustizia si è fatto promotore di un'iniziativa di particolare rilevanza, gli "Stati generali dell'esecuzione penale", che, esattamente dopo la violazione dell'art. 3 nel caso *Torreggiani v. Italia*, hanno lavorato fruttuosamente, mettendo in comune diverse esperienze e professionalità⁹. Lo stesso Ministro della Giustizia ha quindi presentato, il 23.9.2015, di concerto con il Ministro dell'Interno e il Ministro dell'Economia, un disegno di legge delega al Parlamento, nel quale sono confluite molte delle conclusioni degli Stati generali, a suo tempo redatte sotto forma di bozze di articoli di legge. Il disegno di legge delega è stato approvato, in via definitiva, il 14.6.2017 ed è quindi diventato legge dello Stato¹⁰.

In base all'art. 1, comma 85, lett. e) della legge 23 giugno 2017, n. 103, il Governo è delegato ad emanare uno o più decreti legislativi *nel rispetto* di taluni principi e criteri direttivi, tra i quali la "eliminazione di automatismi e preclusioni che impediscono (...) la individualizzazione del trattamento rieducativo" e, soprattutto, per la "revisione della preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo", salvo casi di "eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo internazionale".

§ 5. Per affrontare il problema dell'E.O. in termini di pena riducibile *de jure* e *de facto* – criterio in sé comunque problematico (infatti, nonostante sia *de jure* e *de facto* riducibile, la pena di morte è espunta dall'ordinamento dell'Unione e da quello convenzionale, anzi in *Soering v. Regno Unito* del 1989 è stata valutata contraria all'art. 3 in riferimento al cd. "*death row phenomenon*", l'inumana e degradante attesa per il detenuto che in un carcere aspetta unicamente la propria morte) – si deve evidenziare che non è facile scindere nettamente i due versanti della questione.

Se *de jure* è possibile discutere di riducibilità dell'E.O. in un *unico* senso *molto* limitato (la collaborazione con la giustizia¹¹), la riducibilità *de facto* è problematica poiché l'obbligo di collaborare comporta, come si è visto, una violazione della dignità umana. Ma se un diritto deve essere tutelato nel concreto e non in astratto, come non ricondurre l'E.O. nell'ambito delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti?

Questo a prescindere da un ulteriore aspetto. Il criterio *de jure* e *de facto* è sempre servito alla Corte per verificare in concreto l'operatività di quanto previsto dal legislatore in via generale e astratta (ad esempio con

⁸ Il 26 marzo e il 4 aprile 2013 al Senato, il 4 maggio 2015 alla Camera.

⁹ I più di 200 componenti degli Stati generali, tra i quali professori universitari, giudici, avvocati, operatori penitenziari, volontari e altre professionalità, hanno lavorato dividendosi in 18 tavoli tematici. Il coordinamento è stato affidato ad un Comitato di esperti, presieduto dal Prof. Glauco Giostra, del quale hanno fatto parte professori universitari, ex presidenti di gruppi di lavoro europei in materia penale, presidenti di associazioni che operano nell'ambito del volontariato penitenziario e per la diffusione di una cultura della legalità.

¹⁰ L'approvazione definitiva è avvenuta con il ricorso al voto di fiducia: se il Parlamento non avesse approvato la legge di riforma, il Governo era obbligato giuridicamente a presentare le dimissioni.

¹¹ Non rileva da questo punto di vista la collaborazione inesigibile, irrilevante, impossibile. In ogni caso, ai sensi della giurisprudenza costituzionale, l'ergastolo è conforme alla Costituzione poiché è possibile domandare ad un giudice (e non al Ministro della Giustizia) la liberazione condizionale (sentenze n. 204 e n. 264 del 1974). Quindi non vi è alcuna possibilità di ritenere l'ergastolo una pena *de jure* riducibile per via della possibilità del Capo dello Stato di concedere la grazia. D'altro canto, tornando all'E.O., anche ammettendo che in termini convenzionali possa ritenersi compatibile con l'art. 3 per via del potere di grazia, basta rilevare che *mai* dal 1991 a oggi è stato *de facto* graziato un condannato all'E.O. A questo proposito, non rileva la sentenza n. 200 del 2006 della Corte costituzionale sul potere di grazia, poiché in quel caso si è risolto un problema di mancata collaborazione con il Ministro della Giustizia e, comunque sia, se decidesse di considerare anche la rieducazione, il Capo dello Stato si troverebbe in una situazione alquanto anomala: dovrebbe "violare" la legge ai sensi della quale una persona non collaborante non può chiedere le misure alternative alla detenzione. L'unico caso ipoteticamente *de jure* immaginabile è la grazia per motivi di salute, la quale però è già stata più volte dichiarata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo non sufficiente ai fini del rispetto dell'art. 3. Valgono le stesse considerazioni per il differimento della pena per motivi di salute.

