

Università degli Studi di Trento
Facoltà di Giurisprudenza
Corso di laurea magistrale in giurisprudenza

Tesi di laurea

**L'ergastolo: profili, disciplina, alla luce di un'analisi interna
e comparata.**

RELATORE:

Dott.ssa Antonia Menghini

LAUREANDA :

Giulia Calafiore

Parole chiave :

ergastolo, pena detentiva, rieducazione, regime carcerario, liberazione condizionale.

Anno accademico 2009/2010

Ai miei genitori

Ringrazio la Dott.ssa Menghini per la continua attenzione e il tempo dedicatomi durante la stesura di questa tesi, per la rapidità delle correzioni e soprattutto per il costante stimolo intellettuale che mi ha fornito durante le nostre conversazioni.

Ringrazio il Dott. Corn per l'interessante chiacchierata che mi ha offerto degli utili spunti di riflessione in fase di conclusione della tesi.

Ringrazio i miei genitori e mia sorella Alice per avermi costantemente sostenuto e incoraggiato, ringrazio Francesco perché senza di lui tutto sarebbe stato diverso, ringrazio Guia che è stata la mia famiglia qui a Trento, ringrazio Martina, Grazia, Sara, i miei coinquilini, Stefano, Andrea, Alvisè, Frenky e Nando, ringrazio tutte le persone che mi hanno supportato in questi anni, quelle vicine, ma specialmente quelle, indimenticabili, lontane.

L'ERGASTOLO: PROFILI, DISCIPLINA, ALLA LUCE DI UN'ANALISI INTERNA
E COMPARATA

INDICE

CAPITOLO I

L'ERGASTOLO ORIGINE ED EVOLUZIONE STORICA

1.0.	Introduzione	pag. 9
1.1.	Cenni storici sulla pena detentiva: il carcere nel diritto penale romano.....	10
1.2.	Segue. Il carcere nel diritto penale medioevale	12
1.3.	Origine ed evoluzione dell'ergastolo: dalla pena di morte al carcere a vita	13
1.4.	Il pensiero di Cesare Beccaria	14
1.5.	I grandi modelli di carcerazione punitiva	15
1.6.	La scuola classica	16
1.7.	Segue. La lezione di Francesco Carrara: pena di morte ed ergastolo	19
1.8.	L'ergastolo nel codice Zanardelli	21
1.9.	La scuola positiva	23
1.10.	La teoria dei sostitutivi penali	25
1.11.	Il contributo di Enrico Ferri in tema di ergastolo	26
1.12.	L'ergastolo nel codice Rocco e nella Costituzione.....	27

CAPITOLO II
SUL PROBLEMA DELLA RIEDUCAZIONE DEL CONDANNATO ALLA PENA
DETENTIVA

2.1. Introduzione al problema rieducativo.....	pag. 31
2.2. L'idea retributiva	32
2.3. La prevenzione generale	34
2.4. La prevenzione speciale	36
2.5. Il principio rieducativo alla luce dell'art. 27, 3° comma della Costituzione. I lavori preparatori.....	38
2.6. Segue. L'interpretazione restrittiva del principio rieducativo alla luce dell'art. 27 3° comma della Costituzione.....	39
2.7. Il riconoscimento della rieducazione tra le finalità della pena.....	42
2.8. La concezione polifunzionale della pena.....	44
2.9. Il contenuto della rieducazione	47
2.10. Ascesa e svilimento dell'ideale rieducativo	49
2.11. Crisi della pena detentiva	52
2.12. La legge sul nuovo ordinamento penitenziario e le misure alternative alla detenzione.....	54
2.13. Ergastolo e principio rieducativo. Questioni di compatibilità costituzionale: la sentenza 16 giugno 1956 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.....	60
2.14. Segue. Ergastolo e principio rieducativo. La legge n.1634 del 25 novembre 1962.....	62
2.15. Segue. Ergastolo e principio rieducativo. La sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 1974.....	64
2.16. Verso la valorizzazione della «pena costituzionale». La sentenza della Corte Costituzionale n. 274 del 1983 in tema di liberazione anticipata.....	68
2.17. La liberazione condizionale come condicio di legittimità costituzionale dell'ergastolo.....	73
2.18. «Quale pena per la rieducazione» del minorenne?.....	76
2.19. Il problema dell'ergastolo inflitto al minore di età.....	79

CAPITOLO III

“FINE PENA MAI”: DISCIPLINA ED ESECUZIONE DELLA PENA DELL’ERGASTOLO

3.1.	La pena dell’ergastolo.....	85
3.2.	I progetti di riforma del codice penale. La proposta di abolire l’ergastolo.....	88
3.2.1.	<i>Il progetto Riz</i>	89
3.2.2.	<i>Il progetto Grosso</i>	90
3.2.3.	<i>Il progetto Nordio</i>	92
3.2.4.	<i>Il progetto Pisapia</i>	92
3.3.	Il referendum abrogativo dell’ergastolo.....	95
3.4.	La disciplina dell’ergastolo. Le pene accessorie.....	96
3.5.	Segue. La disciplina dell’ergastolo. Ambiti di applicazione.....	99
3.5.1.	<i>Le circostanze del reato</i>	100
3.6.	Il regime giuridico ed esecutivo dell’ergastolo.....	102
3.6.1.	<i>Gli interventi legislativi</i>	102
3.6.2.	<i>L’isolamento nell’ergastolo</i>	103
3.6.3.	<i>Le cause di estinzione del reato e della pena</i>	106
	I) <i>L’amnistia</i>	109
	II) <i>L’indulto</i>	110
	III) <i>La grazia</i>	110
3.7.	Segue. Le cause di estinzione della pena. La liberazione condizionale.....	111
3.8.	La legislazione penitenziaria dell’emergenza. L’art. 4 <i>bis</i>	118
3.9.	Segue. L’art. 4 <i>bis</i>	120
3.10.	Ergastolo, liberazione condizionale e limiti posti dall’art. 4 <i>bis</i> ord. penit. La sentenza della Corte costituzionale 24 aprile 2003 n. 135.....	128
3.11.	Giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell’ergastolo.....	133
3.12.	La premialità nel diritto penale.....	135

CAPITOLO IV

PROFILI COMPARATI ED EUROPEI SULLA MASSIMA PENA

4.0. Introduzione.....	pag. 141
4.1. L'ordinamento inglese.....	141
4.1.1. Il <i>Criminal Justice Act</i> del 2003.....	143
4.1.2. Il sistema sanzionatorio inglese. Le funzioni della pena.....	144
4.1.3. La commisurazione della pena detentiva.....	145
4.1.4. Il <i>life imprisonment</i>	147
4.1.5. L' <i>imprisonment for public protection</i>	153
4.1.6. L' <i>extended sentence</i>	154
4.1.7. Il <i>release on licence</i>	156
4.2. L'ordinamento spagnolo.....	161
4.2.1. Il sistema delle pene. Cenni.....	161
4.2.2. La riforma del codice penale del 1995. La Legge Organica del 25 novembre 2003 n.15.....	164
4.2.3. La Legge Organica del 30 giugno 2003, n. 7. "Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna".....	168
a) <i>L'introduzione del c.d. "periodo de seguridad"</i>	172
b) <i>Il concorso materiale dei reati e l'innalzamento del limite massimo di pena sino ai 40 anni</i>	173
c) <i>I limiti all'accesso al tercer grado penitenciaro. L'esecuzione della condanna</i>	174
d) <i>La libertad condicional</i>	178
Qualche riflessione conclusiva.....	185
Bibliografia.....	197

CAPITOLO I

L'ERGASTOLO: ORIGINE ED EVOLUZIONE STORICA

SOMMARIO: 1.0. INTRODUZIONE. – 1.1. CENNI STORICI SULLA PENA DETENTIVA: IL CARCERE NEL DIRITTO PENALE ROMANO. – 1.2. SEGUE: IL CARCERE NEL DIRITTO PENALE MEDIOEVALE. – 1.3. ORIGINE ED EVOLUZIONE DELL'ERGASTOLO: DALLA PENA DI MORTE AL CARCERE A VITA. – 1.4. IL PENSIERO DI CESARE BECCARIA. – 1.5. I GRANDI MODELLI DI CARCERAZIONE PUNITIVA. – 1.6. LA SCUOLA CLASSICA E LA CONCESSIONE DELLA PENA. – 1.7. SEGUE. LA LEZIONE DI FRANCESCO CARRARA: PENA DI MORTE ED ERGASTOLO. – 1.8. L'ERGASTOLO NEL CODICE ZANARDELLI. – 1.9. LA SCUOLA POSITIVA. – 1.10. I SOSTITUTIVI PENALI. – 1.11. IL CONTRIBUTO DI ENRICO FERRI IN TEMA DI ERGASTOLO. – 1.12. ERGASTOLO E PENA DI MORTE NEL CODICE ROCCO E NELLA COSTITUZIONE.

1.0. Introduzione

L'art. 17 del c.p. italiano stabilisce tra le pene principali previste per i delitti l'ergastolo. Il successivo art. 22 dispone che «La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. - Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto ».

Dall'abolizione della pena di morte, l'ergastolo è la pena più severa prevista nel nostro ordinamento, ha una applicazione piuttosto ristretta e viene inflitta per reati di particolare gravità e allarme sociale, quali delitti contro la personalità dello Stato, contro l'incolumità pubblica, contro la vita (omicidio accompagnato dalle aggravanti previste dagli artt. 576 e 577 c.p.) ed anche nell'ipotesi di concorso di reati previsto dall'art.73, 2°co c.p.

Nel codice Zanardelli prima, e nell'originario Codice Rocco poi, l'ergastolo si configurò effettivamente come una pena a vita (salva la concessione della grazia), a carattere eliminativo, irreversibile, in cui massima era la retribuzione e massima era la prevenzione speciale negativa.

Lo stesso non può dirsi ai giorni nostri, in quanto a seguito di vari interventi della Corte Costituzionale e legislativi, istituiti quali la liberazione condizionale¹, la

¹ L'istituto della liberazione condizionale era già presente nel codice penale Zanardelli e nel codice Rocco. L'applicazione dell'istituto è stata estesa anche ai condannati all'ergastolo con la l. 25 novembre 1962, n. 1634. Con tale legge si prevede che l'ergastolano, ove ne sussistano i presupposti, può essere

semilibertà e la liberazione anticipata hanno contribuito a mitigare il carattere di perpetuità di questa pena e conseguentemente a prospettare una possibilità di reinserimento in società del condannato, dopo avere comunque scontato lunghi periodi di reclusione. A tutto ciò si aggiunge in sede processuale la possibilità per l'imputato di formulare richiesta di giudizio abbreviato, il che comporta, in caso di condanna, la sostituzione della pena dell'ergastolo con la condanna alla reclusione ad anni trenta.

1.1. Cenni storici sulla pena detentiva: il carcere nel diritto penale romano.

Prima di passare ad una approfondita analisi della attuale disciplina, appare utile trattare brevemente dell'origine e dell'evoluzione della pena detentiva, di cui l'ergastolo costituisce una *species*.

Il diritto romano distingueva gli illeciti in *crimina* e *delicta*. Per *crimina*, soprattutto in epoca classica, si intendevano quegli illeciti lesivi di un interesse collettivo sanzionati con una pena pubblica di carattere afflittivo o pecuniario². I *delicta*, viceversa, erano degli illeciti di tipo privato, lesivi di interessi individuali, la cui punizione era azionabile dalla persona offesa tramite le forme del processo civile. La sanzione per i *delicta*, a partire dall'età imperiale, era sempre una pena pecuniaria volta a risarcire il soggetto offeso³.

Nello specifico, in caso di commissione di *crimina*, le sanzioni erano di vario tipo e graduate in base alla gravità del reato commesso e allo *status*⁴ del reo. Si enumeravano: la pena di morte⁵, la perdita (intera o parziale) dei diritti civili e politici, i lavori forzati, la deportazione in un'isola (che poteva essere perpetua o temporanea), l'interdizione da uffici, arti e mestieri, l'infamia⁶, e infine pene pecuniarie. Come è evidente non era prevista tra le sanzioni la pena carceraria⁷.

ammesso alla liberazione condizionale dopo avere scontato almeno ventotto anni di pena. Tale limite temporale verrà diminuito in forza della l. 26 luglio 1975, n. 354 che prevede per l'ergastolano l'ammissione al beneficio della liberazione condizionale dopo avere espiato almeno ventisei anni di pena.

² TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 614 e ss.

³ LUIGI GAROFALO, *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008, pp. 102 e ss.

⁴ Il termine *status* è qui adoperato in senso moderno per indicare una qualunque condizione sociale e giuridica della persona umana.

⁵ La pena di morte dopo le leggi decemvirali Porcia (195 A.C.) e Sempronia (123 A.C.), veniva inflitta esclusivamente agli schiavi. Facevano eccezione i casi in cui il cittadino romano aveva commesso delitti politici talmente gravi da meritare la pena capitale. Normalmente una grave sanzione per il cittadino romano consisteva nell'esilio.

⁶ CARFORA, in *Digesto italiano*, vol. XVIII, pp. 1441- 1442.

⁷ Non usiamo in questo caso il termine pena detentiva poiché nel diritto penale romano la privazione della libertà poteva avvenire in svariati modi che non comportavano necessariamente la reclusione in carcere.

In realtà, la figura del carcere è presente già presso gli antichi romani. Tuttavia esso non viene utilizzato come pena vera e propria ma ha finalità di custodia preventiva e cautelare⁸, per garantire la presenza dell'imputato nel giudizio o per assicurare l'esecuzione della sentenza in caso di condanna⁹. A sostegno di tale tesi è stato invocato, anche se non decisivo per la risoluzione della questione¹⁰, il celebre passo di Ulpiano secondo cui: «*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*»¹¹, dal quale risulta per lo meno certa la funzione preventiva del carcere.

In tema appare interessante quanto riportato alcuni apologeti cristiani del terzo secolo, Cipriano e Tertulliano. Essi descrivono le carceri come luoghi terribili, in cui i detenuti spesso trovano la morte a causa delle pessime condizioni in cui sono costretti a vivere¹². Secondo questi autori, nel periodo di persecuzione cristiana, il carcere venne usato, unitamente ai *metalla*, ai *vincula*, alle *bestiae* e agli *ergastula*¹³, (quindi pene di vario genere), come strumento repressivo dei tumulti cristiani. È chiaro che si è assolutamente lontani da una qualunque consapevole e volontaria concezione del carcere come pena¹⁴, ma il dato appare comunque meritevole di essere riportato.

Il carcere aveva durata provvisoria senza alcun termine fisso¹⁵. In ogni caso, però, era presente presso i romani la preoccupazione di una durata troppo lunga della custodia cautelare, e nei vari secoli, imperatori come Teodosio e Giustiniano hanno cercato di arginare il problema¹⁶.

Si pensi alla detenzione realizzata tramite *vincula* (letteralmente cioè tramite incatenamento) o nelle *lautumiae* (cave di pietra a cielo aperto).

Per un approfondimento si guardi: LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, Bari, 1994, pp. 2 e ss.

⁸ NOVELLI, in *Nuovo digesto italiano*, vol. II, p. 864.

⁹ A dire il vero si è a lungo dibattuto se il carcere nell'antica Roma potesse considerarsi solo uno strumento di prevenzione o al contrario una pena afflittiva in senso stretto. La soluzione preferibile, secondo la dottrina maggioritaria appare la prima.

¹⁰ In questo senso: LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, op. cit., p. 4.

¹¹ D. 48.19.8.9, Ulp., 9 *de officio proconsulis*, L. 2241, citato in LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, op. cit., p. 4.

¹² Carcere che allo stesso tempo viene considerato come luogo di martirio dei cristiani, in cui viene al massimo esaltata la fede e la capacità di sopportazione dei cristiani di ogni persecuzione.

¹³ Si intendono: la condanna a lavorare nelle miniere, l'incatenamento, e la caccia alle bestie (una forma di esecuzione di condanna a morte: normalmente si trattava di una lotta tra condannato privo di armi e bestie feroci). L'*ergastulum* nasce prima come prigione privata riservata ai debitori insolventi addetti ai lavori nei campi e alla punizione degli schiavi; più tardi il termine indica genericamente i lavori forzati.

¹⁴ LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, op. cit., pp. 157 e 163.

¹⁵ MOMMSEN, *Disegno del diritto pubblico romano*, Milano, 1973, p. 275.

¹⁶ A Costantino si deve invece la "riforma" delle condizioni della detenzione nelle carceri. In particolare si voleva evitare che, data la finalità cautelare e non punitiva del carcere, i detenuti morissero di fame e di stenti in attesa di un giudizio. Salvo poi punirli molto duramente in caso di condanna.

In questo senso Teodosio istituì tempi più ridotti di custodia cautelare e istruttorie più pronte e rapide. Giustiniano tentò di imporre nella prassi quanto era stato sancito a livello formale dai suoi predecessori in tema di custodia in carcere (che doveva essere minima e breve) e di tempi del processo. La vera novità è che in una Costituzione giustiniana del 529 (CI. 9. 4. 6.) si stabiliscono: il divieto di incarcerare senza un preventivo ordine del magistrato, la possibilità di evitare la custodia preventiva tramite un intervento fideiussorio (tranne nei casi di imputazione per crimini capitali), e la fissazione di termini per la custodia preventiva¹⁷. I termini variano in relazione al crimine commesso e all'autore del reato (se *libero* o schiavo)¹⁸.

1.2. Segue: il carcere nel diritto penale medioevale.

Con il passaggio dal mondo pagano a quello cristiano muta il concetto e la funzione della pena. Si ritiene che la legittimazione a punire sia propria di Dio e che la Chiesa in suo nome ne amministra la giustizia terrena. La conseguenza di questa impostazione è che il sindacato della Chiesa si estende sia a comandi di ordine etico e morale (foro interno), imponendo pentimenti e penitenze, sia a precetti di tipo giuridico (foro esterno) imponendo vere e proprie sanzioni¹⁹. Da qui il passo sarà agevole per l'assimilazione del delitto al peccato. La pena diventa dolore, è un'esperienza spirituale che, tramite la sofferenza, porta alla redenzione. Infatti è nell'Alto Medioevo, presso i monasteri, che il carcere viene inteso come pena in senso stretto, grazie alla sua idoneità a fungere da luogo di pentimento ed emenda²⁰.

In questo contesto muta anche la funzione del carcere: non più, solamente, strumento di custodia cautelare in attesa di giudizio o di esecuzione della condanna, ma anche luogo di espiazione, afflittivo e per questo salvifico, in cui si dà la possibilità al reo-peccatore di pentirsi e purificarsi²¹.

¹⁷ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2008, p.646, nota 28.

¹⁸ LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano, op.cit.*, pp.220 e ss. Più dettagliatamente l'autore riporta che: la custodia è di venti giorni per gli schiavi e trenta per i *liberi*; questi ultimi possono essere liberati in caso di fideiussione o prestazione di cauzione. In ogni caso la custodia cautelare non può superare il tempo massimo di sei mesi.

¹⁹ COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino, 1928, p.38.

²⁰ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, op.cit.*, p. 387.

²¹ MEREU, *Note sulle origini della pena dell'ergastolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p.95, in proposito riporta che: «Nell'*Ancien Règime*, eccettuato il diritto della Chiesa, la pena dell'ergastolo non era prevista [...] .L'ergastolo invece, come segregazione perpetua, a pane e acqua, in qualche convento sperduto, era una specialità che la Chiesa usava allorchè non riteneva necessario condannare un eretico al rogo. L'impiego partiva da un presupposto ideologicamente conseguente e corretto: recuperare il

Secondo Agostino, la pena è frutto di una giustizia retributiva di carattere divino per cui Dio retribuisce il male compiuto con un altro male: la pena.

