

L'opinione del giudice Wojtyczek nel caso Viola c. Italia.

di *Sergio Romice*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La tutela del diritto alla vita. – 3. La logica della decisione. – 4. Il superamento delle scelte di politica giudiziaria del Governo Italiano. – 5. La libertà del non collaborante. – 6. La pena risocializzante. – 7. Le vie d'uscita dal 4 bis. – 8. La presunzione assoluta. – 9. Il margine di apprezzamento. – 10. Conclusioni.

1. Premessa.

Il caso Viola, conclusosi con la condanna dell'Italia, sei voti contro uno, per violazione dell'articolo 3 della Convenzione, sta suscitando enorme interesse nell'opinione pubblica¹ e in numerosi studiosi², ma sta alimentando speranze, in coloro che si trovano ristretti in carcere, perché condannati all'ergastolo, per delitti rientranti nei divieti posti dall'art.4 bis primo comma O.P., di poter vedere, come dice la Corte Europea, “rimessa in discussione la presunzione assoluta di pericolosità sociale” ad opera di un Giudice in una “prospettiva di rilascio”³.

La decisione sul caso, come accennato, non è stata presa con decisione unanime dai giudici componenti della CEDU.

L'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek, come di norma avviene per tutte le decisioni della CEDU, è stata resa nota in allegato alla stessa decisione.

Sono numerose le riserve espresse da questo giudice sulla decisione del caso Viola, adottata a maggioranza.

¹ Si veda la rassegna pubblicata da Ornella Favero in www.ristretti.it.

² E.DOLCINI, E.FASSONE, D.GALLIANI, P.PINTO DE ALBUQUERQUE, A.PUGIOTTO, Il diritto alla speranza – l'ergastolo nel diritto penale costituzionale TORINO,2019; M.S. MORI – V. ALBERTA, Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo, in www.giurisprudenzapenale.com 14/6/2019;

M.PELISSERO, Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c.Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari in www.sidiblog.org ,2019; A. MARTINO, L'ergastolo “ostativo” alla prova della Corte EDU. Brevi osservazioni sulla sentenza Viola c. Italia www.diritticomparati.it; V. MANCA, Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale Arch. Penale [Fascicolo n. 2 – Maggio-Agosto 2019 \(Web\)](http://www.fascicolo.n.2-Maggio-Agosto-2019-Web); S.SANTINI, Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”, dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana, in www.penalecontemporaneo.it; A.SCARCELLA, La normativa italiana sul c.d. ergastolo ostativo è contraria alla Convenzione EDU, in www.quotidianogiuridico.it.

³ Espressione questa utilizzata a partire dalla sentenza Kafkaris c. Cipro 12/2/2008 § 127; si veda anche Öcalan c.Turchia 18/3/2014 § 203, e László Magyar c. Ungheria, 20 maggio 2014 §§ 57 e 58,).

Le importanti argomentazioni critiche del giudice dissenziente, seppur non schematizzate nell'allegato, sono riconducibili, da un lato, alla categoria del fatto e, dall'altro, alla categoria del diritto della decisione.

Alle critiche in punto di fatto e di diritto, si aggiungono alcune considerazioni che pur sempre in chiave critica della decisione, tendono a "giustificare" la stessa opinione dissenziente.

2. La tutela del diritto alla vita.

Ci riferiamo, in particolare, alle affermazioni di esordio dell'opinione dissenziente che riguardano l'art.2 paragrafo 1 della CEDU; secondo il giudice Wojtyczek, da questa norma "deriva l'obbligo (positivo) dello Stato "di assicurare il diritto alla vita, ponendo in essere un quadro giuridico e amministrativo idoneo a dissuadere dal commettere delle violazioni contro la persona, che si basi su un meccanismo di prevenzione, repressione e sanzionatorio delle violazioni"⁴.

Il riferimento dell'opinione del giudice Wojtyczek è, precisamente, agli obblighi positivi, sul piano materiale o sostanziale, ricostruiti dalla giurisprudenza della CEDU, in capo agli Stati membri⁵; o al dovere generale di porre in essere tutte le misure adeguate a prevenire ed evitare che la vita umana sia posta in pericolo e di offrire delle garanzie generali sul diritto alla vita attraverso l'adozione di misure specifiche di tutela dei singoli individui.

Tra le garanzie generali del diritto alla vita che l'ordinamento giuridico statale deve offrire, al fine di dissuadere dalla commissione di atti che esponano a pericoli la vita umana, rientra anche un rigoroso sistema sanzionatorio per le ipotesi in cui sia leso illegittimamente il diritto alla vita. In particolare, è considerato un obbligo gravante indistintamente su tutte le parti della CEDU, l'istituzione di una legislazione penale atta a dissuadere in concreto dal commettere tentativi di ledere il bene della vita, assistita da meccanismi applicativi concepiti per prevenire e sanzionare la violazione⁶. L'adeguatezza della legislazione penale, con riguardo agli obblighi di protezione del diritto alla vita, va misurata in riferimento all'effettività del diritto penale nel concreto contesto di riferimento.

⁴ Makaratzis v. Grecia [GC], n. 50385/99, § 57, CEDU 2004-XI; L.C.B. C. Regno Unito 9.6.1998 §36: citazione di Wojtyczek.

⁵ Dagli obblighi positivi sul piano materiale o sostanziale vanno distinti gli obblighi positivi che riguardano il piano procedurale; sul piano procedurale l'art.2 della CEDU impone un obbligo positivo comunemente definito come un obbligo di mezzi e non di risultato, in quanto la CEDU ribadisce costantemente che esso impone agli Stati membri di condurre indagini adeguate e non di raggiungere il risultato della punizione degli individui autori della violazione, data l'incertezza del risultato di ogni attività di individuazione, cattura e repressione penale dei responsabili: Mc Kerr c.Regno Unito n 28883/95 23/2/2005 §113; Kelly e altri c. Regno Unito, 4/5/2001 n. 30054/96, §§ 96-97, in S.BARTOLE, P. DE SENA, V.ZAGREBELSKY, Commentario Breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, PADOVA,2012,51

⁶ Mahmut Kaya c. Turchia 28/3/2000 §85; Kilic c.Turchia 28/3/2000§62; GC, K.-H. W. c. Germania 22/3/2001 §89, tutte citate in S.BARTOLE, P. DE SENA, V.ZAGREBELSKY, cit. sub art.2.

Qualora si versi in un contesto normativo insufficiente, che abbassi il livello di protezione legale del diritto alla vita al di sotto di quanto è richiesto in una società democratica, la Corte Europea considera che le carenze della legislazione penale nella loro concreta modalità di applicazione, possono integrare una violazione dell'obbligo positivo di prevenire le lesioni del diritto alla vita. Secondo il giudice Wojtyczek, "questo obbligo riguarda, in particolare, la protezione contro il crimine organizzato. Le Alte Parti contraenti hanno l'obbligo di adottare delle misure efficaci per smantellare le organizzazioni criminali che costituiscono una minaccia per la vita delle persone. Per raggiungere questo obiettivo, è cruciale distruggere la solidarietà tra i membri di tali organizzazioni e infrangere la relativa legge del silenzio. A tal fine, le autorità nazionali devono adottare delle misure idonee, tenuto conto delle circostanze specifiche del loro paese".

L'affondo del giudice Wojtyczek, con tali considerazioni, è profondissimo, poiché trascende il caso concreto affrontato dalla Corte o le motivazioni che sostengono la decisione, coinvolgendo il fondamento della tutela pattizia del diritto alla vita (o del "nocciolo duro" della Convenzione EDU); al diritto alla vita spetta, infatti, una posizione speciale all'interno della convenzione, se non altro perché, senza la protezione del diritto alla vita, il godimento di ogni altro diritto e libertà garantito dalla CEDU diventa illusorio.

La necessità degli Stati membri di dissuadere gli individui dalla commissione di atti che espongono a pericoli la vita umana anche attraverso l'adozione di un rigoroso sistema sanzionatorio o l'istituzione di una legislazione penale atta a dissuadere in concreto dal commettere omicidi, nelle considerazioni del giudice Wojtyczek, sarebbe stata trascurata o non considerata adeguatamente; il tutto in un quadro argomentativo complessivo, in cui è la stessa decisione sul caso Viola a ricordare (§107) "che la scelta degli Stati circa il regime complessivo della propria giustizia penale, ivi compreso il riesame della pena e le modalità di liberazione, sfugge in linea di principio al controllo europeo esercitato dalla stessa Corte, purché il sistema non disconosca i principi della Convenzione".

3. La logica della decisione.

Dubitando, in tal modo, sul fondamento della decisione assunta dalla CEDU, il giudice Wojtyczek prende le mosse dal caso concreto e afferma: "Il ricorrente, che è stato condannato all'ergastolo, dirigeva un'organizzazione criminale. Si tratta di una organizzazione che continua a rappresentare una minaccia per la vita e la sicurezza delle persone in Italia. Il ricorrente detiene delle informazioni che potrebbero aiutare le autorità a perseguire altre persone attive all'interno di quest'organizzazione e contribuire così a ridurre considerevolmente la minaccia che pesa sulla vita delle persone e impedire nuovi crimini. Rifiuta, tuttavia, di comunicare le informazioni rilevanti alle autorità, protestando la sua innocenza e invocando il timore per la sua vita e quella dei membri della sua famiglia. Il Tribunale di Sorveglianza dell'Aquila ha notato, in particolare, che: "la cosca era sempre attiva nel territorio di Taurianova, che il ricorrente era il capo riconosciuto

di un'organizzazione criminale e che l'osservazione quotidiana dell'interessato non aveva fatto emergere che questi avesse compiuto una valutazione critica del suo passato criminale" (paragrafo 22 della sentenza)⁷. "A fronte di questa situazione," dice Wojtyczek, "aspettarsi che il ricorrente aiuti le autorità italiane a salvare delle vite umane, comunicando loro le informazioni, non sembra essere irragionevole." "Se il ricorrente nel presente caso è tuttora detenuto", continua Wojtyczek "non è perché è ritenuto socialmente pericoloso, ma perché è stato condannato ad una certa pena, che soddisfa nel loro complesso le funzioni della pena. È detenuto, in particolare, perché la sua detenzione è necessaria per dare un sentimento di giustizia alle famiglie delle vittime e alla società italiana in generale, nonché per dissuadere altri potenziali criminali dal commettere reati simili. Motivi legittimi di ordine penologico giustificano quindi il mantenimento in detenzione dell'interessato." "Nel corso degli anni, migliaia di criminali hanno collaborato con le autorità e hanno beneficiato di tali misure. La minaccia che il crimine organizzato fa pesare sui "pentiti" non raggiunge un livello capace di paralizzare l'applicazione di queste misure. Il ricorrente stesso è stato condannato grazie alla collaborazione con la giustizia di due persone "pentite"."

Partendo da tali dati di fatto, Wojtyczek esprime forti critiche sui passaggi logici della decisione. Egli nota come la Corte EDU, non sembri trarre le dovute conclusioni dai fatti appena evidenziati. Mancherebbe uno specifico approfondimento sulla posizione del ricorrente rispetto alla sua scelta di non collaborare con la giustizia.

Nella decisione della Corte EDU (§118) "La mancanza di collaborazione potrebbe essere non sempre legata ad una scelta libera e volontaria"

"Se capisco correttamente i miei colleghi," dice Wojtyczek, "L'approccio della maggioranza valuta la legislazione nazionale in abstracto e la mette in discussione nel suo insieme, per il solo fatto che, in certi casi, può produrre degli effetti problematici. A mio avviso, la questione rilevante, nel contesto dell'esame di un ricorso individuale da parte della Corte, non è quella di sapere se la scelta in questione è sempre libera e volontaria, ma piuttosto di determinare se la scelta concreta del detenuto interessato è libera e volontaria."

È possibile che Wojtyczek ritenga, in tal modo, che il vero oggetto della decisione sia più la legislazione italiana nel suo complesso, che la posizione del condannato Viola, anche se poi, nell'accogliere il ricorso, la CEDU condanna lo Stato Italiano a risarcire il ricorrente.

⁷ Si riporta i paragrafo 22 della sentenza§22. Nel caso di specie, il Tribunale di Sorveglianza ritenne che non si fosse raggiunta la prova positiva della rottura di questi legami. Rilevò, al contrario, che la cosca era ancora attiva nel territorio di Taurianova, che il ricorrente era il capo riconosciuto di un'organizzazione criminale e che l'osservazione quotidiana dell'interessato non aveva fatto emergere che questi avesse compiuto una valutazione critica del suo passato criminale. Conseguentemente, senza esaminare nel merito la questione di costituzionalità proposta dal ricorrente, la domanda fu respinta. L'ordinanza del T.d.S. fu confermata dalla Corte di Cassazione, il 7 novembre 2012 (sentenza n. 3107/12).

4. Il superamento delle scelte di politica giudiziaria del Governo Italiano.

Non meno incisive appaiono le critiche del Giudice Wojtyczek sulla parte motiva della decisione che riguarda il diritto.

