

“SCACCO” ALL’ERGASTOLO OSTATIVO: BREVI NOTE A MARGINE DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO NEL CASO VIOLA C. ITALIA (N. 2) E DEL SUO IMPATTO SULL’ORDINAMENTO ITALIANO

**DIEGO MAURI\***

**Sommario**

1. Introduzione. – 2. La vicenda di specie. – 3. Prima mossa: la pena perpetua deve essere riducibile *de jure*. – 4. Seconda mossa: la pena perpetua deve essere riducibile *de facto*. – 5. Terza mossa: esigere la collaborazione a ogni costo è contrario alla “dignità umana” del condannato. – 6. Lo “scacco”: accertamento della violazione e ulteriori deduzioni *ex art. 46, par. 1, CEDU*. – 7. Le possibili mosse dei giudici italiani.

**Suggerimento di citazione**

D. MAURI, “*Scacco*” *all’ergastolo ostativo: brevi note a margine della pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Viola c. Italia (n. 2) e del suo impatto sull’ordinamento italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

\* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale presso l’Università degli Studi di Firenze.

Contatto: [diego.mauri@unifi.it](mailto:diego.mauri@unifi.it)

L’autore ringrazia il prof. Pasquale De Sena, per lo sprone a occuparsi del tema e per l’immane supporto, qui e altrove, nonché le dott.sse Carla Cucco, Caterina Iagnemma e Lucia Maldonato, amiche e colleghe penaliste, per i ricchi momenti di confronto sul tema e per i preziosi commenti a versioni precedenti del presente scritto. Ogni errore è da imputarsi esclusivamente all’autore.

## 1. Introduzione

L’ergastolo c.d. “ostativo” – pena perpetua corredata dal divieto di concessione di taluni benefici penitenziari in assenza di collaborazione con la giustizia da parte del condannato – così come attualmente disciplinato dagli artt. 4-*bis*, co. 1 e co. 1-*bis*, e 58-ter della legge sull’ordinamento penitenziario (o.p.), è incompatibile con il divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all’art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (CEDU): questa, in estrema sintesi, è la conclusione raggiunta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (d’ora in avanti: Corte EDU) nella sentenza resa, lo scorso 13 giugno 2019, nel caso *Viola c. Italia (n. 2)*<sup>1</sup>. Tale provvedimento è divenuto definitivo in data 8 ottobre 2019, in seguito al rigetto, da parte del *Panel* della Grande Camera, della richiesta di rinvio formulata dal Governo italiano<sup>2</sup>, circostanza che costituisce, pertanto, l’*occasio* principale del presente contributo.

Attorno alla pronuncia di cui sopra si era generata, tra i commentatori, una fervida attesa<sup>3</sup>, per almeno due ragioni. In primo luogo, si trattava della prima occasione in cui la Corte EDU affrontava il nodo della tenuta convenzionale dell’ergastolo ostativo italiano (dopo aver “salvato”, come si dirà meglio *infra*, l’ergastolo c.d. “comune”)<sup>4</sup>. In secondo luogo, in seguito alla comunicazione del ricorso al Governo italiano (avvenuta il 30 maggio 2017), venivano sollevate, dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, due analoghe questioni di legittimità costituzionale, per contrarietà agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., aventi ad oggetto l’art. 4-*bis*, co. 1, o.p., nella parte in cui tale disposizione esclude, per i condannati all’ergastolo per delitti commessi al fine

<sup>1</sup> Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia (n. 2)*, ricorso n. 77633/16. Per i primi commenti alla sentenza, si vedano E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l’Italia: l’ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 925 ss.; M. PELLISSERO, *Verso il superamento dell’ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, disponibile sul sito <http://www.sidiblog.org/>, 14 giugno 2019; S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, disponibile sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 1 luglio 2019; D. MAURI, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all’ergastolo ostativo? Un primo commento a Viola c. Italia (n. 2)*, disponibile sul sito <http://www.sidiblog.org/>, 13 giugno 2019.

<sup>2</sup> Si veda il comunicato stampa disponibile sul sito <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%20>, 8 ottobre 2019.

<sup>3</sup> Per un commento al ricorso presentato a Strasburgo, v. F. FIORENTIN, *L’ergastolo “ostativo” ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2018, 5 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Corte EDU, 29 aprile 2008, *Garagin c. Italia* [dec.], ricorso n. 33290/07; Corte EDU, 8 settembre 2005, *Scoppola c. Italia* [dec.], ricorso n. 10249/03.

di agevolare l'attività di associazioni mafiose che non collaborino con le autorità ai sensi dell'art. 58-ter o.p., la fruizione di permessi premio<sup>5</sup>. All'esito dell'udienza pubblica del 22 ottobre 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis o.p. limitatamente ai profili censurati<sup>6</sup>. Si tratta, all'evidenza, di due questioni non perfettamente sovrapponibili: quella sottoposta al sindacato costituzionale è, infatti, assai più specifica, sia per ciò che attiene al novero di delitti in considerazione sia per ciò che attiene ai benefici penitenziari preclusi all'ergastolano non collaborante<sup>7</sup>. Ad ogni modo, spiragli per il tanto celebrato "dialogo tra Corti" risultano sicuramente aperti<sup>8</sup>, come si avrà modo di illustrare meglio nel corso del presente contributo.

Ma vi è di più. Arretrando un poco il punto di osservazione, si nota come la sentenza in commento si aggiunga, in realtà, ad un articolato complesso di pronunce giudiziarie interne che negli anni hanno ridisegnato i contorni dell'ergastolo ostativo<sup>9</sup>. Frutto della legislazione emergenziale dei primi anni novanta, in risposta alle stragi di mafia che in quel periodo avevano scosso il Paese<sup>10</sup>, l'istituto ha subito numerosi *maquillages* per intervento della Corte costituzionale<sup>11</sup>, la quale – quantomeno sino alla recente pronuncia relativa ai permessi premio – ne ha affermato la compatibilità con i precetti costituzionali<sup>12</sup>. Peraltro, la subordinazione dei benefici all'effettiva collaborazione con la giustizia è al centro di recenti riforme legislative, come la c.d. "legge spazzacorrotti" (l. n. 3/2019), che ha introdotto nella congerie di reati di cui all'art. 4-bis, co. 1, o.p. figure criminose – quali la corruzione e altri reati contro la

<sup>5</sup> Cassazione penale, Sezione I, ordinanza del 20 novembre 2018 (deposito 20 dicembre 2018), n. 57913, su cui v. M. C. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, disponibile sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 gennaio 2019; Tribunale di sorveglianza di Perugia, ordinanza del 23 maggio 2019 (deposito 28 maggio 2019).

<sup>6</sup> Le motivazioni della sentenza non risultano, al momento in cui si scrive, ancora depositate. Si veda il relativo comunicato stampa del 23 ottobre 2019, disponibile sul sito <https://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>7</sup> Si veda *amplius* DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia*, cit., 934-935.