Secondo San Tommaso la pena è espiazione di una giustizia commutativa in virtù della quale si risponde «all'uguale con l'uguale» (il c.d. contrappasso)²². Inoltre per l'Aquinate la pena ha anche una funzione di emenda (*poena medicinalis*) la quale deve rendere l'uomo intrinsecamente buono.

1.3. Origine ed evoluzione dell'ergastolo: dalla pena di morte al carcere a vita.

L'ergastolo inteso come carcere a vita rappresenta un'idea moderna, logica conseguenza dell'affermarsi della pena detentiva come pena principale.

È opportuno a tal proposito passare in rassegna alcuni contributi dottrinali di grandi pensatori e studiosi italiani che hanno concorso alla realizzazione del diritto penale moderno, e in particolare alla definizione di un nuovo concetto di pena.

A partire dal XVIII secolo²³ diventa vigorosa e diffusa la protesta di giuristi e filosofi del diritto contro le pene vigenti al tempo: pene spesso terribili ed esemplari, pene corporali, crudeli e spettacolari. La pena supplizio deve cagionare «una certa quantità di sofferenza»²⁴, e viene eseguita in modo particolarmente spietato e brutale nel caso di sentenze di condanna a morte. Non è sufficiente la morte del condannato, ma si richiedono lunghe agonie e tormenti, dolori e squartamenti: il corpo è l'oggetto della repressione penale.

Il processo segue un modello inquisitorio, caratterizzato da scrittura, segretezza (il processo non è noto al pubblico né all'accusato) e infine dal frequente utilizzo della tortura per estorcere confessioni.

L'epoca dei «lumi» non può quindi restare indifferente a un sistema penale così aberrante, e in tutta Europa, Italia compresa, si teorizzano nuove radici del potere di punire, si auspicano pene più umane, si dibatte sugli scopi della pena.

condannato peccatore attraverso l'uso di medicine forti, quali l'isolamento perpetuo, con una motivazione che però lasciava sempre viva la speranza di una possibile futura liberazione, conquistata attraverso l'espiazione, il pentimento, il perdono ottenuto dalla Chiesa.[...]. Si trattava di una pena senza tempo prefissato, a completa discrezione dell'autorità, la quale poteva comportarsi come meglio avrebbe giudicato, visto il comportamento del condannato».

²² COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, op.cit., pp. 44 e 51.

²³ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 2009, p. 79.

²⁴ *Ibidem*, p.37.

1.4. Il pensiero di Cesare Beccaria

All'interno di questo quadro, di fondamentale importanza storica e giuridica è l'opera di Cesare Beccaria «*Dei delitti e delle pene*», nella quale l'autore postula l'abolizione della pena di morte e della tortura, polemizza contro la crudeltà delle pene vigenti al tempo e propone di realizzare un diritto penale più razionale.

Per Beccaria il diritto di punire, che deriva al sovrano dalla rinuncia dei consociati ad una parte di libertà per conservarne la restante in modo certo e sicuro, trova ragione *in primis* nella tutela del bene pubblico²⁵. È evidente la matrice contrattualistica, che, insieme all'utilitarismo, costituisce uno dei principi di fondo del pensiero di Beccaria.

Queste due dottrine emergono chiaramente nell'opera, ed entrambe vengono utilizzate per confutare l'opportunità dell'utilizzo della pena di morte.

In primo luogo, in virtù di nessun patto sociale può esistere la legittimazione di uno stato ad uccidere un proprio cittadino, per quanto colpevole.²⁶

In secondo luogo la pena capitale non è nemmeno utile. Non ha una così grande efficacia deterrente ed è un cattivo esempio, di atrocità e ferocia, per la collettività.

Non è la crudeltà della pena che distoglie gli uomini dal delitto ma è la certezza di essa, la sua infallibilità²⁷.

Molto meglio allora, secondo l'illustre filosofo milanese, poiché la pena di morte non è né utile né giusta, condannare alla «schiavitù perpetua». È la privazione della libertà per tutta la vita, il timore della reclusione perpetua a svolgere una vera efficacia generalpreventiva e deterrente. Citando le stesse parole del Beccaria: «Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che divenuto bestia di servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti»²⁸.

Ecco dunque che l'ergastolo viene presentato come naturale surrogato della pena di morte, con il quale si garantiscono prevenzione generale e speciale negativa, pena ritenuta più “umana” e giusta.

²⁵ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1999, pp. 63 e 73.

²⁶ A dire il vero Beccaria non rifiuta la pena di morte in modo assoluto, ritenendola possibile in tempi di anarchia o di grandi disordini.

²⁷ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, *op.cit.*, p.114.

²⁸ *Ibidem*, p.119.

Tra la fine del XVIII e gli inizi del XIX secolo vengono recepite alcune istanze del pensiero illuministico, scompaiono i supplizi e la pena cessa di essere spettacolo pubblico.

Un nuovo grande sistema punitivo comincia a delinearsi: è la nascita della prigione²⁹.

1.5. I grandi modelli di carcerazione punitiva.

Per comprendere al meglio la sorte della pena detentiva, e nello specifico dell'ergastolo, alla luce delle scelte del legislatore italiano ottocentesco, appare opportuno descrivere brevemente i quattro grandi modelli di carcerazione punitiva³⁰ che si vennero delineando tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX³¹.

Tali sistemi punitivi possono essere così suddivisi:

a) Sistema filadelfiano (o cellulare).

Tale sistema di estrema severità, è applicato per la prima volta nel 1790 presso il penitenziario di Walnutstreet (Filadelfia). Nella sua teorizzazione più rigorosa tale modello prevede l'isolamento in cella sia durante la notte che durante il giorno e il divieto dello svolgimento di attività lavorativa. In pratica però, tale modello fu applicato in forma più mite³².

b) Sistema auburniano.

Tale sistema prende il nome dal carcere (Auburn) di New York, in cui venne sperimentato per la prima volta nel 1816. Le sue caratteristiche sono: la

²⁹ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, op.cit.*, pp.125 e 128.

³⁰ Al di là di quelle che sono le diverse caratteristiche di questi modelli, è bene sottolineare quella che è la comune peculiarità della pena detentiva: la sua graduabilità. Si tratta di una pena che può essere astrattamente uguale per tutti e proporzionabile al fatto commesso. In più il passaggio dalla carcerazione cautelare alla carcerazione pena si completò proprio quando venne compresa la potenzialità punitiva del carcere, il quale rispondeva a esigenze di retribuzione, deterrenza, e neutralizzazione.

³¹ In realtà, il primo sistema penitenziario in senso proprio è pacificamente ricondotto alla prigione *Rasphuis* di Amsterdam sorta nel 1596. Essa era stata istituita con l'intento di correggere mendicanti e giovani delinquenti. I principi ispiratori di tale casa di reclusione furono: durata della pena modulata a seconda della condotta del detenuto; lavoro obbligatorio e retribuito; reclusione in celle individuali solo a titolo di punizione particolare ed eventuale; importanza dell'istruzione religiosa e dell'educazione. Pare che i risultati ottenuti furono notevoli e che molti delinquenti ne uscirono effettivamente «rieducati». (È evidente che in questo caso il termine prigione non può essere inteso in senso moderno. Volendo inquadrare la prigione di *Rasphuis* in una categoria a noi più familiare potremmo definirla come casa di correzione). Per un approfondimento ulteriore vedi: DE NOTARISTEFANI, in *Digesto italiano*, vol. XVIII, pp. 5 e ss.

³² Tale modello fu più volte ritoccato e modificato. In particolare fu inserito l'obbligo del lavoro e l'isolamento parziale, tranne per chi aveva commesso reati particolarmente gravi.

segregazione in cella esclusivamente di notte, il lavoro in comune e l'obbligo del silenzio durante il giorno³³.

c) *Sistema inglese.*

Questo sistema prevede a livello teorico, una prima fase di segregazione continua, cui fa seguito, con il decorrere del tempo, una fase di segregazione solo notturna. I detenuti hanno l'obbligo di lavorare, ma sempre in isolamento gli uni dagli altri³⁴, evitando in tal modo di ricordare modelli di lavoro da fabbrica o da manifattura³⁵.

d) *Sistema irlandese (o misto).*

Si tratta di un sistema di tipo progressivo, che prevede una serie di stadi della vita carceraria, cui si accede, con il passare del tempo, al ricorrere di determinati presupposti. Al primo stadio è prevista la carcerazione con isolamento continuo in cella; il secondo stadio permette di accedere alla vita in comune, mantenendo però l'obbligo del silenzio; il terzo stadio consiste in una restrizione della libertà meno severa (per esempio tramite lavoro in stabilimenti industriali e agricoli); il quarto stadio infine permette, al detenuto meritevole, di accedere alla liberazione condizionale³⁶.

Il legislatore italiano³⁷ ha scelto di adottare il sistema penitenziario di stampo irlandese³⁸.

1.6. La scuola classica.

Nella seconda metà dell'Ottocento nasce e si sviluppa in Italia una corrente di pensiero che prenderà in seguito il nome di Scuola classica (in contrapposizione alla Scuola positiva); alcuni tra i suoi più importanti esponenti furono Pellegrino Rossi, Giovanni Carmignani, Francesco Carrara.

³³ Come è intuitivo fu molto difficile ottenere il rispetto di quest'ultima regola.

³⁴ Anche in questo caso pare che non fu applicato il modello così come era stato ideato: di fatto si ebbe l'isolamento totale per i criminali più pericolosi, il lavoro in comune e la segregazione notturna per tutti gli altri.

³⁵ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, op.cit.*, pp.134.

³⁶ ASCHIERI, in *Digesto italiano*, vol. X, p. 518.

³⁷ Scelte di vario tipo furono invece effettuate dagli Stati preunitari. Ad esempio nel Regno di Sardegna si preferì seguire il modello auburniano.

³⁸ Proprio nella disciplina penitenziaria dell'ergastolo è rinvenibile l'influenza di tale modello. Per un approfondimento vedi *infra* § 1.8.

La scuola classica, eredita il bagaglio concettuale giuridico e penale dell'illuminismo, da cui recepirà alcuni concetti e principi fondamentali per la riflessione su natura, scopo e funzione della pena³⁹. Ciò non significa che le teorie di questi autori siano sempre state univoche e omogenee, vi furono terreni di scontro all'interno della stessa scuola classica, e in particolare dissidi circa l'opportunità della pena di morte.

A Pellegrino Rossi si deve la teorizzazione della identificazione del fine della giustizia (umana) con il ristabilimento dell'ordine sociale violato⁴⁰ tramite la «giusta distribuzione del bene e del male»⁴¹. Di avviso diverso è Giovanni Carmignani secondo cui la pena è un mezzo per ostacolare i consociati dal commettere crimini e, tramite il timore che essa incute, assolve ad una funzione di prevenzione generale negativa.

In Carrara troviamo alcune di queste idee, seppure armonizzate con la propria visione di reato e pena. I concetti a lui più cari sono: il libero arbitrio da cui deriva la imputabilità, la giusta retribuzione⁴², la definizione di reato come «ente giuridico»⁴³, il fine della pena come «ristabilimento dell'ordine esterno nella società»⁴⁴. Quest'ultima affermazione merita di essere ulteriormente spiegata: al di là di quella che è la evidente esigenza di retribuzione giuridica, la pena risponde, infatti, anche ad istanze generalpreventive e specialpreventive negative. A istanze generalpreventive perché la

³⁹ Innanzi tutto è proprio grazie alle idee illuministiche in tema di pena che scompaiono le pene ereditate dal diritto comune e si concentra l'attenzione su pene che incidano in modo uguale la vita di ogni soggetto, prima fra tutte la pena detentiva. Ulteriore lascito dell'età illuministica è l'individualismo, che professato esasperatamente durante la rivoluzione francese, diventa concetto cardine per la riflessione di matrice classica. Infine di grande importanza è la teorizzazione di un diritto certo, chiaro, e più umano.

⁴⁰ Il medesimo concetto verrà poi ribadito anche da Francesco Carrara. Sennonché Pellegrino Rossi sposa una concezione retributiva di tipo morale.

⁴¹ COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, op. cit., p.160.

⁴² All'interno della teoria retributiva bisogna distinguere tra retribuzione morale e retribuzione giuridica. La teoria della retribuzione morale, di ascendenza Kantiana, rinviene il fondamento della pena nella violazione di un ordine etico e morale che comporta la punizione del colpevole; poggia sull'assunto che al bene segua il bene e che al male segua il male. La retribuzione giuridica, ispirata alla filosofia dialettica di stampo hegeliano descrive il delitto come negazione del diritto e la pena come negazione del delitto, che in quanto nega il delitto, riafferma il diritto. Tramite la pena dunque si ripara alla violazione della legge e si ristabilisce l'autorità dello Stato. La dottrina maggioritaria tende ad avvicinare la concezione del Carrara a quella della retribuzione giuridica.

⁴³ È un ente giuridico perché ha la propria fonte nella legge e comporta la violazione del diritto inteso come categoria astratta e non come norma positiva appartenente ad un certo ordinamento.

⁴⁴ Citando testualmente le parole di Carrara tratte dal «Programma del corso di diritto criminale»: «Il fine della pena non è quello né che giustizia sia fatta; né che l'offesa sia vendicata; né che sia risarcito il danno da lui patito; né che si atterriscano i cittadini; né che il delinquente espia il suo reato; né che si ottenga la sua emenda. Tutte coteste possono essere conseguenze accessorie della pena; ed essere alcune di loro desiderabili: ma la pena sarebbe come atto incriticabile quando tutti cotesti risultati mancassero. Il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno della società».

pena in tal modo ammonisce i consociati, ma senza atterrirli (poiché la pena è sì certa ed esemplare, ma anche proporzionata e giusta); ad istanze specialpreventive perché in tal modo il reo viene punito e indotto a non delinquere nuovamente⁴⁵.

Senza entrare oltre nello specifico pensiero di ogni autore⁴⁶, possiamo enunciare le caratteristiche generali della scuola classica.

Secondo i classici, il reato è una violazione libera e consapevole della norma penale. In questo modo due sono i fulcri del reato: la volontà e il libero arbitrio. Ogni uomo è libero nelle proprie scelte, ne è responsabile, e in quanto tale è rimproverabile: moralmente e giuridicamente. La pena è quindi la retribuzione per il male compiuto, deve essere prevista legislativamente (*nulla poena sine lege*), deve essere afflittiva, personale, certa, proporzionata al delitto. Se la pena è retribuzione del male compiuto, in quanto tale comporta afflizione e dolore a chi la riceve; di conseguenza alla funzione retributiva della pena, si lega anche la funzione di prevenzione generale negativa: è tramite l'afflizione e la sofferenza della retribuzione che si intimidiscono i consociati affinché non violino i precetti penali. Viene accolta anche l'idea di prevenzione speciale, tramite l'emenda⁴⁷ secondo alcuni o tramite l'incapacitazione del reo secondo altri.

Possiamo già anticipare che la scuola classica ebbe una importanza tale da influenzare fortemente la stesura del primo codice penale dell'Italia unita, in cui vennero recepite le istanze liberali e garantiste, quali il principio di *nulla poena sine lege*, quello della colpevolezza e quello dell'imputabilità, frutto della concezione classica; le pene, vennero mitigate e rese più umane, fatto salvo il caso della pena dell'ergastolo che venne duramente inasprita tramite il regime della isolamento in cella notturno e diurno⁴⁸.

Tuttavia la scuola classica presenta anche dei grossi limiti, che a detta di molti sono consistiti: nella incapacità di staccarsi da un troppo astratto individualismo, che ha

⁴⁵ MANTOVANI, F. *Carrara e la funzione della pena*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, (Atti del convegno internazionale Lucca-Pisa, 2/5 giugno 1988) Milano, 1991, pp. 319 e ss. Va specificato che per correzione del colpevole, Carrara non intende l'emenda soggettiva del reo. Non rientra nella legittimazione e nei compiti dello Stato correggere l'uomo interiormente, migliorarlo moralmente.

⁴⁶ Ad eccezione di Francesco Carrara che, dato l'importante contributo in tema di pena di morte ed ergastolo, sarà oggetto di una specifica trattazione nel paragrafo seguente.

⁴⁷ Ad esempio secondo Francesco Carrara l'emenda del reo può essere una desiderabile conseguenza accessoria della pena. Cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, pp. 614 -615.

⁴⁸ Vedi più in dettaglio *infra*, § 1.8.

precluso loro lo studio di problemi di carattere sociale, rifuggendo da qualunque analisi circa i fattori condizionanti l'agire umano e quindi tralasciando la possibilità di individualizzare la pena e graduarla secondo le caratteristiche del delinquente⁴⁹. Altra critica che è stata mossa riguardava l'eccessivo razionalismo del pensiero classico che ha portato a collocare il reato e la pena in una sfera astratta, lontana dalla realtà⁵⁰.

Una volta stabiliti gli importantissimi principi che ancora oggi caratterizzano la moderna scienza penalistica, la scuola classica «era giunta al suo pieno apogeo e già aveva incominciato a ripetersi»⁵¹.

1.7. Segue. La lezione di Francesco Carrara: pena di morte ed ergastolo.

Tra gli esponenti della scuola classica, figura più nota e unanimemente riconosciuta di maggiore spicco fu senza dubbio Francesco Carrara.

Come abbiamo visto, secondo Carrara scopo centrale della pena è il ristabilimento dell'ordine sociale violato, mentre minore è la considerazione che viene data alla figura del criminale, affermandosi piuttosto che la pena non debba essere ulteriormente desocializzante e corruttrice per il reo⁵².

Approfondendo il tema del nostro studio ci soffermeremo sulla ferma opposizione del Carrara contro la pena di morte e la scelta del carcere a vita come pena preferibile rispetto a quella capitale.

Bisogna contestualizzare il momento storico in cui Carrara scrive ed entro il quale si sviluppa il dibattito abolizionista.

Siamo agli albori dell'unità d'Italia, e grande è il fermento e la discussione per la realizzazione del codice penale unitario. Si discute anche sull'opportunità di mantenere o meno la pena di morte, problema alimentato dalla previsione della pena capitale nel codice sardo-piemontese, il quale viene esteso nel 1859 a molti stati del Regno d'Italia, e dalla contestuale vigenza del codice toscano del 1853, che la aveva invece abolita⁵³.

⁴⁹ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 548. Si veda anche NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in *Il positivismo e la cultura italiana*, (a cura di) PAPA, Milano, 1985, pp. 54 – 55.

⁵⁰ BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Verona, 1966, p. 17.

⁵¹ COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, *op.cit.*, p.171.

⁵² MANTOVANI, *F. Carrara e la funzione della pena*, in AA.VV., *op. cit.*, p. 317.

⁵³ A tal proposito, in Toscana, in anticipo rispetto al resto d'Europa, si assiste alla *Riforma della legislazione criminale toscana*, risalente al 1786 e operata dal granduca Pietro Leopoldo, nella quale vengono recepite diverse istanze illuministiche tra le quali ricordiamo: L'abolizione della pena di morte (è la prima volta che in Europa scompare tale pena) e della tortura, l'affermazione in fase processuale del

La mancata soluzione del problema costituirà una delle principali cause che impediranno, nel campo del diritto penale sostanziale, l'unificazione codicistica sino all'entrata in vigore del Codice Zanardelli nel 1889⁵⁴.