Wojtyczek afferma, innanzitutto, che “La legislazione italiana non priva le persone condannate all’ergastolo, per crimini tra i più pericolosi per la società, della speranza di ottenere un giorno la libertà. Prevede la possibilità di una liberazione condizionale, ma subordina questa alla condizione della collaborazione con la giustizia.”. “Le autorità italiane hanno adottato una legislazione che permette ai criminali implicati nella criminalità organizzata di ottenere degli sconti di pena in caso di collaborazione con le autorità”. “La minaccia che il crimine organizzato fa pesare sulle persone che infrangono la legge del silenzio non sembra essere un ostacolo insormontabile nell’applicazione di diverse misure che mirano alla collaborazione dei criminali con le autorità inquirenti.”.

In questo modo, il giudice Wojtyczek critica uno dei motivi più importanti a sostegno della decisione della Corte e sembra far proprie, sul punto specifico, le osservazioni del Governo Italiano⁸.

⁸ Si riportano i passi più significativi della posizione del Governo Italiano sulla questione Viola: §75. “il Governo tiene a ricordare innanzitutto il contesto particolare in cui è applicato l’articolo 4 bis. Afferma che, a causa dell’estrema gravità dei delitti in questione, per i quali l’elemento mafioso si caratterizzerebbe dalla solidità del legame e la sua stabilità nel corso del tempo, il regime del caso di specie richiede di dimostrare in modo tangibile, con la collaborazione con le autorità, vuoi la riuscita del percorso rieducativo in carcere, vuoi la “dissociazione” dall’ambiente criminale.” “il detenuto deve essere in grado di provare, alla fine del suo percorso di risocializzazione, che ha rifiutato i “valori criminali”, contribuendo alla “disintegrazione” dell’associazione mafiosa e al ristabilimento della legalità. §79. “il sistema offre una prospettiva concreta all’ergastolano, da una parte, permettendo che questi possa accedere ai benefici penitenziari in caso di collaborazione “impossibile” o “inesigibile” (il Governo ha trasmesso un elenco molto dettagliato delle pronunce che fanno giurisprudenza su questo aspetto) e, dall’altra parte, connettendo alla libera scelta dell’interessato di collaborare, e non a un automatismo legislativo, la possibilità di ottenere questi stessi benefici. Ciò giustificherebbe la scelta del legislatore di dare priorità alle esigenze di prevenzione generale e di protezione della società.” §80. “il ricorrente ha avuto sempre l’opportunità di collaborare con l’autorità giudiziaria, per fornire la prova inconfutabile della sua completa riabilitazione.” §81. “il sistema interno prevede due altri rimedi, alternativi alla domanda di liberazione condizionale: la domanda di grazia presidenziale, prevista dall’articolo 174 del CP e la domanda di sospensione dell’esecuzione della pena per motivi di salute, prevista dagli articoli 147 e 148 dello stesso codice. §82. “la legislazione italiana prevede una procedura di riesame della pena a vita, fondata su criteri chiari ed oggettivi. Gli effetti della collaborazione con la giustizia sarebbero chiaramente stabiliti dall’articolo 58 ter del CP e conosciuti in anticipo dai condannati. §83. “il sistema italiano garantisce ai detenuti condannati all’ergastolo una possibilità di lavorare al loro reinserimento, in applicazione dell’obbligo positivo nascente dagli articoli 3 e 8 della Convenzione. L’obiettivo di reinserimento sarebbe perseguito dalla legge dell’ordinamento penitenziario, anche per i condannati alla pena a vita cosiddetta “ergastolo ostativo”, attraverso l’individualizzazione del trattamento penitenziario (sostegno costante agli interessi culturali, umani e professionali dei detenuti, soppressione degli ostacoli allo sviluppo personale e promozione della risocializzazione).” §84. “il legislatore non ha fatto altro che

Nella sentenza Viola contro Italia, la CEDU ha affermato su questo punto che “se è vero che il regime interno offre al condannato la scelta di collaborare o meno con la giustizia, la Corte dubita della libertà di questa scelta, come dell’opportunità di stabilire un’equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato.”. “La mancanza di collaborazione potrebbe essere non sempre legata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata unicamente dalla persistenza dell’adesione ai “valori criminali” e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza”. “Si potrebbe ragionevolmente essere messi di fronte alla situazione dove il condannato collabora con le autorità, senza che tuttavia il suo comportamento rifletta un cambiamento da parte sua o una “dissociazione” effettiva dall’ambiente criminale, in quanto l’interessato potrebbe agire con l’unico proposito di ottenere i vantaggi previsti dalla legge”. “Considerando la collaborazione con le autorità come la sola dimostrazione possibile della “dissociazione” del condannato e del suo cambiamento, non si è tenuto conto degli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto. In effetti, non è escluso che la “dissociazione” con l’ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia.”

Tali affermazioni della CEDU costituiscono un passaggio fondamentale della decisione, probabilmente il più rilevante, in grado, però, di assumere una valenza politica, poiché contrastano con le scelte di politica Giudiziaria compiute dall’Italia in materia di lotta alla criminalità organizzata.

È la stessa CEDU (§103) a ricordare “L’obiettivo di politica criminale, sottostante alla disciplina del 4 bis” ; “Il legislatore” (italiano n.d.s.) “ha esplicitamente privilegiato le finalità di prevenzione generale e di protezione della collettività, chiedendo ai condannati per i delitti in questione di dare prova di collaborazione con le autorità, collaborazione valutata come uno strumento di importanza capitale nella lotta contro il fenomeno mafioso. Secondo il Governo, la specificità del fenomeno conduce all’esigenza di prevedere un regime di reclusione a vita diverso dal regime ordinario di cui all’articolo 22 del CP.”. E, inoltre, a ricordare (§104) “la specificità dell’associazione mafiosa e l’accordo concluso tra i suoi appartenenti, associazione che si contraddistingue per essere particolarmente solida e caratterizzata da una certa continuità”.

Nonostante tali certezze, la CEDU liquida l’equazione collaborazione – cambiamento (e superamento delle preclusioni).

Sul punto Wojtyczek è chiaro: “per raggiungere l’obiettivo di smantellare le organizzazioni criminali “è essenziale distruggere la solidarietà tra i membri di una siffatta organizzazione e infrangere la legge del silenzio ad essa collegata”.

aggiungere una condizione ulteriore per i condannati all’ergastolo entro il regime disciplinato dall’articolo 4 bis. “una volta soddisfatta questa condizione, che il detenuto è libero di rispettare collaborando con le autorità, questi può aspirare alla liberazione condizionale e ai benefici penitenziari. Il sistema italiano è dunque, nella visione del Governo, compatibile con l’articolo 3 della Convenzione.”

Diversamente la CEDU ritiene possibile che “altri elementi” diversi dalla collaborazione, permettano “di valutare i progressi compiuti dal detenuto” nella convinzione che la “dissociazione” con l’ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla “collaborazione con la giustizia.”

E tali elementi “altri”, nella decisione della Corte, non vengono concretamente precisati, ma soltanto identificati, genericamente, “nell’evoluzione della personalità” o “nei risultati positivi del percorso di risocializzazione”. La corte (§125) “ritiene che la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso. Essa può evolvere durante la fase di esecuzione della pena, come vuole la funzione di risocializzazione, che permette alla persona di rivedere in maniera critica il suo percorso criminale e di ricostruire la sua personalità⁹”.

Resterebbe pertanto aperto il grave problema di stabilire precisamente come e con quali prove, un condannato alla pena dell’ergastolo, per gravi delitti di mafia, non collaborante, possa dimostrare di essere cambiato; temo che a tal fine non possa bastare una indagine introspettiva, annotata in una relazione di uno psicologo¹⁰.

5. La libertà del non collaborante.

In secondo luogo, il giudice Wojtyczek mostra di non comprendere bene o di non essere sicuro di aver ben compreso il pensiero dei giudici della decisione quando affermano che “la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria” del condannato.

La Corte cita a questo proposito le parole del terzo interveniente “L’altro diritto onlus”, relative alla sua attività di osservazione diretta di detenuti condannati

⁹ Murray c. Paesi Bassi C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 26 aprile 2016 § 102 si riporta il testo in inglese del paragrafo 102: “The Court observes that the principle of rehabilitation, that is, the reintegration into society of a convicted person, is reflected in international norms (see paragraphs 70-76 above) and has not only been recognised but has over time also gained increasing importance in the Court’s case-law under various provisions of the Convention (see, apart from Vinter and Others, cited above, for instance Mastromatteo v. Italy [GC], no. [37703/97](#), § 72, ECHR 2002-VIII; Dickson v. the United Kingdom [GC], no. [44362/04](#), § 28, ECHR 2007-V; James, Wells and Lee v. the United Kingdom, nos. [25119/09](#), [57715/09](#) and [57877/09](#), § 209, 18 September 2012; and Khoroshenko v. Russia [GC], no. [41418/04](#), §§ 121 and 144-145, ECHR 2015). In a slightly different context the Court has, moreover, held that, in circumstances where a Government seek to rely solely on the risk posed by offenders to the public in order to justify their continued detention, regard must be had to the need to encourage the rehabilitation of those offenders (James, Wells and Lee, cited above, § 218). One of the aims of rehabilitation is to prevent reoffending and thus to ensure the protection of society.”

¹⁰ Secondo il Dipartimento di studi internazionali giuridici e storico politici dell’Università degli Studi di Milano, il non collaborante potrebbe riabilitarsi attraverso la propria esplicita dissociazione dall’associazione criminale, prendendo pubblicamente posizione contro ogni tipo di criminalità e violazione della legalità” e attraverso la manifestazione “del proprio rimorso nei confronti delle vittime adoperandosi nei loro confronti adempiendo a tutte le obbligazioni derivanti dal reato”, in Amicus Curiae 15 settembre 2017 versione in italiano pubblicata in in E.DOLCINI, E.FASSONE, D.GALLIANI, P.PINTO DE ALBUQUERQUE, A.PUGIOTTO, Il diritto alla speranza – l’ergastolo nel diritto penale costituzionale TORINO,2019, 240.

all'ergastolo regolato dall'articolo 4 bis. Secondo questo terzo interveniente, la ragione principale del rifiuto di collaborare con la giustizia risiederebbe nel timore per i detenuti condannati per delitti di tipo mafioso di mettere in pericolo la loro vita o quella dei loro familiari". Ciò consentirebbe di dedurre che la mancanza di collaborazione (che non sempre è legata ad una scelta libera e volontaria), non è nemmeno giustificabile unicamente dalla persistenza dell'adesione ai "valori criminali" e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza.

Nello svolgere un tale ragionamento la CEDU cita le motivazioni di Corte Costituzionale n.306/1993 e gli orientamenti giurisprudenziali più recenti tendenti al ridimensionamento degli automatismi o dell'equazione legale "collaborazione – superamento della preclusioni"¹¹.

Tuttavia, il riferimento alla mancanza di libertà nella scelta di non collaborare, nell'economia della decisione, sembra limitativo.

Occorrerebbe osservare, infatti, che quando l'associazione è ancora in vita e non vi sono le condizioni per una dichiarazione di collaborazione impossibile o inesigibile, il condannato è sempre destinato a "subire" l'ingombrante presenza del vincolo associativo¹².

Si vuol dire che ad essere esposta alla intollerabile pressione del gruppo mafioso non è solo la scelta di non collaborare ma tutta la vita dell'affiliato¹³.

¹¹ §132: La Corte osserva, in subordine, che, a livello interno, sembra svilupparsi una recente tendenza in favore di una rimessa in discussione della presunzione assoluta di pericolosità sociale, come provano la sentenza n. 149 dell'11 luglio 2018 della Corte Costituzionale (paragrafo 43, qui sopra), l'ordinanza di rinvio della Corte di Cassazione alla Corte Costituzionale relativa alla legittimità costituzionale dell'articolo 4 bis (paragrafo 48, qui sopra), nonché i due recenti progetti di riforma dell'articolo 4 bis, di fonte governativa (paragrafi 49 e 50, qui sopra).

¹² La giurisprudenza italiana, ha più volte ricordato che il delitto di associazione di tipo mafioso è "normativamente connotato – di riflesso ad un dato empirico-sociologico – come quello in cui il vincolo associativo esprime una forza di intimidazione e condizioni di assoggettamento e di omertà, che da quella derivano, per conseguire determinati fini illeciti. Caratteristica essenziale è proprio tale specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso"(C.Cost.231/2011, in motivazione) Nel caso dell'associazione mafiosa, differenziandosi questa dalla comune associazione per delinquere per la sua peculiare forza di intimidazione derivante dai metodi usati e dalla capacità di sopraffazione a sua volta scaturente dal legame che unisce gli associati (ai quali si richiede di prestare quando necessario concreta attività diretta a piegare la volontà dei terzi che vengano a trovarsi in conflitto con l'associazione e che ad essa eventualmente resistano) il detto contributo può essere costituito anche dalla dichiarata adesione all'associazione da parte del singolo il quale presti la sua disponibilità ad agire come uomo d'onore ai fini anzidetti (Cass.pen. sez.I, 24 giugno 1992, Giust. Pen.1993,II,265).