il potere di grazia in relazione alla riducibilità della pena dell'ergastolo: non basta sia previsto, serve valutare quante grazie sono state effettivamente concesse).

Nel caso dell'E.O. questo confronto *de jure-de facto* non è possibile. Vigge un automatismo legislativo che non lascia alcuna altra possibilità: se una persona non collabora con la giustizia è considerato *de jure e de facto* pericoloso, quindi le misure alternative alla detenzione sono negate¹². Non sono mai stati forniti dati a proposito di quanti imputati o condannati all'E.O. hanno deciso dal 1991 a oggi di collaborare con la giustizia.

Esiste invece un unico dato disponibile: al 30 settembre 2016, secondo il Ministero della Giustizia, sul totale di 1.678 ergastolani, il 72.5% sono ergastolani ostativi, vale a dire 1.216¹³.

§ 6. Di certo, non esiste nell'ordinamento italiano alcun organo che possa valutare gli eventuali progressi nel tempo dell'ergastolano ostativo, nessuno che possa valutare se gli originari scopi della pena appaiono, dopo un determinato periodo di tempo, ancora legittimi (*lawful*).

Se la persona non collabora è *per legge* pericolosa. Questo automatismo è previsto a monte dal legislatore in riferimento a determinate tipologie di reato (il c.d. “**diritto penale d'autore**”) e soprattutto esclude *qualsiasi* valutazione da parte di *qualsiasi* organo circa la legittimità della detenzione.

Mai un giudice potrà valutare pericolosità e rieducazione. Tutto è deciso a priori dal legislatore: se collabori non sei pericoloso e quindi puoi domandare le misure alternative alla detenzione; se non collabori non sei rieducato e sei pericoloso quindi non è possibile domandare le misure alternative alla detenzione.

Si noti: come i motivi della non collaborazione possono essere i più diversi (la libertà morale di non accusare nessuno, la protezione della propria vita, di quella dei familiari, conviventi, conoscenti, la possibilità di essere stato condannato a seguito di un errore giudiziario), lo stesso vale per la collaborazione.

Ciò che conta, giuridicamente, è *unicamente* il tipo di reato per il quale si è imputati o condannati e, di conseguenza, la collaborazione con la giustizia, a niente rilevando le molteplici ragioni che possono indurre a questa scelta (il contrasto dell'associazione criminale, ma anche la volontà di vendicarsi o il mero calcolo utilitaristico).

Appare in contrasto con l'**esperienza comune** una disciplina di questa natura: è del tutto arbitrario ritenere che la non collaborazione equivalga a pericolosità. Un siffatto automatismo, riferito all'E.O., ne trasforma la natura giuridica: formalmente è una pena, sostanzialmente opera come un'anomala e perpetua misura di sicurezza.

E' ragionevole e conforme all'esperienza comune considerare sempre pericolosa non meritevole delle misure alternative alla detenzione (perché non ha collaborato) una persona che ha espresso la propria esplicita dissociazione dall'associazione criminale, prendendo pubblicamente posizione contro ogni tipo di criminalità e violazione della legalità e che ha manifestato il proprio rimorso nei confronti delle vittime, adoperandosi nei loro confronti, adempiendo a tutte le obbligazioni derivanti dal reato?

Lo stesso a contrario: davvero la collaborazione con la giustizia può essere l'unico parametro per accedere alla richiesta delle misure alternative alla detenzione, dal momento che può essere prestata senza aver mai dimostrato alcuna comprensione della gravità del fatto di reato commesso e invece esibendo insensibilità rispetto ai danni arrecati alle vittime e ai loro parenti? Del resto, la collaborazione con la giustizia può essere prestata al solo scopo di accedere alle misure alternative alla detenzione, per poi tornare a delinquere.