A questo proposito è molto interessante il contributo di Francesco Carrara «Della lezione sulla pena di morte» contenuto nel «Giornale per l'abolizione della pena di morte», diretto da Pietro Ellero e risalente al 1862 e lo scritto «Pene capitali» contenuto nel celebre «Programma del corso di diritto criminale» nella quarta edizione del 1871⁵⁵.

Così come Beccaria, anche Carrara ritiene la pena di morte una pena non necessaria, da rinnegare in via relativa e non assoluta. Gli unici, rari casi in cui la pena capitale è ammissibile sono quelli in cui il mantenimento in vita del reo sia «attualmente incompatibile con la conservazione di altri esseri uguali»⁵⁶. Ad ogni modo, nell'ipotesi in cui non sia assolutamente possibile fare a meno della pena di morte, questa va applicata soltanto ai delitti più gravi ed efferati. Deve fare soffrire il condannato il meno possibile, non deve essere spettacolo pubblico ma semplicemente resa nota al popolo. Non sono infatti il terrore e la paura gli scopi della pena.

Secondo il celebre giurista lucchese, se in linea generale la pena di morte è contraria alla «legge di natura», che è «legge di conservazione» del genere umano e non di distruzione di esso, assolutamente compatibile con il diritto naturale è la reclusione in carcere o il confino in un'isola. Anzi, è proprio la possibilità di rinchiudere il condannato senza limiti di tempo che rende illegittima la pena capitale: è la carcerazione perpetua l'*extrema ratio* del diritto sanzionatorio penale, ammessa dalla legge di natura poiché permette di conservare il diritto alla vita, diritto assoluto e inalienabile.

L'ergastolo è dunque perfettamente legittimo (in questi passi scarsa è la considerazione del condannato) poiché si limita a sottrarre al colpevole una parte della sua libertà anche se per sempre, ma non spoglia il reo del suo diritto alla vita; lo priva invero di quei diritti che egli stesso per libera scelta potrebbe alienare, ma non ne

diritto di difesa. Pena di morte che venne poi ripristinata nel 1795, abrogata nel 1847, reintrodotta nel 1852, e infine eliminata dal codice del 1853.

⁵⁴ DA PASSANO, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli: Diritto penale dell'800*, (a cura di) VINCIGUERRA, Padova, 1993, pp.579-580.

⁵⁵ CARRARA (scritti di), *Contro la pena di morte*, Milano, 2001, pp. 228 e 430.

⁵⁶ *Ibidem*, p.238.

distrugge la personalità⁵⁷. E ancora, l'ergastolo è preferibile poiché ha pari se non maggiore efficacia deterrente, permette di riparare ad eventuali errori giudiziari, e, infine, e qui torna un motivo caro al Carrara, è di più certa applicazione (poiché il carattere di irreversibilità della pena capitale può creare alcune esitazioni da parte dei giudici che devono condannare)⁵⁸ e in quanto tale diminuisce la speranza di impunità. Doverosa, alla luce di queste considerazioni, razionali da un lato e umanitarie dall'altro, è quindi l'abolizione della pena di morte.

Profondamente sentita ed energica è nel Carrara la lotta contro la pena capitale.

Tale impegno costante si manifesta in tutto il suo pensiero: è importante in tal senso ricordare la protesta da lui condotta contro la reintroduzione in Toscana della pena di morte a seguito dell'unificazione nazionale, opposizione formalizzata da una dura lettera di disapprovazione inviata al ministro del tempo Pisanelli⁵⁹.

Nel 1888 muore Francesco Carrara, un anno prima della promulgazione del codice Zanardelli, il quale recepisce e incorpora molte istanze della scuola Classica⁶⁰, prima fra tutte, quella per l'abolizione della pena di morte.

1.8. L'ergastolo nel codice Zanardelli.

Prima dell'entrata in vigore del codice Zanardelli, la pena dell'ergastolo era già prevista nel Codice toscano (artt.13 e 15 modificati dal decreto 10 gennaio 1860), nel *Codice penale per regno delle due Sicilie* del 1819 (artt.3 e 7) e nel Codice criminale estense del 1855 (artt.10 e 16)⁶¹.

Nel codice del 1889 l'ergastolo diventa la massima pena (viene previsto dall'art.11), a seguito della soppressione della pena di morte. Si configura come pena severissima, caratterizzata dalla reclusione perpetua e dalla totale privazione di libertà, imponendo in questo modo un castigo durissimo al reo e tutelando al meglio la sicurezza della società. Proprio queste due caratteristiche mirano a ridurre al minimo la distanza tra pena di morte e pena carceraria, poiché l'ergastolo è presentato come l'immediato sostituto della pena capitale.

⁵⁷ *Ibidem*, pp.35-37.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁵⁹ PROSPERI, *Carrara e la pena capitale* in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, op. cit., p. 408.

⁶⁰ VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, Padova 1999, p. 264.

⁶¹ ASCHIERI, in *Digesto italiano*, vol. X, pp.516.

Si può notare in tal senso che non vi fu praticamente alcuna discussione in sede di redazione del codice Zanardelli circa la pena da sostituire a quella capitale: la scelta cadde quasi naturalmente sull'ergastolo.

La sanzione veniva così scontata: era previsto un periodo di segregazione continua in cella con l'obbligo del lavoro per sette anni, e decorso tale tempo vi era un secondo periodo in cui la segregazione in cella era soltanto notturna, fermo restando l'obbligo del lavoro. La condanna all'ergastolo comportava una serie di sanzioni accessorie e la pubblicazione della sentenza di condanna, in virtù di quelle caratteristiche di pubblicità e notorietà, enucleate dal Beccaria prima, e dal Carrara poi, quali requisiti fondamentali della pena. L'unica possibilità per il condannato di riacquistare la libertà era data dalla concessione della grazia sovrana. Vengono riconosciute anche le circostanze attenuanti generiche che permettono la sostituzione della pena dell'ergastolo con la reclusione per 30 anni⁶².

È stato rilevato⁶³ che la pena dell'ergastolo così come delineata, si allontana da tutto quello che è l'impianto sanzionatorio di stampo liberale del codice del 1889. Un codice che si caratterizza per la previsione di pene tutto sommato miti, in cui vengono aboliti, oltre alla già ricordata pena di morte, i lavori forzati, le pene infamanti, qualunque tipo di supplizio nell'espiazione della pena. L'ergastolo rappresenta quindi una nota dissonante tra le pene del nuovo codice, pena perpetua che risponde a istanze meramente retributive, di deterrenza, neutralizzazione e afflizione del condannato.

D'altro canto però, l'ergastolo appare al tempo la massima pena che meglio si concilia con un diritto penale razionale, garantista, che risponda ad esigenze di giustizia e umanità.

In questo quadro bisogna ancora esaminare l'importante apporto della scuola positiva, e in particolare del suo più illustre esponente: Enrico Ferri, il quale partecipò alle discussioni per la creazione del nuovo codice, e la cui influenza è rinvenibile in una prima, leggera apertura del codice Zanardelli ad alcune istanze di matrice positivista⁶⁴ e a sanzioni di carattere educativo⁶⁵.

⁶² ASCHIERI, in *Digesto italiano, op. cit.*, pp.517 e ss.

⁶³ MOCCIA in VINCIGUERRA (a cura di) , *op. cit.*, pp. 566 e 570.

⁶⁴ Per esempio il codice Zanardelli introdusse: il lavoro sostitutivo come pena di conversione della pena pecuniaria in caso di insolvibilità del condannato; la sorveglianza speciale, in caso di condanna per certi reati, dei delinquenti che avessero scontato interamente la pena detentiva, ma di cui non fosse sicuro il ravvedimento; la previsione di stabilimenti speciali per l'esecuzione della pena dell'ubriaco abituale; la

1.9. La scuola positiva.

Alla fine dell'ottocento sorge in Italia una corrente di pensiero che prende il nome di scuola positiva, i cui massimi rappresentanti sono: Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo ed Enrico Ferri.

Naturalmente fortissima è l'influenza della filosofia positiva e della metodologia ad essa sottesa: viene privilegiata la tecnica di ricerca scientifica quale la raccolta dei dati, l'utilizzo di ipotesi verificabili, la osservazione e la classificazione dei fenomeni sociali⁶⁶.

Tramite l'uso di questa metodologia, la scuola positiva sviluppa alcuni importanti concetti che ruotano tutti intorno alla figura del delinquente.

La nascita della scuola positiva si fa convenzionalmente risalire al 1876, data di pubblicazione della prima edizione della celebre opera lombrosiana «L'uomo delinquente». La posizione di Lombroso prima, e degli altri rappresentanti della scuola positiva poi, muove dalla critica ad uno dei concetti cardine della scuola classica e cioè il libero arbitrio⁶⁷. In particolare secondo il medico veronese, l'uomo delinquente è (pre) determinato al delitto a causa di fattori di tipo antropologico⁶⁸. Il criminale, secondo questa impostazione, presenta delle anomalie di carattere bio-psichico di natura atavica, che lo rendono inferiore e predisposto al delitto.

Enrico Ferri, convinto assertore della mancanza del libero arbitrio nel delinquente, spiega il delitto in relazione all'influenza di fattori ambientali e sociali.

Ogni fattore influisce in modo diverso su ciascun individuo: da qui l'opportunità di enucleare diverse tipologie di delinquenti: il delinquente nato, il delinquente pazzo, il delinquente abituale e il delinquente d'occasione⁶⁹.

creazione di istituti di correzione e rieducazione del minore non imputabile che avesse commesso reati per i quali era prevista la pena dell'ergastolo, o della reclusione e detenzione non inferiore a un anno.

⁶⁵ MOCCIA, in VINCIGUERRA (a cura di), *op. cit.*, p.575.

⁶⁶ WILLIAMS, MC SHANE, *Devianza e criminalità*, Bologna, 2002, pp. 39 e 40.

⁶⁷ VELO DALBRENTA, *La scienza inquieta. Saggio sull'Antropologia criminale di Cesare Lombroso*, Padova, 2004, p. 21.

⁶⁸ Lombroso cercò, di individuare e dimostrare con metodo scientifico, tramite classificazioni, misurazioni, osservazioni e statistiche quali fossero i tratti dell'uomo delinquente. Inizialmente si soffermò sui tratti somatici, poi su quelli fisiologici e psichici, e in un secondo momento, a cause delle critiche mossegli tenne in considerazione anche fattori di tipo ambientale.

⁶⁹ In realtà anche Lombroso procederà ad una differenziazione delle tipologie delinquenziali, e aggiungerà a tale classificazione il delinquente per passione.

Risale a Raffaele Garofalo il concetto di «temibilità del delinquente» che si trasformerà poi nell'importante idea di pericolosità sociale. Egli ritiene che il delitto sia determinato principalmente da fattori psicologici e ammette dei condizionamenti di tipo antropologico.

L'impianto concettuale costruito dalla scuola positiva si fonda dunque su alcuni pilastri: si sposta l'attenzione dal reato al delinquente; poiché non c'è spazio per il libero arbitrio viene eliso il concetto di imputabilità e diventa centrale l'idea della pericolosità sociale, che comprende, sia le possibilità che un soggetto per le sue peculiari caratteristiche commetta un delitto, sia quella pericolosità intrinseca di chi ha commesso o tentato di commettere delitto. La conseguenza di questa concezione è che, accanto alla pena o in sostituzione ad essa vanno applicate le misure di sicurezza.

In questo disegno la pena e la misura di sicurezza non sono proporzionate alla gravità del fatto commesso e alla colpevolezza, ma al grado di pericolosità del delinquente.

Il corollario di queste premesse non può che essere il mutamento di prospettiva in tema di scopo della pena; la sua funzione non è più quella della retribuzione, in tutte le forme che essa può assumere, ma funzione primaria è la prevenzione speciale in entrambe le sue vesti: quella negativa e quella positiva. Quella negativa che porta alla neutralizzazione o perfino eliminazione del reo quando questi sia irrecuperabile⁷⁰, e quella positiva che esige la rieducazione e la risocializzazione del condannato, tramite misure che si adeguino alla sua personalità e che eliminino le ragioni del delitto. Il principio ispiratore di fondo è quello della difesa sociale: il problema della pena non consiste tanto nella afflizione o nella punizione del condannato, alla luce di idee quali “punire il male con il male” *quia peccatum*, ma riguarda la protezione della società dalla criminalità⁷¹.

Nonostante alcune di queste idee siano innovative⁷², la scuola positiva presenta alcuni limiti: l'applicazione delle misure di sicurezza presuppone una eccessiva

⁷⁰ In tal senso Garofalo ha sostenuto l'opportunità della pena di morte.

⁷¹ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 25.

⁷² Sembra interessante evidenziare come alcune idee della scuola positiva abbiano costituito il punto di partenza per la riflessione della moderna scienza criminologica. La scuola di Chicago ad esempio condividerà l'assunto che il comportamento umano, e quindi anche quello criminale, è condizionato fortemente dall'ambiente sociale. Alcuni concetti mutuati dai sostitutivi penali potrebbero rappresentare la base del c.d. crime proofing, che consiste nella valutazione e gestione del rischio della criminalità. L'obiettivo del crime proofing è quello di ridurre il rischio della criminalità involontariamente creato da

discrezionalità del giudice, poiché incerti sono i presupposti che le giustificano; incerta è anche la durata della misura di sicurezza la quale è a tempo indeterminato. Infine, se lo scopo della pena è la difesa sociale, sarà giustificata l'imposizione di misure di sicurezza ai «predelinquenti»⁷³ cioè a quei soggetti considerati socialmente pericolosi anche se non hanno mai commesso un reato⁷⁴.

1.10. Segue. La teoria dei sostitutivi penali.

Una interessante intuizione sviluppata da Enrico Ferri è la teoria dei c.d. sostitutivi penali. Si tratta di misure di ordine economico, politico, scientifico, civile, amministrativo, religioso, familiare ed educativo, che dovrebbero servire come «antidoto ai fattori sociali della criminalità»⁷⁵; strumenti adibiti a prevenire la delinquenza e la criminalità, e a sostituirsi fin dove è possibile alla pena.

Tali sostitutivi penali, secondo Ferri, dovrebbero portare col tempo ad una vera e propria metamorfosi della società. A titolo esemplificativo riporteremo alcuni casi.

Contro mali come l'alcolismo e il vagabondaggio si suggeriscono rimedi di matrice sociale, tramite un'organizzazione economica che elimini le cause del malessere e della disoccupazione (provvedimenti di ordine economico); contro gli omicidi per questioni ereditarie si propone una dettagliata disciplina testamentaria (provvedimenti di ordine civile); si consiglia l'istituzione del divorzio per prevenire reati di bigamia, adulterio e omicidio (provvedimenti di ordine familiare); si raccomanda la creazione di istituti di protezione, di colonie agricole e l'affidamento alle famiglie coloniche per educare i minori abbandonati (provvedimenti di carattere educativo); quest'ultimo sostitutivo penale è ritenuto da Ferri uno dei più importanti perché, avendo un'applicazione vastissima, dato l'ingente numero di soggetti coinvolti, e data l'età di soggetti che sono

un fattore potenzialmente criminogeno: ad esempio si parla di legislazione criminogena (si pensi al suggerimento di Ferri con riguardo all'istituzione del divorzio per diminuire i reati di adulterio, omicidio, bigamia).

⁷³ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 551.

⁷⁴ È evidente che idee di questo genere mal si conciliano con i principi di uno stato liberale e garantista e con un diritto penale minimo. In questo modo non si guarda più al fatto commesso, ma solo all'autore, potenziale o effettivo. Il rischio è quello di uno stato autoritario che interviene nella vita dei suoi cittadini, pretendendo non tanto di risocializzarli quanto di guarirli o correggerli. Per ulteriori approfondimenti si veda: FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, op. cit., pp. 258 e ss.

⁷⁵ FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, pp. 396 e ss.

sicuramente “educabili”, permetterebbe di evitare un ingente numero di reati da punire successivamente tramite lo strumento della repressione⁷⁶.

1.11. Il contributo di Enrico Ferri in tema di ergastolo.

Torna utile per il nostro studio, l’analisi del pensiero di Enrico Ferri circa le massime pene.

Per quanto riguarda la pena di morte Ferri si proclama abolizionista, nega l’utilità della pena di morte e critica la sua scarsa forza deterrente⁷⁷, suffragando la sua posizione alla luce di indagini e statistiche sulle esecuzioni capitali⁷⁸.

In ogni caso poca è la sua attenzione nei confronti della pena capitale in quanto, nell’epoca in cui scrive, essa è stata appena abolita dal codice Zanardelli.

Molto più vigoroso e interessante è invece il suo contributo in tema di ergastolo: Per i delinquenti nati o incorreggibili le uniche soluzioni possibili sono la deportazione perpetua e la reclusione perpetua indeterminata. Ferri non ritiene di soffermarsi sulla deportazione perpetua alla luce della già provata, negativa esperienza di paesi come la Francia o l’Inghilterra nell’utilizzo di tale pena.

Al contrario analizza la reclusione perpetua indeterminata. Tale pena presuppone una particolare tendenza a delinquere e la commissione di certi specifici reati: se si tratta di reati particolarmente gravi è sufficiente averli commessi anche una sola volta per meritare tale pena⁷⁹; in caso di delitti di minore gravità è necessario quantificare il numero di recidive rispetto ad ogni specifico reato per potere applicare la detenzione perpetua. Ciò che Ferri critica del sistema penale e penitenziario del suo tempo è la previsione per gli ergastolani dell’isolamento cellulare, che viene da lui definito come una delle «aberrazioni del secolo XIX». Non mette quindi in discussione l’ergastolo in quanto tale, ma proprio la peculiare modalità di espiazione di tale pena. Ferri riprende la definizione fatta dal ministro Mancini nella relazione al primo progetto del Codice penale, nella quale si qualifica l’ergastolo «tomba di esseri viventi». Il riferimento è evidentemente al lungo e straziante periodo di segregazione in cella (sette anni di

⁷⁶ *Ibidem*, p. 446.

⁷⁷ Citando testualmente da *Sociologia criminale*: «Infatti chi delinque, o lo fa per passione improvvisa e allora non pensa a nulla; o lo fa con premeditazione ed allora è mosso a delinquere, non già da un ipotetico confronto tra l’estremo supplizio e la reclusione a vita, ma dalla speranza di impunità».

⁷⁸ FERRI, *Sociologia criminale, op.cit.*, pp.875-883.

⁷⁹ Ad es. Ferri enumera gli assassini e i grassatori (predoni di strada) con omicidio che siano “delinquenti nati”.

isolamento assoluto diurno e notturno), isolamento inutile e disumano (oltre che eccessivamente costoso). Al posto di rieducare socialmente e moralmente il condannato, lo corrompe e lo devia ulteriormente.

La soluzione proposta è mantenere solamente l'isolamento in cella durante la notte e istituire l'obbligo del lavoro all'aperto da svolgersi nelle colonie penali agricole⁸⁰.

Come abbiamo visto, perde campo la centralità della retribuzione come scopo primario della pena, e per la prima volta si sposta l'attenzione su commisurazione ed esecuzione della sanzione in relazione alle caratteristiche del delinquente.

C'è di più: secondo Ferri nelle ipotesi in cui il delinquente sia minorenne, non bisogna sottoporlo a reclusione carceraria, ma si dovrà provvedere alla cura fisica e morale del giovane (ciò è definito da Ferri come uno dei più potenti sostitutivi penali).