¹³ Lo stato detentivo del soggetto non determinerebbe la necessaria ed automatica cessazione del coinvolgimento della persona detenuta nel sodalizio, "atteso che la relativa struttura - caratterizzata da complessità, forti legami tra gli aderenti e notevole spessore dei progetti delinquenti a lungo termine - accetta il rischio di periodi di detenzione degli aderenti, alla stregua di eventualità che, da un lato, attraverso contatti possibili anche in pendenza di

Con riferimento a quanto sostenuto dal centro di documentazione “L’altro diritto onlus” dell’Università degli Studi di Firenze¹⁴, secondo cui “la ragione principale del rifiuto di collaborare risiede nel timore per il detenuto di mettere in pericolo se stesso o i suoi familiari” e a quanto argomentato dalla maggioranza dei giudici, Wojtyczek è lapidario: “Questa argomentazione è sbalorditiva”.

E la paura del condannato può essere soppressa o controllata solo attraverso l’annientamento del crimine organizzato e il recupero della legalità¹⁵ che non dipende (solo) dal contributo del collaborante.

6. La pena risocializzante.

Altro aspetto delle critiche del giudice Wojtyczek, riguarda la funzione della pena accolta dalla decisione della CEDU.

detenzione, non ne impediscono totalmente la partecipazione alle vicende del gruppo ed alla programmazione delle sue attività e, dall’altro, non ne fanno venir meno la disponibilità a riassumere un ruolo attivo alla cessazione del forzato impedimento” (CASS.Pen. Sez. 1 n. 6485/2018; CASS.Pen. Sez. 2, n. 8461/2017). Si riporta il § 105 della decisione CEDU in esame: “Rinvia anche alla sentenza della Corte di Cassazione n. 46103 del 7 novembre 2014 (paragrafo 47, qui sopra), nella quale è stato evidenziato che il reato di associazione mafiosa, un reato permanente, presuppone l’esistenza di un vasto programma criminale, proiettato nel futuro e senza alcuna limitazione temporale. Secondo la Suprema Corte, lo stato di detenzione di un membro appartenente a una associazione mafiosa non implica la cessazione automatica della sua partecipazione a tale organizzazione. La conclusione che ne trae la Corte di Cassazione è che la “permanenza” del reato previsto dall’articolo 416 bis è compatibile con l’inattività dell’associato o lo stato di latenza dell’associazione; il rapporto associativo cessa solamente nel caso oggettivo di rottura dell’accordo associativo o nel caso soggettivo di decesso, di rottura del legame individuale o di esclusione da parte degli altri consociati (paragrafo 47, qui sopra).

¹⁴ Leggendo l’intervento Amicus curiae, L’altro diritto onlus, nella versione italiana pubblicata in E.DOLCINI, E.FASSONE, D.GALLIANI, P.PINTO DE ALBUQUERQUE, A.PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza – l’ergastolo nel diritto penale costituzionale* TORINO, 2019, 247 e segg., viene posta in risalto la posizione del non collaborante in fase esecutiva quale posizione difficile del detenuto che deve “scegliere tra la propria dignità, cioè la possibilità di poter incidere, con il suo comportamento, sul suo futuro e recuperare grazie alle sue scelte la libertà e la vita e la salute dei suoi cari, che proprio l’utilità della collaborazione e, quindi, la sussistenza di responsabilità penali ancora da individuare, espone a ritorsioni tremende.

¹⁵ Si riporta il § 75 della decisione “il Governo tiene a ricordare, innanzitutto, il contesto particolare in cui è applicato l’articolo 4 bis. Afferma che, a causa dell’estrema gravità dei delitti in questione, per i quali l’elemento mafioso si caratterizzerebbe dalla solidità del legame e la sua stabilità nel corso del tempo, il regime del caso di specie richiede di dimostrare in modo tangibile, con la collaborazione con le autorità, vuoi la riuscita del percorso rieducativo in carcere, vuoi la “dissociazione” dall’ambiente criminale. In altri termini, per il Governo resistente, il detenuto deve essere in grado di provare, alla fine del suo percorso di risocializzazione, che ha rifiutato i “valori criminali”, contribuendo alla “disintegrazione” dell’associazione mafiosa e al ristabilimento della legalità”. Ma il problema non è solo soggettivo è anche oggettivo e, precisamente, sociale poiché le condizioni della riabilitazione del detenuto, dipendono anche dalla efficacia della lotta contro il crimine organizzato che lo Stato dovrebbe essere in grado di compiere da solo e non affidandosi o affidandosi in misura preponderante al contributo dei pentiti.

“La motivazione della presente sentenza”, dice Wojtyczek, “lascia intendere che la risocializzazione diventa il solo scopo legittimo della pena. Non sono d’accordo con questo approccio. Conduce a ribaltare tacitamente su questo punto la giurisprudenza Hutchinson¹⁶. In più, se la risocializzazione deve essere il solo scopo della pena, che cosa si dovrebbe fare delle persone che hanno commesso dei reati e che sono state perseguite molti anni dopo, quando nel frattempo si sono pentite del loro crimine e hanno completamente cambiato personalità?”

Ricorda Wojtyczek che “La Corte ha esposto il seguente ragionamento nella sentenza Hutchinson n. 57592/08, § 42, 17 gennaio 2017: «(...) per essere compatibile con l’articolo 3, tale pena deve essere riducibile de jure e de facto, ossia deve offrire una prospettiva di scarcerazione e una possibilità di riesame. Tale riesame deve basarsi, in particolare, su una valutazione dell’esistenza di motivi penali legittimi che giustifichino il mantenimento del detenuto in carcere. Gli imperativi di punizione, deterrenza, protezione pubblica e reinserimento sono tra questi motivi.» Questo approccio conferma che la pena è uno strumento legale multidimensionale. La risocializzazione del criminale è un obiettivo fondamentale, ma non è l’unico. La pena ha pure una funzione retributiva: dà un senso di giustizia non solo alla società ma anche, e soprattutto, alla vittima. Inoltre la pena ha una funzione deterrente nei confronti di altri potenziali criminali. Può avere anche altri obiettivi e, in particolare, può essere regolamentata in modo da ridurre la criminalità, aiutando le autorità a smantellare le organizzazioni criminali”.

Va ricordato in questa sede”, prosegue Wojtyczek, “che il diritto internazionale in materia di diritti umani insiste molto fortemente sulla funzione deterrente della pena”.

“Spetta al legislatore nazionale”, secondo Wojtyczek, “mettere in atto la politica penale, stabilendo le sanzioni ritenute appropriate per i vari reati e delitti e definendo gli obiettivi concreti della pena nonché la loro priorità.”

In definitiva, “la sentenza sul caso Viola”, secondo Wojtyczek, “inverte tacitamente alcuni dei principi enunciati nella sentenza Hutchinson. Ed è “difficile conciliarla con le sentenze della Corte che pongono l’accento sull’effetto deterrente della pena e quelle riguardanti la grazia presidenziale. Ne risulta una situazione in cui la giurisprudenza della Corte sull’ergastolo diventa sempre meno leggibile e sempre più imprevedibile.”

Si deve rilevare che la giurisprudenza sul caso Hutchinson è richiamata sia dal giudice Wojtyczek per criticare la decisione della CEDU sul caso Viola, che dalla stessa decisione della CEDU a sostegno delle motivazioni per l’accoglimento del ricorso; in particolare tale giurisprudenza è richiamata nella decisione sul caso Viola ai §92, §99 e §134; i richiami riguardano i passaggi della motivazione Hutchinson di cui ai paragrafi 42,43,44 e 45.

Si pone allora la necessità di fare chiarezza sui consideranda di Hutchinson.

¹⁶ Hutchinson v. Regno Unito [G.C.] 17 gennaio 2017.

La sentenza Hutchinson è rimasta famosa per essersi posta in contrasto o in controtendenza con la giurisprudenza della stessa CEDU in tema di ergastolo¹⁷

La sentenza Hutchinson¹⁸ si è occupata di valutare la compatibilità con il sistema convenzionale, ed in particolare con l'art. 3, dell'istituto del “*whole life order*”, l'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata previsto dal diritto inglese¹⁹

La disciplina inglese in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata era già stata oggetto di valutazione da parte della Corte EDU, in particolare nelle due sentenze Vinter ed altri c. Regno Unito, emesse rispettivamente dalla quarta sezione nel 2012 e dalla grande camera il 9 luglio 2013²⁰.

Ma mentre nel caso Vinter vi era stata una decisione sfavorevole per il Regno Unito nel caso Hutchinson la decisione fu opposta; nel caso Hutchinson la Grande Camera

¹⁷ D.GALLIANI, Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU in E.DOLCINI, E.FASSONE, D.GALLIANI, P.PINTO DE ALBUQUERQUE A.PUGIOTTO, Il diritto alla Speranza, l'ergastolo nel diritto penale costituzionale, TORINO, 2019, 125.

¹⁸ P.BERNARDONI, I molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi in materia di ergastolo senza possibilità liberazione anticipata, nota a Corte EDU, Grande Camera, sent. 17 gennaio 2017, Hutchinson c. regno unito in www.penalecontemporaneo.it

¹⁹ Nel caso di condanna a pena perpetua, il diritto inglese prevede(va) un'unica possibilità di cessazione della detenzione: la norma di riferimento è la Section 30 del Crime (sentence) Act 1997, che attribuisce al Segretario di Stato il potere di liberazione anticipata dei prigionieri a vita nel solo caso in cui si verificano circostanze eccezionali che possano giustificare il rilascio del detenuto “on compassionate grounds” (solo se in fin di vita). La disciplina inglese in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata era già stata oggetto di valutazione da parte della Corte EDU, in particolare nelle due sentenze Vinter ed altri c. Regno Unito, emesse rispettivamente dalla quarta sezione nel 2012 e dalla grande camera il 9 luglio 2013. In tali sentenze i giudici affermarono che la possibilità di cessazione anticipata della pena solamente in “circostanze eccezionali” e “on compassionate grounds” negava agli individui sottoposti all'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata tanto una “prospettiva di liberazione” fondata su presupposti sufficientemente chiari e certi, quanto la “possibilità di revisione” del loro caso. Secondo i giudici di Vinter, dunque, la disciplina inglese non garantiva i necessari meccanismi per evitare la prosecuzione della pena perpetua quando questa non fosse più sorretta da “alcun legittimo presupposto funzionale”; ne impediva la riducibilità de iure o de facto.

²⁰ Il principio espresso dalla Grande Camera in Vinter è stato seguito da altre sentenze, che ne hanno approfondito alcuni aspetti. In particolare si cita la sentenza della grande camera Murray c. Paesi Bassi che compendia e chiarisce i principi enunciati dalla giurisprudenza Vinter e post-Vinter; ma non mancano sentenze di singole sezioni della Corte che applicano i medesimi principi (ad esempio Corte EDU, sez. V, sent. 13 novembre 2014, Bodein c. Francia, Ric. 40014/10; Corte EDU, sez. IV, sent. 4 settembre 2014, Trabelsi c. Belgio, Ric. 140/10; Corte EDU, sez. II, sent. 20 maggio 2014, Lázló Magyar c. Ungheria, Ric. 73593/10; [Corte EDU, sez. IV, sent. 4 ottobre 2016](#), T.P. e A.T. c. Ungheria, [Ric. 37871/14 e 73986/14](#), www.penalecontemporaneo.it 28 novembre 2016.).