L'unico modo per affrontare questi problemi è dare la possibilità al giudice di valutare la concretezza della pericolosità e della intervenuta rieducazione, restituendogli la funzione istituzionale cui nell'ordinamento italiano è preposto, che non può essere usurpata da una scelta legislativa obbiettivamente discutibile proprio rispetto all'esperienza comune.

§ 7. Come si è detto, non esistono precedenti in materia. Tuttavia, in *Trabelsi v. Belgio* (2014), decisione unanime, il cui *referral* in Grande Camera è stato *rigettato*, la Corte ha addirittura affermato (§ 137) che “no

¹² Anche qualora la persona abbia comunque dato prova di adesione al trattamento rieducativo: così in modo chiarissimo ed esemplare ad esempio Corte di Cassazione, Sezione Prima (penale), 11 dicembre 1999, n. 4822. Sul potere di grazia, si veda la nota precedente.

¹³ Il precedente dato, al 12 ottobre 2015, secondo il Ministero della Giustizia, era il seguente: sul totale di 1.619 ergastolani, il 72.5% erano ergastolani ostativi, vale a dire 1.174: in termini relativi la percentuale è identica, in termini assoluti il numero di E.O. è in crescita.

lengthy disquisitions” erano necessarie per ritenere chiaramente contrario all’art. 3, secondo gli *standard* espressi in *Vinter* e poi consolidati, un regime per alcuni aspetti simile all’E.O.

La possibilità di considerare *de jure* e *de facto* riducibile la pena dell’ergastolo prevista negli Stati Uniti (a livello federale), in ragione del potere del giudice di *valutare* la collaborazione con la giustizia, non è nemmeno stata meritevole di “*lengthy disquisitions*” da parte della Corte.

Se è stato oggetto di siffatta perentoria presa di posizione un sistema nel quale *almeno* rimaneva in capo al giudice l’effettiva e concreta scelta di ridurre o meno la pena altrimenti perpetua, è più che lecito domandarsi se non debba ricevere *quanto meno* il medesimo trattamento un regime che, come nel caso dell’E.O., esclude quella valutazione giurisdizionale invece ammessa nell’ordinamento federale statunitense.

In effetti, se una persona è condannata negli Stati Uniti (livello federale) alla pena dell’ergastolo senza possibilità di accedere alla liberazione condizionale (Life Imprisonment Without Parole, LWOP) e decide di non collaborare con la giustizia, le uniche due possibilità che residuano sono la grazia presidenziale e la scarcerazione anticipata per motivi di salute. Non sono necessarie “*lengthy disquisitions*” per dimostrare che si tratta della medesima situazione nella quale si trova l’ergastolano ostativo in Italia che decide di non collaborare con la giustizia¹⁴.

§ 8. Alcune riflessioni per quanto riguarda l’obbligo positivo degli Stati di garantire la **funzione di risocializzazione** della pena, la cui fondamentale importanza è stata messa in risalto dalla Corte da tempo – in modo nettissimo in *Dickson v. Regno Unito*, G.C., 4.12.2007 – e che parimenti ha caratterizzato la giurisprudenza di molte Corti costituzionali. Prima di altre, come sottolineato in *Vinter*, rispettivamente, §§ 69-71 e § 72, da parte del Tribunale federale costituzionale tedesco e dalla Corte costituzionale italiana, la quale, nella sentenza n. 313 del 1990, § 8 *cons. dir.*, ha definito la risocializzazione “un principio che, seppure variamente profilato, è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea”.

La mancata collaborazione con la giustizia, nel caso dell’E.O., preclude *per sempre ogni* misura alternativa alla detenzione, violando in questo modo due principi fondamentali del **trattamento penitenziario**, messi in risalto da diverse previsioni del Consiglio d’Europa e in numerose decisioni della Corte (tra le più recenti, unanime e di Grande Camera, si veda almeno *Khoroshenko v. Russia*, 30.6.2015): la *individualizzazione* e la *progressività*.

Nel primo caso, il trattamento è per tutti unicamente intramurario¹⁵, indipendentemente dall’effettiva pericolosità sociale, presunta se non si collabora. Nel secondo caso, ad essere *sempre* negate sono *tutte* le misure alternative alla detenzione: non solo la liberazione condizionale, non solo la semilibertà, ma anche i permessi premio, primi strumenti per garantire il mantenimento dei legami familiari e sociali o comunque per soddisfare interessi meritevoli al fine della risocializzazione.