Lo si affiderà ad una onesta famiglia (per i meno pericolosi) o lo si farà lavorare in una colonia agricola⁸¹.

1.12. Ergastolo e pena di morte nel codice Rocco e nella Costituzione.

Nel 1925 prende avvio la riforma per un nuovo codice penale. L'esigenza di modificare un codice sostanzialmente "nuovo" come era il codice Zanardelli si spiega, alla luce della cornice europea, con la crisi dei valori liberali che avevano caratterizzato le codificazioni ottocentesche, dall'avanzare dei totalitarismi in tutta Europa, da un aumento della criminalità verificatosi nel primo dopo guerra.

In Italia con la legge 25 novembre 1926 n. 2008 viene reintrodotta, per una serie di delitti politici la pena di morte, che permette al regime fascista di approntare una "efficace" tecnica di difesa contro i suoi nemici politici (unitamente alla istituzione del «Tribunale speciale per la difesa dello Stato»).

Nel 1930 (con r.d.19-10-1930) viene pubblicato il testo del codice Rocco, il quale entrerà in vigore il 1° Luglio 1931.

Per quel che ci riguarda, il suddetto codice si caratterizza da un incremento delle fattispecie incriminatrici e da un notevole inasprimento sanzionatorio: frequente previsione della pena di morte e dell'ergastolo, aumento nel minimo e nel massimo delle pene edittali, crescita delle ipotesi di circostanze aggravanti e simmetrica

⁸⁰ FERRI, *op cit.*, pp.890-901.

⁸¹ FERRI, *Sociologia criminale, op. cit.*, p. 890 e ss.

abolizione delle circostanze attenuanti generiche, notevole aggravamento di pena in caso di recidiva.

Viene creato il famoso sistema del doppio binario che, travisando le idee della scuola positiva, introduce le misure di sicurezza come sanzione aggiuntiva alla pena tradizionale e non alternativa ad essa⁸².

A difesa della reintroduzione della pena di morte si affermano inderogabili esigenze di prevenzione speciale (dato il carattere ovviamente eliminativo della pena capitale), deterrenza intesa come vera e propria minaccia, e infine un particolare scopo «satisfattorio» che appaga il sentimento di vendetta ed evita le rappresaglie⁸³.

Particolarmente severo è il trattamento punitivo del reo in caso di concorso materiale e formale di reati, cui si applica il principio del cumulo materiale delle pene⁸⁴; in questo modo si dà applicazione a pene durissime per reati di media gravità⁸⁵.

Tuttavia il codice Rocco sopravviverà ben oltre la caduta del regime fascista, seppure con modifiche e riforme che ne hanno notevolmente attenuato la severità e il rigore e lo hanno reso più compatibile con le esigenze di un paese democratico.

La pena di morte viene abolita per i delitti previsti dal codice penale del 1930 (non invece per i delitti fascisti e di collaborazionismo contenuti in leggi speciali) con il d.lg.lt. 10 agosto 1944; successivamente con il d.lg.22 gennaio 1948, n.21 viene abolita la pena capitale anche per i delitti previsti dalle leggi speciali ad eccezione di quelle militari di guerra.⁸⁶

Nel 1948, con la promulgazione della Costituzione viene una volta e per tutte sancito il rifiuto da parte dello stato italiano della pena di morte, infatti ex art.27,4°co Cost.:«Non è ammessa la pena di morte se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra»⁸⁷.

⁸² MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, Torino, 2008, p. 27.

⁸³ DOLCINI in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1988, vol. II, pp. 278 e 282.

⁸⁴ Così l'art.72,1°co. recita che: «Al colpevole di più delitti,ciascuno dei quali importa la pena dell'ergastolo, si applica la pena di morte»; e ex art. 73,2°co: «Quando concorrono più delitti,per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore ai ventiquattro anni si applica l'ergastolo».⁸⁴

⁸⁵ VASSALLI, *La riforma del codice penale italiano del 1930*, in *Giustizia penale*,1972, pp. 517-518.

⁸⁶ FROSALI, in *Novissimo digesto italiano*, vol. X , p.943.

⁸⁷ La l. 13 ottobre 1994, n.589 ha abolito la pena di morte prevista dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra.

Altrettanto intensa è la previsione dell'art. 27,3°co Cost. secondo cui: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

L'ergastolo torna ad essere la sanzione più grave e severa prevista nel nostro ordinamento, ma l'inciso dell'art. 27, 3°co darà avvio ad una serie di discussioni circa l'illegittimità costituzionale della pena perpetua⁸⁸.

⁸⁸ Cfr. in dettaglio il cap.II, § 2.13, 2.15, 2.16, 2.19.

Capitolo II

Sul problema della rieducazione del condannato a pena detentiva.

SOMMARIO: 2.1. INTRODUZIONE AL PROBLEMA RIEDUCATIVO. – 2.2. L'IDEA RETRIBUTIVA. – 2.3. LA PREVENZIONE GENERALE. – 2.4. LA PREVENZIONE SPECIALE. – 2.5. IL PRINCIPIO RIEDUCATIVO ALLA LUCE DELL'ART. 27, 3°CO. COSTITUZIONE. I LAVORI PREPARATORI. – 2.6. L'INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA DEL PRINCIPIO RIEDUCATIVO ALLA LUCE DELL'ART. 27, 3°CO. COSTITUZIONE – 2.7. IL RICONOSCIMENTO DELLA RIEDUCAZIONE TRA LE FINALITÀ DELLA PENA. – 2.8. LA CONCEZIONE POLIFUNZIONALE DELLA PENA. – 2.9. IL CONTENUTO DELLA RIEDUCAZIONE. – 2.10. ASCESA E SVILIMENTO DELL'IDEALE RIEDUCATIVO. – 2.11. LA CRISI DELLA PENA DETENTIVA. – 2.12. LA LEGGE SUL NUOVO ORDINAMENTO PENITENZIARIO E LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE. – 2.13. ERGASTOLO E PRINCIPIO RIEDUCATIVO. QUESTIONI DI COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE: LA SENTENZA 16 GIUGNO 1956 DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE. – 2.14. SEGUE. ERGASTOLO E PRINCIPIO RIEDUCATIVO. LA LEGGE N.1634 DEL 25 NOVEMBRE 1962. – 2.15. SEGUE. ERGASTOLO E PRINCIPIO RIEDUCATIVO. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 264 DEL 1974. – 2.16. VERSO LA VALORIZZAZIONE DELLA «PENA COSTITUZIONALE». LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 274 DEL 1983 IN TEMA DI LIBERAZIONE ANTICIPATA. – 2.17. LA LIBERAZIONE CONDIZIONALE COME CONDICIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ERGASTOLO. – 2.18. «QUALE PENA PER LA RIEDUCAZIONE» DEL MINORENNE? – 2.19. IL PROBLEMA DELL'ERGASTOLO INFLITTO AL MINORE DI ETÀ.

2.1. Introduzione al problema rieducativo.

Il problema dello scopo e della funzione della pena è stato a lungo dibattuto dalla dottrina italiana, e ne sono prova le accese discussioni che hanno visto scontrarsi le due grandi scuole di pensiero della moderna scienza penalistica italiana: la scuola classica e la scuola positiva.

La questione invero non è stata sopita, ma anzi ulteriormente rinvigorita, dalla presa di posizione del legislatore costituente in tema di scopi della pena. L'art. 27, 3°co. Cost. recita infatti che: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»⁸⁹.

La soluzione del problema dipende da come viene interpretato il precetto costituzionale, valorizzandone la portata «esplosiva»⁹⁰ o viceversa ridimensionando la portata innovativa.

⁸⁹ È indicativo della rilevanza della questione proprio il fatto che la Costituzione italiana si sia preoccupata di prevedere espressamente una norma che riguardasse la finalità della pena.

⁹⁰ CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Rivista di diritto processuale*, vol. I, 1956, pp.1-6.

L'analisi del problema degli scopi ruota tutta intorno a quale giustificazione dare al diritto penale e a quali istanze di politica criminale lo Stato intenda rispondere. È per tale motivo necessario, al fine di impostare meglio lo studio dell'art. 27,3°co. Cost., analizzare i possibili, diversi scopi della pena (detentiva) in relazione al concetto di rieducazione.

2.2. L'idea retributiva.

Sono essenzialmente tre le teorie attorno cui ruota il problema del fondamento della pena: la teoria retributiva, la teoria generalpreventiva e la teoria specialpreventiva⁹¹.

L'assunto base delle dottrine retribuzionistiche è che il bene va ricompensato con il bene e il male con il male⁹²; la pena è quindi castigo, retribuzione del male commesso, si punisce *quia peccatum est*⁹³. Si tratta di teorie c.d. assolute, secondo le quali la pena ha una propria intrinseca giustificazione e non è mai mezzo per raggiungere uno scopo diverso (quale la prevenzione dei delitti o l'utilità del reo).

Si afferma⁹⁴ che l'antecedente storico delle teorie retributive risieda nell'idea di vendetta, intesa come punizione di tipo privato che interviene in assenza dell'autorità punitiva dello Stato⁹⁵.

Esistono due diversi modi di intendere la retribuzione: la retribuzione morale e la retribuzione giuridica⁹⁶.

⁹¹ Per una ricostruzione dettagliata di tali teorie penali nella loro versione "pura" si rimanda a MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, cap. II, pp. 39 e ss.

⁹² Così BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale, op.cit.*, p. 634; PETROCELLI, *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, pp. 98 – 101.

⁹³ MANTOVANI, *op.cit.*, p.714.

⁹⁴ Cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1867, p.587, ALIMENA, *Principi di penale*, Napoli, 1910, p. 88- 89, PETROCELLI, *Saggi di diritto penale, op. cit.*, p. 93; V. LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, (traduzione italiana a cura di) CALVI, Milano, 1962, pp.16, 21. Gli AA. ritengono che l'origine della concezione della pena trovi un fondamento nell'idea di vendetta, che si è affermata prima che si rafforzasse l'autorità statale. Più recentemente cfr. anche con FERRAJOLI, *Diritto e ragione, op. cit.*, p. 240. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 15;

⁹⁵ In senso contrario BETTIOL, *Diritto penale parte generale, op.cit.*, pp. 635- 636. L'A., fermo sostenitore delle teorie retribuzionistiche, nega che la retribuzione sia un «travestimento moderno dell'idea di vendetta». Tale concezione avrebbe «inquinato alle origini il diritto penale ed ha accompagnato questo attraverso tutta la sua dolorosa storia sino all'idea in cui è apparsa la difesa sociale a dare fondamento umano e morale all'intervento dello Stato nel campo punitivo». Il fatto che, in assenza dell'autorità statale, ad un'offesa seguisse una reazione non ne dimostra la natura vendicativa. La concezione che al male debba seguire il male, non nasconde istinti di vendetta, ma è espressione di un naturale «sentimento di giustizia che postula un castigo per i rei».

La teoria della retribuzione morale (o etica), di ascendenza kantiana⁹⁷, ritiene che la legge sia una legge morale, slegata da qualunque contenuto poiché trova la ragione della sua moralità in se stessa (*a priori*). L'uomo che agisce secondo morale è l'uomo che, seguendo quanto è prescritto dall'imperativo categorico, fa il bene per il bene⁹⁸. Di conseguenza quando l'ordine etico viene infranto, la coscienza morale richiede una reazione, un corrispettivo per il male commesso, *rectius* la pena⁹⁹.

Si sviluppano così due ulteriori concetti, quello di diritto premiale (per cui colui che ha agito conformemente alle prescrizioni dell'ordinamento giuridico merita un premio) e quello di diritto penale (secondo cui chi ha violato la legge morale e l'imperativo categorico merita una punizione)¹⁰⁰.

Secondo la teoria della retribuzione giuridica, il fondamento della pena risiede nell'ordinamento giuridico; tramite la pena si ripara al delitto ristabilendo l'ordine sociale violato¹⁰¹. La matrice di questa teoria risale alla filosofia dialettica hegeliana secondo cui il delitto è la negazione del diritto, e la pena è la negazione del delitto: in tal modo la sanzione ha la funzione di reintegrare il diritto originario, antecedente la violazione¹⁰².

Queste le principali radici filosofiche¹⁰³.

Secondo l'elaborazione moderna, importante conseguenza del principio retributivo è la garanzia data dal principio *nulla poena sine crimine*, in virtù del quale la pena può essere irrogata soltanto quando un delitto sia stato commesso, e quindi *ex post*, rifiutando qualunque misura di carattere preventivo.

Il principio retributivo esige inoltre che la responsabilità penale sia personale, che sia sempre possibile muovere un rimprovero all'autore del fatto illecito (*nulla poena sine culpa*) e che la pena sia proporzionata alla gravità del fatto commesso¹⁰⁴.

⁹⁶ Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1998, p.661. Secondo l'A. a queste due categorie se ne può aggiungere una terza, che ha origini ancora più risalenti nel tempo, la retribuzione divina. Secondo tale teoria la legge è legge divina e chi commette reato merita il castigo di Dio che viene attuato tramite la giustizia umana.

⁹⁷ KANT, *La metafisica dei costumi*, (traduzione italiana a cura di) VIDARI, Bari, 1970, pp.164 -167.

⁹⁸ TODESCAN, *Metodo, diritto, politica*, Bologna, 2002, p.163.

⁹⁹ Una delle più decisive critiche mosse a questa teoria è la confusione tra diritto e morale.

¹⁰⁰ MANTOVANI, *Diritto penale, op.cit.*, p.715.

¹⁰¹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale, op. cit.*, p. 241. Tale impostazione viene critica in quanto presenta una visione etico-formalistica del reato e del potere punitivo.

¹⁰² TODESCAN, *Metodo, diritto, politica, op.cit.*, p.189.

¹⁰³ Diffusamente si veda RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996, pp. 74 e ss.

¹⁰⁴ BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, in *Gli ultimi scritti 1980 – 1982 e la lezione di congedo 6 – V – 1982*, (a cura di) PETTOELLO MANTOVANI, Padova, 1984, p. 93.

Sono tutti corollari che delineano una pena giusta, prevista da un ordinamento giuridico liberale e garantista¹⁰⁵. Da ciò deriva che la pena retributiva è afflittiva, ma deve essere anche umana. Ciò è stato sancito a livello costituzionale proprio dall'art. 27, 3° co, per cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Questo significa che la rieducazione può derivare dalla pena retributiva in quanto pena umana e inderogabile¹⁰⁶.

2.3. La prevenzione generale.

Tra le dottrine utilitaristiche, ossia quelle che considerano la pena come mezzo per raggiungere un determinato scopo, si enumerano la teoria della prevenzione generale e la teoria della prevenzione speciale (di cui ci occuperemo nel paragrafo seguente).

Il concetto sotteso alla prevenzione generale è che la pena abbia come principale funzione quella di distogliere i consociati dal commettere delitti. Tale idea nella sua enucleazione più risalente¹⁰⁷, si trova espressa in Protagora e Seneca, e in età moderna è stata sostenuta da filosofi e giuristi come Bentham¹⁰⁸, Feuerbach¹⁰⁹ e Romagnosi¹¹⁰.

In realtà, come per tutte le teorie, sono molteplici le sfumature che connotano la prevenzione generale¹¹¹, la quale si compone di diversi aspetti non sempre omogenei.

¹⁰⁵ BETTIOL, *Diritto penale, op.cit.*, p. 644; MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 716.

¹⁰⁶ Per l'interpretazione retributiva dell'art.27,3 co. Cost. vedi *infra* § 2.6.

¹⁰⁷ MANTOVANI, *Diritto penale, op.cit.*, p. 717; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*. Bologna, 2006, p. 661.

¹⁰⁸ BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, London, 1970, pp. 11 e ss.

¹⁰⁹ FEUERBACH, *Anti- Hobbes, ovvero, i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, (traduzione italiana a cura di) CATTANEO, Milano, 1972, pp.108 e ss.

¹¹⁰ ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Prato, 1834, p. 123.

¹¹¹ Cfr. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, pp. 250 e ss. Il discorso sulla prevenzione generale è molto complesso e non sempre definibile all'interno di categorie immobili e statiche. Infatti non si può parlare di prevenzione generale «come se tutte le norme fossero uguali», come se tutte le forme di delinquenza e i tipi criminali fossero caratterizzati da un substrato comune e omogeneo; infatti «le prospettive più moderne e più criticamente avvertite riconoscono piuttosto la necessità di analisi differenziate allo scopo di individuare i limiti di efficacia della minaccia di pena in rapporto ai vari tipi di offesa e alle varie personalità, senza pretendere di irrigidire il complesso fenomeno in un canone generale e assoluto». Per questo la prevenzione generale non è e non può essere considerata solo nella sua caratterizzazione negativa, di intimidazione e minaccia, dovendosi tenere in conto anche altri fattori che concorrono a qualificarla; si pensi a «meccanismi psicologici e sociali diversi, quali la convalida normativa e il rischio di stigmatizzazione». La convalida normativa è quel meccanismo, spesso inconscio, che ci porta a seguire «un modello comportamentale acquisito» che ci fa escludere l'alternativa criminale senza che ce ne rendiamo conto. La stigmatizzazione è una sorta di effetto «riflesso» della convalida normativa, che per quanto assimilabile al funzionamento psicologico della deterrenza, opera su un piano diverso e ulteriore:

Innanzitutto si usa distinguere¹¹² tra prevenzione generale negativa e prevenzione generale positiva.

La prevenzione generale negativa si attua tramite l'intimidazione dei consociati a mezzo della pena, e tale effetto deterrente può ottenersi in due diversi modi¹¹³: tramite la concreta inflizione della pena a seguito di condanna (e il rischio è però quello di condanne esemplari e di strumentalizzazione del singolo criminale)¹¹⁴ o tramite la minaccia della punizione tradotta in sede legislativa¹¹⁵ (e il rischio è quello di previsioni edittali troppo alte e sproporzionate al fatto commesso, che delegittimino la credibilità del sistema penale *in toto*)¹¹⁶.

La prevenzione generale negativa è stata interpretata alla luce della teoria della coazione psicologica (Bentham, Feurbach) secondo cui la minaccia di pena opera come contropinta psicologica rispetto alla pulsione a commettere delitto¹¹⁷.

La valenza c.d. positiva della prevenzione generale poggia sull'idea che la minaccia della pena abbia una funzione di «orientamento culturale e morale-pedagogico»¹¹⁸ dei consociati, rafforzando il rispetto dei valori dell'ordinamento giuridico di appartenenza.

«la rappresentazione di una conseguenza metagiuridica della condanna legale, l'identificazione come "delinquente" nel contesto sociale» e il conseguente processo di etichettamento.

¹¹² Usano tale distinzione FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, op. cit.*; p. 259 e ss. PULITANÒ, *Diritto penale, op. cit.*, pp. 20- 22. Da un punto di vista sostanziale utilizza la distinzione anche PACKER, *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, p. 43. L'A. anche se non si avvale della terminologia "negativa -positiva", distingue tra una tipologia di prevenzione che si realizza tramite minaccia intesa come intimidazione e un'altra "minaccia" che «contribuisce a sviluppare le possibilità di comportamenti conformi alla legge, e a ridurre, perciò, il numero delle occasioni in cui si presenta la possibilità di un atto criminale».

¹¹³ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 61. PADOVANI, *L'utopia punitiva, op. cit.*, p. 260.