<sup>8</sup> Sul dialogo tra Corti, v. su tutti A. RUGGERI, *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni Europei*, 59, 2013, disponibile sul sito: <http://www.cde.unict.it/quadernieuropei>, 1 ss.

<sup>9</sup> Non è possibile, in questa sede, rendere conto di tutte le pronunce in tema; si citeranno, pertanto, solo quelle maggiormente attinenti ai profili di rilievo per la sentenza della Corte EDU in commento. Più diffusamente, si veda, su tutti, E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, disponibile sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 dicembre 2018, 1 ss.

<sup>10</sup> D.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella l. 12 luglio 1991, n. 203; d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356.

<sup>11</sup> Corte cost. 27 luglio 1994, n. 357; Corte cost. 1° marzo 1995, n. 68.

<sup>12</sup> Corte cost. 9-24 aprile 2003, n. 135.

pubblica amministrazione – che poco o nulla hanno a che fare coi tradizionali delitti di criminalità organizzata<sup>13</sup>.

Ciò detto, è pur vero che l’ergastolo ostativo non sta certo attraversando una “età dell’oro” di mitica memoria. Oltre alla pronuncia già citata, vale la pena segnalare che la Corte costituzionale ha recentemente dichiarato l’illegittimità costituzionale di una peculiare forma di ergastolo (quella prevista all’art. 58-*quater* o.p., riferita a ipotesi di sequestro di persona aggravate dalla morte della vittima) *in quanto tale* – e non, cioè, con riferimento a specifici profili<sup>14</sup>. Infine, nel caso in commento, la Corte EDU ha non solo accolto il ricorso presentato da un ergastolano sottoposto al regime ostativo, ma, come si dirà, si è spinta ad esortare le autorità italiane ad adottare ogni conseguente misura per correggere i difetti *strutturali* delle regole in materia di ordinamento penitenziario sul punto. Di ciò, e dell’impatto che verosimilmente la pronuncia resa nel caso *Viola c. Italia (n. 2)* avrà nell’ordinamento italiano, si renderà ragione nelle pagine che seguono.

## 2. La vicenda di specie

Prima di analizzare le argomentazioni addotte dalla Corte EDU, non pare inutile muovere dalla vicenda che ha preceduto il contenzioso convenzionale.

Il ricorrente, Marcello Viola, tratto in giudizio per delitti commessi al fine di agevolare le attività di associazioni di cui all’art. 416-*bis* c.p. e condannato in via definitiva alla pena complessiva dell’ergastolo con isolamento diurno per anni due e mesi due – peraltro parzialmente espiata, come sovente avviene<sup>15</sup>, in regime di c.d. “carcere duro” *ex art. 41-bis* o.p. –<sup>16</sup>, è detenuto presso la casa di reclusione di Sulmona.

Terminato il periodo di detenzione in regime di “carcere duro”, il Viola domanda, per due volte e senza successo, i permessi premio *ex art. 30-ter* o.p., nonché la liberazione condizionale *ex art. 176* c.p.: nessuna di queste richieste viene però accolta, stante la mancata collaborazione del ricorrente con le autorità – requisito che gli artt. 4-*bis* e 54-*ter* o.p. richiedono ai fini della concessione dei suddetti benefici. Su questo punto è bene soffermarsi, al fine di mettere a fuoco sin d’ora gli argomenti addotti dal ricorrente – sul piano interno, prima che sul piano convenzionale – contro la preclusione ai benefici che le norme dell’ordinamento penitenziario producono nei suoi confronti.

I punti rilevanti delle argomentazioni del Viola sono due. Primo, in ragione del ruolo coperto dal Viola nell’organizzazione criminale per cui è causa – e

<sup>13</sup> M. PELLISSERO, *Verso il superamento dell’ergastolo ostativo*, cit.

<sup>14</sup> Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149.

<sup>15</sup> Così G. L. GATTA, *Presentazione. Superare l’ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1495 ss.

<sup>16</sup> Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia (n. 2)*, paragrafi 8-13.

cioè quello, apicale, di promotore e organizzatore –, la sua collaborazione non può essere ritenuta né “impossibile” né “inesigibile”<sup>17</sup>. Secondo, il diniego dei benefici penitenziari basati unicamente sull’assenza di collaborazione – cioè: in mancanza di un esame in concreto dei progressi individuali dell’istante nell’ambito del proprio percorso rieducativo – contrasta, in ogni caso, con disposizioni costituzionali (segnatamente, gli artt. 27, co. 3, e 117, co. 1, Cost., nella parte in cui richiama l’art. 3 CEDU), ragion per cui si insiste per la formulazione, da parte del Tribunale di sorveglianza, di una questione di legittimità costituzionale. Nessuno dei due argomenti viene ritenuto, però, dirimente ai fini dell’accoglimento dell’istanza – né dal Tribunale di sorveglianza, prima, né dalla Corte di Cassazione, poi.

Prende così avvio il contenzioso a Strasburgo, in cui il Viola, nella veste di ricorrente, si duole di diverse violazioni di disposizioni della CEDU, tra cui gli artt. 3, 5 par. 4, 6 par. 2, e 8: di queste, al momento della comunicazione al Governo italiano solo la prima e l’ultima saranno dichiarate ricevibili, mentre sarà poi la Corte – “*maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause*”<sup>18</sup> – a decidere di esaminare i fatti unicamente sotto l’angolo prospettico dell’art. 3 CEDU. Da segnalare, poi, la presenza di ben tre terzi intervenienti: “L’altro diritto onlus” (Università di Firenze), il *Réseau européen de recherche et d’action en contentieux pénitentiaire* (nota Organizzazione Non Governativa operante nel settore) e un gruppo di accademici ed esperti riuniti sotto il coordinamento dell’Università degli Studi di Milano, le cui deduzioni, come si vedrà, assumono un peso non indifferente nell’economia complessiva della decisione.

Dal ragionamento seguito dai giudici convenzionali è possibile isolare tre “mosse”, solo in parte “parate” dal Governo italiano. All’indomani della citata decisione del *Panel* della Grande Camera, che ha reso definitiva la pronuncia della Camera, l’ergastolo ostativo così come comminato al ricorrente si trova, a tutti gli effetti, in “scacco”.

### 3. Prima mossa: la pena perpetua deve essere riducibile *de jure*

Il primo argomento avanzato dalla Corte EDU percorre la via, invero già ampiamente battuta nella propria giurisprudenza, della riducibilità della pena perpetua come componente essenziale del c.d. “diritto alla speranza”: ogni detenuto ha diritto di conoscere, sin dall’inizio dell’esecuzione della pena (perpetua), le condizioni alle quali potrà accedere alla riduzione della pena e, a

<sup>17</sup> Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (n. 2), paragrafo 24. Sull’equivalenza tra collaborazione effettivamente prestata e collaborazione impossibile o inesigibile ai fini della concessione dei benefici penitenziari, si veda più approfonditamente L. FILIPPI, G. SPANGHER, M. F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 164 ss.