Negare i permessi premio significa non attribuire alcuna rilevanza alla progressività del trattamento perché non vi sarà *mai* la risocializzazione. Non è *mai* possibile né passare una sola ora con un proprio familiare fuori dal carcere¹⁶ né, per fare un esempio, recarsi presso una Università il tempo necessario per discutere la propria tesi di laurea¹⁷.

¹⁴ Si veda in ogni caso la precedente nota 11.

¹⁵ Può solo peggiorare con l’applicazione del regime differenziato ex art. 41 bis

¹⁶ Deve essere sottolineato che nell’ordinamento italiano, a differenza di quanto accade in altri e numerosi Stati europei, non esiste alcuna disposizione legislativa che permetta colloqui in carcere nel rispetto della riservatezza e della intimità. Al contrario, i colloqui devono avvenire per legge sotto il controllo a vista della polizia penitenziaria, anche quando avvengono nelle cd. “aree verdi” dentro le carceri, essendo queste aree video controllate. Per non parlare poi di altre limitazioni: oltre al fatto che, senza specifica previsione nella legge (la quale per essere approvata necessita il voto dei due terzi dei membri di entrambe le camere), la giurisprudenza della Cassazione esclude l’indulto per la pena perpetua e oltre al fatto che, se si è imputati in custodia cautelare per uno dei reati di cui all’art. 4 bis, è comunque preclusa in ogni caso la possibilità del lavoro all’esterno, si consideri che se il reato è ricompreso in quelli di I fascia ne consegue una restrizione dei colloqui e dei colloqui telefonici, l’obbligatoria collocazione nei circuiti di Alta Sicurezza (che significa impossibilità di contatti con tutti gli altri detenuti in circuiti differenti), in particolare nel più severo (AS 1) e in ogni caso l’impossibilità di fruire della custodia aperta.

¹⁷ Si arriva in questi casi all’assurdo di dover valutare la possibilità di concedere permessi di necessità, che tuttavia non hanno alcun legame con la risocializzazione e i permessi premio, in quanto sono subordinati (art. 30 o.p.) all’esistenza di un imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente o eccezionalmente a eventi di particolare gravità. Se il giudice non condivide un’interpretazione della disposizione sicuramente molto forzata (discutere una tesi di laurea non è un evento di particolare gravità), l’unica possibilità è che la commissione di valutazione dell’esame di laurea si trasferisca a svolgere le sue mansioni nel carcere dove la persona è ristretta.

Questa situazione, che si protrae senza discontinuità per tutta la durata della detenzione, cioè per tutta la vita naturale in caso di E.O. (se una persona è condannata all'E.O. all'età di venti anni e non collabora con la giustizia dovrà trascorrere *tutti senza alcuna distinzione* i giorni rimanenti della propria vita dentro le mura di un carcere, non potendo *mai in nessun caso nemmeno per un'ora* fruire di un permesso premio), appare del tutto irragionevole poiché non permette di tenere in considerazione *in alcun modo* il comportamento che il detenuto ha tenuto in carcere nel corso degli anni.

Non rilevano le eventuali relazioni positive delle autorità penitenziarie, la dedizione impiegata nelle mansioni lavorative, le attività dedicate allo studio, tutte le altre attività intramurarie alle quali si può attivamente partecipare. E' come se fossero compiute per niente, senza alcuno scopo, non potendo nessuno tenerle in considerazione. Non hanno alcuna rilevanza.

L'unico parametro utilizzabile per "giudicare" pericolosità e rieducazione è l'avvenuta o meno utile collaborazione con la giustizia. Non è però corretto discutere di un qualche giudizio a proposito: esiste, come si è visto, un vero e proprio automatismo legislativo, del quale il giudice non può che prendere atto. Se non si collabora si è socialmente pericolosi e quindi, ancorché eventualmente rieducati, le misure alternative devono essere negate.

La funzione di risocializzazione della pena è dunque negata in radice. Quand'anche la persona decidesse di collaborare e per questo uscire dal carcere, la pena non avrebbe perseguito alcuno scopo meritevole di tutela: non la funzione retributiva in senso classico (l'E.O. non può considerarsi una pena retributiva che aspira a essere giusta e meritata rispetto al fatto di reato commesso, a prescindere dal comportamento successivo del reo), non la funzione retributiva in senso moderno (l'E.O. non può essere una pena proporzionata perché la sua durata non dipende dal fatto commesso), non una legittima funzione di prevenzione negativa speciale (che non dovrebbe dipendere dalla scelta di non collaborare ma solo dalla pericolosità sociale) e certamente non la funzione di risocializzazione (che ha un senso dal momento in cui la società può riaccogliere una persona rieducata, non una persona che può essere valuta da un giudice solo dopo che ha deciso di collaborare).