(§§ 42-45)²¹ ha comunque affermato: 1) l'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata non è, di per sé, incompatibile con l'art. 3 CEDU, purché siano sempre conservati “both a prospect of release and a possibility of review”, rivolti a verificare la perdurante sussistenza di “legitimate penological grounds” per la prosecuzione della carcerazione; 2) tra i diversi “legitimate penological grounds” che giustificano il proseguire della detenzione, particolarmente importante è il profilo della rieducazione del condannato, il cui peso relativo

²¹ *Hutchinson v. Regno Unito* [G.C.] 17 gennaio 2017: §42. The relevant principles, and the conclusions to be drawn from them, are set out at length in the *Vinter* judgment (cited above, §§ 103-122; recently summarised in *Murray v. the Netherlands* [GC], n. [10511/10](#), §§ 99-100, ECHR 2016). The Convention does not prohibit the imposition of a life sentence on those convicted of especially serious crimes, such as murder. Yet to be compatible with Article 3 such a sentence must be reducible de jure and de facto, meaning that there must be both a prospect of release for the prisoner and a possibility of review. The basis of such review must extend to assessing whether there are legitimate penological grounds for the continuing incarceration of the prisoner. These grounds include punishment, deterrence, public protection and rehabilitation. The balance between them is not necessarily static and may shift in the course of a sentence, so that the primary justification for detention at the outset may not be so after a lengthy period of service of sentence. The importance of the ground of rehabilitation is underlined, since it is here that the emphasis of European penal policy now lies, as reflected in the practice of the Contracting States, in the relevant standards adopted by the Council of Europe, and in the relevant international materials (*Vinter and Others*, cited above, §§ 59-81). §43. As recently stated by the Court, in the context of Article 8 of the Convention, “emphasis on rehabilitation and reintegration has become a mandatory factor that the member States need to take into account in designing their penal policies” (*Khoroshenko v. Russia* [GC], no. [41418/04](#), § 121, ECHR 2015; see also the cases referred to in *Murray*, cited above, § 102). Similar considerations apply under Article 3, given that respect for human dignity requires prison authorities to strive towards a life sentenced prisoner’s rehabilitation (see *Murray*, cited above, §§ 103-104). It follows that the requisite review must take account of the progress that the prisoner has made towards rehabilitation, assessing whether such progress has been so significant that continued detention can no longer be justified on legitimate penological grounds (*Vinter and Others*, cited above, §§ 113-116). A review limited to compassionate grounds is therefore insufficient (*ibid.*, § 127). §44. The criteria and conditions laid down in domestic law that pertain to the review must have a sufficient degree of clarity and certainty, and also reflect the relevant case-law of the Court. Certainty in this area is not only a general requirement of the rule of law but also underpins the process of rehabilitation which risks being impeded if the procedure of sentence review and the prospects of release are unclear or uncertain. Therefore prisoners who receive a whole life sentence are entitled to know from the outset what they must do in order to be considered for release and under what conditions. This includes when a review of sentence will take place or may be sought (*Vinter and Others*, cited above, § 122). In this respect the Court has noted clear support in the relevant comparative and international materials for a review taking place no later than twenty-five years after the imposition of sentence, with periodic reviews thereafter (*ibid.*, §§ 68, 118, 119 and 120). It has however also indicated that this is an issue coming within the margin of appreciation that must be accorded to Contracting States in the matters of criminal justice and sentencing (*ibid.*, §§ 104, 105 and 120). §45. As for the nature of the review, the Court has emphasised that it is not its task to prescribe whether it should be judicial or executive, having regard to the margin of appreciation that must be accorded to Contracting States (*Vinter and Others*, cited above, § 120). It is therefore for each State to determine whether the review of sentence is conducted by the executive or the judiciary.

aumenta con il trascorrere del tempo e la prosecuzione della pena; 3) i criteri e le condizioni sulla cui base orientare la revisione devono essere chiaramente definiti dal diritto interno, e devono essere compatibili con i principi individuati dalla giurisprudenza della Corte stessa; 4) il momento in cui la revisione deve essere effettuata è rimesso al margine di apprezzamento degli Stati, tenendo però come punto di riferimento il termine venticinquennale, individuato sulla base del consenso internazionale; 5) la natura della procedura di revisione (giudiziale o amministrativa) è rimessa al margine di apprezzamento nazionale.

Il giudice Wojtyczek, come detto, afferma che la sentenza della CEDU sul caso Viola, finisce per ribaltare tacitamente la giurisprudenza Hutchinson; è probabile che egli si riferisca alla necessità che una pena trovi pur sempre giustificazione anche in una funzione retributiva; a partire da Vinter²² la Corte EDU ha sviluppato l'idea che vi sia almeno un diritto al riesame del proprio caso e, in una certa misura, il diritto ad essere messi alla prova dall'ordinamento, una volta che la pena abbia però esaurito la sua funzione retributiva, puramente sanzionatoria; la giurisprudenza della CEDU²³ sottolinea come la funzione della pena, nel corso della sua esecuzione, non indica un concetto statico, ma subisce un progressivo spostamento dalle funzioni retributiva e general-preventiva alla funzione special-preventiva, o più propriamente rieducativa; questo passaggio argomentativo costituisce, di fatto, il presupposto per l'imposizione di un obbligo di revisione della condanna nei confronti dello Stato.

Ebbene Wojtyczek appare fondatamente preoccupato poiché nella sentenza Viola, la CEDU sembra dimenticare la funzione retributiva, pur sempre essenziale della pena. E in tale arresto la CEDU sembra superare anche la posizione della Corte Costituzionale Italiana sebbene vi sia richiamo alla sentenza 313 del 1990²⁴.

È bene ricordare che nel nostro ordinamento, la Corte Costituzionale²⁵ a volte si è assestata su posizioni "retributive" e ha affermato che "il principio della rieducazione

²² Corte EDU, grande camera, Vinter c. Regno Unito, cit., §111, ripreso testualmente in Corte EDU, grande camera, Murray c. Paesi Bassi, cit., §100,

²³ Il principio per cui, esaurita la funzione rieducativa della pena detentiva perpetua, debba cessarne l'esecuzione, è affermato dalla giurisprudenza della Corte post Vinter (Corte eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 4 ottobre 2016, T.P. e A.T. c. Ungheria) che si è occupata della compatibilità convenzionale di sistemi giudiziari degli stati aderenti che contemplavano meccanismi di revisione della condanna attivabili solo dopo lassi di tempo molto lunghi (30-40 anni): secondo questa giurisprudenza la funzione retributiva della pena è un "legitimate penological ground for incarceration", ma al tempo stesso tale funzione non può mai giustificare, di per sé sola, una reclusione di durata superiore a 25 anni. Dopo tale termine, l'unica legittima funzione dovrebbe essere quella rieducativa.

²⁴ Si riporta il §109: "A livello interno, la Corte rileva che, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 1990, la giurisprudenza del giudice delle leggi sulla funzione della pena testimonia il ruolo centrale della risocializzazione, che deve accompagnare la pena dalla sua formulazione normativa astratta alla sua concreta esecuzione: la Corte costituzionale ha affermato che la risocializzazione deve orientare l'azione del legislatore, del giudice della cognizione, del giudice della sorveglianza e delle autorità penitenziarie. "

²⁵ Corte Cost. 12/1966.

del condannato è stato elevato al rango di precetto costituzionale senza negare l'esistenza e la legittimità della pena laddove essa non contenga o contenga minimamente le condizioni idonee a realizzare detta finalità” e che²⁶ “funzione e fine della pena, non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile; a prescindere sia dalle teorie retributive, secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste, secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non v'è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena”. Negli orientamenti più recenti²⁷, la Corte Costituzionale accoglie più esplicitamente la concezione polifunzionale della pena, dove retribuzione, prevenzione generale e finalismo rieducativo, vengono posti sullo stesso piano, in posizione flessibile, secondo l'orientamento politico del legislatore, che, si dice, non può trascurare, nel minimo, nessuna delle tre esigenze o funzioni e, comunque, laddove operi una graduazione o valorizzazione di una esigenza a favore o a discapito di un'altra, deve farlo comunque razionalmente o nei limiti della ragionevolezza.

La Corte nel porre in primo piano l'obiettivo della risocializzazione nel caso Viola sembra accogliere le istanze “progressiste” di parte della dottrina italiana moderna²⁸, secondo le quali la pena dovrebbe assolvere una funzione esclusivamente rieducativa²⁹; secondo questa dottrina³⁰, l'idea della rieducazione “avrebbe carattere

²⁶ Corte Cost. 264/1974, che si è occupata della legittimità costituzionale dell'ergastolo.

²⁷ Corte Cost. 306/1993: “tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena (...) quella di prevenzione generale e difesa sociale con i connessi caratteri di afflittività e retributività e (...) quelle di prevenzione speciale e di rieducazione che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo, non può stabilirsi una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte e in ogni condizione”. Il legislatore tuttavia “nei limiti della ragionevolezza” può dare la preferenza di volta in volta all'una o all'altra finalità “a patto che nessuna di essa ne risulti obliterata”; e, ancora, C.Cost. 257/2006, in materia di permessi premio, afferma che tra gli scopi della pena non è possibile fare aprioristicamente una gerarchia fissa poiché “le differenti contingenze storicamente mutevoli che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenti comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale così da dar vita a un sistema normativamente flessibile” e non c'è elusione delle funzioni costituzionali della pena “in quanto il sacrificio dell'una, sia il minimo indispensabile per realizzare il soddisfacimento dell'altra, giacché, soltanto nel quadro di un sistema informato ai paradigmi dell'adeguatezza e della proporzionalità delle misure (...) è possibile sindacare la razionalità intrinseca (e quindi la compatibilità costituzionale) degli equilibri prescelti dal legislatore”; in questo senso, più di recente anche e Corte Cost. n.78/2007.

²⁸ A.PUGIOTTO, Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi), in www.penalecontemporaneo.it, 2014.

²⁹ La teoria polifunzionale della pena costituirebbe una sorta di “rotonda stradale” “capace di orientare in tutte le direzioni possibili e allo stesso tempo di disorientare”, facendo smarrire “il senso indicato dalla segnaletica costituzionale”, ossia, la rieducazione dei condannati, “unico scopo testualmente espresso” o “consacrato” nell'art.27 comma 3 della Costituzione A.PUGIOTTO,cit.

³⁰ A.PUGIOTTO, Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi), in www.penalecontemporaneo.it, cit.,6.

universale e non darebbe alcuna possibilità di distinguere tra reati o tra condannati per certi reati o di differenziare il regime penitenziario per tipi di autore³¹; afferma la dottrina in esame³², che laddove l'esecuzione della pena e l'apparato carcerario effettuino differenziazioni entrambi finiscono per diventare "strumento di pressione diretto all'ottenimento di informazioni" agendo come "protesi aguzzina dell'azione investigativa"; "qui davvero la legge è in bilico sul filo dell'incostituzionalità³³. Tali istanze "progressiste" sulla funzione rieducativa si scontrano tuttavia con il pensiero della dottrina dominante che, all'interno di una prospettiva teorica favorevole al principio di rieducazione, continua a distinguere³⁴ tra "emarginati" e "colletti bianchi" o, in altre parole tra devianza povera e professionisti del crimine, e recupera per tali soggetti "già ben inseriti socialmente" l'afflittività della pena con l'avvertenza che "questo momento afflittivo dovrà pur sempre servire a stimolare l'assunzione di schemi di comportamento socialmente più accettabili nella prospettiva del modello di società prefigurato dal nostro ordinamento". O, recupera, più esplicitamente, l'idea retributiva della pena³⁵, quale suo momento logico ineliminabile quale garanzia del rapporto di corrispondenza tra la gravità del male commesso e l'intensità della risposta sanzionatoria o dosimetro dalla sanzione penale che deve pur sempre corrispondere all'oggettivo disvalore dei reati commessi.

7. Le vie d'uscita dal 4 bis.

Ulteriori critiche sono rivolte dal giudice Wojtyczek alla decisione sul caso Viola, laddove nella sentenza (§133) si afferma che "la possibilità per un detenuto che sconti la pena dell'ergastolo di beneficiare della grazia o della rimessione in libertà per motivazioni umanitarie, legate ad un problematico stato di salute, a invalidità fisica o all'età avanzata, non corrisponde al significato dell'espressione "prospettiva di rilascio", utilizzata a partire dalla sentenza Kafkaris (citata, § 127³⁶; si veda anche

³¹ Secondo M.CANEPA e S.MERLO, in *Manuale di diritto penitenziario*, MILANO 2010,209, la circostanza che in base alla legge il regime possa essere applicato "al detenuto o internato in caso di unificazione di pene concorrenti o di più titoli di custodia cautelare in carcere anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'art.4 bis" vale a far prevalere "il dato soggettivo dell'essere stato condannato o arrestato anche per un certo tipo di delitti, sul fatto oggettivo di essere in attuale espiazione della pena o assoggettato a custodia cautelare per quel delitto". "Si tratta", proseguono gli autori, "di una valorizzazione della pericolosità per tipi di autore" che crea qualche interrogativo anche di carattere pratico.

³² A.PUGIOTTO, *I nodi da sciogliere del 41 bis*, in *Il sole 24 ore*, 16 giugno 2017.

³³ A.PUGIOTTO, *I nodi da sciogliere del 41 bis*, in *Il sole 24 ore*, 16 giugno 2017.

³⁴ G.FIANDACA, E.MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, BOLOGNA,2014,742.

³⁵ F.BRICOLA, *Teoria generale del reato*, Nov.Dig.Italiano, TORINO 1974, 82 e segg..

³⁶ Si riporta il testo in inglese del §127 della decisione: "In the applicant's view, the Government should be estopped from denying that his sentence had been more than twenty years and that by applying the Regulations he would have served his sentence by 2002. It was clear from the facts that the applicant believed that his sentence expired in 2002. He had not appealed against his sentence, relying on the notice and release date given by the prison authorities. In fact, both the prison authorities and the Office of the Attorney-General had been aware of this. The prolongation of his sentence following the repeal of the Regulations

Öcalan, citata, § 203³⁷, e László Magyar v. Ungheria, n.73593/10, §§ 57 e 58³⁸, 20 maggio 2014”.

