

## Diritti civili e politici

### **Viola n. 2: la mancata collaborazione quale automatismo legislativo, lesivo della dignità dell'ergastolano ostativo'**

*Sommario:* 1. Premessa. – 2. La vicenda. – 3. L'ergastolo ostativo. – 4. La decisione della Corte europea in merito all'art. 3 CEDU: il diritto alla speranza di liberazione come corollario del rispetto della dignità umana. – 5. *Segue:* gli 'automatismi legislativi' ed i principi del trattamento penitenziario. – 6. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di automatismi. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Il 12 dicembre 2016 il Sig. Marcello Viola adiva la Corte europea dei diritti umani (Corte) ai sensi dell'art. 34 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sostenendo di essere stato condannato ad una pena degradante conosciuta con il nome di 'ergastolo ostativo'. La Corte, nella sentenza qui in esame, ha accolto, per sei voti contro uno, il ricorso, condannando l'Italia al pagamento di € 6.000 in favore di Viola a causa della violazione dell'art. 3 della Convenzione, ma rigettando sia la domanda di equa soddisfazione che l'eccezione infrazione dell'art. 8 CEDU. La decisione è stata confermata dalla pronuncia del Collegio di cinque Giudici della *Grande Chambre* che ha rigettato (il 7 ottobre 2019) l'istanza di rinvio formulata dal Governo italiano, ed appare in linea con la recentissima sentenza della Corte costituzionale, che, come comunicato il 23 ottobre 2019, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4-bis, comma 1, della legge sull'ordinamento penitenziario (L. 354/75).



Corte europea dei diritti umani,  
*Viola c. Italia* (n. 2), ricorso n. 77633/16,  
sentenza del 13 giugno 2019  
([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int))

2. Il 25 febbraio del 2000 il ricorrente venne condannato in via definitiva dalla Corte di Cassazione a dodici anni di reclusione per i reati di associazione per delinquere di stampo mafioso, porto illegale di armi ed alcuni omicidi avvenuti il 3 maggio 1991. Il secondo processo a carico di Viola si concluse con la condanna alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per due anni e due mesi (Corte di Assise d'Appello di Reggio Calabria, sentenza del 12 dicembre 2008), per i reati di associazione per delinquere di stampo mafioso, omicidio, rapimento, sequestro e detenzione abusiva di armi. Tutti i reati risultarono aggravati sia dalle circostanze c.d. *di stampo mafioso* (art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152), sia dall'attribuzione all'imputato del ruolo di 'capo' dell'organizzazione criminale. Visti i gravi capi d'accusa, Viola venne sottoposto dal 2000 al 2006 al regime speciale previsto dall'art. 41-bis co. 2 della l. 354/75, implicante la sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario, esistendo elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale. Già nel 2004, però, lo stesso condannato aveva adito la Corte, lamentando la sua mancata traduzione in aula durante il periodo di *carcere duro* al fine di presenziare alle udienze che lo riguardavano, nonostante vi avesse poi partecipato tramite collegamento audiovisivo. Con la sentenza del 5 ottobre 2006, la Corte respinse il ricorso presentato all'epoca da Viola, valutando come insussistente nel caso di specie la violazione dell'art. 6 par. 1 e 3 della Convenzione, in considerazione del fatto che «la par-

tecipazione del ricorrente alle udienze d'appello mediante videoconferenza perseguisse scopi legittimi rispetto alla Convenzione» (Corte europea dei diritti umani, *M.V. c. Italia*, ricorso n. 45106/04, sentenza del 5 ottobre 2006, par. 72).

Gli eventi alla base del secondo ricorso di Viola, e della decisione della Corte del 13 giugno scorso, si collocano nel corso dell'esecuzione delle due condanne richiamate. La prima vicenda prese forma con il deposito, da parte del ricorrente, di due istanze di permesso premio (*ex art. 30-ter l. 354/75*). Si tratta di permessi che in genere potrebbero trovare accoglimento a condizione che: «i soggetti, durante la detenzione, [abbiano] manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale» (art. 30-ter co. 8); il condannato non risulti ancora pericoloso; ed infine, qualora vi sia stata «l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni» per i condannati alla reclusione per taluno dei reati di cui all'art. 4-bis co. 1, 1-ter, 1-quater (*ex art. 30-ter co. 2 lett. c*). Tuttavia, come sottolineò il giudice di sorveglianza, al fine di concedere tali permessi si necessita *ex lege* (art. 4-bis co. 1) di un'ulteriore *conditio*, in assenza della quale – come in questo caso – l'istanza non può essere accolta pur esistendo gli altri presupposti: la collaborazione con la giustizia da parte del condannato per uno dei reati previsti dallo stesso art. 4-bis.