<sup>18</sup> Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (n. 2), paragrafo 54.

tempo debito, se del caso, all’eventuale liberazione. Tale “diritto” viene ricavato dal divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all’art. 3 CEDU, all’esito di un’operazione ermeneutica di cui pare utile ripercorrere gli snodi essenziali.

La premessa logica è scolpita nel caso *Kafkaris c. Cipro* e viene ripresa, del tutto pedissequamente, dalla giurisprudenza successiva: in quel caso, la Corte EDU aveva affermato che la pena detentiva perpetua di per sé non si pone in contrasto col divieto di cui all’art. 3 CEDU – ricadendo le scelte di politica criminale nel margine di apprezzamento che la Corte riconosce agli Stati –, ma *soltanto se* tale pena sia irriducibile, *de jure* o *de facto*<sup>19</sup>. Si versa nella prima delle due citate ipotesi laddove l’ordinamento interno dello Stato *de quo* non appronti meccanismi che consentano la riduzione della pena espianda<sup>20</sup>; si versa nella seconda ipotesi, invece, laddove tali meccanismi, pur normativamente previsti, siano concretamente inaccessibili al condannato. Ad oggi, la formulazione più compiuta in materia di meccanismi di controllo sull’esecuzione della pena e, se del caso, di riduzione della medesima si trova esposta nel caso *Murray c. Paesi Bassi*, cui non può che rimandarsi per ulteriori approfondimenti: la Corte vi elabora infatti diversi criteri (d’ora in avanti, per comodità: criteri *Murray*) per la valutazione della riducibilità della pena<sup>21</sup>.

Da tale premessa consegue che il condannato alla pena perpetua deve poter conoscere, sin dall’inizio – e non già nel corso – dell’espiazione della pena, le condizioni alle quali potrà essere ammesso a godere di benefici e, infine, riammesso in società: questo il passaggio chiave della notissima sentenza resa nel caso *Vinter e altri c. Regno Unito*<sup>22</sup>, confermato poi negli arresti successivi, tra i quali anche quelli che più hanno suscitato le critiche dei commentatori<sup>23</sup>. Ciò – non pare inutile evidenziarlo – al fine di poter impostare fin dall’inizio

<sup>19</sup> Corte EDU, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*.

<sup>20</sup> V. ad es. Corte EDU, 2 settembre 2010, *Iorgov c. Bulgaria (n. 2)*; Corte EDU, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia (n. 2)*, ricorso n. 24069/03.

<sup>21</sup> Corte EDU, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, paragrafi 99-100. Con estrema sintesi, tali meccanismi, tra le altre cose, debbono: (i) essere regolati da una legge chiara ed accessibile; (ii) tener conto delle istanze di reinserimento sociale; (iii) essere accessibili a partire da non oltre 25 anni dall’inizio dell’espiazione, e attivabili su base periodica; (iv) essere assistiti da adeguate garanzie processuali (es. revisione giudiziale in caso di diniego). Su questo punto, vedi pure Corte EDU, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*, ricorso n. 57592/08, *Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque*, paragrafo 15.

<sup>22</sup> Corte EDU, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 66069/09, paragrafo 122. Per un commento alla pronuncia e, in generale, alla tenuta convenzionale della pena perpetua (con specifico riferimento all’ordinamento inglese), si veda D. VAN ZYL SMYT, P. WEATHERBY, S. CREIGHTON, *Whole of life sentences and the tide of European human rights jurisprudence: what is to be done?*, in *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 59 ss.

<sup>23</sup> Si pensi, sempre con riferimento all’ordinamento del Regno Unito, a Corte EDU, *Hutchinson c. Regno Unito*, cit., su cui si veda più approfonditamente M. PETTIGREW, *A Vinter retreat in Europe: Returning to the issue of whole life sentences in Strasbourg*, *New Journal of European Criminal Law*, 2017, 8, 128 ss.

un efficace percorso rieducativo del condannato, alla luce della funzione di rieducazione (*rehabilitation*) che la pena è chiamata a svolgere, nell'ottica del giudice convenzionale<sup>24</sup>. A tale riguardo, sia consentito di ricordare come proprio il modello penitenziario italiano, ispirato al principio della c.d. "progressività trattamentale"<sup>25</sup>, sia stato, a più riprese, considerato come esemplare dalla Corte<sup>26</sup>.

Insomma, la prospettiva di liberazione (e la conoscenza, fin dall'inizio, dei requisiti per conseguirla) e l'accessibilità di meccanismi di riesame durante l'espiazione della pena costituiscono, per così dire, due aspetti del medesimo diritto, argutamente definito dagli interpreti "diritto alla speranza" ("right to hope", secondo la più diffusa dizione inglese)<sup>27</sup>. A scanso di equivoci, è bene segnalare che il "diritto alla speranza" non significa che ogni condannato ha diritto a essere reinserito nella società *in ogni caso*; ciò che l'art. 3 CEDU esige dagli Stati, nella sua corrente applicazione in materia di pena perpetua, è che

<sup>24</sup> L'adesione della Corte EDU a uno o più modelli dogmatici in punto di funzione della pena è questione che non rimane affatto sullo sfondo, nell'economia complessiva della sentenza che qui si commenta. Tuttavia, una compiuta e ragionata esposizione della medesima questione rimonta non solo oltre lo spazio del presente contributo, ma pure – e soprattutto – oltre le competenze del suo autore. Sia consentito, pertanto, di dedicarvi qui il modesto spazio di una nota. *Cui prodest* l'esigenza che il condannato conosca fin da subito i termini della propria, eventuale liberazione? Se lo scopo della sua pena fosse meramente retributivo, tale affermazione non avrebbe senso. Ma se ci si colloca, invece, dall'angolo visuale della funzione rieducativa della pena, il requisito convenzionale assume un significato preciso: v. Corte EDU, *Vinter e altri*, cit., paragrafo 122 ("[I]t would be capricious to expect the prisoner to work towards its own rehabilitation"). Ciò giustifica, dunque, l'adesione alla concezione di pena come avente funzione "essenzialmente" rieducativa: la Corte ritiene consolidato, a livello (di *consensus*?) europeo, l'esistenza, nelle politiche criminali nazionali, di un "accento" sull'obiettivo della rieducazione del condannato (così Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., paragrafo 108). Tale conclusione, però, non è pacificamente accettata dai componenti del medesimo organo. Da un lato, il giudice Pinto de Albuquerque si riferisce alla funzione riabilitativa-rieducativa della pena come "primaria" (la funzione deterrente-retributiva essendo degradata a "secondaria": cfr. Corte EDU, *Hutchinson c. Regno Unito*, cit., *Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque*, paragrafo 15). Di tutta risposta, invece, il giudice Wojtyczek, a sua volta dissenziente in *Viola c. Italia* (n. 2), aderisce a una concezione "multidimensionale" di pena (peraltro citando precedenti giurisprudenziali ad avallo della propria visione: cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., *Opinion Dissidente du Juge Wojtyczek*, paragrafi 7-8), capace di coniugare istanze retributive con quelle di risocializzazione (e infatti critica la soluzione raggiunta nel caso in commento, poiché a suo dire troppo sbilanciata sulle seconde: al lettore "l'ardua sentenza").