Afferma Wojtyczek: “Noto che nella sentenza Iorgov c. Bulgaria (n. 2) (n. 36295/02, 2 settembre 2010), e poi nella sentenza Harakchiev e Tolumov”, “la Corte ha esposto il metodo applicabile per determinare se l'esistenza del diritto alla grazia consenta di considerare una sentenza compatibile con l'esigenza della riducibilità.” “In entrambe le cause”, secondo Wojtyczek “La Corte ha analizzato in dettaglio le modalità giuridiche e la prassi dell'esercizio del diritto alla grazia. Al paragrafo 262 della sentenza Harakchiev e Tolumov, si afferma che «l'assenza di esempi volti a suggerire che una persona che sconta una condanna all'ergastolo effettivo [possa], in determinate condizioni ben definite, ottenere una sospensione della pena» non è in alcun modo sufficiente a dimostrare che l'ergastolo sia de facto non riducibile. Noto che la maggioranza si è rifiutata di seguire questa metodologia nella causa in esame. Non può essere decisivo l'argomento secondo cui il Governo «non ha fornito alcun esempio di condannato alla pena perpetua di questo tipo che abbia ottenuto una sospensione della pena in virtù di una grazia presidenziale » (paragrafo 135 della

could not have been foreseen either at the time of committing the offence or at the time of his sentencing. His sentence had been retroactively increased from a definite twenty-year term to an indefinite term without the prospect of remission”.

³⁷ Si riporta il testo in inglese del §203 della decisione: “Furthermore, it is true that under Turkish law, in the event of the illness or old age of a life prisoner, the President of the Republic may order his immediate or deferred release. Nevertheless, the Court considers that release on humanitarian grounds does not correspond to the concept of “prospect of release” on legitimate penological grounds (see, to similar effect, Vinter and Others, § 129)”. Si dispone e si riporta altresì, la traduzione in italiano del medesimo §203 della decisione: “Inoltre, è vero che, secondo il diritto turco, in caso di malattia o di vecchiaia di un condannato a vita, il presidente della Repubblica può ordinare la sua liberazione immediata o differita. Tuttavia la Corte ritiene che la liberazione per motivi umanitari non corrisponde alla nozione di « prospettiva di liberazione » per dei motivi legittimi inerenti alla pena (vedi nello stesso senso, Vinter e altri, § 129)”.

³⁸ Si riporta il testo in inglese del §57 della decisione: “Domestic legislation does not oblige the authorities or the President of the Republic to assess, whenever a prisoner requests pardon, whether his or her continued imprisonment is justified on legitimate penological grounds. Although the authorities have a general duty to collect information about the prisoner and enclose it with the pardon request (see section 597(5) of the Code of Criminal Procedure, cited in paragraph 21 above), the law does not provide for any specific guidance as to what kind of criteria or conditions are to be taken into account in the gathering and organisation of such personal particulars and in the assessment of the request. Neither the Minister of Justice nor the President of the Republic is bound to give reasons for the decisions concerning such requests. 58. Therefore, the Court is not persuaded that the institution of presidential clemency, taken alone (without being complemented by the eligibility for release on parole) and as its regulation presently stands, would allow any prisoner to know what he or she must do to be considered for release and under what conditions. In the Court’s view, the regulation does not guarantee a proper consideration of the changes and the progress towards rehabilitation made by the prisoner, however significant they might be (see paragraphs 50 and 53 above). The Court is therefore not persuaded that, at the present time, the applicant’s life sentence can be regarded as reducible for the purposes of Article 3 of the Convention. There has accordingly been a violation of Article 3 of the Convention.

presente sentenza). È possibile che nessun detenuto condannato all'ergastolo soddisfi ancora le condizioni relative alla risocializzazione e giustifichi quindi la concessione della grazia presidenziale.”

Wojtyczek, in questo modo, sposando la tesi del Governo Italiano, ritiene sufficiente per escludere che l'ergastolo cd ostativo violi l'art.3 della CEDU, che vi sia possibilità per il condannato di poter richiedere, la grazia e la sospensione della pena; egli ritiene inoltre che siano del tutto irrilevanti le argomentazioni, pure addotte a sostegno del ricorso e accolte nella decisione, che non siano stati adottati esempi o precedenti di atti di concessione della Grazia a detenuti condannati all'ergastolo ostativo.

Occorre rilevare che laddove nella decisione si fa riferimento “al significato dell'espressione prospettiva di rilascio, utilizzata a partire dalla sentenza Kafkaris”, si dimentica di considerare che in questa decisione, la Corte riconobbe³⁹, a maggioranza⁴⁰, la liceità della legislazione cipriota sulla base della (sola) previsione in capo al Presidente della Repubblica del potere di sospendere, commutare, graziare l'individuo condannato all'ergastolo.

E che nella pronuncia Iorgov c. Bulgaria n. 2131⁴¹ la Corte, richiamando i principi espressi, appunto, nella sentenza Kafkaris, ha escluso la violazione dell'art. 3 Cedu, (solo) perché la condanna al carcere a vita, senza possibilità di liberazione anticipata, pur essendo formalmente irriducibile, non è di fatto tale, sussistendo, nell'ordinamento bulgaro meccanismi (quali la grazia e la conversione della sentenza) tali per cui il ricorrente può (solo) nutrire la ragionevole speranza di essere rimesso in libertà.

³⁹ S.BARTOLE, P.DE SENA, V.ZAGREBELSKY, Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, PADOVA,2012,83.

⁴⁰ Si segnala la dissenting opinion dei giudici Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström e Spielmann, secondo i quali la liberazione per volontà del Presidente non è sufficiente ad escludere ogni contrasto fra l'ergastolo e l'art. 3 Cedu, essendo rimessa alla totale discrezionalità dello stesso. In termini la successiva pronuncia Iorgov c. Bulgaria n. 2131: nel caso di specie, il ricorrente era stato condannato per omicidio alla pena di morte nel 1990; ma dopo l'abolizione della pena capitale, avvenuta nel 1995, la condanna veniva convertita in quella dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata (una pena autonoma, introdotta nel 1998). La Corte, richiamando i principi espressi, appunto, nella sentenza Kafkaris, ha escluso la violazione dell'art. 3 Cedu, perché la condanna al carcere a vita senza possibilità di liberazione anticipata, pur essendo formalmente irriducibile, non è di fatto tale: sussistono, infatti, nell'ordinamento bulgaro meccanismi (quali la grazia e la conversione della sentenza) tali per cui il ricorrente può ancora nutrire la ragionevole speranza di essere rimesso in libertà.

⁴¹ Nel caso di specie, il ricorrente era stato condannato per omicidio alla pena di morte nel 1990; ma dopo l'abolizione della pena capitale, avvenuta nel 1995, la condanna veniva convertita in quella dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata (una pena autonoma, introdotta nel 1998)

8. La presunzione assoluta

Le critiche del giudice Wojtyczek riguardano anche le affermazioni della Corte dove vi è riferimento ad una inammissibile presunzione assoluta di pericolosità in materia penale.

“La strategia argomentativa della maggioranza,” dice Wojtyczek “è centrata sull’idea che il sistema si basa su una presunzione «inconfutabile» di pericolosità sociale di un detenuto che rifiuta di collaborare con le autorità. Il termine «presunzione inconfutabile» ha generalmente una connotazione negativa in materia penale. Esso a prima vista lascia pensare che una persona potrebbe essere vittima di una situazione ingiusta dovuta all’impossibilità di dimostrare il contrario. In questo contesto, constato che la nozione stessa di «presunzione inconfutabile» è giustamente criticata dalla teoria del diritto che spiega che le presunzioni confutabili e le «presunzioni inconfutabili» costituiscono due categorie giuridiche completamente diverse. Una «presunzione inconfutabile» non è una presunzione che guida i ragionamenti per giustificare proposte fattuali basate su altre proposte fattuali, ma semplicemente una norma di diritto che attribuisce determinate conseguenze giuridiche a determinate circostanze di fatto (su questo argomento, si veda, ad esempio, T. Gizbert-Studnicki, «Znaczenie terminu „domniemanie prawne” w języku prawnym i prawniczym», *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, [Il significato del termine «presunzione legale» nei linguaggi legale e giuridico], vol. 36, 1974, n. 1). Si può provare a presentare come una presunzione inconfutabile qualsiasi norma di legge che preveda determinate conseguenze giuridiche ogniqualvolta si verificano determinate circostanze di fatto; tuttavia, tale approccio non apporta valore aggiunto alla comprensione del diritto. Se il ricorrente nella presente causa è ancora in carcere, non è perché si presume che sia socialmente pericoloso, ma perché è stato condannato ad una certa pena, tenuto conto di tutte le funzioni della pena. È in carcere, in particolare, perché ciò è necessario per dare un senso di giustizia alle famiglie delle sue vittime e alla società italiana in generale, e per dissuadere altri potenziali criminali dal commettere reati simili. Vi sono quindi motivi legittimi inerenti alla pena che giustificano il mantenimento in detenzione della persona interessata.”

Il giudice Wojtyczek in tal modo interviene su un altro dei passaggi logici della motivazione.

L’opinione del giudice dissenziente, nella consapevolezza condivisa della inammissibilità di presunzioni iuris et de iure in materia penale⁴² fa osservare come nel caso esaminato dalla CEDU è fuorviante il riferimento alla pericolosità presunta del condannato non collaborante poiché la non collaborazione in realtà non è indice di pericolosità ma è indice di giustificazione della pena a lui inflitta. L’osservazione

⁴² Già V.MANZINI, nel suo *Diritto processuale penale Italiano*, TORINO, 1952, vol.I, 220 affermava che “le presunzioni proprie (presunzioni in senso puramente logico e non giuridico) cioè quelle norme giuridiche che suppliscono in modo assoluto la prova diretta in determinati casi sono di regola escluse dal diritto processuale penale in base al principio dell’‘accertamento della verità reale’”.

critica del giudice Wojtyczek, in altri termini, avverte sulla possibilità della presenza di un equivoco nell'argomentazione a sostegno della decisione, laddove si confonde una regola del diritto penale, con una inammissibile presunzione assoluta.

La Corte sul punto sostiene che l'assenza della "collaborazione con la giustizia" determini una presunzione assoluta di pericolosità, che ha per effetto quello di privare il ricorrente di ogni prospettiva realistica di liberazione (si veda, tra altre, Harakchiev e Tolumov, citata, § 264, e Matiošaitis e altri, citata, § 177). Secondo la CEDU, "Il ricorrente rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua punizione rimane immutabile, insuscettibile di controllo e rischia anche di appesantirsi con il tempo (Vinter, citata, § 112)." "Il ricorrente si trova nella impossibilità di dimostrare che non vi è più alcun motivo legittimo di ordine penologico a giustificazione del suo mantenimento in detenzione e che, pertanto, ciò è contrario all'articolo 3 della Convenzione (ibidem, § 129), dato che, disponendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale (paragrafi 116 e 120, qui sopra), il regime in vigore collega in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i delitti sono stati commessi, invece di tener conto del percorso di reinserimento e degli eventuali progressi compiuti dalla condanna." E avverte, a sostegno della motivazione di accoglimento, che "la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso. Essa può evolvere durante la fase di esecuzione della pena, come vuole la funzione di risocializzazione, che permette alla persona di rivedere in maniera critica il suo percorso criminale e di ricostruire la sua personalità (Murray, citata, § 102)."

Ma, secondo Wojtyczek, sarebbe errato ragionare nei termini indicati dalla CEDU, perché non sarebbe vero che la mancanza di collaborazione incida sulla pericolosità del soggetto; si tratterebbe di un aspetto, quello della mancata collaborazione, che sarebbe insito alla stessa funzione della pena, poiché, nei casi dei reati di mafia, sarebbe proprio la mancanza di una collaborazione con le Autorità, a legittimare la pena. Sembra allora che il giudice Wojtyczek abbia, in tal modo, ben compreso le ragioni più profonde del sistema penale Italiano che, in relazione a taluni reati e significativamente nei casi dei reati di mafia, ha introdotto un doppio binario⁴³ distinguendo le pene inflitte ai condannati che hanno commesso reati comuni, dalle pene inflitte ai condannati che hanno commesso reati nell'ambito della criminalità organizzata ed eversiva. Si tratta di una disciplina molto rigorosa che tende⁴⁴ a sollecitare l'uscita dall'associazione criminale mediante gli incentivi premiali. A

⁴³ G.FIANDACA E.MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, BOLOGNA, 2014,790; M.CANEPA S.MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, MILANO,2010,486; V.GREVI *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione* in V.GREVI, (a cura di) *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza* PADOVA,1994,12 e segg.; G.CASABOLI, *Misure alternative alla detenzione* in *Dig.Pen. vol VIII* TORINO,1994,15; F.DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della scommessa "anticustodialista" agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"* in V.GREVI, (a cura di) *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza* PADOVA,1994,73

⁴⁴ G.FIANDACA E.MUSCO, cit.,790

fronte di pene quantitativamente e qualitativamente uguali (o a parità di pena irrogata), per effetto dell'art.4 bis, della legge 354/1975 in Italia sono stati introdotti e sono tuttora in vigore, termini o modalità di recupero per il condannato, diversi, sul presupposto che la posizione del detenuto, va rapportata non solo all'entità della pena inflitta, ma anche alla natura del reato commesso; e la pena, evidentemente, ha finito e finisce per assumere un valore diverso in relazione al tipo di reato commesso; più precisamente, la punizione prevista dalla norma penale, nella pratica esecuzione, finisce per configurarsi in termini differenti, a seconda del tipo di reato commesso; e così si spiegano come siano entrate nell'uso comune espressioni quali "ergastolo ostativo" o "reclusione ostativa"⁴⁵.