La seconda vicenda, che fece riemergere con chiarezza il totale 'blocco' posto in essere dal legislatore in caso di non collaborazione, si presentò al Sig. Viola nel maggio 2015; data in cui, come si legge nella sentenza, «il tribunale di sorveglianza rifiutò di concedere al ricorrente la liberazione condizionale, rilevando che [essendo] stato condannato per associazione di tipo mafioso [...] il ricorrente non poteva essere ammesso al beneficio della liberazione condizionale in assenza di collaborazione con l'autorità giudiziaria» (par. 25). Tale decisione venne presa nonostante il condannato rivendicasse i risultati positivi del suo percorso rieducativo in carcere, l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ed il fatto che l'aggravante a lui riconosciuta, relativa al ruolo di 'capo-clan', impediva ad ogni modo di considerare la sua collaborazione come impossibile o irrilevante ai sensi dell'art. 4-bis co. 1bis. *A fortiori*, lo stesso Tribunale di sorveglianza ritenne infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, poiché – a suo parere – tale disposizione offriva una possibilità concreta di liberazione, pur subordinata «alla condizione specifica della rottura definitiva del legame tra il condannato e l'ambiente mafioso, [...] espressa attraverso una utile collaborazione con la giustizia» (par. 26), e risultava quindi conforme all'art. 27 co. 3 Cost. Contro siffatta decisione il Sig. Viola presentò ricorso per Cassazione, lamentando, in particolare, l'automatismo legale ad effetto preclusivo in caso di assenza di collaborazione. Di tutta risposta però la Corte, con la sentenza n. 1153 del 2016, sottolineò «il carattere assoluto della presunzione di pericolosità sociale in caso di mancata collaborazione con la giustizia» e la totale libertà del legislatore di stabilire le condizioni necessarie per concedere la scarcerazione a condannati per reati così gravi, come quelli indicati dell'art. 4-bis (par. 28).

3. Ciò premesso, risulta necessaria una disamina della pena indicata come 'ergastolo ostativo', per affrontare poi (par. 4 e 5) gli aspetti salienti del caso in questione. Prevista per la prima volta dal d.l. 306/1992, convertito nella l. 356/1992, tale pena è frutto di quella che è stata definita «legislazione di emergenza» (S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995), quale evidente risposta dello Stato agli attentati di cui furono vittime i magistrati Falcone e Borsellino. In effetti, le variazioni introdotte per mezzo delle suddette novelle legislative disegnarono questa nuova tipologia di ergastolo. Nello specifico, venne modificato il comma 1 dell'art. 4-bis della l. 354/75 –

introdotto a sua volta nel 1991 – che passò dal concedere ai condannati per taluni gravissimi reati (c.d. ‘di prima fascia’) le misure alternative alla detenzione, il lavoro esterno ed i permessi premio, purché venissero acquisiti «elementi tali da far escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva», all’introduzione della sola condizione della collaborazione con la giustizia (ex art. 58-ter l. 354/75) per potervi accedere. Si potrebbe parlare di una *conditio sine qua non*, in quanto l’articolo in oggetto, a seguito di tale riforma, pone quale unico presupposto, per la concessione dei ‘benefici penitenziari’, l’essersi «adoperati per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero [l’aver] aiutato concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e l’individuazione o la cattura degli autori dei reati» (art. 58-ter co. 1). Nessun’altra alternativa dunque, e nessun peso specifico è riservato agli altri elementi indicativi un trattamento penitenziario ‘positivo’. Un ergastolo, pertanto, che «sulla base di una presunzione assoluta di persistente pericolosità del condannato non collaborante, esclude qualsiasi possibilità di ritorno [...] alla società libera» (E. Dolcini, “La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni”, in *Rivista diritto penale contemporaneo* 2018, p. 9). Oltretutto, questo regime, per il tramite dell’art. 2 co. 1 del d.l. 152/1991, si estende altresì alla liberazione condizionale prevista dall’art. 176 c.p., considerata quale «tassello essenziale dell’ordinamento penitenziario», come «strumento effettivo di stimolo» per i percorsi rieducativi carcerari (M. Pelissero, “Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2018, p. 1359). Non a caso, proprio in merito alla negazione dell’accesso a tale istituto, il ricorrente Viola aveva formulato le sue doglianze alla Corte europea, lamentando, in particolar modo, la non riducibilità della pena e la mancanza di prospettive di liberazione e di riesame, quali conseguenze automatiche derivanti sia dalla scelta di non collaborare, che dall’attribuzione del ruolo di ‘capo-clan’ e di istigatore delle attività illecite oggetto dei suoi processi. La situazione complessiva così come descritta contrastava, secondo il ricorrente, con gli art. 3 e 8 CEDU, differenziandosi nettamente dalla condanna ‘ordinaria’ all’ergastolo, di per sé riducibile e, soprattutto, priva di automatismi legali scevri da qualsiasi elemento individualizzante del percorso rieducativo.

4. Come si è detto, i giudici della Corte nella causa *Viola 2* hanno accolto il ricorso, reputando la condotta dell’Italia contraria all’art. 3 CEDU, in ragione del fatto che la pena inflitta al ricorrente non gli avrebbe permesso alcuna prospettiva di liberazione, né tantomeno di riesame. La sua posizione sarebbe rimasta dunque immutabile e non suscettibile di alcun tipo di controllo, a prescindere dal suo comportamento, configurandosi come il frutto di una presunzione inconfutabile di pericolosità sociale derivante, a sua volta, dalla scelta di non collaborare. Più specificamente, Viola sottolineava come un simile regime lo avesse posto dinanzi all’alternativa di «accettare il rischio di mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari esponendo sé stesso e questi ultimi alle rappresaglie tipiche della logica mafiosa, o rifiutare di collaborare e rinunciare a qualsiasi forma di liberazione» (par. 70). In altri termini, una costrizione lesiva della sua libertà morale e, pertanto, della sua dignità di essere umano, vista soprattutto la rigida preclusione derivante dalla non collaborazione.