¹¹⁴ Cfr. ANDENEAS, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, (a cura di) ROMANO – STELLA, Bologna, 1980, pp. 38 e ss.

¹¹⁵ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale, op.cit.*, pp. 264 e ss.

¹¹⁶ Considerata nelle sue versioni più estreme la prevenzione generale può portare ad ammettere l'utilizzo della pena di morte. Nell'ambito dell'indagine circa la tipologia di pena idonea ad assolvere ad obiettivi di prevenzione generale, alcuni autori sottolineano l'opportunità di espungere dal nostro ordinamento anche la pena dell'*ergastolo*. In alcun modo indagini empiriche e statistiche consentono di ritenere che la minaccia di una pena così elevata possa determinare significativi decrementi dei tassi di criminalità. Cfr. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati, op.cit.*, pp. 28 – 29.

¹¹⁷ Questa intuizione è solo parzialmente vera, poiché presuppone che tutti i criminali siano razionali e agiscano calcolando benefici e costi (fenomeno che avviene più che altro nei casi di criminalità economica). In generale il rischio della concezione generalpreventiva è quello di collocarsi all'interno di un diritto penale massimista e illiberale. Cfr. PACKER, *I limiti della sanzione penale, op.cit.*, pp. 40 – 41 e 65- 66.

¹¹⁸ FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, op.cit.*, p. 662.

Al di là della difficile dimostrabilità empirica degli effetti negativi e positivi della prevenzione generale, un dato sembra certo: il soggetto quando agisce subordina o fa prevalere l'insieme delle motivazioni e convinzioni soggettive (condivisione della fondatezza del divieto e adesione ad un certo sistema di valori e principi)¹¹⁹ rispetto alla dissuasione in termini di forza, che la minaccia della pena dovrebbe operare nell'orientare il suo comportamento verso i canoni della legalità¹²⁰. Sembra infatti che l'intimidazione tramite minaccia abbia un ruolo nettamente secondario. In proposito, ciò che eventualmente influenza la decisione di delinquere appare maggiormente collegato alla certezza dell'irrogazione della sanzione più che all'elevato livello edittale di pena prevista¹²¹.

Con queste considerazioni non si vuole sminuire il ruolo della prevenzione generale (la quale peraltro opera in maniera primaria nel momento legislativo, e secondariamente nel momento commisurativo ed esecutivo), ma sicuramente non la si considera finalità principale della pena né criterio-guida che dovrebbe ispirare le scelte del legislatore in tema di politica criminale.

2.4. La prevenzione speciale.

¹¹⁹ MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, pp. 483. Nel contributo citato vengono dettati alcuni criteri che il legislatore deve seguire durante la c.d. fase della *minaccia* di pena. I precetti penali devono essere «chiari e nitidi», ma soprattutto il loro contenuto deve essere il più possibile «in armonia con la scala dei giudizi di valore dominanti tra i consociati. Solo un ordinamento penale sentito come giusto nel suo insieme può portare la generalità dei destinatari ad un'obbedienza giuridica volontaria». Cfr. anche ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, op. cit., p. 172. L'A. considera requisito fondamentale ai fini dell'efficacia della prevenzione generale che il tipo e il grado di pena previsti legislativamente rispondano a esigenze di giustizia. Se si esige l'osservanza delle norme, è necessario ancorarle a criteri di giustizia e uguaglianza, infatti esse «devono in qualche modo convincere i loro destinatari ed è difficile convincere seminando ingiustizie e disuguaglianze evitabili». Così anche PADOVANI, *L'utopia punitiva*, op. cit., pp. 255 e ss., il quale chiarisce che la prevenzione generale «non è una conseguenza automatica della minaccia di pena, un suo attributo "cieco" di fronte ai valori con essa tutelati, un connotato "neutro", utilizzabile a piacimento e manipolabile con contenuti etici, ideologici e sociali indifferenziati». Affinché la prevenzione generale abbia una capacità di orientamento e di guida della condotta, deve dirigersi verso la tutela di valori che siano socialmente condivisi e rispettati. In questo senso svolge anche la funzione di «programma di selezione politico – criminale delle violazioni cui riconnettere rilevanza penale».

¹²⁰ EUSEBI, *La pena in crisi*, Brescia, 1990, pp. 22 e ss. L'autore riporta i risultati di alcune ricerche condotte in Germania tramite il metodo dell'intervista, relative all'efficacia generalpreventiva della pena.

¹²¹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, op. cit., p. 100. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma*, in AA.VV. *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, op. cit., p.158. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, p. 308.

Nonostante ciò, sembra che la direzione presa dal legislatore italiano nell'attuale momento storico vada in senso inverso.

L'idea sottesa alla prevenzione speciale è quella di evitare che chi ha commesso un delitto possa compierne un altro, si dice appunto che si punisce *ne peccetur*¹²².

Come la prevenzione generale, anche la prevenzione speciale si compone di due significati, negativo e positivo.

La componente negativa della prevenzione speciale si concretizza nella sua forma più semplice tramite la neutralizzazione o incapacitazione del soggetto (ad esempio per mezzo di carcerazione o di forme di interdizione giuridica).

La prevenzione speciale può anche attuarsi mediante l'emenda morale del reo¹²³.

Si tratta di una visione pedagogica della pena (*poena medicinalis*), che vede il reo come un soggetto malato da guarire, e che può sfociare in esiti illiberali e lesivi della dignità umana, intesa come capacità di ogni soggetto di autodeterminarsi liberamente.

Come abbiamo già visto, la prevenzione speciale è stata intesa anche alla luce delle «dottrine terapeutiche della difesa sociale»¹²⁴ di matrice positivista, secondo cui il delinquente è un soggetto predisposto al delitto a causa di fattori antropologici, biologici, ambientali. In quest'ottica la pena non deve più essere proporzionata alla gravità del fatto ma alla personalità dell'autore, non può più essere determinata a livello edittale ma sarà indeterminata e indefinita fin tanto che non sarà possibile rieducare il soggetto.

La moderna visione della prevenzione speciale positiva fa leva invece sul concetto di rieducazione del condannato. L'idea rieducativa, non comporta lavaggi del cervello, violazioni della libertà morale o coercizioni alla coscienza interiore, ma

¹²² Una prima teorizzazione della teoria specialpreventiva si ebbe ad opera del penalista tedesco Karl Grolman. Egli sostiene che ogni uomo è titolare di un naturale diritto di difesa, che gli discende dal patto sociale, contro il patimento di offese ingiuste. Il diritto punitivo spetta allo Stato, il quale può intervenire quando vi sia la minaccia di un'offesa ingiusta o, a maggior ragione, quando sia stato commesso un illecito. In questi casi è lecito "neutralizzare" il soggetto in maniera tale da impedirgli di delinquere nuovamente. La prevenzione speciale negativa va attuata seguendo canoni ben precisi e cioè rispettando il principio di sussidiarietà del diritto penale, di colpevolezza e di proporzionalità tra intensità della minaccia e entità della pena. Cfr. GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, III ed. Giessen, 1818, pp. 5 e ss. Citato in MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore, op. cit.*, pp. 53 e ss. La prospettiva specialpreventiva comprensiva della teoria della risocializzazione verrà elaborata solo verso la fine dell'800 ad opera del celebre giurista Franz von Liszt.

¹²³ Ammette la prevenzione speciale intesa come emenda del reo BETTIOL, *Diritto penale, op. cit.*, p. 656. Una delle prime teorizzazioni della prevenzione speciale intesa come emenda del reo, risalirebbe a Krause, il quale considerando il delinquente come un "minore" o un "incapace", ritiene possibile solo «un'opera di emenda, che deve, principalmente, servire ad annullare i motivi interni che spingono al male e renderlo insensibile ad eventuali influenze o stimoli negativi esterni». Così MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore, op. cit.*, p. 59.

¹²⁴ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale, op.cit.*, p.254.

presuppone “semplicemente” un riadattamento del reo alla vita sociale, che avviene tramite trattamenti di tipo rieducativo in fase esecutiva e che dovrebbe culminare nel reinserimento del reo in società abituandolo al rispetto dei valori che essa sottende.

Proprio l’idea rieducativa intesa come finalità della pena è stata formalizzata a livello costituzionale dall’art. 27, 3°co. Cost., anche se si discute molto se tale norma dia effettivamente una precisa indicazione su quale possa essere la precipua finalità della pena e se realmente tra le teorie della retribuzione, prevenzione generale e rieducazione ve ne sia una che prevale sulle altre.

Sicuramente la pena moderna è una pena complessa che risulta ispirata a canoni ed esigenze diverse, richiede il rispetto del principio di colpevolezza, di proporzionalità, di umanità, assolve ad una funzione di intimidazione, ma non può risolversi in una punizione sterile e puramente afflittiva, poiché deve e non può non essere orientata alla risocializzazione e al recupero del reo.

2.5. Il principio rieducativo alla luce dell’art. 27, 3°comma Costituzione. I lavori preparatori.

L’art. 27, 3°co. Cost. recita che «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato», riconoscendo la centrale importanza del problema degli scopi della pena.

Non è senza significato il dato per cui l’originario testo della norma approvata dall’Assemblea Costituente in sede di lavori preparatori era formulato in modo diverso e prevedeva che «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»¹²⁵. Nel periodo in cui si svolgono i lavori preparatori il dibattito sulla funzione della pena era ancorato alle contrapposte tesi della scuola classica e della scuola positiva e la preoccupazione comune era che la menzione nella Costituzione della finalità rieducativa della pena fosse intesa come una presa di posizione a favore dei postulati del positivismo penale.

In realtà il riferimento alla rieducazione non costituisce affatto una vittoria delle idee positivistiche, ma può essere ascritto anche al fatto che molti padri costituenti erano

¹²⁵ Camera dei deputati, *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, Roma, 1971, vol. VI, p.180.

stati reclusi in prigioni fasciste, sviluppando una sensibilità reale nei confronti dei problemi legati alla detenzione carceraria¹²⁶.

Rispetto all'entusiasmo che si registrava all'inizio dei lavori, la questione sugli scopi della pena frena l'ondata di innovazione legislativa, e anche grazie all'intervento di alcuni importanti studiosi di orientamento moderato (quali Bellavista, Bettiol, Moro e Leone), e alle proclamate esigenze di neutralità dell'Assemblea Costituente, le due proposizioni che compongono l'art. 27, 3°co. Cost. vengono invertite, dando in primo luogo risalto al divieto di trattamenti inumani e posponendo il principio rieducativo¹²⁷.

2.6. Segue. L'interpretazione restrittiva del principio rieducativo alla luce dell'art. 27, 3° comma della Costituzione.

A seguito della previsione contenuta nell'art. 27, 3°co. Cost. si è acceso in dottrina un lungo e fervido dibattito sul significato e la funzione della pena alla luce del nuovo principio costituzionale. Le interpretazioni della norma sono state molteplici e variabili a seconda del diverso momento storico in cui sono state prospettate.

Bisogna dire che sin da subito (anni '50 e primi anni '60) la tendenza è stata quella di sminuire la portata innovativa del precetto costituzionale, interpretandolo come una disposizione meramente programmatica, priva di diretta efficacia precettiva, o relegando il momento rieducativo alla sola fase di esecuzione della pena¹²⁸.

Un altro argomento, suffragato da una interpretazione letterale poco convincente della norma in questione, si incentra sull'utilizzo del verbo «tendere», il quale indicherebbe che la rieducazione costituisce uno scopo eventuale e secondario della

¹²⁶ In questo senso FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, op.cit., p. 71.

¹²⁷ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, op.cit., p. 74. L'A. osserva che «l'impostazione dogmatica di Leone, Bettiol, Moro e Bellavista finisce con il non trovare validi antagonisti; e che, dopo alcune oscillazioni e perfino vittorie, il principio della rieducazione venga ad essere retrocesso, ed almeno in parte annacquato in nome della neutralità dello Stato di fronte a dispute scolastiche».

¹²⁸ PETROCELLI, *Saggi di diritto penale*, op. cit., pp.112 -113; BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, pp. 8 e ss.; ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., pp. 68 – 70; MOLARI, *Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., pp. 170 e ss. *Contra* DELITALA, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1950, p. 699; NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., p. 350; VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, p. 336.

pena¹²⁹. Si è sostenuto che «il divieto di trattamenti inumani», posto sintatticamente prima della finalità rieducativa, indicherebbe implicitamente la natura retributiva della pena, la quale non può essere contraria al senso di umanità¹³⁰.

Infine si è cercato di confutare la finalità rieducativa della pena adducendo che l'art. 25 costituzionalizza il principio di irretroattività solo in relazione alle pene e non anche alle misure di sicurezza, e che in ogni caso non sembra possibile ricondurre alla distinzione tra pene e misure di sicurezza una esplicita presa di posizione del legislatore circa gli scopi della pena¹³¹.

Vediamo alcune delle più significative posizioni in tema.

Secondo Bettiol, fondamento della pena è la retribuzione, e la rieducazione non è altro che una conseguenza eventuale che può discendere dall'applicazione della pena retributiva. La pena infatti nonostante abbia una natura fondamentale afflittiva, può anche produrre effetti positivi quali la rieducazione del condannato essendo la pena retributiva una pena umana (e in questo senso va intesa la prima parte dell'art. 27, 3°co. Cost.), lungi dall'essere assimilata all'idea di vendetta, e la rieducazione non è altro che una conseguenza della pena, da attuarsi soltanto in fase esecutiva. È proprio la diversa funzione esplicita dalla retribuzione e dalla prevenzione speciale che sostanzia la distinzione tra pena e misura di sicurezza: secondo Bettiol, se la rieducazione fosse il vero fine della pena dovremmo ammettere una pena indeterminata nel tempo che possa terminare soltanto nel momento in cui l'obiettivo rieducativo venga centrato¹³². Infine, l'idea rieducativa non si sposa bene neppure con i principi di uno stato liberale: laddove infatti la rieducazione sia intesa come «inserimento della coscienza del condannato nel

¹²⁹ GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Novissimo digesto*, vol. XV, pp. 719 – 720; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 120 -121. ZUCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., p. 63.

¹³⁰ FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3° Cost.* in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BRANCA – PIZZORUSSO, Bologna, 1991, p. 234. L'A. osserva acutamente che il divieto di trattamenti inumani può riguardare perfettamente anche l'ideologia rieducativa, la quale se non intesa correttamente, può portare a giustificare trattamenti correttivi invasivi e lesivi della dignità umana (es. trattamenti farmacologici, chirurgici, lavaggi del cervello, etc.).

¹³¹ ZUCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., p. 61

¹³² BETTIOL, *Il mito della rieducazione* in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., pp.8 e ss.

quadro di determinati valori culturali»¹³³, si finirebbe col violare la libertà di ogni uomo di orientamento e di scelta di un certo sistema di valori¹³⁴.

Respinge la “pena-rieducativa” anche Zuccalà, il quale esclude tale finalità dal momento normativo il quale è tutto incentrato sulla prevenzione generale negativa, di giusta minaccia rivolta ai consociati, mentre il momento esecutivo può dirigersi verso la rieducazione (intesa come emenda o redenzione) del condannato, che in questa fase rientra tra gli scopi della pena. La prevenzione speciale positiva rimane quindi una tendenza ideale della pena retributiva, non potendosi considerare «un’esigenza finalistica assoluta»¹³⁵.

Altra dottrina minoritaria¹³⁶ accoglie la teoria retributiva secondo cui la pena è un valore etico e giuridico tramite cui si attua il principio di giustizia. L’unica giustificazione della pena è punire chi ha commesso colpevolmente un fatto ingiusto, ed è nel castigo che la pena trova la propria giustificazione. L’art. 27, 3°co. Cost. va letto prestando attenzione ai due verbi utilizzati per descrivere il precetto penale: «non possono» e «devono tendere»; la prima parte del 3°comma indicherebbe il limite intrinseco della nozione di pena, mentre la seconda parte del comma riguarderebbe una finalità di tipo ideologico e politico che è però estrinseca alla pena stessa. Di conseguenza, la pena avrebbe natura retributiva ma anche un contenuto rieducativo di cui si può tenere conto in sede legislativa, giudiziaria ed esecutiva, la cui realizzazione concreta resta tuttavia possibilità meramente eventuale¹³⁷.

2.7. Segue. Il riconoscimento della rieducazione tra le finalità della pena.

¹³³ *Ibidem*, p.11.

¹³⁴ Tale interpretazione è suffragata, secondo BETTIOL, dall’art. 2 Cost. che riguarda i diritti naturali di libertà, norma cui deve riconoscersi il ruolo di criterio orientatore nella scelta di soluzioni interpretative dubbie. In questo caso quindi andrebbe respinta ogni possibile intrusione dello Stato nell’orientare la coscienza di ogni cittadino. Dissente ZUCCALÀ, il quale replica che se non si può ammettere una simile ingerenza da parte dello Stato per ciò che riguarda la pena, non lo si può ammettere nemmeno per il tramite della misura di sicurezza.

¹³⁵ ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell’ordinamento positivo italiano*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., p.68. La soluzione proposta è quella di creare una misura unica che risponda alle esigenze retributive tramite la pena e a quelle rieducative tramite la misura di sicurezza, che può essere a tempo indeterminato, purchè espunta da ogni connotazione afflittiva o di castigo. In tal modo verrebbe affidato ad un unico provvedimento (tranne per il caso dei non imputabili cui si applicherebbe la sola misura di sicurezza) il compito di garantire al meglio le funzioni di retribuzione e specialprevenzione. Infatti la rieducazione, affidata interamente alla misura di sicurezza, potrebbe attuarsi senza ritardi e senza attendere che sia trascorso il periodo di esecuzione della pena.

¹³⁶ SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, pp. 117 e ss.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 117 e ss.

Accanto alle tesi restrittive di un'autorevole parte della dottrina¹³⁸, il principio rieducativo conosce anche interpretazioni che ne riconoscono maggiormente la portata innovativa, o classificando l'idea rieducativa come una delle finalità proprie della pena, o addirittura riconoscendole funzione primaria¹³⁹.

Il contributo di Guarneri, che si trova raccolto unitamente a quello di Zuccalà e Bettiol, e quindi ad essi contemporaneo, riconosce l'importanza della rieducazione tra gli scopi della pena definendola «linfa vitale»¹⁴⁰. Respingendo le tesi di chi riconosce l'attuabilità della rieducazione nella sola fase esecutiva, l'A. sostiene che il principio rieducativo è presente in sede legislativa (si pensi alla previsione di istituti quali la sospensione condizionale, il perdono giudiziale, che sono di grande importanza perchè si applicano alle pene detentive brevi che sono le pene “desocializzanti” per antonomasia); in sede giudiziaria (poiché l'obiettivo rieducativo può essere tenuto in conto dal giudice nel momento di commisurazione della pena ex art. 133 c.p.¹⁴¹), e

¹³⁸ PETROCELLI, *Saggi di diritto penale, op.cit.*, pp.112 -113, BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, pp. 8 e ss. ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, op. cit.*, pp. 68 – 70. MOLARI, *Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, op.cit.*, pp. 170 e ss. ¹³⁸ GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Novissimo digesto*, vol. XV, pp. 719 – 720; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 120.

¹³⁹ Riconoscono l'importanza della prevenzione speciale positiva : GUARNERI, *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, op. cit.*, p. 265. PAGLIARO, *Pluridimensionalità della pena*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, op. cit.*, pp. 325 e ss. NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, op. cit.*, pp.347 e ss. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, pp. 296 e ss.