<sup>25</sup> Per un recente commento, si veda S. MARCOLINI, *L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 4, 68 ss., in particolare 70-71.

<sup>26</sup> Così v. ad es. Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., paragrafi 69-72, 117.

<sup>27</sup> Si vedano, tra i molti: D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, <http://www.costituzionalismo.it/>, 19 febbraio 2014; P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life Imprisonment and the European Right to Hope*, in *Rivista AIC*, 2015, 2, 1 ss.; K. DZEHTSIAROU, *Is there Hope for the Right to Hope*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo <https://verfassungsblog.de/>, 19 gennaio 2017; D. RANALLI, *L'ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tra astratto "diritto alla speranza" e concreto accesso alla liberazione condizionale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2015, 1, 289 ss.; M. LAMANUZZI, *L'ergastolo ostativo: una pena in contrasto con la dignità*, in *Dignitas*, 2015, 1 ss.

questi offrano ai condannati a una tale pena “a chance, however remote, to someday regain their freedom”<sup>28</sup>. Riprendendo quanto dedotto poco sopra, tale speranza (“chance”) deve essere assicurata non solo a livello generale e astratto, e dunque da un atto normativo (riducibilità *de jure*), ma anche in concreto (riducibilità *de facto*).

Calando ora quello che precede nella vicenda di specie, si comprendono – e, in una certa misura, si condividono – le difese svolte dal Governo italiano nel corso del procedimento. Dal punto di vista prettamente normativo – dunque, *de jure* –, ben si può affermare che il regime di cui agli artt. 4-*bis* e 58-*ter* o.p. consente la riduzione della pena nel corso della sua espiazione. Tali disposizioni prevedono – anche se, a detta di alcuni autori, in modo piuttosto opaco<sup>29</sup> – meccanismi di riesame dei progressi trattamentali svolti dall’ergastolano. La peculiarità dell’accesso ai vari benefici penitenziari è rappresentato, come già si è detto in apertura del presente contributo, dalla collaborazione con la giustizia: dunque il condannato è posto – e ciò è difficilmente opinabile – nelle condizioni di sapere, sin dall’inizio dell’esecuzione, che per accedere ai medesimi egli dovrà prestare la propria collaborazione (a meno che la stessa non sia oggettivamente impossibile o inesigibile), ai sensi e agli effetti di cui all’art. 58-*ter* o.p.<sup>30</sup>. In aggiunta a ciò, fin dal giorno stesso dell’ingresso in carcere l’ergastolano può scegliere la via della collaborazione, al fine di accedere ai benefici previsti dalla legge<sup>31</sup>. Infine, l’attivazione del meccanismo è accompagnato da indubbie garanzie processuali (assistenza del difensore; contraddittorio; possibilità di impugnazione) avanti un organo giurisdizionale (la magistratura di sorveglianza)<sup>32</sup>.

Insomma, i criteri *Murray* per la valutazione della riducibilità *de jure* della pena paiono soddisfatti. Ciò trova conferma nella circostanza secondo cui la

<sup>28</sup> Corte EDU, 8 luglio 2014, *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*, ricorsi nn. 15018/11 e 61199/12, paragrafo 264 (ciò dopo aver precisato che “the Convention does not guarantee as such a right to rehabilitation”).

<sup>29</sup> Si veda, ad esempio, G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1509 ss., per il quale l’art. 4-*bis* o.p. risulta una “norma incivile”, dal momento che disciplina “temi delicatissimi” con una formulazione lessicale, sintattica e strutturale del tutto cervellotica, “[i] che rappresenta di per sé una violazione dei principi della chiarezza, accessibilità, conoscibilità, prevedibilità e certezza delle norme penali”.

<sup>30</sup> S. MARCOLINI, *L’ergastolo nell’esecuzione penale contemporanea*, cit., 74-75.

<sup>31</sup> A differenza, ad esempio, di Corte EDU, 4 ottobre 2016, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, ricorsi nn. 37871/14 e 73986/14 (in cui il ricorrente avrebbe dovuto attendere, secondo la legge in vigore al momento, quaranta anni prima di poter presentare istanza di liberazione).

<sup>32</sup> S. MARCOLINI, *L’ergastolo nell’esecuzione penale contemporanea*, cit., *passim*.

Corte stessa ritiene di dover distinguere il caso di specie, ad esempio, dal precedente *Öcalan c. Turchia* (n. 2)<sup>33</sup>, in cui la violazione dell'art. 3 CEDU discendeva direttamente dall'assenza di un meccanismo legislativo di riesame<sup>34</sup>. Lo "scacco" all'ergastolo ostativo è solo temporaneamente parato, però.

#### 4. Seconda mossa: la pena perpetua deve essere ridicibile *de facto*

In effetti, vi è almeno uno dei criteri *Murray* rispetto ai quali la disciplina dell'ergastolo ostativo mostra marcati profili di incompatibilità: si tratta della necessità che il meccanismo di riesame consenta la valutazione dei progressi (eventualmente) conseguiti dal condannato al fine della sua rieducazione<sup>35</sup>.

Ora, subordinare l'accesso ai meccanismi di riesame e, se del caso, la concessione dei benefici alla collaborazione altro non è, come evidenziato da autorevole dottrina, ignorare, per il condannato non collaborante, qualsiasi progresso rieducativo<sup>36</sup>. Per tale categoria di individui la rieducazione è sempre e *ipso iure* esigenza "ancillare"<sup>37</sup> (e, forse peggio, eventuale) rispetto a istanze retributive e di neutralizzazione. Detto in altre parole, il regime penitenziario di cui agli artt. 4-*bis* e 54-*ter* o.p. appare imperniato su quella che è, a tutti gli effetti, una presunzione assoluta di pericolosità dell'ergastolano non collaborante.

Tale ultimo passaggio è di somma importanza, poiché fornisce alla Corte EDU lo spunto decisivo per mettere di nuovo in scacco l'ergastolo ostativo. In effetti, la giurisprudenza convenzionale è ricca di precedenti in cui l'esistenza di presunzioni legali – specie se non ammettenti prove *a contrario*, come quelle, appunto, assolute – è stata ritenuta incompatibile con le garanzie della CEDU<sup>38</sup>. Ciò, a maggior ragione, ogniqualvolta a venire in rilievo è un diritto c.d. assoluto – "refrattario", cioè, a eccezioni, deroghe o comunque bilanciamenti<sup>39</sup> – quale quello di cui all'art. 3 CEDU<sup>40</sup>: in tali casi, l'esigenza di garantire il "diritto alla speranza" così come derivato dalla disposizione testé citata prevale

<sup>33</sup> Corte EDU, *Öcalan c. Turchia* (n. 2), cit., in particolare paragrafi 200-202. Per un commento alla pronuncia vedi J. D. MUJUZU, *A Prisoner's Right to be Released or Placed on Parole: A Comment on Öcalan v Turkey* (No. 2) (18 March 2014), in *Baltic Journal of Law & Politics*, 2016, 9, 69 ss..