E' quindi molto difficile, tra le diverse **funzioni della pena**, comprendere quale sia quella presupposta dall'E.O., visto che l'unico fine perseguito, in realtà, è spiccatamente di politica criminale e non altro: certamente meritevole di protezione, ma alieno agli scopi legittimi che una pena può perseguire.

Resta un solo scopo, quello deterrente, che però – come dimostrato sin da *Tyrer* del 1978 – è doppiamente incompatibile con il rispetto della dignità umana: in sé, perché utilizza l'uomo come strumento e non quale fine e, nel caso specifico dell'E.O., perché il diritto a chiedere se la detenzione abbia ancora uno scopo rispetto alla sentenza di condanna è interamente sacrificato a obiettivi di politica criminale.

§ 9. Riemerge chiaramente il problema di fondo dell'E.O.: il legislatore concede al detenuto solo di emendarsi interiormente, poiché la rieducazione senza collaborazione non ha alcuna possibilità di essere valutata.

Questo non è ammesso nemmeno considerando uno dei più difficili casi fino ora discussi dalla Corte, ossia *Hutchinson v. Regno Unito* (2017), nel quale almeno si poteva considerare (da parte del Ministro) la *early release* di un ergastolano condannato al *Whole Life Imprisonment* la cui detenzione non aveva più alcuno scopo legittimo da perseguire. Si tratta di un evento eccezionale, ma almeno ipoteticamente realizzabile.

In Italia no. Nessuno può compiere alcuna valutazione. Nessuno, né il giudice né il Ministro. Per questo l'E.O. è obbiettivamente una pena senza scampo, dato che il detenuto non ha alcun diritto affinché la propria detenzione possa essere comunque rivalutata rispetto agli iniziali scopi della pena¹⁸. L'unica cosa che si può sapere "*from the outset of the sentence*" è che per eventualmente ottenere una misura alternativa alla detenzione, prima della morte in carcere nel caso di detenuti all'E.O., una persona deve collaborare con la giustizia.

¹⁸ Esiste invero una dubbia compatibilità dell'E.O. pure con l'art. 7 della Convenzione, soprattutto con la *prevedibilità* della pena. Questo poiché può anche essere il giudice (di sorveglianza) ad identificare la natura assolutamente ostativa del reato, ad esempio rilevando *post sententiam*, nel momento in cui valuta la richiesta di una misura alternativa alla detenzione, che il delitto è stato commesso al fine di agevolare l'attività delle associazioni criminali. Sull'E.O. come pena perpetua non riducibile, cfr., *amplius*, C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., pp. 109-123.

Non è forse un caso, allora, che in *nessuno* Stato parte della Convenzione esista un regime come quello dell'E.O., ancorché reati efferati e gravissimi, come ad esempio quelli in materia di terrorismo, anche internazionale, siano oggi purtroppo da tenere in considerazione in misura sempre maggiore¹⁹.

§ 10. Un ultimo aspetto. Se anche fosse applicato a poche persone, l'E.O. sarebbe egualmente problematico. E' utile però riportare nuovamente i dati del Ministero della Giustizia: al 30.9.2016 gli ergastolani ostativi erano 1.216 sul totale di 1.678 ergastolani, quindi tre su quattro.

Questi dati dimostrano due cose. Il problema dell'E.O. riguarda non poche ma tante persone e *anche* per questo merita di essere giudicato utilizzando un **approccio di principio**, del resto inevitabile quando si ragiona in termini di **dignità umana**, come chiaramente messo in risalto da *Bouyid v. Belgio*, G.C., 28.9.2015, uno dei più recenti casi nei quali la Corte si richiama esplicitamente a *Tyler* del 1978.

Anche ammettendo un certo **marginale di apprezzamento statale**, il principio cardine e fondante garantito dall'art. 3, così come nel tempo plasmato dalla giurisprudenza della Corte, non ammette alcuna deroga, quindi alcuna possibilità di autonomo apprezzamento da parte degli Stati.