¹⁴⁰ GUARNERI, *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, op. cit.*, p. 265.

¹⁴¹ Naturalmente è difficile sostenere che l'art. 133 c.p. fornisca un'indicazione unilaterale in tema di scopi della pena. I vari indici di commisurazione della pena possono essere interpretati in modo diverso a seconda della prospettiva teorica cui si aderisce. Ecco perché si ritiene che l'art. 133 non sia in grado da solo di fornire criteri certi e sicuri che conducano il giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale. Per maggiori dettagli si rimanda all'importante lavoro di DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p.77 e ss.

Secondo FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, op.cit.*, pp. 736 e ss. La soluzione prospettabile per rendere l'art. 133 criterio-guida in sede di commisurazione della pena è quella di rileggere la norma alla luce dei principi costituzionali quali quelli contenuti nell'art. 27,1° e 3° comma. Infatti ex art.27, 1°co. Cost. la «responsabilità penale è personale», il che dispone il ruolo centrale del requisito della colpevolezza che orienta nella valutazione della gravità del reato tenendo in conto soprattutto «l'intensità del dolo» o «il grado della colpa». L'art. 27, 1°co. porta anche ad escludere che esigenze di prevenzione generale vengano considerate in fase di irrogazione della sanzione, in quanto il principio di personalità della responsabilità penale contiene in sé un'altra importantissima regola che vieta di considerare responsabile un soggetto per un fatto altrui.

L'art. 27, 3°co. sancendo il principio rieducativo della pena dirige il giudice nella valutazione della capacità a delinquere, comminando una pena che sia potenzialmente capace, nel tipo e nella misura, di rispondere a istanze rieducative. In questo senso la finalità rieducativa opera in positivo, non essendo

ovviamente in sede esecutiva (tramite l'abolizione della segregazione in cella, o permettendo la vita in comune e la possibilità di svolgere un lavoro retribuito)¹⁴².

La rieducazione infatti non va intesa come emenda morale del reo, ma come possibilità di riadattarlo e reinserirlo in società: per questo è fondamentale riformare il sistema penitenziario conformandolo sul modello rieducativo, tramite la previsione di interventi sociali, di trattamenti penitenziari idonei e tramite la formalizzazione dei diritti dei detenuti.

Detto questo, secondo l'A., la tendenza alla rieducazione non snatura il fondamento della pena che è sempre quello della retribuzione, della afflizione, della sofferenza, caratteristiche intrinseche alla pena, che altrimenti correrebbe il rischio di trasformarsi in un premio¹⁴³. Una simile tesi apre un varco tra le interpretazioni più restrittive, e la rieducazione comincia a farsi spazio tra gli scopi della pena.

In quest'ottica scrive Pagliaro il quale riconosce la pluralità di funzioni svolte dalla pena: retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale. Queste funzioni concorrono insieme ma a seconda del momento una di esse prevale sulle altre. Ciò non le pone in contrasto tra loro, in quanto bisogna distinguere tra ordinamento etico e giuridico-statuale. Nell'ordinamento etico la principale funzione della pena è quella della retribuzione e della prevenzione speciale intesa come emenda morale. Nell'ordinamento giuridico- statale dovrebbero prevalere la prevenzione generale positiva e negativa e la prevenzione speciale intesa stavolta come riadattamento sociale del reo¹⁴⁴.

Nel panorama della pena «pluridimensionale» si inserisce anche la teoria di Nuvolone. Egli distingue all'interno della pena una categoria storica e una categoria logica. Quando la pena è una categoria logica la finalità della pena è la retribuzione (alla

consentita, in nome di esigenze rieducative, la condanna a pene più elevate: il limite alla determinazione della pena è ancora una volta il principio di colpevolezza.

In proposito osserva DOLCINI, *La commisurazione della pena, op. cit.*, p. 52, che la prevenzione generale, pur non essendo ricavabile come autonoma finalità della pena dalla lettera dell'art. 133 c.p. gode di una certa considerazione nel momento commisurativo.

¹⁴² È proprio nel quadro della finalità rieducativa della pena che va collocata la scelta del legislatore del '62 di estendere l'applicazione del beneficio della liberazione condizionale anche agli ergastolani, dopo avere scontato 28 anni di pena e qualora abbiano tenuto un comportamento tale da fare ritenere sicuro il loro ravvedimento. Per ulteriori approfondimenti vd. *infra* § 2.14.

¹⁴³ GUARNERI, *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, op. cit.*, pp. 261 e ss.

¹⁴⁴ PAGLIARO, *Pluridimensionalità della pena*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, op. cit.*, pp. 325 e ss.

luce del postulato per cui un soggetto viene punito perché non ha obbedito ad un comando che avrebbe potuto rispettare). Invece se la pena è una categoria storica, intesa come istituto di diritto positivo, comprenderà sia l'istanza punitiva che l'istanza rieducativa. Ciò significherebbe che il castigo e la rieducazione non sono due obiettivi inconciliabili tra loro, senonché l'opera rieducativa si svolgerebbe al meglio in fase esecutiva, grazie alla predisposizione di trattamenti compatibili con le limitazioni della libertà personale, quali il lavoro, l'istruzione, attività sportive non violente. Questi compiti delicati andrebbero affidati ad un personale ben qualificato, con elevate competenze tecniche, e soprattutto di «alto livello morale»¹⁴⁵.

2.8. La concezione polifunzionale della pena.

Una delle più importanti teorizzazioni della c.d. concezione «polifunzionale» della pena risale a Vassalli¹⁴⁶. Secondo una teoria che è stata definita sincretistico-additiva¹⁴⁷ si sostiene che la pena abbia svariate finalità, nessuna prevalente sulle altre, poiché essa assolverebbe a più funzioni contemporaneamente: retribuzione, generalprevenzione, specialprevenzione si sommano tra loro senza alcuna gerarchia. Anche la rieducazione trova quindi spazio in questo scenario, essendo però fondamentalmente relegata al momento di esecuzione della sanzione.

La concezione polifunzionale della pena è stata condivisa a lungo dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha sostenuto tale teoria in numerose sentenze¹⁴⁸ e che ha accordato rilevanza alla finalità rieducativa solo in relazione alla

¹⁴⁵ NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., pp.347 e ss. Il problema risulta quanto mai attuale alla luce dei recenti fatti di cronaca.

¹⁴⁶ VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, pp. 296 e ss.

¹⁴⁷ FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3° Cost.* in *Commentario alla Costituzione*, op.cit., p. 332.

¹⁴⁸ Per esempio la sentenza 7 giugno 1962 n. 48 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, p. 597, in tema di inapplicabilità della sospensione condizionale della pena ai reati elettorali; la sentenza 15 maggio 1963 n. 67, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, p. 575, tema di pena pecuniaria fissa; la sentenza 12 febbraio 1966 n. 12 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 143, respinge l'eccezione di incostituzionalità della pena pecuniaria rispetto alla finalità rieducativa prevista dall'art. 27, 3°co. Cost. infatti nella decisione si legge che: « *La rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio. (...) Rimane in tal modo stabilita anche la vera portata del principio rieducativo, il quale, dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto. Rieducazione del condannato, dunque, ma nell'ambito della pena, umanamente intesa ed applicata*»; la sentenza 22 novembre 1974 n. 264 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, p. 2897 in tema di ergastolo in cui si legge che il «*fine della pena non è solo il riadattamento del condannato, purtroppo non sempre conseguibile*» (per un approfondimento si veda il § 2.15 di questo capitolo); sent. 7 luglio 1980 n. 107, in *Giurisprudenza*

fase del trattamento penitenziario. La pena così ecletticamente considerata, risponde al bisogno di mediare a diverse esigenze di politica criminale, cui si presta a rispondere nei modi più svariati a seconda delle circostanze del momento¹⁴⁹.

Il rischio è quello di un eccessivo arbitrio derivante da tale polifunzionalità e il demerito della Consulta è consistito nell'aver dato una lettura restrittiva del principio rieducativo, senza porsi effettivamente il problema delle «antinomie degli scopi», così come può muoversi una critica alla giurisprudenza ordinaria la quale si è orientata secondo la «tendenza a intendere i principi costituzionali nella loro dimensione minima»¹⁵⁰.

Una svolta interpretativa in tema di valorizzazione del principio rieducativo si è avuto con la sentenza della Corte Costituzionale n. 313/1990¹⁵¹. La pronuncia in questione riconosce che la portata del principio era stato sottovalutato dalla Consulta stessa, dovendosi considerare, citando testualmente, che afflizione e retribuzione sono:

«quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale. Per altra parte, poi (reintegrazione, intimidazione, difesa sociale), si tratta bensì di valori che hanno un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena. Se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della

Costituzionale, 1980 p. 1001, in cui la Corte ha ritenuto legittimi i limiti oggettivi apposti alle misure alternative.

¹⁴⁹ In questo senso, FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3° Cost.* in *Commentario alla Costituzione*, op.cit., pp. 332 – 333; FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, op. cit., p. 95; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, op. cit., pp. 98 – 99. Quest'ultimo A. sottolinea come l'accoglimento di una pena «polifunzionale» o «polidimensionale» permetta di evitare «un'interpretazione dichiaratamente abrogativa della norma costituzionale» ma allo stesso tempo stabilisce «una certa continuità con una tradizione culturale». Il grosso difetto della teoria della polifunzionalità intesa nel suo aspetto sincretistico – additivo, è quello di risolvere il problema delle «antinomie degli scopi» della pena. In tal modo «si arriva a ridurre il principio costituzionale ad una enunciazione irrilevante e pleonastica, tale da scaricare ogni scelta oggi sul giudice, domani sul legislatore, in sede di riformulazione della disciplina della commisurazione della pena».

¹⁵⁰ DOLCINI, *La commisurazione della pena*, op. cit., p. 94

¹⁵¹ Sentenza 3 luglio 1990 n. 313 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, p. 1981. Nel dettaglio la sentenza ha dichiarato illegittima la disciplina del patteggiamento prevista ex art. 442, 2°co. c.p.p., nella parte in cui non consentiva al giudice di verificare la congruità della pena indicata dalle parti, in relazione alla sua possibile funzione rieducativa.

sanzione. È per questo che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena».

La Corte spiega che la locuzione «tendere alla rieducazione», lungi dal sancire uno scopo estrinseco ed eventuale della pena, indica semplicemente la possibilità che il programma rieducativo non vada a buon fine per la mancata condivisione dello stesso da parte del reo; allo stesso modo il legislatore ordinario, nella previsione dei diversi benefici “premiali” quali liberazione condizionale, liberazione anticipata, semi-libertà, richiede una certa condivisione del piano rieducativo da parte del condannato. Sarebbe errato confinare la finalità rieducativa alla sola fase esecutiva, durante la quale la rieducazione del reo rischierebbe di fallire in assenza di specifiche indicazioni sul tipo e sulla misura della pena, da programmarsi già in sede normativa e commisurativa¹⁵². Per dirlo con le parole della Consulta:

«Dev'essere, dunque, esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonchè per le stesse autorità penitenziarie».

Così intesa la rieducazione assume tra gli scopi della pena, una rilevanza nuova e pregnante, che al di là di una gerarchia dei fini, implica una maggiore attenzione e sensibilità nei confronti dell'idea rieducativa che va oltre la dimensione della mera fase di esecuzione della pena¹⁵³.

Non si può dire però che la giurisprudenza costituzionale, a partire da questa sentenza in poi, si sia consolidata verso la continua valorizzazione del principio rieducativo. Invero alcune sentenze successive hanno sacrificato la prevenzione speciale positiva a favore di una concezione nuovamente polifunzionale di tipo sincretistico,

¹⁵² CORBETTA, *La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, pp.134 e ss.

¹⁵³ FIANDACA, *Commento all'art. 27, 3°co. Cost. op. cit.*, p. 333, propende per una teoria della polifunzionalità di tipo «associativo-dialettico», in virtù della quale, tenendo presente che a livello generale la pena deve tendere nel suo insieme sia alle finalità di prevenzione generale che a quelle di prevenzione speciale, si riconosce la rilevanza delle diverse funzioni della pena in variazione della specifica fase, legislativa, commisurativa, esecutiva, del fatto penale. Nella fase legislativa prevarranno le esigenze di prevenzione generale, nella fase commisurativa ed esecutiva si darà rilevanza alla prevenzione speciale positiva.

proprio per le ragioni che abbiamo precedentemente addotto: rispondere a esigenze politico-criminali volte spesso a soddisfare l'opinione pubblica.

2.9. Il contenuto della rieducazione.

Come abbiamo avuto modo di vedere, il problema degli scopi della pena in relazione al significato della finalità rieducativa della pena detentiva ha suscitato un fervido dibattito, che ha evidenziato posizioni eterogenee e discordi. Maggiore è invece la condivisione di dottrina e giurisprudenza nel delineare il contenuto della rieducazione.

Sicuramente è superata la concezione che fa coincidere la rieducazione con l'emenda o correzione morale del reo¹⁵⁴. La prima e più decisiva critica a tale teoria è quella che afferma che uno Stato liberale, democratico, pluralista, quale è la Repubblica italiana, non possa imporre e richiedere una morale unica, non possa violare la libertà di coscienza e di autodeterminazione del singolo, che sono valori esplicitamente sanciti dalla Carta costituzionale¹⁵⁵. Il presupposto del processo rieducativo è infatti che vi sia il consenso e la disponibilità del soggetto a prenderne parte.

La rieducazione è stata definita spesso come reinserimento sociale del reo in società, ma è stato osservato¹⁵⁶ che tale definizione sottende l'idea che il delinquente sia un soggetto in qualche modo emarginato dalla società, che vive in condizione di disagio e sottosviluppo. Un concetto così delineato è troppo riduttivo e tiene in considerazione solo un tipo di criminalità, non considerando fenomeni quali criminalità economica (cui sempre più spesso prende parte la criminalità organizzata) e reati contro l'ambiente, i cui autori quasi mai sono soggetti ai margini della società, ma al contrario sono spesso bene inseriti all'interno delle dinamiche sociali e relazionali.

Da qui la necessità di disegnare un concetto ampio di rieducazione che cerchi di essere onnicomprensivo delle varie sfumature che la criminalità può assumere e per ciò proporre delle soluzioni che si adattino di volta in volta al caso in questione.

¹⁵⁴ BETTIOL, *Diritto penale, op. cit.*, p. 656.

¹⁵⁵ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale, op. cit.*, p. 258 e ss.; MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 726, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, pp. 654 e ss. Quest'ultimi AA. sottolineano con decisione l'importanza del rispetto dell'*autonomia morale* dell'individuo, valore fondamentale in una società pluralistica come la nostra. Solo con il consenso del destinatario il processo rieducativo può avere delle possibilità di successo, ed è proprio questa la garanzia e allo stesso tempo il limite cui va incontro l'obiettivo rieducativo.

¹⁵⁶ FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*. Napoli, 2003, p. 36.

La definizione più adatta è quella di rieducazione come «processo pedagogico e/o terapeutico, tendente a favorirne l'attitudine a vivere nell'osservanza della legge e il riadattamento sociale»¹⁵⁷ del reo. Di questo avviso è gran parte della dottrina che seppure con toni diversi condivide in sostanza il medesimo concetto¹⁵⁸. Educare e risocializzare significa abituare il soggetto a seguire quelle che sono le ordinarie regole della convivenza civile, e ciò non può che implicare che una pena orientata alla finalità rieducativa consideri il reato e l'autore, come un fatto e un soggetto non immorali ma antisociali¹⁵⁹.

Postulato della prevenzione speciale positiva è il concetto di colpa, in virtù del quale la finalità rieducativa della pena è collegata alla possibilità di muovere un rimprovero al soggetto che altrimenti percepirebbe come ingiusta e sproporzionata l'inflizione della sanzione, e malvolentieri parteciperebbe (o non parteciperebbe affatto) ad un processo rieducativo che si presenta, in questi casi, privo di senso.

Il legislatore ha condiviso la prospettiva rieducativa prevedendo all'ultimo comma dell'art. 1 della legge 26 luglio 1975 n. 354¹⁶⁰ (norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) che «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti»¹⁶¹.

¹⁵⁷FIANDACA, *Commento all'art. 27, 3°co. Cost., op. cit.*, p.240.

¹⁵⁸ Ad es. secondo ZUCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, p.66, rieducare consiste nel «ricondere l'individuo nell'ambito della norma del vivere sociale, ponendo la coscienza di lui di fronte a tutte le responsabilità individuali e sociali che danno contenuto e significato alla sua esistenza di uomo libero in seno alla collettività organizzata».

¹⁵⁹ DOLCINI, *La commisurazione della pena, op. cit.*, p.107.

¹⁶⁰ Legge successivamente modificata dalla legge 10 ottobre 1986, n.663 e ritoccata dalle leggi 27 maggio 1998, n.165 e 12 luglio 1999, n.231.

¹⁶¹ Cfr. STORTONI, «Libertà» e «diritti» del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario, in *Il carcere riformato* (a cura di) BRICOLA, Bologna 1977, pp. 48 e ss., il quale sostiene che le previsioni contenute nella l. n. 354 del 1975 (nello specifico gli artt. 1 e 15) sono concretamente inidonee a svolgere una qualsivoglia funzione rieducativa, avendo il legislatore mancato di considerare e garantire tutti i diritti che spettano al detenuto in quanto cittadino, ad esclusione del diritto alla libertà. In questo senso, si critica l'impianto generale della riforma che non avrebbe portato ad effettive innovazioni, limitandosi a superare «anacronismi culturali», a formalizzare mutamenti che si erano di fatto già verificati, tralasciando tra le altre cose il problema della riforma del regolamento degli agenti di custodia. A dimostrazione delle lacune della riforma si annoverano nel 1976 rivolte ed evasioni da parte dei detenuti e proteste da parte degli agenti di custodia. CARLETTI, *Carcerati e carcerieri: tutti carcerati in fondo*, in *Il carcere riformato, op. cit.*, pp. 177 e ss.

Corollario di tale norma è sicuramente il dettato dell'art. 27, 3°co. Cost., poiché è assolutamente imprescindibile che in fase di trattamento penitenziario¹⁶² sia attuata un'opera rieducativa che possa svolgersi anche entro le mura carcerarie; il problema è che se ciò è realizzabile per il caso di condanne a pene detentive di media o lunga durata, assolutamente negativo pare sia l'effetto della reclusione nel caso di condanna a pene detentive brevi. Per contrastare l'effetto desocializzante, se non addirittura criminogeno di tali sanzioni, il legislatore penitenziario ha previsto l'applicazione "anticipata" delle misure alternative alla detenzione¹⁶³.

2.10. Ascesa e svilimento dell'ideale rieducativo.

Da un punto di vista storico, l'ideale rieducativo ha conosciuto fortuna fino alla prima metà degli anni '70, supportato anche dalle contestazioni del '68 e dall'interessamento al fenomeno carcerario che assume la connotazione di problema anche politico.