<sup>34</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., paragrafi 100-101.

<sup>35</sup> Corte EDU, *Murray c. Paesi Bassi*, cit., paragrafo 100.

<sup>36</sup> Si rimanda, su tutti, a 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 prospettività di una fine?*, in *Cassazione penale*, 2012, 4, 10 ss..

<sup>37</sup> ID., *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1515 ss..

<sup>38</sup> V. ad es. Corte EDU, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, ricorso n. 60851/00.

<sup>39</sup> La discussione di tale categoria esula dall'oggetto del presente contributo; si rinvia, in generale e anche in chiave critica, a A. TANCREDI, *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: «It's all balancing»*, in *Ragion pratica*, 2007, 2, 383 ss.; A. GEWIRTH, *Are There Any Absolute Rights?*, in *The Philosophical Quarterly*, 1981, 31, 1 ss..

<sup>40</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., paragrafo 131.

sempre e in ogni caso sulle contrapposte esigenze general- e special-preventive che la pena perpetua per il non-collaborante tende, per sua propria natura, a soddisfare.

Ciò detto, la mossa della Corte inizia a intravedersi. Se assenza di collaborazione equivale, per legge, a pericolosità sociale e, dunque, a impossibilità di accesso al meccanismo di riesame in ogni caso, allora all’ergastolano non-collaborante è preclusa la riducibilità *de facto* della pena residua<sup>41</sup>: pur legislativamente previsto, il meccanismo è concretamente e assolutamente inaccessibile a una (definita) categoria di individui. Il “diritto alla speranza” *ex art. 3 CEDU* ne risulta, inevitabilmente, compromesso.

La contromossa – anch’essa, ora, facilmente prevedibile – ruota attorno al seguente argomento: se il condannato si trova nella situazione appena illustrata – cioè: di impossibilità di accesso ai meccanismi di revisione e, se del caso, riduzione della pena –, ciò è addebitabile unicamente alla mancanza della volontà, da parte del medesimo, di collaborare e recidere ogni legame con il sodalizio criminoso<sup>42</sup>. La posizione del Governo italiano si assesta proprio su tale evidenza: l’ergastolano può sempre dimostrare, mediante la collaborazione, di essersi dissociato dai “valori criminali” che ne avevano guidato l’agire e, dunque, di aver intrapreso (ed eventualmente iniziato a portare a compimento) il programma rieducativo<sup>43</sup>. Non mancano, a ben vedere, affermazioni conformi da parte della stessa Corte costituzionale<sup>44</sup>. Ne consegue, in sintesi, che l’ergastolo ostativo è pena riducibile, *de jure* e pure *de facto*.

Questa conclusione, però, può essere talora contraddetta da evidenze empiriche. Chi non collabora può scegliere di farlo non solo (e non tanto) perché vuole mantenere legami con il sodalizio (o perché non riesce a fornire la prova – per taluni *diabolica*<sup>45</sup> – della loro rescissione), ma perché, ad esempio, teme, nel caso la notizia della propria collaborazione con le autorità raggiunga il mondo extra-murario, ritorsioni su di sé o su propri cari, o perché ritiene di non voler coinvolgere altre persone in processi giudiziari, o ancora perché – e questo è il proverbiale “caso-limite” di cui, però, non si può fingere di ignorare la pur rara ricorrenza – intimamente certo della propria innocenza (è il caso dell’errore giudiziario). Ipotesi, queste, su cui la dottrina italiana ha ponderato

<sup>41</sup> Ibidem, paragrafo 129.

<sup>42</sup> S. MARCOLINI, *L’ergastolo nell’esecuzione penale contemporanea*, cit., 75-76.

<sup>43</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., paragrafi 79, 83, 84, e pure 114.

<sup>44</sup> Corte cost., n. 135/2003, punto 4 del “considerato in diritto”: “la preclusione prevista dall’art. 4-bis, comma 1, primo periodo, dell’ordinamento penitenziario non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo”; ma *contra* vedi Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, punto 13 del “considerato in diritto”. Per una critica al primo orientamento, v. su tutti E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano*, cit., in particolare 15 ss.

<sup>45</sup> S. MARCOLINI, *L’ergastolo nell’esecuzione penale contemporanea*, cit., 75.

a lungo<sup>46</sup>, e che nel contenzioso convenzionale hanno fatto ingresso anche grazie ai terzi intervenienti<sup>47</sup>, oltre che alle deduzioni del ricorrente.

### 5. Terza mossa: esigere la collaborazione a ogni costo è contrario alla “dignità umana” del condannato

I rilievi che chiudono il paragrafo precedente hanno ispirato l’ultima (e decisiva) mossa della Corte EDU. Si tratta del passaggio argomentativo più saliente e fecondo – non solo di sviluppi ermeneutici in generale, ma anche, come spesso avviene, di critiche serrate – della sentenza in commento.

Si è detto come la collaborazione – al netto di ipotesi di impossibilità o inesigibilità della medesima, comunque non ricorrenti nel caso di specie – costituisca l’unica strada (“la seule option ouverte”)<sup>48</sup> per la riduzione della pena: *homo faber fortunae suae*, come parrebbe sostenere il Governo italiano<sup>49</sup>. Ebbene, la Corte, preso atto di ciò, nutre seri dubbi sull’effettiva libertà di scelta dell’ergastolano, il quale potrà trovarsi nella condizione di dover scegliere – tra sé e i propri cari; tra sé e altri; peggio, tra sé e la propria coscienza – per ottenere i tanto agognati benefici penitenziari<sup>50</sup>. Quanto vi sia spazio per esigenze rieducative in un siffatto tipo di collaborazione è una domanda legittima con una quasi scontata risposta<sup>51</sup>.

Il rispetto dell’autodeterminazione del condannato è il diretto precipitato del principio della “dignità umana”, espressione che si affaccia, innanzitutto, nelle prospettazioni dei terzi intervenienti<sup>52</sup>. La Corte fa propri tali rilievi e ricorda, come già affermato in *Vinter e altri c. Regno Unito*, che è proprio il principio della “dignità umana” (si badi: la Corte stessa lo inserisce tra virgolette) ad esigere che ai condannati sia assicurata la speranza di riacquisire, un giorno, la propria libertà<sup>53</sup>. Questo passaggio è citato non solo *in itinere*, ma è anche ribadito – *repetita iuvant?* – in sede di conclusioni, dove la Corte aggiunge che tale principio si colloca nel centro nevralgico (“au cœur même”) del sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali<sup>54</sup>.