Dal punto di vista del condannato alla pena dell'E.O. – ma inevitabilmente anche da quello di ogni persona della società libera – deve essere garantito il diritto a che l'iniziale pretesa punitiva dello Stato, prima o poi, possa essere rivalutata sulla base del comportamento concreto del detenuto, che non può essere ritenuto a prescindere pericoloso solo perché non collabora.

Diversamente sarebbe come prevedere in Europa una pena *fino* alla morte, per molti versi analoga alla pena *di* morte, irrogata mediante un giudizio di persistente pericolosità e di impossibile rieducazione che *mai* può essere messo in discussione da un giudice o da qualsiasi altro organo. Una pena, l'E.O., che ha quindi una funzione eliminativa dal consorzio sociale delle persone non collaboranti e per questo ritenute pericolose e non rieducate. Benché non si tratti di una loro eliminazione fisica, appare comunque alquanto difficile non vedere le analogie tra la pena *di* morte e una pena *fino* alla morte salva collaborazione con la giustizia.

Si giustifica così la provocatoria proposta avanzata da un cospicuo numero di ergastolani ostativi, i quali attraverso una pubblica lettera – inviata al Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, il Prof. Mauro Palma – hanno annunciato la volontà di presentare un disegno di legge d'iniziativa popolare per introdurre nell'ordinamento italiano l'eutanasia, alla quale essi stessi finalmente potranno accedere. Il Garante altro non ha potuto fare che prenderne atto, anche se non ha mancato di mettere in risalto quanto tale gesto estremo dimostri la contraddizione tra l'E.O. e il diritto alla speranza garantito ad ogni essere umano dall'art. 3²⁰.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte hanno dimostrato che la dignità umana non si acquista per meriti e non si perde per demeriti. L'E.O. – una pena fino alla morte, una pena perpetua non riducibile e senza scampo – vanifica questo principio cardine del sistema convenzionale di protezione dei diritti umani.

La dignità umana è inviolabile e deve essere rispettata e tutelata (art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione), secondo quanto riconosciuto nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati parti della Convenzione e, soprattutto, da decenni e decenni di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il cui primario compito è “*ensuring that the essential minimum standards are respected everywhere*”²¹: tra questi, appunto, indispensabile e irrinunciabile è la dignità umana, per tutti.

§ 11. In conclusione di questo *Amicus Curiae*. L'ultimo caso deciso dalla Corte in materia di ergastolo – *Matiosaitis e Altri v. Lituania*, II Sez., 23.5.2017 – risolve la questione esattamente nel senso di *Vinter*, anzi al §

¹⁹ Cfr. *Life Imprisonment and Human Rights*, Edited by Dirk van Zyl Smit and Catherine Appleton, Oxford and Portland, Hart, 2016. Nemmeno in Spagna l'ordinamento prevede una pena simile all'E.O. Anzi, è proprio la legge organica 7/2003 a introdurre nell'ordinamento penitenziario (art. 72.6), insieme alla collaborazione con la giustizia, altri e differenti modi per verificare la rottura con il sodalizio criminale, come ad esempio il ripudio di ogni attività violenta e l'abbandono di ogni violenza. Addirittura, il giudice potrebbe anche valutare se il reo ha presentato o meno domanda di grazia. Come noto, l'art. 72.6 riguarda solo il delitto di terrorismo e quelli commessi “en el seno” di un'organizzazione criminale. La nuova riforma, avvenuta con la legge organica 1/2015, introduce, come noto, l'ergastolo.

²⁰ Si veda il comunicato ufficiale del Garante del 12 aprile 2017, pubblicato nel sito internet ufficiale.

²¹ Così il Presidente della Corte, Guido Raimondi, nella cerimonia di consegna alla Corte della Nijmegen Medal del 18 novembre 2016.

180 riporta pressoché integralmente il più rilevante passaggio della *concurring opinion* espressa allora dal giudice Ann Power-Forde, che ha definito non riducibile in termini convenzionali l'ergastolo che nega ogni diritto alla speranza:

“The Court reiterates that the mere fact that a prisoner has already served a long term of imprisonment does not weaken the State’s positive obligation to protect the public, and that no Article 3 issue could arise if a life prisoner continues to pose a danger to society. This is particularly so for those convicted of murder or other serious offences against the person (...). However, it 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”