La Corte, pur escludendo la rilevanza dell’art. 8 CEDU, ha abbracciato sostanzialmente la tesi del ricorrente. Ed invero, alla contestazione mossa dal Governo italiano in merito all’esistenza di un mezzo di ricorso interno appropriato, come quello della revisione (par. 57), essa ha risposto, statuendo che la domanda di revisione della sentenza costituisce uno

strumento straordinario avverso una decisione definitiva di condanna, e che, pertanto, i ricorrenti non sono tenuti ad avvalersene ai fini del rispetto della regola del *previo esaurimento dei ricorsi interni* prevista dall'art. 35 par. 1 della Convenzione (par. 62; cfr. tra le altre, Corte europea dei diritti umani, *Sofri e altri c. Italia*, ricorso n. 37235/97, sentenza del 10 giugno 2003). Lo stesso ragionamento era stato utilizzato in merito alla grazia ed alla sospensione della pena per motivi di salute, considerate ben lontane dal poter essere incluse nel concetto di 'prospettiva di liberazione' (cfr. Corte europea dei diritti umani: *Kafkaris c. Cipro*, ricorso n. 21906/04, sentenza del 12 febbraio 2008, par. 127; *László Magyar c. Ungheria*, ricorso n. 73593/10, sentenza del 20 maggio 2014, par. 57 e 58; *Vinter e altri c. Regno Unito*, [GC] ricorsi nn. 66069/09, 130/10, 3896/10, sentenza del 17 gennaio 2012, par. 127). Analogamente, nella sentenza *Öcalan c. Turchia n. 2* (Corte europea dei diritti umani, *Öcalan c. Turchia n. 2*, ricorsi nn. 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07, sentenza del 18 marzo 2014, par. 203, 204), era stato affermato che la liberazione per 'motivi umanitari', per vecchiaia o per decisione di capi di Stato, non è sufficiente perché l'ergastolo abbia una reale prospettiva di rilascio (*prospect to release*).

Ciò detto, il nocciolo della questione è costituito dal rispetto del principio della dignità umana che, rammenta la Corte, «impedisce di privare una persona della sua libertà con la costrizione senza operare, nel contempo, per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà» (par. 113). I condannati all'ergastolo, in altre parole, devono poter sperare in una possibilità di reinserimento (Corte europea dei diritti umani, *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*, ricorsi nn. 15018/11 e 6199/12, sentenza dell'8 luglio 2014), mentre gli Stati hanno l'obbligo di porre in essere regimi penitenziari compatibili con la funzione correttiva (cfr. Corte europea dei diritti umani, *Murray c. Paesi Bassi*, ricorso n. 10511/10, sentenza del 10 dicembre 2013, par. 104). In merito alla situazione creata dall'art. 4-*bis*, è dunque messa in dubbio l'effettiva libertà della decisione dell'ergastolano: una scelta nella non scelta, dacché la disposizione costringerebbe *de facto* ad optare per la collaborazione, se si considera che, nel caso contrario, il condannato entrerebbe in un limbo senza vie di uscita, nonostante la presenza di altre condizioni favorevoli alla liberazione. Insomma, escludendo categoricamente qualsiasi ulteriore possibilità di scarcerazione, l'art. 4-*bis* lederebbe la dignità del condannato in contrasto con l'art. 3, che è disposizione che non ammette motivi di deroga, neppure quello della lotta contro il *flagello* mafioso (par. 130).

Si può ritenere che tale decisione rientri largamente in quel filone giurisprudenziale che la stessa Corte, in tempi abbastanza recenti, ha delineato per il tramite di alcune pronunce. In tal senso, si può citare il caso *Kafkaris c. Cipro* del 2008, in relazione al quale si è affermato che «the imposition of an irreducible life sentence on an adult may raise an issue under Article 3», aggiungendosi che tale disposizione è sufficientemente rispettata «where national law affords the possibility of review of a life sentence with a view to its commutation, remission, termination or the conditional release of the prisoner», in altre parole quando «a life sentence is de jure and de facto reducible» (Corte europea dei diritti umani, *Kafkaris c. Cipro*, cit., par. 97-98). In merito al c.d. 'ergastolo effettivo' – equipollente all'ergastolo ostativo – la Grande Camera, nella sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, aveva del resto aggiunto un ulteriore passaggio, affermando che «un condannato all'ergastolo effettivo ha il diritto di sapere, sin dall'inizio della sua pena, cosa deve fare e perché sia esaminata una sua possibile liberazione e quali siano le condizioni applicabili». In caso contrario, a causa dell'impossibilità di riesaminare la pena verrebbe a configurarsi un'incompatibilità con l'art. 3 (Corte europea dei diritti umani, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., par. 122). Inoltre, nella stessa pronuncia la Corte, richiamando il par. 4.a della Raccomandazione

2003(22) del Comitato dei Ministri, aveva ritenuto che «i condannati all'ergastolo non devono essere privati in assoluto della speranza di una liberazione» (ivi, par. 116).