9. Il margine di apprezzamento.

Infine Wojtyczek non manca di formulare critiche alla decisione con riguardo ai profili attinenti ai rapporti della Suprema Corte con l'autonomia degli Stati contraenti e significativamente con L'Italia.

Dice Wojtyczek: "La legislazione italiana non è rigida; è stata oggetto di modifiche e è stata sottoposta diverse volte al controllo di costituzionalità. È stata dibattuta e analizzata in ambito parlamentare e giurisprudenziale (si faccia la comparazione con gli standard enunciati nella sentenza *Animal Defenders International v. Regno Unito* ([GC], n. 48876/08, §§ 113-116, CEDU 2013 (estratti)); noto, tra parentesi, che la Corte sembra aver dimenticato questi standards nella propria giurisprudenza." "In materia di politica criminale, gli Stati godono di un certo margine di discrezionalità. Se il controllo di proporzionalità delle violazioni ai diritti costituisce una sorta di controllo di razionalità di queste ingerenze, la Corte non è competente per valutare la razionalità in quanto tale delle politiche in materia penale degli Stati parti della Convenzione. Come sottolineato dalla giurisprudenza, "la scelta da parte di uno Stato di un sistema di giustizia penale, ivi compreso il riesame della pena e le modalità di liberazione, sfugge in linea di principio al controllo esercitato dalla Corte"(Harakchiev e Tolumov v. Bulgaria, nn. 15018/11 e 61199/12, § 250, CEDU 2014 (estratti))."

⁴⁵ F.FIORENTIN, *Disciplina restrittiva e collaborazione con la giustizia*, in *Misure alternative alla detenzione*, a cura di F.Fiorentin, TORINO, 2012, 554: secondo cui l'ordinamento penitenziario, sarebbe ormai strutturato "sul principio del trattamento esecutivo differenziato dei condannati sulla base del titolo di reato per il quale hanno subito la condanna in esecuzione".

Su quest'ultimo profilo significativo è il riferimento di Wojtyczek agli standard enunciati nella sentenza *Animal Defenders International v. Regno Unito* ([GC], n. 48876/08, §§ 113-116⁴⁶, CEDU 2013⁴⁷;

Secondo Wojtyczek “la Corte sembra aver dimenticato questi standards nella propria giurisprudenza”⁴⁸ Sembra perciò non considerare adeguatamente che “La

⁴⁶ Si riportano in lingua Inglese i paragrafi richiamati dalla decisione sul caso *Viola del Case of animal defenders international v. The United Kingdom*: 113. Turning therefore to the proportionality of this general measure, the Court has, in the first place, examined the national parliamentary and judicial reviews of its necessity which reviews are, for the reasons outlined at paragraphs 106-111 above, of central importance to the present case. 114. Although the prohibition had been an integral part of broadcasting in the United Kingdom since the 1950s, its necessity was specifically reviewed and confirmed by the Neill Committee in its report of 1998. A White Paper with a proposed prohibition was therefore published for comment. It was at this point (2001) that the above-cited *VgT* judgment was delivered and all later stages of the pre-legislative review examined in detail the impact of this judgment on the Convention compatibility of the proposed prohibition. Following the White Paper consultation, in 2002 a draft Bill was published with a detailed Explanatory Note which dealt with the implications of the *VgT* judgment. All later specialist bodies consulted on that Bill (the JCHR, the JCDCB, the ITC and the Electoral Commission) were in favour, for reasons set out in detail above (paragraphs 42-54), of maintaining the prohibition considering that, even after the *VgT* judgment, it was a proportionate general measure. The Government, through the DCMS, played an important part in that debate explaining frequently and in detail their reasons for retaining the prohibition and for considering it to be proportionate and going so far as to disclose their legal advice on the subject (paragraphs 50-53 above). The 2003 Act containing the prohibition was then enacted with cross-party support and without any dissenting vote. The prohibition was therefore the culmination of an exceptional examination by parliamentary bodies of the cultural, political and legal aspects of the prohibition as part of the broader regulatory system governing broadcasted public interest expression in the United Kingdom and all bodies found the prohibition to have been a necessary interference with Article 10 rights. 115. It was this particular competence of Parliament and the extensive pre-legislative consultation on the Convention compatibility of the prohibition which explained the degree of deference shown by the domestic courts to Parliament's decision to adopt the prohibition (in particular, paragraphs 15 and 24 above). The proportionality of the prohibition was, nonetheless, debated in some detail before the High Court and the House of Lords. Both courts analysed the relevant Convention case-law and principles, addressed the relevance of the above-cited *VgT* judgment and carefully applied that jurisprudence to the prohibition. Each judge at both levels endorsed the objective of the prohibition as well as the rationale of the legislative choices which defined its particular scope and each concluded that it was a necessary and proportionate interference with the applicant's rights under Article 10 of the Convention. 116. The Court, for its part, attaches considerable weight to these exacting and pertinent reviews, by both parliamentary and judicial bodies, of the complex regulatory regime governing political broadcasting in the United Kingdom and to their view that the general measure was necessary to prevent the distortion of crucial public interest debates and, thereby, the undermining of the democratic process.

⁴⁷ Nel caso *Animal Defenders*, la proibizione totale di spot pubblicitari privati di natura politica sulle reti televisive (inglesi), fu ritenuta non lesiva dell'art. 10 della CEDU. La Corte argomentò sul fatto che la legislazione di riferimento fosse stata studiata e dibattuta per anni e sul fatto che anche le corti inglesi avevano esaminato a fondo la questione.

⁴⁸ In controtendenza alla forza dell'autorità della pronuncia che si impone nella giurisprudenza successiva secondo un meccanismo di rispetto del precedente ormai tipico

legislazione italiana non è rigida; è stata oggetto di modifiche ed è stata sottoposta diverse volte al controllo di costituzionalità. È stata dibattuta e analizzata in ambito parlamentare e giurisprudenziale”. Tale approfondimento, secondo Wojtyczek, avrebbe dovuto essere adeguatamente valutato dai giudici, trattandosi di un parametro introdotto a partire dalla decisione sopra ricordata, per valutare se il legislatore italiano avesse agito o meno entro il suo “margine di apprezzamento”. Il margine di apprezzamento⁴⁹ (e mi scuso per le inevitabili imprecisioni nella trattazione di questo specifico tema che richiederebbe una specializzazione che non ho) è, grossomodo, lo spazio lasciato agli Stati nell’applicazione della Convenzione per bilanciare l’adempimento degli obblighi pattizi con la tutela di altre esigenze statali. La Corte di Strasburgo lascia un margine di deroga, per consentire il perseguimento di altri interessi statali, nonché uno spazio di scelta e valutazione di questi ultimi; si tratta di una metodologia di giudizio che nasce in via pretoria, nel laboratorio della giurisprudenza della CEDU. La Convenzione permette a uno Stato di interferire con un diritto o con una libertà fondamentale ma sempreché non si tratti di diritti assoluti⁵⁰. I diritti assoluti sono formulati in modo da impedire agli Stati di restringerli, mentre gli altri diritti possono essere limitati in quanto «gli Stati possono definirne e restringerne l’esercizio in base a considerazioni di ordine pubblico, di sicurezza nazionale, di protezione della salute o di morale pubblica, il cui contenuto e la cui portata sono suscettibili di variare da uno Stato all’altro e da una situazione all’altra, sempreché la restrizione sia giustificata e non abbia la conseguenza di limitare un diritto in modo incompatibile con la sua essenza o di sopprimerlo».

della giurisprudenza di Strasburgo fondato sull’art.32 CEDU, che identifica l’applicazione della Convenzione con la sua giurisprudenza, simile al binding case della common law.

⁴⁹ Per approfondimenti si rinvia a Ilaria Anrò, Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell’uomo pubblicato sul sito www.unimi.it; Mario Rosario Morelli “Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale” Intervento all’incontro di studio presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri “Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli Stati nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo” pubblicato sul sito www.cortecostituzionale.it; F. Donati e P. Milazzo, La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; Vincent A. De Gaetano, Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu, in www.questionegiustizia.it.

⁵⁰ Secondo la tradizionale interpretazione sarebbero diritti assoluti il diritto a non essere sottoposto a tortura o il diritto alla vita, mentre sarebbero soggetti a limitazioni, anche in virtù del contemperamento con altri diritti e interessi, diritti quali, tra gli altri, la libertà di espressione, di associazione, di movimento. In dottrina vi è chi ritiene che i diritti assoluti siano sottratti alle operazioni di bilanciamento e dunque anche all’applicazione del margine di apprezzamento. È possibile, tuttavia, riscontrare anche la tesi opposta, secondo la quale la protezione dei diritti assoluti non può prescindere da un’attività di bilanciamento da parte del giudice, che può essere esplicita oppure mascherata all’interno del ragionamento interpretativo. Anche in quest’ultimo caso vi sarebbe quindi lo spazio per un eventuale margine di apprezzamento lasciato agli Stati.

Il margine di apprezzamento si misura anche con la regola del consenso. Con questa regola si indica la ricerca effettuata dalla Corte di Strasburgo circa la sussistenza o meno di una concezione comune all'interno delle leggi e delle prassi degli Stati membri del Consiglio d'Europa; l'applicazione della regola del consenso è inversamente proporzionale al margine di apprezzamento: quando la Corte è in grado di riscontrare un certo consenso europeo sul trattamento di una particolare questione, ovvero sulla tutela di un determinato diritto, lascia un minore margine di apprezzamento alle autorità nazionali⁵¹.

Per valutare se una "misura generale" adottata da uno Stato è proporzionata, la Corte, in *Animal Defenders*, ha affermato che si dovrebbe avere riguardo, in primo luogo, a quali siano le scelte legislative sottese alla misura, per valutare se la legislazione interna sia compatibile con l'articolo della Convenzione che si assume violato. In secondo luogo, occorrerebbe avere riguardo alla qualità e all'approfondimento nella valutazione da parte del legislatore e dell'autorità giudiziaria interna nella introduzione e nell'applicazione della "misura". Non ultimo, occorrerebbe valutare il rischio di abuso ove il rigore della "misura generale" venisse temperato dall'intervento della Corte; a tal proposito, più serio è il *vulnus* alla logica della "misura", e maggiormente pesa nel bilanciamento tra i diritti da considerare⁵².

Il giudice Wojtyczek afferma che laddove la Corte avesse tenuto in debito conto tali parametri avrebbe dovuto riconoscere all'Italia un margine di apprezzamento più ampio; in altri termini, secondo questo giudice, non sarebbe certo che la normativa italiana ecceda le ragioni giustificative che l'hanno animata né, nella materia presa in considerazione dalla Corte, risulterebbe sbilanciato il rapporto tra sovranità dell'Italia e le obbligazioni poste a suo carico dalla Convenzione. Non ultimo la Corte, con la decisione sul caso Viola, avrebbe messo a rischio la stessa posizione dell'Italia nella lotta al crimine organizzato attuando una politica giudiziaria poco rispettosa dell'autonomia dei Paesi aderenti e del margine di apprezzamento che deve essere riconosciuto ad ogni paese aderente.

In materia di politica criminale, gli Stati godrebbero di un certo margine di discrezionalità: è la stessa CEDU a riconoscerlo ma senza poi trarne le dovute conseguenze. Se il controllo di proporzionalità delle violazioni ai diritti costituisce una sorta di controllo di razionalità, di queste ingerenze, la Corte non è competente per valutare la razionalità in quanto tale, delle politiche in materia penale degli Stati parti della Convenzione. "La scelta da parte di uno Stato di un sistema di giustizia penale, ivi compreso il riesame della pena e le modalità di liberazione, sfugge in

⁵¹ Ciò è stato particolarmente evidente, nella giurisprudenza relativa al riconoscimento dei diritti dei transessuali: la Corte ha riconosciuto un grande margine di apprezzamento agli Stati, in ragione della mancanza di omogeneità tra i diversi ordinamenti nell'affrontare la questione anche se più recentemente ha preso atto di una certa evoluzione circa la convergenza dei sistemi nazionali a favore della tutela di tali soggetti.