Quanto alla funzione e all’incidenza concreta di tale concetto sul *reasoning* dei giudici convenzionali, ci si potrebbe chiedere, in tutta franchezza, se la

<sup>46</sup> Su tutti, v. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano*, cit., 16; S. MARCOLINI, *L’ergastolo nell’esecuzione penale contemporanea*, cit., 75; A. PUGIOTTO, *Tre telegrammi in tema di ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1518 ss.

<sup>47</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia (n. 2)*, cit., paragrafi 85-91, nonché 117.

<sup>48</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia (n. 2)*, cit., paragrafo 99.

<sup>49</sup> *Ibidem*, paragrafo 114.

<sup>50</sup> *Ibidem*, paragrafi 116, 118.

<sup>51</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione*, cit., 1516.

<sup>52</sup> Per la posizione dei terzi intervenienti, v. *ibidem*, paragrafi 86 (per gli accademici milanesi) e 89 (per *L’altro diritto*).

<sup>53</sup> Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., paragrafo 122.

<sup>54</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia (n. 2)*, cit., paragrafo 136.

Corte non avrebbe raggiunto il medesimo risultato (cioè: l’accertamento della violazione dell’art. 3 CEDU), pur in assenza di un siffatto argomento. In effetti, la nozione di “dignità umana” rappresenta una delle maggiori *vexatae quaestiones* del dibattito in materia di diritti umani, sia tra cultori del diritto costituzionale che tra cultori del diritto internazionale<sup>55</sup>. Ciò in ragione della difficoltà – se non addirittura l’impossibilità – di attribuire a tale concetto un significato universalmente condiviso e, in conseguenza, di saggiarne le implicazioni giuridiche: vi è chi la ritiene la nozione più “sospetta”<sup>56</sup>, “vuota”<sup>57</sup>, se non addirittura “pericolosa”<sup>58</sup>, nell’armamentario lessicale dei giudici.

Tale principio viene però molto spesso richiamato nella giurisprudenza convenzionale. Vi sono casi in cui la “dignità umana” sembra essere utilizzata *ad adiuvandum*, cioè al fine di fornire un argomento ulteriore per giustificare la protezione di un determinato diritto<sup>59</sup>. In tali ipotesi, la dignità umana pare ridursi a nulla più che un pleonasma – retoricamente efficace, ma normativamente sterile. In altri casi, invece, tale concetto sembra essere impiegato *ad addendum*, ovvero per fondare un’interpretazione estensiva di diritti che, pur già riconosciuti, non includono *quella* particolare garanzia: si tratta, in una certa misura, di un ruolo quasi “maieutico” nella protezione di diritti fondamentali<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Per una prospettiva di diritto costituzionale, si vedano A. RUGGERI, *La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta Online*, disponibile all’indirizzo [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it), 3 giugno 2018, 1 ss.; P. BECCHI, *La dignità umana nel Grundgesetz e nella Costituzione italiana*, in *Ragion Pratica*, 2012, 1, 25 ss.; A. PIROZZOLI, *La dignità dell’uomo. Geometrie costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Passigli, Firenze 2010, 19 ss.; S. HENNETTE-VAUCHEZ, *A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, 9, 32 ss. Per una prospettiva di diritto internazionale, si veda, su tutti, P. DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 3, 573 ss.), nonché pure P. CAROZZA, *Human Dignity*, in D. SHELTON (a cura di), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 345 ss., e C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2008, 19, 655 ss..

<sup>56</sup> P. MARTENS, *Encore la dignité humaine: réflexions d’un juge sur la promotion par les juges d’une norme suspecte*, in AA.VV., *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire: mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, 561 ss.

<sup>57</sup> M. BAGARIC, J. ALLAN, *The Vacuous Concept of Dignity*, in *Journal of Human Rights*, 2006, 257 ss.

<sup>58</sup> Corte EDU, 25 gennaio 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, ricorso n. 68354/01, *Dissenting Opinion of Judges Spielmann and Jebens*, paragrafo 9.

<sup>59</sup> V. ad es. Corte EDU, 28 settembre 2015, *Bouyid c. Belgio*, ricorso n. 23380/09, paragrafo 88, in cui il concetto di dignità umana sfuma nel divieto di uso eccessivo della forza da parte di autorità pubbliche.

<sup>60</sup> Esemplare è Corte EDU, 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, ricorso n. 25965/04, in particolare paragrafo 282 (in tema di applicabilità dell’art. 4 CEDU a fenomeni di tratta: “[t]here can be no doubt that trafficking threatens the human dignity and fundamental freedoms of its victims and

Il caso in esame pare perfettamente inquadrabile in questa seconda categoria di casi: il concetto di “dignità umana” si atteggia ad argomento chiave per suggerire l’estensione del divieto di cui all’art. 3 CEDU anche ai casi in cui i benefici di trattamento sono subordinati a condizioni *di fatto* impossibili da soddisfare, poiché demandanti il massimo sacrificio di beni fondamentali del singolo. Nell’affermare quanto precede, la Corte riempie di nuovo contenuto – per la prima volta in modo compiuto, se si eccettua un precedente *obiter dictum*<sup>61</sup> – il requisito della riducibilità *de facto* della pena espianda.

#### **6. Lo “scacco”: accertamento della violazione e ulteriori deduzioni ex art. 46, par. 1, CEDU.**

La Corte EDU riesce così, con questa terza mossa, a mettere sotto scacco il regime dell’ergastolo ostativo e, in conseguenza, dichiara la responsabilità dell’Italia per la violazione dell’art. 3 CEDU nei confronti del ricorrente nel caso di specie<sup>62</sup>.

Non va dimenticato, infatti, che la Corte è chiamata a pronunciarsi non già in via generale e astratta sulla compatibilità convenzionale di norme interne, quanto piuttosto con riferimento a una specifica applicazione delle medesime a un caso concreto. Ma nemmeno può ignorarsi la prassi secondo cui, al fine di garantire l’adempimento degli obblighi derivanti dalla statuizione dell’organo convenzionale (art. 46, par. 1, CEDU), quest’ultimo può indicare allo Statole misure generali o individuali necessarie per porre fine alla violazione<sup>63</sup>. In effetti, a ben vedere il caso di specie evidenzia un problema “strutturale”<sup>64</sup> dell’ordinamento italiano, in ragione, da un lato, del corposo numero di ricorsi

cannot be considered compatible with a democratic society and the values expounded in the Convention”). Più di recente, proprio rilievi in materia di dignità umana hanno portato ad estendere l’art. 4 CEDU pure a ipotesi di sfruttamento della prostituzione sforniti di elementi di transnazionalità tipici della tratta (cfr. Corte EDU, 19 luglio 2018, *S.M. c. Croazia*, ricorso n. 60561/14, paragrafi 54, 56, ad oggi in fase di *referral* avanti la Grande Camera).