Nel riferirsi alle suddette decisioni, la Corte ha delineato in maniera ancor più netta i 'contorni' della pena dell'ergastolo in relazione al precetto di cui all'art. 3 (cfr. Corte europea dei diritti umani: *Hutchinson c. Regno Unito*, ricorso n. 57592/08, sentenza del 3 febbraio 2015; *Matiosaitis e altri c. Lituania*, ricorsi nn. 22662/13, 51059/13, 58823/13, 59692/13, 59700/13, 60115/13, 69425/13, 72824/13, sentenza del 23 maggio 2017). Il *fil rouge* delle pronunce appena indicate si può ricavare dal rinvio ad alcuni dati normativi 'esterni' alla Convenzione – operato dalla *Grande Chambre* nella sentenza *Vinter* (cfr. *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., par. 61-63, 67 e 77) – quali: i principi di individualizzazione e di progressione del trattamento penitenziario, di cui rispettivamente ai paragrafi 3, 8 e 10 della Raccomandazione 2003(23) del 9 ottobre 2003 del Comitato dei Ministri; la centralità della liberazione condizionale sancita dal par. 3 della Raccomandazione 2003(22) per la transizione graduale dalla vita carceraria alla vita in comunità; il meccanismo di revisione della pena previsto sia dall'art. 110 par. 3 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale (CPI), che dall'art. 5 par. 2 della decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 2002; ed infine, il principio del reinserimento nella società libera previsto dalle Regole penitenziarie europee elaborate nel 2006 dal Consiglio d'Europa.

Proprio in merito a quest'ultimo principio, nella sentenza *Dikson c. Regno Unito*, la Grande Camera aveva del resto già percepito quel che poi ha trovato conferma nelle successive decisioni: una «tendenza a porre maggiormente l'accento sulla riabilitazione» rispetto alle altre funzioni assegnate alla pena (Corte europea dei diritti umani, *Dikson c. Regno Unito*, [GC] ricorso n. 44362/04, sentenza del 4 dicembre 2007, par. 28), come statuito altresì dall'art. 10 par. 3 del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici (ICCPR). Si tratta di una tendenza che, soprattutto negli ultimi tempi, ha preso piede nel quadro della disciplina concernente i diritti umani e che, gradualmente, ha esteso sempre più la portata della nozione di *trattamenti degradanti* di cui all'art. 3 CEDU, la quale, inizialmente, indicava solo i casi in cui il trattamento penitenziario «sia tale da suscitare nella vittima sentimenti di paura e angoscia finalizzati a umiliarla per piegarne la volontà» (E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, p. 80). Questa concezione era stata confermata poi nella nota sentenza *Labita c. Italia*, secondo la quale la differenza tra tale nozione di *trattamenti degradanti* e quelle di *trattamenti inumani e tortura* è da ricercarsi nel fatto che le pene degradanti hanno ad oggetto la sfera intima della vittima, quella rappresentata dalla sua dignità, sostanziandosi in comportamenti capaci di «instillare nelle vittime sentimenti di paura, di angoscia e di inferiorità, atti ad umiliarle e ad avvilirle» (Corte europea dei diritti umani, *Labita c. Italia*, ricorso n. 26772/85, sentenza del 6 aprile 2000, par. 120). Il divieto di trattamenti degradanti era così inteso al fine di «impedire lesioni particolarmente gravi della dignità umana. Di conseguenza, una misura che scredita una persona nel suo ceto sociale, nella sua situazione o nella sua reputazione, può essere considerata un 'trattamento degradante' [...] solo se raggiunge una certa soglia di gravità» (E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, cit., p. 81). Dunque, una condotta dello Stato diveniva 'rilevante' ex art. 3 solo se si concretizzava nel danneggiare psicologicamente un soggetto, ledendo la sua dignità in maniera grave, ben oltre il *minimum level of severity*, inteso come limite applicativo dello stesso articolo (Corte europea dei diritti umani, *Irlanda c. Regno Unito*, ricorso n. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978). Attualmente, invece, tale soglia si è ulteriormente abbassata, realizzandosi, in concreto, quanto anticipato, in principio, dalla stessa Corte; e cioè, che le ipotesi riconducibili all'art. 3 CEDU si sarebbero potute espandere,

essendo quest'ultima «uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle condizioni di vita attuali» (Corte europea dei diritti umani, *Selmouni c. Francia*, ricorso n. 25803/94, sentenza del 28 luglio 1999, par. 101). Ad avviso di chi scrive, resta peraltro, in simili casi, l'esigenza di un'attenta valutazione del superamento o meno del *minimo livello di gravità*. Infatti, il giudice Villiger argomentò la propria *dissenting opinion* nel caso *Vinter* basandosi proprio sul concetto di *minimum level of severity*, criticando la decisione della maggioranza in merito all' *'ergastolo effettivo'*, perché *generale e astratta*, oltre che priva di indicazioni fattuali circa il superamento della soglia minima di *severity*.

5. Vi è poi un ulteriore profilo nella vicenda discussa, che affiora nell'analisi della Corte e che potrebbe rivelarsi particolarmente fecondo per un'evoluzione bilanciata della disciplina in tema di ergastolo ostativo. Si tratta della critica che i giudici di Strasburgo fanno all'automatismo legislativo delineato dall'art. 4-*bis*. Nel caso di specie, infatti, il meccanismo in commento prevede ben due conseguenze obbligatorie, derivanti dal rifiuto collaborativo opposto dal detenuto 'ostativo'. La prima consiste nella presunzione di pericolosità sociale del recluso che abbia rifiutato di collaborare; la seconda comporta la totale esclusione, per tale soggetto, dalla possibilità dell'assegnazione al lavoro all'esterno, oltre che della concessione dei permessi premio, delle misure alternative e della liberazione condizionale.