⁵² Cfr. *Pretty c. Regno Unito*, N.2346/2002, sentenza di Camera del 29 aprile 2002, § 74.

linea di principio al controllo esercitato dalla Corte⁵³. Il problema sollevato da Wojtyczek, non appare invero privo di fondamento, poiché effettivamente la decisione della Corte rischia di incrinare il dialogo tra le Autorità Italiane e la stessa CEDU, superando la tradizionale prudente politica giudiziaria pur sempre immanente negli arresti della CEDU su tali delicati temi.

10. Conclusioni.

Il caso Viola è destinato a far parlare ancora di sé e per molto tempo.

Per la prima volta, il baluardo della politica giudiziaria italiana di contrasto a tutte le mafie⁵⁴, viene messo in discussione con argomentazioni di carattere tecnico - giuridico formulate ai più alti livelli della tutela dei diritti umani.

La CEDU, con la decisione sul caso Viola, corregge le strategie di politica giudiziaria dello Stato Italiano, impedendone la più rigorosa attuazione, che prevede(va) la necessità della collaborazione anche laddove il condannato avesse, per altra via, avviato un percorso di riabilitazione e di recupero.

La CEDU, attraverso il richiamo del principio della dignità umana (§113) impone all'Italia l'adozione di un sistema punitivo che "lavori" per il reinserimento e per la riconquista della libertà.

Attraverso (§130) la riconferma dell'assolutezza delle disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione, inoltre, la CEDU, pur definendo la mafia "un flagello", ridimensiona la rilevanza, tutta Italiana, della incriminazione per associazione per delinquere di stampo mafioso, che da un lato non giustifica deroghe a tale disposizione e dall'altro "non è rilevante per l'esame del presente caso".

Infine, attraverso il ripetuto richiamo "alla funzione della risocializzazione" che mira, in ultima analisi, "ad impedire la recidiva e a proteggere la società", la CEDU finisce abbracciare i principi universali del diritto, di ottocentesca memoria, formulati dalla più autorevole dottrina Italiana⁵⁵, che fanno leva "sulla rieducazione

⁵³ Harakchiev e Tolumov v. Bulgaria, nn. 15018/11 e 61199/12, § 250, CEDU 2014 (estratti)

⁵⁴ Con la norma contenuta nell'art.4 bis, il legislatore, a fronte di tale accentuata aggressività del crimine organizzato, ha messo in campo una rigorosa risposta esecutiva intervenendo drasticamente sulle condizioni e sui termini per l'accesso ai benefici, studiati e regolamentati per tutti i detenuti nella legge n.354/1975; in particolare, per gli esponenti della criminalità organizzata, condannati per la commissione di alcuni gravi delitti, tra cui quello contemplato nell'art. 416 bis c.p., lo Stato ha imposto l'attuazione di un particolare regime esecutivo, in controtendenza con il "paradigma rieducativo, contenuto nel nucleo essenziale della legge 354/1975 cfr. F.C.PALAZZO,C.E.PALIERO, Commentario breve alle leggi penali complementari, PADOVA,2007,1914 ove il contributo di G.MANNOZZI.

⁵⁵ E.PESSINA Elementi di diritto penale sul codice del 1859, Stamperia della Regia Università di Napoli, 1865, R.Marghieri NAPOLI, 1882,1885; secondo la citazione di F.P. CASAVOLA, Ritratti Italiani, individualità e civiltà nazionale tra XVIII e XXI secolo, raccolti e prefati da U.PISCOPO, A.GUIDA Editore, 2010,113, E.Pessina così scriveva a metà dell'ottocento italiano: " a coloro i quali dicono che questa maniera di vedere è un'utopia che essa è favoreggiatrice del delitto, che essa incoraggia i delinquenti, perché si oppone ad essi una mitezza rilassata, senza intendere il vero significato della coercizione rigeneratrice, noi rispondiamo che gran parte di quel male che nell'operare del delinquente

sociale o sulla rieducazione individuale del condannato per ricongiungerlo all'organismo etico dell'umana convivenza", per trasformare il condannato "da ostacolo, in mezzo per il miglioramento dell'Umana famiglia; e che impongono di abbandonare "le pene feroci" che non possono essere lo strumento di combattimento per il trionfo del diritto, perché contengono sempre in sé una qualche violazione dello stesso diritto".

La necessità che una pena perpetua possa essere rivista, laddove esaurisca la sua funzione, inoltre, non costituisce un'assoluta novità per il nostro ordinamento. La Corte Costituzionale nel 1974⁵⁶ aveva già affermato che "sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che", "il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; "tale diritto", secondo la Corte "deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale".

Cosa succederà adesso dopo l'intervento della CEDU è ancora presto per dirlo.

Sicuramente, sono necessari interventi correttivi del legislatore.

Occorrerebbe ad esempio precisare, ex ante, "cosa deve fare" un condannato all'ergastolo effettivo per delitti di mafia "perché sia esaminata una sua possibile liberazione⁵⁷".

Occorrerebbe, inoltre che il legislatore introduca dei meccanismi che chiariscano le rispettive posizioni del collaborante e del non collaborante. Per effetto del decisum della Corte Europea, infatti, con la tutela della paura del non collaborante, si può finire per mortificare la scelta di chi decide di collaborare con la giustizia che, protetto dallo Stato, attraverso un programma di protezione, dopo aver fornito "un'utile collaborazione", dovrà pur sempre dimostrare che la sua (la scelta di

apparisce, è dovuta ad alcune ragioni superiori al valore stesso dei delinquenti ed alle stesse imperfezioni della vita sociale, all'ignoranza delle moltitudini, all'inferiorità della condizione ed alle piaghe sociali della miseria e della viziosa educazione sociale. Noi risponderemo, che la pena feroce per intimidazione, non è vero combattimento per il trionfo del diritto, perché contiene in sé qualche violazione del diritto e che la pena conforme alle esigenze del diritto, al cui imperio, al cui trionfo essa deve servire, debba avere per contenuto necessario, non pure l'espiazione del male operato, ma la rieducazione sociale, mercè l'esemplarità della sua apparizione e la rieducazione individuale che redimendo il delinquente, lo ricongiunge all'organismo etico dell'umana convivenza, trasformandolo di ostacolo in mezzo per il miglioramento dell'umana famiglia". M.N.Miletti in www.treccani.it avverte che E.Pessina "è solitamente ascritto alla scuola 'classica' del diritto penale, della quale condivideva appieno i postulati liberal-garantistici. Il mai rinnegato eclettismo lo spingeva, tuttavia, a guardare con interesse al positivismo non solo filosofico, ma anche penalistico, salvo prendere le distanze da certi esiti radicali della scuola positiva e respingerne la pretesa di 'arruolarlo'. Per altro verso, la sua visione integralmente 'giuridica' del penale, antidoto alle derive socioantropologiche, fu salutata come un presagio dell'indirizzo tecnico-giuridico (A. Rocco, Il problema e il metodo della scienza del diritto penale, in Rivista di diritto e procedura penale, I (1910), 1, p. 512, nota 29)".

⁵⁶ Corte Costituzionale sentenza n.204/1974.

⁵⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo G. C. sentenza Vinter e altri c. Regno Unito 9 luglio 2013

collaborazione) non è stata una scelta opportunistica (si allude al cd ravvedimento⁵⁸) ; c'è il rischio, in altre parole, che nessuno scelga più di collaborare con la giustizia

⁵⁸ CASS. Sez. 1, Sentenza n. 48891 del 30/10/2013: “Ai fini della concessione dei benefici penitenziari in favore dei collaboratori di giustizia, il requisito del "ravvedimento" previsto dall'art. 16 nonies, comma terzo, del D.L. 15 gennaio 1991 n. 8, convertito nella legge 15 marzo 1991 n. 82, non può essere oggetto di una sorta di presunzione, formulabile sulla sola base dell'avvenuta collaborazione e dell'assenza di persistenti collegamenti del condannato con la criminalità organizzata, ma richiede la presenza di ulteriori, specifici elementi, di qualsivoglia natura, che valgano a dimostrarne in positivo, sia pure in termini di mera, ragionevole probabilità, l'effettiva sussistenza. (Fattispecie in cui era stata respinta la richiesta di detenzione domiciliare, ritenendo dimostrativa della mancanza di un autentico ravvedimento la condotta del condannato "collaboratore di giustizia", cui era stata poco tempo prima revocata la medesima misura, per essersi allontanato ingiustificatamente dalla propria abitazione rendendosi di fatto irrintracciabile)”; in motivazione: “Questa Corte ha più volte affermato che, ai fini della concessione dei benefici penitenziari in favore dei collaboratori di giustizia, il requisito del "ravvedimento" previsto dal D.L. n. 8 del 1991, art. 16 nonies, convertito nella L. n. 82 del 1991, come introdotto dalla L. n. 45 del 2001, art. 14, non può essere oggetto di una sorta di presunzione, formulabile sulla sola base dell'avvenuta collaborazione e dell'assenza di persistenti collegamenti del condannato con la criminalità organizzata, ma richiede la presenza di ulteriori, specifici elementi, di qualsivoglia natura, che valgano a dimostrarne in positivo, sia pure in termini di mera, ragionevole probabilità, l'effettiva sussistenza (tra le altre, Sez. 1, n. 48505 del 18/11/2004, dep. 16/12/2004, Furioso, Rv. 230137; Sez. 1, n. 34283 del 12/07/2005, dep. 23/09/2005, Pepe, Rv. 232219; Sez. 1, n. 1115 del 27/10/2009, dep. 13/01/2010 Brusca, Rv. 245945). Si è, infatti, puntualizzato che la facoltà di ammettere alle misure alternative soggetti sottoposti a programma di protezione a norma della L. n. 82 del 1991 anche in deroga alle disposizioni vigenti (come già previsto dalla citata Legge, art. 13 ter, comma 2, abrogato dalla L. n. 45 del 2001, art. 7, e ora dall'art. 16 nonies, comma 4, introdotto dalla citata Legge, art. 14) riguarda soltanto le limitazioni in tema di condizioni di ammissibilità, ma non si estende ai presupposti relativi all'emenda di tali soggetti e alla finalità di conseguire la loro stabile rieducazione, previsti dalle norme dell'ordinamento penitenziario e rimessi alla valutazione discrezionale della magistratura di sorveglianza (Sez. 1, n. 665 del 28/01/2000, dep. 06/03/2000, Tibaldi, Rv. 215495), nè si sottrae al criterio della valutazione discrezionale da parte del giudice, che deve riguardare, al di là dell'indefettibile accertamento delle condizioni soggettive di ammissibilità, l'opportunità del trattamento alternativo e concernere le premesse meritorie e l'attinibilità concreta del beneficio, in relazione alla personalità del condannato (Sez. 1, n. 5523 del 24/10/1996, dep. 04/12/1996, Chiofalo, Rv. 206185; Sez. 1, n. 3367 del 18/10/2000, dep. 29/01/2001, P.G. in proc. Nistri, Rv. 218043). Il ravvedimento, previsto dalla L. n. 8 del 1991, art. 16 nonies, postula, in particolare, una valutazione globale della condotta del soggetto, in modo da accertare se l'azione rieducativa, complessivamente svolta (realizzata anche in virtù della corretta gestione di tutti i benefici penitenziari già fruiti) abbia prodotto il risultato del compiuto ravvedimento del reo. Tra i vari elementi di valutazione del sicuro ravvedimento del reo e del suo riscatto morale vanno presi in considerazione, in via esemplificativa, i rapporti con i familiari, il personale carcerario e i compagni di detenzione, nonché lo svolgimento di un'attività lavorativa o di studio onde verificare se c'è stata da parte del reo una revisione critica della sua vita anteata e una reale ispirazione al suo riscatto morale (Sez. 1, n. 3675 del 16/01/2007, dep. 31/01/2007, Tedesco, Rv. 235796; Sez. 1, n. 9887 del 01/02/2007, dep. 08/03/2007, Pepe, Rv. 236548), o manifestazioni di resipiscenza, tra le quali concrete iniziative riparatorie nei confronti di chi ha subito le conseguenze dei reati commessi, dotate di forza e ampiezza tali da rivelare un serio intento di riconciliazione con la società civile gravemente offesa (Sez. 1, n. 1115 del 27/10/2009, citata).

se ora può addurre “la scusa della paura”, per accedere ad una revisione della propria condanna o ad una liberazione.

Occorrerà, quindi, definire il percorso di riabilitazione del non collaborante, per non rischiare di deprimere la scelta di riconciliazione con lo Stato, attraverso la collaborazione con la Giustizia.

A tal fine sarà necessario non dimenticare che una condanna per mafia, è pur sempre una condanna per forme di criminalità estreme, che si oppongono all’esistenza stessa dello Stato di diritto⁵⁹ e che gli ordinari strumenti esecutivi previsti per tutti i detenuti, potrebbero risultare insufficienti per orientare il percorso riabilitativo e, conseguentemente, sarà necessario non affidarsi alla sola osservazione psicologica o alla sola mera indagine introspettiva del condannato.