La competenza a discutere delle funzioni della pena detentiva non vuole essere più appannaggio dei soli accademici, ma della società nel suo complesso; il problema carcerario diventa un problema di classe sorretto dalla convinzione che esso sia destinato a soggetti disadattati, con scarso livello di istruzione e di reddito¹⁶⁴. I detenuti stessi reclamano diritti e rivendicano una maggiore sensibilità a livello di politiche criminali¹⁶⁵. È in questo clima che l'idea rieducativa, nella sua massima teorizzazione positiva, incontra molti consensi: si propone in sede parlamentare l'abolizione della

¹⁶² Ci preme sottolineare che la locuzione trattamento, può essere intesa con una valenza positiva e con una valenza negativa. Quella negativa ci rimanda alla concezione del reo come soggetto malato, da curare o appunto "da trattare", sfocia in esiti illiberali e pretende di correggere il reo interiormente. L'accezione positiva, che è quella cui noi facciamo riferimento può essere descritta tramite la definizione fornita dal Consiglio d'Europa, che ha definito il trattamento come «tutto ciò che comprende le misure necessarie a mantenere o ristabilire la salute fisica e mentale dei detenuti; in altre parole esso consiste in quel complesso di attività destinate a incoraggiare e a promuovere il reinserimento sociale e a offrire ai detenuti i mezzi per condurre una vita responsabile nella collettività e per affrancarsi dalla criminalità». In CONSEIL DE L'EUROPE, *Détention et traitement des détenus dangereux – Recommandation nR (82) 17 et exposé des motifs*, Strasburgo, 1983, p.14.

¹⁶³ GREVI *sub art. 1*, in GREVI- GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p.8.

¹⁶⁴ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, *op. cit.*, pp.98 e ss.

¹⁶⁵ DE VITO, *Camosci e gira chiavi. Storia del carcere in Italia*, Bari, 2009, p. 59. Le rivolte iniziarono nel 1968 presso le carceri di San Vittore, de Le Nuove, dell'Ucciardone e di Poggioreale. Successivamente le proteste si estesero da nord a sud; i detenuti rivendicavano maggiori diritti, per riottenere la loro dignità di uomini, per chiedere riforme codicistiche e penitenziarie, per un aumento delle ore di passeggio e dei colloqui, per maggiore igiene nelle celle, per un migliore servizio sanitario, e per difendersi dagli abusi degli agenti di custodia.

pena dell'ergastolo¹⁶⁶, (mozione che superato il vaglio di una delle Camere decadrà per fine legislatura) ; si criticano fortemente le pene detentive brevi¹⁶⁷.

Nello stesso quadro di valorizzazione del principio rieducativo si colloca anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/1974, nel quale si dichiara illegittima la norma che attribuisce al Ministro della giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale. Nelle motivazioni della Corte si legge la non opportunità di affidare ad un organo dell'esecutivo la concessione di un simile beneficio, il quale alla luce dell'art. 27, 3° comma:

« ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle».

Spetta solo all'organo giudiziario valutare se esistono le condizioni previste dalla legge, per l'applicazione del beneficio.

È in questo clima favorevole che viene ideato un nuovo modello penitenziario, recepito nella l. 26 luglio 1975 n. 354, la quale prevede una maggiore attenzione nei confronti del detenuto, soggetto che per la prima volta viene riconosciuto titolare di posizioni soggettive attive e di cui si cerca di valorizzarne la personalità, si istituiscono misure alternative alla detenzione che possano ridurre l'uso della pena detentiva e tentare di favorire un processo di risocializzazione.

¹⁶⁶ *Disegni e progetti di legge. La riforma del codice penale: approvato dal senato il nuovo testo del I libro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, vol.II, pp. 863 e ss. Il progetto prevedeva l'abolizione della pena dell'ergastolo che doveva essere sostituita con la pena della reclusione da trenta a quaranta anni. Da qui la critica mossa da più parti di «frode delle etichette».

¹⁶⁷ La critica alle pene detentive brevi non è in realtà nuova nel panorama penalistico europeo. Già verso la metà dell'800 si metteva in discussione l'utilità delle pene detentive brevi rispetto a tutte le funzioni assegnabili alla pena, essendo *desocializzanti* se non anche *criminogene* e incapaci di assolvere efficacemente a funzioni generalpreventive. Cfr. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, op. cit., p. 3; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, op. cit., pp. 49 – 50. Per una critica contemporanea si veda: MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, pp. 461 e ss.; ampiamente DOLCINI, *Le pene pecuniarie come alternative alle pene detentive brevi*, in *Jus*, 1974, pp. 529 e 543 e ss.; BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in AA.VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, (Atti del seminario organizzato dal centro studi e iniziative per la riforma dello Stato), Roma, 1974, pp. 62 e ss.; FASSONE, *Prospettive di riforma dell'ordinamento penitenziario e della pena in generale*, in *Giustizia penale e riforma carceraria*, op. cit., pp. 260 e ss.; PULITANÒ, Intervento in *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, op. cit., pp. 229 e ss.

“L’idillio”, a volte dettato da eccessiva ingenuità e ambizione, termina verso la metà degli anni ’70¹⁶⁸. A causa del crescente clima di violenza politica e terrore, di stragi ed esecuzioni, il legislatore si trova ad intervenire con una «legislazione d’emergenza», rispondendo a richieste di sicurezza, repressione e punizione tramite inasprimento sanzionatorio: ritorna con grande successo la prevenzione generale mediante intimidazione¹⁶⁹.

A ciò si aggiunge, nel determinare la crisi della finalità rieducativa, alcuni risultati poco confortanti circa trattamenti penitenziari, alcuni dei quali svoltisi in paesi all’avanguardia quali la Svezia e gli Stati Uniti. In particolare i peggiori effetti causati dalla detenzione carceraria consisterebbero nella ulteriore desocializzazione del soggetto detenuto, il quale venendo a contatto con la «subcultura carceraria» viene stimolato al reato: il rischio del carcere è quello di fungere da “scuola del crimine”¹⁷⁰. Inoltre indagini statistiche¹⁷¹ dimostrerebbero che i tassi di recidiva, al di là di quale trattamento sia operato, rimarrebbero comunque invariati¹⁷².

A ben vedere però pronunciarsi nel senso del fallimento dei processi rieducativi era precoce e non era scontato. Era precoce perché non vi erano ancora risultati tali da essere considerati empiricamente rilevanti, essendo necessarie ulteriori sperimentazioni

¹⁶⁸ MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in AA. VV., (*Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali*), *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, p. 205, adduce come ragioni di crisi dell’ideale rieducativo: «a crisi di principi (permanenti carenze di basi scientifiche e metodologiche) nonché a crisi di attuazione pratica (inadeguato impegno morale, scientifico, finanziario, organizzativo, sociale- solidaristico) connessa strettamente con la crisi dello “Stato assistenziale” nel cui ambito tale dottrina si era appunto sviluppata. Senza dimenticare poi che la giustificazione della “risocializzazione” è direttamente proporzionale al carattere “consensuale” e inversamente proporzionale al carattere conflittuale del tipo di società, aumentando essa nelle società sempre più consensuali e diminuendo nelle società sempre più conflittuali e anomiche, qual è la nostra».

¹⁶⁹ FIANDACA, *Commento all’art. 27, 3°co. Cost.*, *op.cit.*, p.258.

¹⁷⁰ Questo rischio era particolarmente elevato nei confronti di soggetti condannati a scontare pene detentive di breve durata: invece di essere risocializzati, il contatto con gruppi criminali li induceva, una volta usciti di prigione a commettere nuovi reati, spesso di gravità superiore.

¹⁷¹ DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, pp. 503 e ss. L’A. riporta alcuni dati di indagini statistiche e ricerche compiute in Svezia, Stati Uniti e Olanda.

Più in generale, in relazione alla crisi della pena detentiva misurata sui tassi di recidiva, recenti statistiche fornite dal Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria riportano i seguenti dati: il detenuto che sconta la pena con una misura alternativa ha un tasso di recidiva molto basso (circa il 28 per cento), mentre chi sconta la pena in carcere torna a delinquere con una percentuale del 68 per cento. Cfr. Il sito <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Sindisp&leg=16&id=448556>

¹⁷² Cfr. PADOVANI, *L’utopia punitiva*, *op. cit.*, pp. 16 e 25. Nell’opera l’A. riporta che già nel pensiero penalistico dell’800, era presente la consapevolezza di alcuni dei principali, e ancora attuali limiti della pena detentiva, rappresentati «dal contagio criminale nella promiscuità carceraria, che annullava e stravolgeva gli effetti auspicati dall’esecuzione della pena detentiva », dal favorire la recidiva, dal provocare desocializzazione.

data la sostanziale novità dell'idea rieducativa. Non era scontato, perché misurare gli effetti positivi del trattamento rieducativo incontrava e incontra una serie di difficoltà oggettive, prima fra tutte la scelta del criterio metodologico da seguire nel provare i successi e gli insuccessi del "trattamento". Si può preferire un criterio giuridico (monitorando il verificarsi della recidiva) o un criterio psicologico-pedagogico (constatando se sussistono mutamenti del modo di orientarsi del reo e nel suo sistema di giudizi e valori). Tal ultimo criterio è di difficile verifica non potendosi mai stabilire con certezza se i risultati rilevati siano reali o apparenti. Nel secondo caso appare difficile controllare se dopo la scarcerazione siano intervenuti altri fattori che hanno agito negativamente o se, per soggetti fortemente desocializzati, il verificarsi della recidiva tramite la commissione di un reato meno grave rispetto a quello commesso possa essere considerato un primo indice positivo¹⁷³.

Come spesso accade, il dibattito sulla pena detentiva riflette problemi di politica criminale, e a secondo del particolare momento storico la teleologia della pena muta in relazione agli obiettivi politici e sociali che si intendono raggiungere, alla luce di una concezione della pena che sembra essere ancora quella polifunzionale¹⁷⁴.

2.11. Crisi della pena detentiva.

La crisi dell'ideale rieducativo coincide con la crisi della pena detentiva. Essa si configurò come punizione umana e sostitutiva di pene corporali, supplizi, lavori forzati, e la sua fortuna è consistita nell'essere considerata pena uguale per tutti¹⁷⁵, graduabile¹⁷⁶, capace di rispondere ad esigenze retributive, generalpreventive e specialpreventive (positive e negative). L'aver incentrato sul carcere la maggior parte dell'azione punitiva dello Stato, senza prevedere misure alternative a questo tipo di pena, e pretendere di rieducare essenzialmente in base a tale strumento, non poteva che portare ad una crisi dell'impianto sotteso alla pena detentiva stessa.

Se è vero che il carcere risponde spesso a giuste istanze di punizione e incapacitazione del delinquente, è altrettanto vero che un sistema monistico, incentrato

¹⁷³ DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, *op. cit.*, pp. 469 e ss.

¹⁷⁴ Sembra condivisibile l'assunto di chi propende per una polifunzionalità non di tipo «sincretistico-additivo» ma di tipo «associativo-dialettico».

¹⁷⁵ L'uguaglianza della pena è infatti naturale conseguenza del principio di uguaglianza di tutti gli uomini davanti alla legge.

¹⁷⁶ Cfr. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, pp. 12.

sull'utilizzo di un unico fondamentale strumento sanzionatorio presenta dei limiti. Non bisogna dimenticare che il principio di *extrema ratio* del diritto penale informa tutto il sistema penale, ivi compreso ovviamente il sistema sanzionatorio¹⁷⁷. Il carcere presenta spesso grosse insufficienze nel dare atto al principio rieducativo, il detenuto è spesso stigmatizzato ed etichettato, e ciò concorre a impedire o a rallentare il processo di risocializzazione.

Il ricorso incondizionato alla pena detentiva ha inoltre dei costi enormi per la collettività, senza considerare che il fenomeno di sovraffollamento delle carceri rischia in concreto di rendere impossibile qualunque tipo di trattamento rieducativo.

L'incremento della popolazione carceraria detenuta a seguito di condanna a pena detentiva è stato notevole, (calcolando un periodo che va dal 1974 al 2003, il numero dei condannati è passato da 11.500 a circa 33.000, conoscendo una crescita del 187%).

A ciò si aggiunge un utilizzo della pena detentiva che sembra mirato a reprimere certi tipi di reati e a punire certi tipi di autori: la popolazione carceraria è prevalentemente composta da c.d. «outsiders sociali» (tossicodipendenti ed extracomunitari), da ladri e spacciatori, mentre ben più difficilmente finiscono in carcere autori di reati di criminalità economica¹⁷⁸.

Alla crisi della pena detentiva va ascritto anche "l'uso-abuso" delle misure clemenziali, che sempre più appaiono come misure utilitaristiche, che snaturano e delegittimano la efficacia di prevenzione generale svolta dalla pena, senza che a ciò corrisponda un rafforzamento della prevenzione speciale positiva. Ciò è confermato dal fatto che i classici provvedimenti di clemenza quali amnistia, indulto e grazia hanno carattere eccezionale, spesso risultano concesse in virtù di esigenze politico- criminali e di pacificazione sociale, hanno portata generale e in nessun modo sono capaci di rispondere a funzioni rieducative. Altrettanto può dirsi per la sospensione condizionale della pena e la liberazione condizionale: la prima è di fatto applicata in automatico, nell'ipotesi di prognosi favorevole del giudice circa le probabilità che il reo non delinqua nuovamente, e non prevede meccanismi di controllo o assistenza del soggetto

¹⁷⁷ Cfr. EUSEBI, *La pena in crisi*, op. cit., pp. 95 e ss. Più recentemente la necessità di rispettare il principio di *extrema ratio* della sanzione detentiva è stata ribadita da MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, Torino, 2008, p. 4.

¹⁷⁸ DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, op. cit., pp.95 e ss. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 80.

reinserito in libertà; la seconda è spesso criticata in quanto non prevede un reinserimento “progressivo” del reo in società. In questo verso, prescindendo da qualunque verifica circa la pericolosità del delinquente e rinunciando alla pretesa punitiva, opera lo strumento della prescrizione¹⁷⁹.

Per superare tali crisi sono due gli strumenti a disposizione del legislatore, la depenalizzazione e la previsione di efficaci misure alternative alla detenzione, le quali se correttamente ideate, sono capaci di assolvere a istanze di afflizione, prevenzione generale e speciale.

Sia chiaro che allo stato attuale un’alternativa al carcere appare ipotizzabile esclusivamente in relazione alle pene detentive di breve durata, il che porterebbe comunque benefici notevoli al sistema penale complessivamente inteso: riducendo il problema del sovraffollamento delle carceri, diminuendo i costi notevoli che esso infligge alla società ed evitando che il condannato entri in contatto con altri “tipi” criminali, si aumentano le *chances* di risocializzazione¹⁸⁰.

2.12. La legge sul nuovo ordinamento penitenziario e le misure alternative alla detenzione.

Il legislatore del’75 nel dettare la nuova disciplina in tema di ordinamento penitenziario ha istituito le misure alternative alla detenzione; si tratta di strumenti che possono essere concessi nel caso di condanna a pene detentive di breve e media durata (e in alcuni casi perfino agli ergastolani), la cui *ratio* è quella di evitare che si verifichi l’effetto desocializzante e criminogeno del carcere.

Tali misure sono state accolte con favore dalla dottrina¹⁸¹, rappresentando, almeno a livello teorico un primo tentativo di svincolarsi dall’utilizzo della pena detentiva.

¹⁷⁹ MANTOVANI, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell’attuale momento storico*, Atti del convegno di studio «Enrico De Nicola», Milano, 1977, pp. 18 e ss.

¹⁸⁰ MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, pp. 160 e ss.

¹⁸¹ GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, in AA.VV. (a cura di) GREVI, Bologna, 1981, pp. 6 e ss.; NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 319; LUGNANO, *Il nuovo ordinamento penitenziario nel disegno di legge in discussione al parlamento*, in *Giustizia penale e riforma carceraria*, op. cit., pp. 31 e ss.; FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall’800 alla riforma penitenziaria*, op. cit., p. 225.

La legge 26 luglio 1975, n. 354 (norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) presenta luci ed ombre, essendo stata terreno di incontro di istanze politiche e giuridiche diverse, dettate dal particolare momento storico in cui questa legge viene pensata. È indicativo dell'importanza che la questione carceraria aveva assunto, il fatto che si scelse di disciplinare la nuova materia penitenziaria tramite lo strumento legislativo, evitando il ricorso a regolamenti e a leggi delega.

I meriti ascrivibili a tale riforma sono sicuramente l'aver tenuto in considerazione i principi costituzionali, quali quello in tema di funzione rieducativa della pena e quelli che garantiscono e riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo anche se detenuto (ex artt. 2,3,13,4°co., 27,3°co. Cost.)¹⁸².

In ogni caso, al di là della considerazione della prevenzione speciale positiva, si ritrovano previste in differente misura tutte le funzioni proprie della pena, retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale negativa.

In questo senso non è mai stata sminuita la centralità del carcere, nemmeno quando sono state previste le sanzioni alternative alla detenzione le quali non sono concettualmente slegate dalla pena detentiva, essendo previste in «attenuazione-sostituzione» di essa¹⁸³, ferma restando la possibilità di utilizzare la pena detentiva nelle ipotesi di violazione da parte del condannato degli obblighi prescritti¹⁸⁴.

La legge di riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 aveva introdotto tra le misure alternative alla detenzione, l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà e la liberazione anticipata. Successivamente la legge 10 ottobre 1986, n. 663

¹⁸² L'art. 2 della nostra Costituzione recita che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

L'art. 3 Cost. sancisce il principio di uguaglianza secondo cui: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese».

Secondo l'art. 13, 4°co. Cost.: «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

¹⁸³ Come osserva NUVOLONE, *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *Pene e misure di sicurezza nell'attuale momento storico*, op. cit., p. 4, non si tratta di misure alternative alla pena ma di misure alternative alla pena detentiva.

¹⁸⁴ EUSEBI, *La pena in crisi*, op. cit., p. 98.

(c.d. legge Gozzini)¹⁸⁵ ha previsto nuove tipologie di misure alternative e ha modificato la disciplina di quelle esistenti aumentando le possibilità della loro applicazione. Sono state create: una speciale categoria di affidamento in prova per tossicodipendenti o alcool dipendenti¹⁸⁶, la detenzione domiciliare e i permessi premio.

Vediamo per sommi capi la disciplina di tali strumenti.

L'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47, l. 1975 n. 364) è considerata una delle più importanti misure alternative alla pena detentiva. È applicabile ad autori di reati di modesta e media entità che siano stati condannati ad una pena detentiva non superiore ai tre anni¹⁸⁷. Tale limite è da intendersi in relazione alla pena che deve essere in concreto scontata, tenendo conto delle possibili detrazioni di pena e di eventuali cause estintive¹⁸⁸. Sono due le forme tramite cui può verificarsi la concessione dell'affidamento in prova: quella prevista originariamente dalla legge del 1975, che prevede l'applicazione della misura alternativa, subordinata all'osservazione della

¹⁸⁵ La legge Gozzini ha operato seguendo due diverse direttrici. La prima è quella che ha orientato la riforma verso una maggiore valorizzazione della finalità rieducativa, tramite una facilitazione dei contatti tra soggetti detenuti e mondo esterno; sono stati istituiti i permessi premio, sono state ampliate le possibilità di lavoro penitenziario, sono stati eliminati alcuni limiti soggettivi che impedivano l'applicazione delle misure alternative a soggetti condannati per certi tipi di reati. La seconda direttrice va invece in direzione opposta, si riconosce la necessità di differenziare i trattamenti penitenziari, alla luce del problema della sicurezza all'interno delle mura carcerarie; si crea l'art.14 *bis* (contenuto nella legge sull'ordinamento penitenziario), il quale istituisce un regime di sorveglianza particolare nei confronti di detenuti che tengono comportamenti pericolosi che attentino all'ordine e alla sicurezza dell'istituto penitenziario. Cfr. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario (legge 10 ottobre 1986 n. 663)*, in *Marginalità e società*, 1987, p. 104, in tal senso l'A. commenta la riforma effettuata dalla legge Gozzini: «Il processo di diversificazione in atto tra modalità trattamentali “soffici” e modalità tratta mentali “dure” è una realtà di fatto che è difficile non cogliere [...] Da un lato attraverso un sensibile ampliamento delle possibilità offerte dalle misure alternative e da altri istituti tratta mentali il legislatore definisce e ritaglia un'ipotesi di modalità esecutiva ispirata ai principi di ridotta sicurezza [...] Dall'altro lato, ma specularmente a questa prima tendenza il legislatore dell'86 si impegna a legalizzare [...] alcune modalità tratta mentali ispirate a criteri di elevata severità, adducendo necessità di sicurezza».