Il Governo italiano, di fronte alla Corte, aveva difeso un siffatto disegno di politica criminale affermando che «a causa dell'estrema gravità dei reati [...] il regime in questione chiede di dimostrare in maniera tangibile, mediante la collaborazione con le autorità, l'esito positivo del percorso di rieducazione in carcere e, nel contempo, la 'dissociazione' dall'ambiente criminale» (par. 75). Questo, perché vigerebbe una netta differenza tra la *ratio* su cui si fonda il regime speciale del 41-*bis* e quella caratterizzante invece il sistema ostativo sin qui delineato: mentre per il primo urge verificare la sussistenza o meno della capacità del ricorrente di mantenere ancora saldi i contatti con il clan mafioso, per l'art. 4-*bis* la condizione di accesso consiste nella «rottura di qualsiasi legame con l'organizzazione criminale di appartenenza», la cui prova spetterebbe all'interessato al fine di accedere ai benefici penitenziari (par. 76). La collaborazione, pertanto, diviene in sostanza l'unica vera *chance* di riduzione della pena. Una scelta contraria da parte del detenuto sarebbe il chiaro segno dell'associazionismo, del persistente spirito di appartenenza ad un gruppo mafioso. Tale scelta legislativa trova ulteriore giustificazione nelle esigenze di lotta contro le associazioni di stampo mafioso: per lo Stato italiano, la collaborazione del 'pentito' potrebbe rivelarsi utile per la «disintegrazione» dell'associazione mafiosa ed il ripristino della legalità» a discapito delle organizzazioni criminali, quali espressioni di pura 'violenza illegale', usando le parole dell'art. 2 par. 2 CEDU.

La posizione del Governo è stata ripresa dal giudice Wojtyczek nella sua opinione dissenziente, laddove quest'ultimo, argomentando *ex art. 2* della Convenzione, ha sottolineato l'obbligo assunto dalle Alte Parti di «adottare misure adeguate per proteggere la vita umana» per mezzo dell'istituzione di «un quadro giuridico e amministrativo atto a scoraggiare la commissione di reati contro la persona e concepito per prevenire, reprimere e punire le violazioni». Secondo tale opinione, l'obbligo in questione riguarderebbe in particolar modo la protezione contro la criminalità organizzata, dalla quale discenderebbe il dovere, per lo Stato, di adottare misure efficaci per smantellare le organizzazioni criminali. Riferendosi al caso *Viola n. 2*, Wojtyczek ha evidenziato inoltre che il ricorrente figurava quale capo di un'organizzazione criminale ancora attiva sul territorio, disponendo pertanto di informazioni utili che avrebbero potuto ancora aiutare le Autorità a perseguire ulteriori illeciti.

Secondo il ricorrente, invece, l'automatismo imposto dall'art. 4-bis finirebbe col favorire eccessivamente le esigenze di politica criminale «a scapito degli imperativi penitenziari di reinserimento [...] e di correzione» (par. 71-72), come stabiliti dalla Corte nei casi *Murray c. Paesi Bassi* (Corte europea dei diritti umani, *Murray c. Paesi Bassi*, ricorso n. 10511/10, sentenza del 10 dicembre 2013) e *Khoroshenko c. Russia* (Corte europea dei diritti umani, *Khoroshenko c. Russia*, [GC], ricorso n. 41418/08, sentenza del 30 giugno 2015). Tale disposizione implicherebbe una «presunzione inconfutabile di non riabilitazione e di persistenza della pericolosità in caso di mancanza di collaborazione», poiché influente risulterebbe qualsivoglia comportamento assunto durante il percorso riabilitativo sulla possibilità di reinserimento sociale (par. 72). Nessun giudice avrebbe potuto ribaltare la situazione di un ergastolano non collaborativo, in quanto l'automatismo legislativo così imposto introdurrebbe una «presunzione inconfutabile di pericolosità, legata ad una categoria ampia ed eterogenea di delitti» (par. 86).

Siffatta catalogazione per tipologie di reato prende il nome di 'diritto penale d'autore' (cfr., tra gli altri, M. Donini, "Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico", in *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, a cura di A. Gamberini, R. Orlandi, Bologna, 2007), categoria, quest'ultima, la cui compiuta teorizzazione risale a Gunther Jakobs. Si tratta di una valorizzazione estrema della punizione del reo e non del reato, di una strumentalizzazione dell'autore del fatto, etichettato come 'nemico' (*Feind*), ovvero come soggetto pericoloso perché colpevole di quel determinato delitto (M. Donini, "Il diritto penale di fronte al nemico", in *Cassazione penale*, 2006, p. 274). Nella visione di Jakobs una simile politica criminale ammette la previsione di misure fortemente severe, in uno stadio prodromico rispetto alla realizzazione della condotta tipica, in ragione della pericolosità 'propria' di quel 'tipo di autore' e non di quello specifico autore (G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung* in *Zstw* 97, 1985, pp 751 ss).

In linea con quanto procede, il nocciolo problematico dell'ergastolo ostativo sembra consistere proprio nella sostituzione del legislatore al giudice, risultante nell'oggettiva impossibilità per quest'ultimo di valutare la persistenza o meno delle necessità retributive e cautelari, presenti al momento dell'irrogazione della pena. È come se per i condannati ad una simile sanzione, il tempo si fermasse al momento della lettura del dispositivo, non avendo alcun peso la fase esecutiva, pur se fondata sul principio della rieducazione del soggetto (par. 121-128), attuabile, a sua volta, per il tramite della «costituzionalmente necessaria verifica del giudice sulla effettiva, concreta e attuale sussistenza della pericolosità sociale del condannato», negata però *ex ante* da parte del legislatore con l'art. 4-bis co. 1 (F. Fiorentin, "La consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio del condannato", in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 4, 2018, p. 1657). Queste preoccupazioni sono presenti nella decisione in esame: «la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai 'valori criminali' e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza [...] l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al percorso reale di rieducazione del ricorrente» (par. 118-120).