<sup>61</sup> Corte EDU, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*, ricorso n. 140/2010, paragrafo 134.

<sup>62</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., paragrafi 136-138.

<sup>63</sup> Corte EDU, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorsi nn. 39221/98 e 41963/98, paragrafo 249. In generale, v. B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo: effetti ed esecuzione nell’ordinamento italiano*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2006, 295 ss.; P. PIRRONE, *Art. 46*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKI, *Commentario breve alla CEDU*, CEDAM, Padova, 2012, 743 ss.; V. COLANDREA, *On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assandize, Broniowski and Sejdovic Cases*, in *Human Rights Law Review*, 2007, 396 ss.

<sup>64</sup> Su cui v., su tutti, A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

analoghi attualmente pendenti avanti la Corte<sup>65</sup> e, dall’altro lato, del dato statistico di ergastolani in regime ostativo (circa il 72% dei condannati alla pena perpetua)<sup>66</sup>.

La Corte EDU, pur a fronte di un complesso di violazioni su larga scala, non ritiene di dover attivare la (ormai rodada) procedura “pilota”<sup>67</sup>; piuttosto, in modo implicito (o, come si suole dire, con una procedura “quasi-pilota”)<sup>68</sup>, essa, dopo aver identificato l’esistenza di un problema strutturale e le sue cause, indica misure conformative, di carattere generale, finalizzate alla ripetizione di nuovi illeciti e consistenti, segnatamente, nell’adozione – “de préférence par initiative législative”<sup>69</sup> – di una riforma del regime dell’ergastolo ostativo. Su questa scelta della Corte siano consentite tre osservazioni.

Primo, non sembra che la Corte si sia spinta, così facendo, oltre al ruolo che le spetta, cioè il controllo del rispetto dei diritti sanciti nella Convenzione nel caso di specie. Una critica in questo senso è mossa dal giudice polacco Wojtyczek, il quale, nella propria opinione dissenziente, rimprovera alla maggioranza di valutare la legislazione italiana *in abstracto*, prescindendo, cioè, dalla sua concreta incidenza sulla situazione individuale del ricorrente<sup>70</sup>. Tale ricostruzione non pare del tutto convincente: i due piani – concreto e generale – non sono infatti in rapporto di mutua esclusione (*aut-aut*), ma ben possono convivere nella soluzione dello specifico caso (*et-et*). A conferma di ciò, che la Corte EDU assuma, con riferimento a casi che denotino difetti strutturali del (e nel) l’ordinamento nazionale, il ruolo di giudice “semi-” o “quasi-” costituzionale è un dato ampiamente accettato, oltre che dalla dottrina, nella prassi giudiziaria della Corte<sup>71</sup>.

Secondo, l’invito alla riforma legislativa dell’ergastolo è tanto più pressante quanto più non solo si inserisce in un quadro di numerose proposte di riforma, tristemente fallite – tra cui quelle avanzate dalla commissione Palazzo e dalla

<sup>65</sup> Così Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., paragrafo 141.

<sup>66</sup> Il dato è ripreso da *L’altro diritto*: v. Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., paragrafo 88.

<sup>67</sup> Come avvenuto, ad esempio, in materia di sovraffollamento carcerario: Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ricorsi nn. 43517/09 e altri; per un commento, v. su tutti G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 147 ss..

<sup>68</sup> Così A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, cit., 39.

<sup>69</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., paragrafo 143.

<sup>70</sup> *Ibidem*, *Opinion Dissidente du Juge Wojtyczek*, paragrafo 6.

<sup>71</sup> Su tutti, v. V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU. Tra Corte Costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Key editore, Milano, 2019, in particolare 48 ss.; in generale, si rimanda ai contributi in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*.

riforma Orlando<sup>72</sup> –, ma giunge anche in un momento contraddistinto, come già si è detto in apertura, da una riscoperta tendenza legislativa a far ricorso al regime ostativo pure in relazione a reati che poco o nulla hanno a che fare con fenomeni di (e dunque esigenze di repressione della) criminalità organizzata<sup>73</sup>. La congiuntura storica attuale non pare, insomma, il terreno più fertile per la fioritura di una cultura sanzionatorio-carceraria tale da superare una volta per tutte, come da più parti auspicato, l'ergastolo ostativo.

Terzo, la via legislativa alla riforma dell'ergastolo ostativo non esclude, se necessario, altre vie: la Corte EDU ribadisce infatti come rientri nel margine di apprezzamento dello Stato la predisposizione di meccanismi che consentano la valutazione dei progressi rieducativi anche dell'ergastolano non-collaborante<sup>74</sup>. In particolare, non è da escludersi che, nell'inerzia del legislatore – come sovente è avvenuto ed avviene –, ad espungere dall'ordinamento le disposizioni in questione sia la Corte costituzionale.

## 7. Le possibili mosse dei giudici italiani

Tale ultima riflessione suggerisce come, a muovere da qui in avanti le pedine sullo scacchiere, potrebbero essere non (solo) il legislatore, ma (anche) i giudici. Un ulteriore profilo verso il quale volgere lo sguardo attiene dunque all'efficacia che la pronuncia della Corte di Strasburgo avrà nell'ordinamento italiano e, più nello specifico, sulla sua idoneità a condizionare l'applicazione e l'interpretazione delle disposizioni regolanti l'ergastolo ostativo da parte del giudice comune.

A partire dalle note “sentenze gemelle” del 2007<sup>75</sup>, la Corte costituzionale ha stabilito che le norme convenzionali – e, segnatamente, quelle di cui alla CEDU – si collocano, nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano, in una posizione “interposta” tra legge ordinaria (rispetto alla quale risultano sovraordinate) e Costituzione (rispetto alla quale, invece, rimangono subordinate). Detto in altri termini, le disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte EDU, operano quali “parametro interposto” per la valutazione della legittimità costituzionale della legislazione ordinaria<sup>76</sup>. Da ciò sembra potersi derivare – non senza critiche – come la Corte di Strasburgo goda di una

<sup>72</sup> Ne parlano L. EUSEBI, *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione*, cit., 1516-1517 ed E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1500 ss., in particolare 1503-1504.

<sup>73</sup> M. PELLISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo*, cit.

<sup>74</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., paragrafo 144.

<sup>75</sup> Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348; Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349. Per un commento alle pronunce, v. su tutti P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 311 ss.