L’Università di Milano⁶⁰, afferma che il non collaborante condannato all’ergastolo per mafia, potrebbe riabilitarsi attraverso una “esplicita dissociazione dall’associazione criminale, prendendo pubblicamente posizione contro ogni tipo di criminalità e violazione della legalità” oppure attraverso la manifestazione “del proprio rimorso nei confronti delle vittime adoperandosi nei loro confronti adempiendo a tutte le obbligazioni derivanti dal reato”.

Altra autorevole dottrina⁶¹, sulla stessa linea, esemplifica riferendosi alla persona condannata per mafia “che ha esplicitamente e ripetutamente dichiarato la propria avversione ad ogni forma di criminalità organizzata, da quella alla quale apparteneva a tutte le altre”; oppure, alla persona, condannata per mafia “che ha preso pubblica posizione a favore della legalità o, in generale, a favore del rispetto delle regole come fondamento della convivenza civile”; o, ancora, alla persona che “ha espresso tutto il proprio rimorso nei confronti delle vittime adoperandosi attivamente nei loro confronti, iniziando con la cosa più difficile ma anche più giusta da fare, chiedere scusa”⁶².

⁵⁹ “Vi è prima di tutto un potere invisibile diretto contro lo Stato, un potere che si costituisce nel più assoluto segreto per contrastare lo Stato. Vi rientrano le associazioni a delinquere le grandi organizzazioni criminali come la mafia di cui il nostro Paese ha un invidiabile primato e le sette politiche segrete che oggi si presentano come gruppi terroristici”; “le sette segrete si differenziano dalle associazioni a delinquere rispetto ai fini, non ai mezzi che impiegano, ma spesso l’uso degli stessi mezzi come furti rapine sequestri di persone omicidi le fa convergere le une nelle altre” N.BOBBI, *Democrazia e segreto*, a cura di M.REVELLI, Einaudi, 2011, 8.

⁶⁰ Amicus curiae, versione italiana in E.DOLCINI, E.FASSONE, D.GALLIANI, P.PINTO DE ALBUQUERQUE, A.PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza – l’ergastolo nel diritto penale costituzionale* TORINO, 2019, 240.

⁶¹ D.GALLIANI, *Ponti non muri*. In *attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull’ergastolo ostativo*, in E.DOLCINI, E.FASSONE, D.GALLIANI, P.PINTO DE ALBUQUERQUE, A.PUGIOTTO, cit. TORINO, 2019, 196 e già in *Riv. It. Dir.Proc.Pen.* 3/2018, 1156-1189.

⁶² A questo proposito viene spontaneo chiedersi se con tali comportamenti, il condannato per mafia non si esponga a pericoli per sé e per la sua famiglia, uguali a quelli derivanti da una effettiva collaborazione con la giustizia.

Sembra, pertanto, profilarsi la necessità che il percorso di riabilitazione del non collaborante, condannato per mafia, non possa limitarsi ad una correzione d'animo interiore o, perlomeno, che una intima revisione critica del proprio vissuto, colta da un professionista psicologo, attraverso i dialoghi in carcere, debba essere accompagnata necessariamente da comportamenti esteriori tali da rendere comunque manifesto e oggettivamente percepibile il mutamento di prospettiva di vita.

Su questa linea si possono richiamare le disposizioni condivise a livello internazionale dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale («la CPI»); tali disposizioni, nel permettere la pena dell'ergastolo (se l'estrema gravità del crimine e la situazione personale del condannato lo giustificano), prevedono (all'articolo 110 § 3, 4 e 5), tra l'altro, che, quando una persona ha scontato venticinque anni di reclusione nel caso di una condanna a vita, «la CPI riesamina la pena per stabilire se sia opportuno ridurla». E che la Corte può ridurre la pena qualora constatati ad esempio che tale persona «ha, sin dall'inizio ed in modo costante, manifestato la sua volontà di cooperare con la Corte nelle sue inchieste e durante il procedimento o «ha facilitato spontaneamente l'esecuzione delle decisioni ed ordinanze rese dalla Corte» «in modo particolare aiutandola a localizzare i beni oggetto di decisioni che ne ordinano la confisca, il pagamento di una sanzione pecuniaria o di un risarcimento, che possono essere utilizzati a vantaggio delle vittime»⁶³.

Ulteriori elementi sintomatici di un effettivo «cambiamento» di una persona condannata all'ergastolo per mafia, possono, inoltre, essere identificati nella dissociazione dichiarata durante il processo o durante un procedimento di sorveglianza; nella richiesta di una interlocuzione con la DDA o con la Procura della Repubblica; nello sfaldamento del gruppo mafioso di appartenenza o nell'assenza di operatività dello stesso; nell'estromissione certa dalla consorteria mafiosa di appartenenza; nell'avvenuto recesso a rischio della vita; nell'essersi costituito spontaneamente per l'esecuzione della condanna; nell'aver ammesso nei giudizi ai

⁶³ Si possono altresì richiamare i criteri di riesame fissati dalle regole 223 e 224 del Regolamento di procedura e di prova, secondo cui «I tre giudici della Camera d'appello, quando esaminano la questione della riduzione della pena in virtù dei paragrafi 3 e 5 dell'articolo 110, prendono in considerazione i criteri di cui ai commi a) e b) del paragrafo 4 dell'articolo 110, nonché i seguenti criteri: a) Il fatto che, dal comportamento della persona condannata in detenzione, risulta che l'interessato rinnega il crimine che ha commesso; b) Le possibilità di risocializzazione e di reale reinserimento della persona condannata; c) La prospettiva che la liberazione anticipata della persona condannata non rischi di essere una causa di instabilità sociale significativa; d) Qualsiasi azione significativa intrapresa dalla persona condannata in favore delle vittime e le ripercussioni che la liberazione anticipata può avere sulle vittime e sui loro familiari; e) La situazione personale del condannato, in particolare l'aggravamento del suo stato di salute fisica o mentale o la sua età avanzata». Essi, «esaminano la questione della riduzione della pena ogni tre anni, a meno che sia stato fissato un intervallo inferiore in una decisione presa in applicazione del paragrafo 3 dell'articolo 110»; e, «se le circostanze sono sensibilmente modificate, questi tre giudici possono autorizzare la persona condannata a chiedere un riesame per questo periodo di tre anni o in qualsiasi intervallo più breve da essi fissato».

quali è sottoposto le proprie responsabilità; nella confessione in giudizio di aver commesso ulteriori reati per i quali non era stata elevata alcuna accusa a suo carico; nell'aver rivolto un appello ai sodali per la deposizione delle armi e il cambiamento di vita; nell'aver famigliari non inseriti organicamente nell'associazione; nel non avere subito o attualizzato l'applicazione di una misura di prevenzione; nell'assenza di comunicazioni epistolari con persone appartenenti alla criminalità organizzata rilevate dal carcere; nel tenore di vita mantenuto in carcere comparato con lo stato di disoccupazione o occupazione interna e con il tenore di vita della propria famiglia; nella mancanza di sostentamento in carcere, attraverso regolari e periodiche rimesse di denaro da parte della famiglia o di persone estranee; nello stato di indigenza del detenuto e dei suoi famigliari; nella prolungata mancanza di sopravvenienze di nuove incriminazioni.

Per contro, come precisato dalla giurisprudenza permane equivoco lo stato di detenzione in sé⁶⁴ o la mera protesta di innocenza⁶⁵.

Né sembrerebbe svolgere un ruolo decisivo il tempo trascorso dalla condanna⁶⁶ salvo che non ne venga temporalmente definito per legge un tempo minimo.

⁶⁴ CASS. Penale n. 8461/2017.

⁶⁵ CASS. Penale Sez. 1, n. 27149/2016, Viola, Rv. 271233 secondo cui la mera protesta d'innocenza "non si assimila ad un caso di collaborazione impossibile, ma si risolve in una contestazione sul contenuto dell'accertamento irrevocabile"; la mera protesta d'innocenza dopo il giudicato di colpevolezza, secondo la Corte, "non è concettualmente assimilabile ad un'ipotesi di collaborazione inesigibile. Ciò perché essa contrasta con l'accertamento in giudicato e con la ricostruzione dei fatti ivi contenuto e cui si deve conformare lo scrutinio sulla esigibilità o meno della stessa collaborazione". La rilevanza del giudicato, impedisce, secondo la Corte "letture sostanzialistiche della collaborazione inesigibile"; il nucleo dell'accertamento in giudicato "campeggia nello scrutinio da operare in funzione dell'ammissibilità o della impossibilità della collaborazione, da parte del condannato". Dopo il giudicato la valutazione sulle connotazioni della collaborazione si deve operare "rimettendosi a quanto risulti dall'accertamento nella sentenza divenuta definitiva". CASS. Pen. Sez. 1 n. 536/2012: come è noto, le ipotesi di collaborazione impossibile ora normativamente previste sono il portato delle pronunce della Corte costituzionale, alle quali il legislatore si è adeguato e con cui, a partire dalla sentenza n. 306 del 1993, quindi con le sentenze n. 357 del 1994, n. 68 del 1995, n. 89 del 1999, il Giudice delle leggi individuava varie ipotesi di impossibilità di prestare un'utile collaborazione: perché fatti e responsabilità sono già stati completamente accertati; perché la posizione marginale nell'organizzazione criminale non consente di conoscere fatti e compartecipare al livello superiore. Ed ha chiarito (con la sentenza n. 89 del 1999, proprio in tema di liberazione condizionale) che «ancorare alla collaborazione la stessa astratta possibilità di fruire di fondamentali strumenti rieducativi, ha un senso solo ove [...] si versi in ipotesi di "collaborazione oggettivamente esigibile", giacché un comportamento che il legislatore presupponga come condizionante l'applicazione di istituti costituzionalmente rilevanti, non può che essere frutto di una libera scelta dell'interessato e, quindi, essere in sé naturalisticamente e giuridicamente "possibile"». Ma, fin dalla sentenza n. 306 del 1993, è la stessa Corte costituzionale che osserva come tra i casi di impossibilità della collaborazione non possa certo farsi rientrare quello del condannato che assume di non poter collaborare perché si protesta innocente, giacché dopo il giudicato una simile evenienza può assumere giuridica rilevanza solo a seguito dell'apposita procedura di revisione.

⁶⁶ Cass. Pen. Sez. 1 n. 536/2012: manifestamente infondata, oltre che del tutto generica, è anche l'affermazione che, atteso il tempo trascorso, la collaborazione non poteva comunque

Di fondamentale importanza, invece, sono i dati investigativi. È utile richiamare a tal proposito l'art. 4 bis commi 2, 2bis e 3-bis dell'ordinamento penitenziario.

Non ultimo, appare necessario prevedere un intervento dell'Autorità giudiziaria inquirente, che misuri il mutato atteggiamento psicologico del condannato rispetto al delitto, così come argomentabile da tutta la serie di elementi sintomatici sopra evidenziati, con il pericolo del rafforzamento dell'organizzazione criminale o del ricongiungimento all'organizzazione criminale, collegato alla liberazione del condannato.

Come si intuisce, in definitiva, l'accertamento di una revisione critica del passato deviante di un condannato all'ergastolo per mafia, eliminata la "presunzione assoluta" di pericolosità collegata alla mancanza di collaborazione con la giustizia, è un accertamento rigoroso e complesso che difficilmente porterà ad esiti positivi per il condannato.

Con tali consapevolezze, possiamo concludere affermando che la CEDU sembra aver fondato la propria decisione non tanto o non solo sul disposto dell'art.3 della CEDU, ma anche sulla considerazione che i fallimenti dello Stato nella lotta al crimine organizzato, non possono andare a danno dello stesso condannato, che avendo diritto alla tutela del silenzio, ha pure il diritto a riabilitarsi da persona libera, senza paure derivanti dai condizionamenti esterni di organizzazioni criminali ancora in vita.

In definitiva, i ritardi o le difficoltà nel debellare la criminalità organizzata, non possono andare a danno di chi ha scontato o sta scontando il suo debito con lo Stato e pretende che lo Stato, sussistendo i presupposti di un "ravvedimento", alternativo alla collaborazione, gli dia una speranza di poter rientrare nella società, dopo essere stato sottoposto, per un tempo ragionevole, ad un trattamento rieducativo organizzato dallo stesso Stato e aver manifestato, concretamente e con non equivoci comportamenti esteriori, oggettivamente percepibili, il proprio ravvedimento.

essere utile. Quello che il legislatore vuole, per superare la preclusione, è che il condannato mostri per comportamenti concludenti la rescissione di ogni vincolo con l'ambiente criminale di provenienza, e una qualche manifestazione in tal senso - che sia utile o che sia disutile per fatto a lui non imputabile - deve comunque «necessariamente concorrere ai fini di accertare il "sicuro ravvedimento"» (C. cost. sentenze nn. 273 del 2001 e 135 del 2003)