Decisamente critica, dunque, risulta essere la posizione della Corte in merito al meccanismo automatico delineato dal legislatore del '92, soprattutto nella parte in cui l'art. 4-bis non permetterebbe una valutazione concreta del reale percorso riabilitativo, considerando quale necessaria dimostrazione di correzione e 'distacco mafioso' quella del pentimento e della collaborazione, in assenza dei quali gli organi di sorveglianza non potrebbero passare alla valutazione di altri «elementi tali da escludere l'attualità di collega-

menti con la criminalità organizzata» (art. 4-*bis* co. 1-*bis*). Questa posizione sembra ben innestarsi nel solco della giurisprudenza della Corte. Nella sentenza *Trabelsi c. Belgio* 2014 (Corte europea dei diritti umani, *Trabelsi c. Belgio*, ricorso n. 140/10, sentenza del 4 settembre 2014), quest'ultima, pur prendendo atto che la pena dell'ergastolo «*can be reduced on the basis of substantial cooperation on the part of the prisoner in the investigation of his case and the prosecution of one or more third person*», aveva infatti ritenuto tale previsione insufficiente a consentire la prospettiva di rilascio (*prospect to release*) richiesta dal principio di dignità *ex art. 3*, e lo aveva fatto motivando proprio sulla mancanza di una procedura per valutare nel complesso il cambiamento del condannato ai fini dell'eventuale rilascio (ivi, par. 134-139).

6. Ciò posto, risulta opportuno esaminare, seppur brevemente, la giurisprudenza costituzionale italiana sugli automatismi previsti dall'ordinamento penitenziario. È un passaggio, questo, finalizzato a descrivere il graduale percorso di adeguamento dell'ordinamento italiano ai principi di individualizzazione del trattamento e del reinserimento dell'ergastolano, nella prospettiva del suo progressivo allinearsi con i principi statuiti dalla Corte di Strasburgo.

Si prende in considerazione, in primo luogo, l'orientamento iniziale della Corte costituzionale, espresso nelle sentenze n. 306 dell'11 giugno 1993 e n. 273 del 5 luglio 2001. Con esse, la Corte, pur riconoscendo nel comma 1 dell'art. 4-*bis* un meccanismo ad effetto 'restrittivo' della finalità rieducativa della pena, considerò tale scelta legislativa ragionevole e proporzionata, in quanto idonea a lasciare aperto l'accesso al percorso di risocializzazione. Dello stesso tenore è la sentenza n. 135 del 2003, secondo la quale quanto stabilito dall'articolo in questione non ha carattere di automatismo legale e neppure comporta un *vulnus* alla funzione rieducativa della pena, perché è il detenuto in prima persona a scegliere di non collaborare, manifestando dunque una volontà contraria al percorso rieducativo, e quindi una pericolosità sociale. Una prima evoluzione si è avuta con le sentenze n. 255 del 2006 e n. 189 del 2010, nelle quali la Corte costituzionale ha sostenuto la necessità di conferire al giudice il potere di valutare tutti gli elementi del caso concreto al fine di comprendere se un determinato beneficio sia collegato ad una ragionevole utilità di reinserimento del condannato. Successivamente, con la sentenza n. 239 del 2014, la stessa Corte, in merito alle preclusioni dell'art. 4-*bis* e alla concessione della misura della detenzione domiciliare speciale per madri condannate con figli minori a carico, ha operato una distinzione tra le finalità sottese alle diverse misure alternative, giustificando la logica prevista dall'articolo 4-*bis* solo se indirizzata a quelle misure strettamente connesse con la situazione esecutiva del condannato in prima persona, e non di soggetti terzi. A parere della Corte, «un conto [...] è che tale strategia venga perseguita tramite l'introduzione di uno sbarramento alla fruizione di benefici penitenziari costruiti [...] unicamente in chiave di progresso trattamentale del condannato [e] rimuovibile tramite la condotta collaborativa; altro conto è che la preclusione investa una misura finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto» come il minore (Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2014, n. 239, par. 9).

Solo recentemente – nello specifico con la sentenza n. 149 del 2018 – la Corte si è spinta a dichiarare l'illegittimità costituzionale di un altro evidente automatismo legislativo: tale pronuncia – richiamata altresì nella sentenza in commento (par. 63) –, attiene a quello che taluni definiscono come ergastolo '*di terzo tipo*' (cfr. E. Dolcini, "La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni", cit.), conseguente al reato di sequestro di persona a scopo di terrorismo, eversione o estorsione seguito dalla morte della



vittima (ex art. 289-bis co. 3, 630 co. 3 c.p.). In casi come questo, l'automatismo ex art. 58-quater co. 4 (l. 354/75), prevede una soglia minima di pena detentiva da espiare, pari a due terzi o, nel caso di ergastolo, almeno ventisei anni di reclusione, al fine dell'ammissione ad alcuni dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis. Ciò che rileva in tale pronuncia è l'assoluta irrinunciabilità dei principi di eguaglianza e rieducazione (ex art. 3, 27 co. 3 Cost.) all'interno del sistema esecutivo; principi, questi, che verrebbero lesi a causa della soglia 'automatica' dei due terzi o ventisei anni di reclusione; per via, in altre parole, di un 'appiattimento' indifferenziato tendente a privilegiare l'aspetto repressivo della pena a scapito della sua finalità di reinserimento sociale. Per tali ragioni, la Corte ha affermato con nettezza – così confermando la posizione espressa dalla Corte dal caso *Dikson c. Regno Unito* in poi, nel segno di un pieno adattamento dell'ordinamento italiano alla disciplina convenzionale – la rilevanza del «principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena», rieducazione che trova attuazione con il rispetto della «progressività trattamentale e flessibilità della pena» (Corte costituzionale, sentenza del 11 luglio 2018, n. 149, par. 7-5).