<sup>76</sup> V. ad es. Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, punto 4.6 del “considerato in diritto”: “tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di

sorta di “monopolio interpretativo” della Convenzione, di guisa che ai giudici interni non resti che adeguarsi, sempre e comunque, all’indirizzo ermeneutico seguito dalla Corte EDU<sup>77</sup>: *Argentoratum locutum, causam finitam*<sup>78</sup>. Tuttavia, già dal testo delle “sentenze gemelle” il monopolio interpretativo emerge in forma assai temperata o, letteralmente, “condizionata”<sup>79</sup>. La giurisprudenza costituzionale successiva ha, di fatto, avallato tale concezione<sup>80</sup>, culminata con la celebre sentenza n. 49 del 2015<sup>81</sup>. Tralasciando il (pur stimolante) dibattito che suddetta pronuncia ha stimolato in dottrina<sup>82</sup>, il giudice interno è “vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo” nei (soli) casi in cui si sia in presenza di una “sentenza pilota” o di un “diritto consolidato”<sup>83</sup>. Mentre la prima ipotesi è di facile individuazione (basta leggere... un comunicato stampa della Corte EDU), più complicato è ricostruire la nozione di “diritto consolidato”. A tal proposito, la stessa Corte costituzionale fornisce alcuni “indici” capaci di orientare il giudice comune nel discernimento tra ciò che è “diritto consolidato” e ciò che (ancora?) non lo è.

Proviamo ora a verificare, alla luce di tali indici, la corrispondenza al “diritto consolidato” dell’interpretazione dell’art. 3 CEDU seguita dalla Corte nel caso in commento; tale operazione non pare affatto inutile, se si vuole sondare il terreno per una nuova questione di legittimità costituzionale che abbia ad oggetto, per il tramite dell’art. 117, co. 1, Cost., il parametro interposto di cui alla CEDU nell’interpretazione resa dalla Corte EDU in *Viola c. Italia* (n. 2).

Un primo novero di indici che la Corte costituzionale individua è la “creatività del principio affermato” rispetto al “solco tradizionale” della giurisprudenza europea, da considerare alla luce di “eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce” del giudice convenzionale. Ebbene, se pure è vero che in pochissimi casi la Corte di Strasburgo si è trovata

adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione”.

<sup>77</sup> In questo senso, v. Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, punto 6.2 del “considerato in diritto”. *Contra*, v. L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l’adattamento dell’ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 291 ss.; D. RUSSO, *La “confisca in assenza di condanna” tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all’indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2, 2014, 11-12.

<sup>78</sup> B. HALE, *Argentoratum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?*, in *Human Rights Law Review*, 2012, 65 ss..

<sup>79</sup> Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, punto 4.7 del “considerato in diritto”: “[s]i deve [...] escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti”.

<sup>80</sup> Su tale giurisprudenza, v. *amplius* P. ROSSI, *L’interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, disponibile all’indirizzo: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, in particolare 10 ss.

<sup>81</sup> Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49.

<sup>82</sup> Per ogni rimando, v. P. ROSSI, *L’interpretazione conforme*, cit., 14.

<sup>83</sup> Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 7 del “considerato in diritto”.

a pronunciarsi su forme di ergastolo in cui l'eventuale ammissione a benefici sia subordinata all'effettiva collaborazione del condannato<sup>84</sup>, si è già ampiamente detto come la sentenza in esame si ponga in linea di stretta continuità – se non di armoniosa evoluzione – rispetto alla propria giurisprudenza.

Un secondo raggruppamento di indici è costituito dalla “ricorrenza di opinioni dissenzienti” o dalla provenienza della decisione (Camera o Grande Camera). Nel caso di specie, un'unica opinione dissenziente (ma, condivisibile o meno, corredata da una solida argomentazione) è stata allegata alla decisione<sup>85</sup>. Tale circostanza, unitamente alla provenienza della pronuncia, potrebbe dunque essere valorizzata al fine di negare la corrispondenza della pronuncia di Strasburgo al “diritto consolidato” e, quindi, di giustificare un'eventuale dipartita dall'indirizzo ermeneutico seguito dal giudice convenzionale.

Quanto all'ultimo indice offerto dalla Corte costituzionale, vale a dire la pertinenza delle valutazioni del giudice europeo con l'ordinamento italiano<sup>86</sup>, basti evidenziare quanto segue. Oggetto diretto del sindacato convenzionale è la concreta applicazione proprio delle disposizioni in materia di ordinamento penitenziario: non si tratta, dunque, di svolgere comparazioni con ordinamenti terzi. E vi è di più, poiché la Corte EDU non pare essersi sottratta a un confronto con la storia politico-giuridica dell'ergastolo ostativo e, quindi, con il sostrato di esigenze di lotta alla criminalità organizzata e, più nello specifico, di stampo mafioso che ispirarono, meno di trent'anni fa, l'introduzione dell'istituto<sup>87</sup>.

A parere di chi scrive, soprattutto valorizzando il dato della recentissima “svolta critica” del Giudice delle leggi nei confronti dell'attuale ergastolo ostativo, l'applicazione degli indici di cui alla sentenza n. 49/2015 depone a favore della corrispondenza al “diritto consolidato” delle statuizioni in *Viola c. Italia* (n. 2). Tale circostanza, allora, ben potrebbe costituire per il giudice comune – su cui incombe, com'è noto, l'obbligo di prendere in considerazione l'interpretazione della CEDU offerta dalla Corte e, a propria volta, di interpretare le disposizioni interne in senso conforme<sup>88</sup> – l'occasione per effettuare una nuova “mossa” contro l'ergastolo ostativo: sollevare la questione di legittimità costituzionale invocando, oltre che i già citati artt. 3 e 27, co. 3, Cost., pure l'art. 117, co. 1, Cost. e il parametro interposto costituito dall'art. 3 CEDU.

<sup>84</sup> Corte EDU, *Trabelsi c. Belgio*, cit.

<sup>85</sup> Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., *Opinion Dissidente du Juge Wojtyczek*, cit..

<sup>86</sup> Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 7 del “considerato in diritto”: “il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano”.

<sup>87</sup> V. ad es. Corte EDU, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., paragrafo 130.

<sup>88</sup> P. ROSSI, *L'interpretazione conforme*, cit., in particolare 21 ss.

Così facendo, si potrebbe mettere in “scacco matto” una forma di ergastolo che, equiparando *ope legis* la mancata collaborazione alla pericolosità sociale, preclude l’apprezzamento *in concreto* dei progressi trattamentali del condannato da parte del giudice. Che a ciò debbano provvedere i giudici, all’esito di censure di costituzionalità strutturalmente inidonee ad appagare appieno spinte riformiste, è però sconcertante, se uno degli obiettivi cui porre mente – come non cessano di ripetere i *defensores* del “fine pena: mai” – è quello di non recare pregiudizio alle esigenze di lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Approntare un sistema penitenziario che offra programmi di protezione per quanti collaborano con le autorità, nonché per i loro familiari, che sappia coniugare istanze di neutralizzazione e rieducazione, e che – in ultima battuta – rispetti i diritti fondamentali del condannato è compito rispetto al quale un legislatore dovrebbe massimamente evitare di mostrarsi indolente.