Se da un lato la giurisprudenza sin qui riassunta, in merito al trattamento penitenziario, pone giustamente in risalto la centralità degli art. 3, 24, 13 co. 4 e 27 co. 1 e 3 Cost. (principi questi sanciti altresì dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE rispettivamente ai Titoli III, VI e I) – valevoli dunque anche per il caso dell'ergastolo ostativo –, non sarebbe però corretto parlare a parere dello scrivente, nel caso in questione, di una violazione dell'art. 27 co. 4 (e, nel sistema CEDU, del Protocollo n. 13), rilevata invece da taluni (A. Pugiotto, "Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Dalle pagine di un libro a Palazzo della Consulta", in *Diritto penale contemporaneo* 2018, p. 21). Forzata, infatti, è destinata a risultare l'equiparazione tra l'ergastolo ostativo e la pena di morte, definita spesso con il nome di 'pena di morte viva' (cfr. E. Kalica "Ergastolo ostativo e negazione degli affetti. Una prospettiva interna sul 41bis", in questa *Rivista* 2016, p. 326). Se è vero che l'illegittimo automatismo implica la reclusione a vita degli ergastolani 'ostativi', è pur vero che, i beni giuridici in gioco (vita da una parte e libertà personale dall'altra) – seppure entrambi di elevatissimo valore – non possono trovare piena equiparazione tra loro. Non a caso, allo stato attuale, non risulta esservi stato alcun ricorso alla Corte avente ad oggetto la violazione del Protocollo n. 13 in ragione di una normativa interna restrittiva in tema di ergastolo; e ciò, neanche quando – com'è accaduto nella sentenza *Vinter* (Corte europea dei diritti umani, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., par. 54) – il paragone ergastolo a vita / pena di morte è stato esplicitamente effettuato. Parificare, nello specifico, lo stato psicologico derivante dall'ergastolo in oggetto, con il «soggiacere per lunghi anni all'angoscia ed alla tensione crescente del vivere all'ombra sempre presente della morte», in riferimento al caso *Soering c. Regno Unito* (A. Pugiotto, "Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo", cit., p. 22), potrebbe risultare un'analogia artificiosa, soprattutto in considerazione del fatto che quest'ultimo caso riguardava un cittadino tedesco (Soering), che, estradato negli Stati Uniti, sarebbe stato immesso nel 'corridoio della morte' in attesa della pena capitale, situazione quindi ben diversa rispetto a quella dell'ergastolano ostativo.

7. Dalla disamina della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana emerge un'attenzione sempre maggiore ad alcuni principi fondamentali che risultano violati da un sistema ostativo come quello dell'art. 4-bis et similia. Ci si potrebbe allora spingere ad auspicare, alla luce del principio di dignità umana, l'eliminazione *sic et simpliciter* dell'ergastolo, come è accaduto nello Stato Vaticano, in Portogallo e in Norvegia. Tale scelta, pur abbracciando

in pieno il principio riabilitativo (cfr. M. Abellán Almenara, D. van Zyl Smit, “Human dignity and life imprisonment: The Pope enters the debate”, in *Human Rights Law Review* 2015, 15, pp. 369 ss), potrebbe però trascurare la perdurante pericolosità di taluni esponenti di spicco della criminalità organizzata, che, durante la detenzione ai sensi dell’art. 41-bis, hanno continuato ad esercitare il loro potere criminoso, mostrandosi quindi ben lontani dalla volontà di reinserirsi nella società nel rispetto della legalità. Ed invero, anche la Corte ha in diverse circostanze (tra le altre nel caso *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., par. 69) affermato la legittimità dell’ergastolo, seguendo così la posizione assunta dalla Corte costituzionale tedesca nella storica sentenza del 21 giugno del 1977, secondo la quale l’ergastolo può considerarsi costituzionale a condizione che «the sentenced criminal has a concrete and principally attainable possibility to regain freedom at a later point in time» (45 BVerfGE 187, 1977, Sez. III, par. 4.a, in D.P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1997).

Dunque, stante la legittimità dell’ergastolo nel sistema CEDU, il rispetto della dignità della persona del condannato si risolve nella possibilità di riacquistare la libertà, negata dagli automatismi propri del sistema dell’ergastolo ostativo. Solo il superamento di tali presunzioni legali potrebbe riuscire nell’obiettivo di rispettare il fondamentale principio della dignità umana – che è alla base della sentenza del caso Viola – salvaguardando al contempo le esigenze di mantenere uno strumento penitenziario duro nel caso di reati di estrema gravità. In riferimento alla vicenda in esame, la situazione venutasi a creare nei confronti del ricorrente è infatti risultata in contrasto con l’art. 3 CEDU: l’assenza di ogni speranza di liberazione, lo stato di frustrazione al quale viene sottoposto l’ergastolano, sono il frutto di un automatismo legale, volto, in sostanza, a piegare la volontà del detenuto, a costringerlo *de facto* ad una scelta in netto contrasto con il principio del *nemo tenetur se detegere* (L. Eusebi, “Ergastolano “non collaborante” ai sensi dell’art. 4-bis co. 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l’unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile, e senza prospettabilità di una fine?”, in *Cassazione penale* 2012, p. 2), rendendo altresì ininfluyente qualsiasi altra condizione *pro libertate*, diversa da quella collaborativa.

Inoltre, la decisione della Corte appare giustificabile in considerazione di un ulteriore dato fattuale che però non ha ricevuto sufficiente attenzione, ovvero le numerose lacune concernenti il sistema di protezione dei testimoni ed i collaboratori di giustizia. In effetti, il programma di protezione spesso mostra *deficit* funzionali che mettono a repentaglio l’incolumità dei c.d. ‘pentiti’ e delle loro famiglie. Si tratta della possibile sospensione della misura, nonostante il perdurante stato di pericolo dovuto dalla collaborazione continua; della mancanza di personale per la tutela fisica dei familiari; o ancora della scelta di luoghi pericolosi per il reinserimento. Si potrebbe dedurre che sia proprio dall’esperienza negativa dei collaboratori (pentiti di essersi pentiti), che derivino effetti disincentivanti nei confronti degli altri condannati ai sensi dell’art. 416-bis c.p. Rafforzare, pertanto, tale sistema, garantendo reali misure di protezione, potrebbe risultare una delle mosse ‘incoraggianti’ la collaborazione e, di conseguenza, la lotta alla criminalità organizzata.

Nel caso dell’ergastolo ostativo, una via per adeguare la disciplina italiana alla decisione Viola potrebbe consistere nel dare attuazione a quanto previsto dalla legge delega 23 giugno 2017, n. 103 recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario”, laddove essa prevede l’«eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono [...] l’individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato» (art. 1 c. 85 lett. e). Inoltre, seguendo le indicazioni sull’art. 4-bis della Commissione Palazzo del 2014, un giusto compromesso, tra esi-

genze politico-criminali e tutela dei condannati, potrebbe consistere nell'escludere che dalla mancata collaborazione derivi in automatico l'impossibilità per il giudice di sorveglianza di valutare anche gli altri presupposti al fine della concessione di benefici o misure alternative, passando pertanto da una presunzione assoluta ad una relativa. Un'ulteriore soluzione sarebbe quella di dare alla collaborazione, purché affiancata dalle altre condizioni previste dall'art. 4-*bis*, una connotazione 'premiale', così da incentivare tale scelta da parte dei condannati. In definitiva, si tratta di cercare un punto di equilibrio tra l'importanza di ricevere informazioni e la possibilità per la magistratura di sorveglianza di valutare caso per caso l'esistenza di tutti gli elementi affinché il condannato possa gradualmente ritornare in società. Valorizzare la figura di tale organo giudicante, evitando eccessive preclusioni *ex lege* nel suo giudizio, potrebbe garantire un maggior rispetto dei principi di flessibilità della pena e di individualizzazione del trattamento, scongiurando, al tempo stesso, 'facili' o automatiche liberazioni, e salvaguardando la funzione del giudice di valutare ogni singolo dato utile alla decisione circa il reinserimento sociale, anche se a distanza di diversi anni dalla pronuncia definitiva (cfr. E. Fassone, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015).

D'altra parte, la decisione della Corte costituzionale, resa lo scorso 23 ottobre, pare costituire un ulteriore passo nella direzione tracciata dalla sentenza Viola. Com'è noto, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 4-*bis*, co. 1, nella parte in cui questo non prevede la concessione dei permessi premio, in assenza di collaborazione con la giustizia. In attesa del testo della sentenza, che chiarirà il percorso logico-giuridico seguito dai giudici costituzionali, pare presumibile, già dalla lettura del comunicato, che la Corte abbia operato un bilanciamento di interessi: se, per un verso, si abbatte il sistema serrato degli automatismi che si traduce in una presunzione assoluta di pericolosità sociale, dall'altro, almeno per ora, la breccia si apre solo verso i permessi premio, le sole misure, del resto, ad essere oggetto della questione di legittimità costituzionale. Fondamentale resta comunque – nella prospettiva di un progressivo adeguamento ai principi enunciati dalla Corte europea – la statuizione secondo la quale la presunzione di pericolosità sociale dell'ergastolano 'ostativo' non è più assoluta, ma relativa.

Francesco Viggiani\*

**ABSTRACT. Viola n. 2: The Lack of Collaboration as Legal Automatism Infringing the Dignity of the Condemned to Whole-life Imprisonment**

In the *Viola* judgment of 13 June 2019, the First Section of the European Court of Human Rights condemned Italy for its regulation providing for whole-life imprisonment ('ergastolo ostativo'). The Court, following its previous case-law, stated that the substantial absence of a prospect to release, except in case of collaboration of the condemned, was in violation of Art. 3 of the ECHR. The key point of the Court's argument is that the legal automatism between collaboration and prospect to release deprives of relevance any concrete assessment of the personal path of the condemned towards rehabilitation, thus infringing his human dignity. It is worth noting that this judgement occurs in a period in which Italian Constitutional Court has been progressively dismantling strict requirements concerning life sentence, as the very recent Judgment of 23 October 2019 seems to testify.

\* Dottorando in Diritto internazionale presso l'Università del Salento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Piazza Tancredi, 7 – 73100 Lecce, francesco.viggiani@unisalento.it.

*Osservatorio – Diritti civili e politici*  
**Francesco Viggiani**

*Keywords:* Viola; life sentence; human dignity; legal automatism; Italian Constitutional Court; article 3 ECHR.