¹⁸⁶ Tale misura è stata successivamente ritoccata dagli artt. 94 e 126 del testo unico in materia di stupefacenti (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309) che ha portato il limite di applicazione delle pene inflitte a quattro anni. Si è scelto così di abrogare l'art. 47 bis contenuto nella l. 354/1975 che era praticamente identico al nuovo art. 94 d.p.r. 309/1990.

¹⁸⁷ Tale limite della pena inflitta è stato ampliato dalla novella penitenziaria attuata con la l. 10 ottobre, 1986 n.663. Si è scelto di dare prevalenza al criterio oggettivo della gravità del reato, rispetto a quello soggettivo della pericolosità sociale.

¹⁸⁸ MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma, op.cit.*, p. 110, evidenzia come l'istituto dell'affidamento in prova abbia subito negli anni un radicale mutamento di struttura e funzione, infatti lungi dal considerarsi strumento destinato alla criminalità “bagatellare”, è andato via via trasformandosi in un meccanismo che innesca la «fuga dalla pena detentiva», coinvolgendo, quali destinatari, autori di reati anche gravi. L'innalzamento del limite della condanna a tre anni di reclusione da scontarsi in concreto e quindi anche nella fase finale della esecuzione di una pena più lunga, ha portato di fatto a tale risultato.

personalità del condannato, condotta collegialmente per un mese¹⁸⁹ presso un istituto penitenziario; quella più recente e di più frequente applicazione, introdotta con la novella del 1986, e successivamente modificata dalla legge 165/98, secondo cui è possibile concedere l'affidamento in prova prima dell'inizio dell'esecuzione penale, senza che sia necessario il periodo di osservazione in istituto.

Per ciò che riguarda l'esecuzione dell'affidamento in prova, sono previste delle regole di condotta cui il soggetto deve attenersi; alcune di tali prescrizioni sono espressamente disciplinate mentre altre sono indicate genericamente¹⁹⁰ (il che ha sollevato dubbi di legalità e tassatività di tali prescrizioni). Il condannato viene affidato a servizi sociali dipendenti dall'amministrazione penitenziaria, per un periodo uguale a quello della pena da scontare; i servizi sociali dovrebbero tenere sotto controllo il reo e aiutarlo a reinserirsi nella vita sociale.

L'affidamento in prova può essere revocato quando il soggetto tenga un comportamento contrario alle norme di legge o alle prescrizioni imposte, incompatibile con la prosecuzione della misura; ciò non vuol dire che la violazione di norme di legge o di regole di condotta implichi necessariamente e automaticamente la revoca della misura, si richiede infatti anche una valutazione negativa dell'idoneità del condannato a essere risocializzato.

Se l'affidamento in prova dà un esito positivo, la pena e ogni altro effetto penale si estinguono.

Una particolare tipologia di affidamento in prova è l'*affidamento in prova per tossicodipendenti o alcool dipendenti*, che prevede una disciplina del tutto simile a quella prevista dall'art. 47 dell'ordinamento penitenziario, salva la differenza del limite di pena che è elevato a quattro anni e le particolari modalità di esecuzione derivanti dallo stato di dipendenza.

La detenzione domiciliare (art. 47 ter l. 354/1975) è formalmente definita una misura alternativa alla detenzione che permette, a determinate categorie di soggetti ed entro certi limiti di pena¹⁹¹ (in assenza di collegamenti con la criminalità organizzata),

¹⁸⁹ Nella prima formulazione della l. 1975 n. 354 il periodo di osservazione presso l'istituto penitenziario era di tre mesi.

¹⁹⁰ A supplire tale carenza dovrebbe essere il tribunale di sorveglianza nel momento in cui concede l'affidamento in prova.

¹⁹¹ L'art. 47 ter della legge sull'ordinamento penitenziario annovera tra i soggetti destinatari della misura: Il soggetto che abbia compiuto, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della

di espiare la condanna presso la propria abitazione o presso altro luogo di privata dimora o in un luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza. In realtà la detenzione domiciliare appare più una diversa modalità di esecuzione della pena che una misura alternativa alla detenzione; una delle ragioni ispiratrici di tale strumento è infatti rinvenibile nell'esigenza del legislatore di risolvere il problema del sovraffollamento delle carceri, e in alcun modo è previsto lo svolgimento di un trattamento rieducativo.

Ovviamente anche in questo caso la misura è revocabile nell'ipotesi in cui il comportamento del soggetto appaia incompatibile con la prosecuzione della misura e quando cessino le condizioni previste nei commi 1 e 1 *bis*.

La semilibertà (art. 48 l. 354/1975) «consiste nella concessione al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale». Tale strumento appare, come la detenzione domiciliare, più una modalità di esecuzione della pena detentiva che una vera e propria misura alternativa. Ha un ambito di applicazione decisamente vasto (art. 50 l. 354/1975), essendo concessa anche ai condannati a pene detentive di lunga durata e perfino agli ergastolani¹⁹² che abbiano scontato un certo *quantum* di pena¹⁹³ (almeno la metà della pena inflitta per i primi, e almeno venti anni per i secondi) e che abbiano dimostrato progressi nel corso del trattamento risocializzativo. Nel caso di condanna all'arresto o alla reclusione non superiore ai sei mesi, tali pene possono essere scontate in regime di semilibertà, sempre che il condannato non sia affidato in prova ai servizi sociali.

La liberazione anticipata (art. 54 l. 354/1975) prevede che «al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione è concessa,

stessa, settanta anni di età, purchè non sia stato dichiarato delinquente abituale o professionale, o per tendenza né sia mai stato condannato con l'aggravante della recidiva. Ciò vale nell'ipotesi di condanna per qualunque reato, salvo quelli espressamente indicati nel 1° comma.

L'art. 47 ter include inoltre: a) donne incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente; b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; d) persona di età superiore ai sessanta anni, se inabile anche parzialmente; e) persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.

Ai fini della applicazione a tali soggetti della detenzione domiciliare la pena inflitta non deve superare i quattro anni di reclusione (anche se costituenti parte residua di una pena più elevata).

¹⁹² La legge 63/1986 ha esteso ai condannati all'ergastolo la possibilità di accedere alla semilibertà una volta scontati almeno venti anni di pena (art. 50, 2° co. l. 354/1975); cfr. PAVARINI, *Codice commentato all'esecuzione penale*, (a cura di) GUAZZALOCA, Torino, 2002, p. 152.

¹⁹³ Per maggiori dettagli circa il regime della semilibertà, si rimanda al capitolo III di questo lavoro.

quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata. A tal fine è valutato anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare».

È molto discussa in dottrina la natura giuridica¹⁹⁴ di tale misura, poiché non è unanimamente condivisa la collocazione della liberazione anticipata tra le misure alternative alla detenzione. In ogni caso sembra pacifico il riconoscimento del carattere «premile» dell'istituto che ben si coordina con l'esigenza di incentivare la partecipazione al programma di risocializzazione¹⁹⁵.

La liberazione anticipata è applicabile anche agli ergastolani a seguito di un intervento della Corte Costituzionale che, con la sentenza n.274/1983 ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 54 l. 354/1975 ai fini dello scomputo di pena per la liberazione condizionale. La legge Gozzini ha formalmente esteso l'applicazione della liberazione anticipata ai condannati all'ergastolo (art. 54, 4°co. ult.periodo).

I permessi premio (previsti dall'art. 30 *ter* l. 354/1975 e introdotti dalla l. 663/1986) previa autorizzazione del magistrato di sorveglianza e sentito il direttore dell'istituto, sono accordati ai condannati che hanno tenuto regolare condotta e che non risultano socialmente pericolosi. Tali permessi premio devono essere di durata non superiore ogni volta a quindici giorni e permettono al detenuto di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. Infatti i permessi premio, per espressa menzione del legislatore, costituiscono «parte integrante del programma di trattamento e devono essere seguiti dagli educatori e assistenti sociali penitenziari in collaborazione con gli operatori sociali del territorio». La durata dei permessi non può superare nel totale i quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione. Per i condannati minori di età la

¹⁹⁴ Anomala appare la collocazione della liberazione anticipata tra le misure alternative alla detenzione in quanto tale strumento si limita ad anticipare il “fine pena”. Infatti più che un'alternativa alla detenzione, (manca di afflittività) si configura come vero e proprio mezzo di trattamento, che si presta a promuovere, dato il suo aspetto *premile* e *incentivante*, il reinserimento del reo in società favorendo l'adesione al programma rieducativo. Cfr. COPPETTA, *sub art. 54*, in in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo, op.cit.*, p. 689; MANTOVANI, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico, op. cit.*, p. 28; DI GENNARO – BREDA – LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 265; CANEPA – MARCHESELLI – MERLO, *Lezioni di diritto penitenziario*, Milano, 2002, p. 151.

¹⁹⁵ COPPETTA *sub art. 54*, in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo, op.cit.*, p.689.

durata dei permessi premio non può superare ogni volta i venti giorni e la durata complessiva non può eccedere i sessanta giorni in ciascun anno di espiazione.

Ai fini della concessione di tale beneficio il legislatore ha fissato dei limiti di natura oggettiva (legati alla quantità di pena irrogata) e limiti inerenti alla natura del reato riferito al soggetto (il riferimento è ai delitti previsti dal 1° comma dell'art. 4 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario)¹⁹⁶.

È evidente, rispetto al permesso ordinario, la natura premiale dell'istituto, il quale valorizza la funzione rieducativa della pena, in quanto è richiesta, ai fini della concessione del beneficio, l'osservanza di una certa modalità di condotta; ed è esplicitamente finalizzato alla realizzazione di un percorso risocializzativo che si esplica nella possibilità di coltivare, come recita la norma, interessi culturali, affettivi e di lavoro¹⁹⁷.

2.13. Ergastolo e principio rieducativo. Questioni di compatibilità costituzionale: la sentenza 16 giugno 1956 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Il problema dell'attuazione della finalità rieducativa della pena è apparso con particolare evidenza in relazione all'ergastolo. Non soltanto in relazione alla sua durata perpetua, ma anche in relazione al profilo (sottovalutato) di pena fissa¹⁹⁸. La natura

¹⁹⁶ Nello specifico l'art. 30 ter prevede al 4° e 5° comma che:

La concessione dei permessi è ammessa:

- a) nei confronti dei condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a tre anni anche se congiunta all'arresto;
- b) nei confronti dei condannati alla reclusione superiore a tre anni, salvo quanto previsto dalla lettera c), dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena;
- c) nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4 bis, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni (2);
- d) nei confronti dei condannati all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni.

Nei confronti dei soggetti che durante l'espiazione della pena o delle misure restrittive hanno riportato condanna o sono imputati per delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale, la concessione è ammessa soltanto decorsi due anni dalla commissione del fatto

¹⁹⁷ Per una visione completa e dettagliata delle misure alternative alla detenzione cfr. con FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, pp. 702- 724 ; GREVI – GIOSTRA- DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo, op. cit.*, pp. 358, 463, 565, 635, 689.; PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale, op. cit.* pp. 72, 95, 151,173; CANEPA – MARCHESELLI – MERLO, *Lezioni di diritto penitenziario*, Milano, 2002, pp. 99, 121, 127, 134, 151.

¹⁹⁸ Cfr. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997-2000, p. 953. L'A. sottolinea che una pena fissa non permette di adeguare la sanzione alla personalità del delinquente al fine del tentativo rieducativo e configura inoltre una possibile violazione del principio di uguaglianza sostanziale che impone di trattare situazioni differenti in modi differenti. Non viene esclusa l'opportunità della pena dell'ergastolo in casi «talmente gravi sotto il profilo oggettivo e univoci sotto quello criminologico da esigere la massima sanzione», anche se l'individuazione di un unico tipo criminologico appare estremamente difficoltosa. Al

perpetua di tale sanzione è inevitabilmente contrastante con una qualsivoglia finalità rieducativa, che non sia quella di mera emenda morale.

Fin dall'entrata in vigore della Carta Costituzionale si è posto il problema della compatibilità dell'art. 22 c.p. con i dettami costituzionali, sollevando questioni sia di tipo giuridico che umanitario¹⁹⁹.

Già Carnelutti, nel 1956 scriveva contro la previsione della pena dell'ergastolo, definendola «morte morale» e interrogandosi sulla conformità di tale pena non solo a Costituzione ma anche a ragioni umanitarie. Il celebre giurista ha valorizzato sin da subito la portata «esplosiva» dell'art. 27 Cost., sottolineando il significato della rieducazione da un punto di vista sociale e non morale²⁰⁰, e respingendo qualunque interpretazione restrittiva del principio che legittimasse l'ergastolo in virtù di interpretazioni *a contrario sensu*, sorrette dalla non esplicita proibizione di tale pena, così come è invece avvenuto con il divieto della pena di morte²⁰¹.

Dello stesso anno è la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione del 16 giugno 1956, le quali hanno ritenuto manifestamente infondata la questione della illegittimità costituzionale dell'art. 22 c.p. per contrasto con l'art. 27, 3°co., sottraendone il giudizio alla Corte Costituzionale.

Nelle motivazioni della Suprema Corte, che finisce quasi con l'entrare nel merito della caso, si leggono alcune delle tesi che abbiamo analizzato precedentemente in tema di interpretazione del precetto costituzionale.

di là di questo, l'incostituzionalità delle pene fisse (tra cui ricordiamo le pene pecuniarie) non è stata accolta dalla giurisprudenza, apparendo l'argomento superabile in particolare alla luce del meccanismo delle circostanze attenuanti generiche (art.62 *bis* c.p.). Sempre lo stesso autore per quanto riguarda l'ergastolo, precisa che, alla fissità dell'ergastolo sul piano astratto corrisponde «una certa elasticità in fase esecutiva» grazie alla liberazione condizionale e alle attenuanti generiche, cui noi oggi potremmo aggiungere i permessi premio, la liberazione anticipata e la semilibertà. Cfr. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., p. 202.

¹⁹⁹ Per un breve *excursus* sulla storia e la costituzionalità dell'ergastolo, si veda CABRI, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Rivista penale*, 1990, pp.525- 530.

²⁰⁰ Citando testualmente CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, op. cit., p. 2, « Quale meta per la rieducazione penale? Morale o sociale? Per il condannato in sé o per il condannato *rispetto agli altri*? Anche a questa ulteriore domanda non è difficile la risposta. Essa è implicata nella struttura stessa della reclusione, che separa l'individuo dalla società perché non è idoneo a vivere in questa; il delinquente, sul terreno del diritto penale, non è tanto un soggetto *immorale* quanto un soggetto *antisociale*; fra l'atro quando si assegna alla pena anche un'azione preventiva (o intimidativa come si suol dire) [...] ci si colloca precisamente sul terreno della socialità, non su quello della moralità; [...] dunque il fine dell'educazione, a cui tende o meglio in cui consiste la pena, o meglio la pena corporale (reclusione), è quello di restituire al condannato l'idoneità a vivere nell'ambiente sociale».

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 1-6.

Innanzitutto si riferisce la locuzione «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» esclusivamente alle modalità di esecuzione della pena, e non ad una caratteristica intrinseca della pena stessa; in secondo luogo non si considera la rieducazione come risocializzazione del reo finalizzata al rispetto dei valori sottesi alla società, ma la si identifica con un «processo di moralizzazione» volto alla redenzione morale del reo, e che può in quanto tale, essere mirato anche nei confronti dell'ergastolano; la finalità rieducativa della pena non si estende al riadattamento concreto del reo alla convivenza sociale. Inoltre la Corte utilizza un argomento *a contrario*, per suffragare la sua tesi: si sostiene che se il legislatore costituente avesse voluto espungere dal novero delle pene l'ergastolo, lo avrebbe fatto esplicitamente così come è accaduto con la pena capitale, la quale è vietata ai sensi del 4° comma dell'art. 27 Cost. Infine, per dimostrare la manifesta infondatezza della questione, si adduce la presenza nel nostro ordinamento di un istituto quale la grazia, che può concretamente, seppure in casi eccezionali elidere la perpetuità della pena, consentendo la reintegrazione del condannato in società.

Sono molte le debolezze della suddetta sentenza, la quale fu criticata sin dal momento della sua pubblicazione²⁰². In particolare sarebbe stato opportuno deferire la questione alla Corte Costituzionale, data la non “così manifesta infondatezza” del problema, e soprattutto in quanto è criticabile l'assunto delle Sezioni Unite secondo il quale sarebbe sufficiente una redenzione morale, una rieducazione puramente interiore, scissa da qualunque doverosa considerazione in merito alla possibilità di reinserire l'ergastolano alla vita civile.

Il riferimento all'istituto della grazia come fattore “mitigatore” della perpetuità della pena, appare assolutamente non decisivo, data l'assoluta eccezionalità di tale provvedimento che si rivolge solo a casi singoli e particolari.

2.14. Segue. Ergastolo e principio rieducativo. La legge n.1634 del 25 novembre 1962.

²⁰² DALL'ORA, *L'ergastolo e la Costituzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1956, p.485.

La normativa in tema di ergastolo subisce una modifica rilevante con la promulgazione della legge n.1634 del 25 novembre 1962²⁰³ la quale incide notevolmente sugli artt. 22, 72, 176 e 177 del codice penale.

Tale legge raccoglie alcune istanze del dibattito penalistico che si era svolto fino a quel momento in tema di pena perpetua: anche i sostenitori della necessità del mantenimento dell'ergastolo, auspicavano l'introduzione della liberazione condizionale anche nei confronti degli ergastolani. Tale istituto infatti avrebbe permesso di mantenere la perpetuità della pena, la quale poteva in concreto venire meno, dopo una lunga espiazione, nella misura in cui fossero accertati una serie di requisiti, richiesti per ottenere il beneficio.

Si stabilisce che il condannato all'ergastolo può essere ammesso al beneficio della liberazione condizionale dopo avere scontato almeno ventotto anni di pena, quando abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, e una volta adempiute le obbligazioni civili derivanti dal reato (fatta salva l'ipotesi in cui il soggetto si trovi nell'impossibilità di adempierle). Tuttavia la decisione di concedere il beneficio della liberazione condizionale non era rimessa all'autorità di un organo giurisdizionale ma era di competenza del ministro di grazia e giustizia, il quale godeva di una discrezionalità tale da potere in concreto disattendere le indicazioni e i pareri provenienti dall'organo giudiziario²⁰⁴.

Tra le novità della legge si aggiunge la possibilità per l'ergastolano di essere ammesso immediatamente al lavoro all'aperto. Si riduce anche il termine di segregazione con isolamento diurno in caso di concorso di reati: se vi è concorso di più reati che comportano la pena dell'ergastolo, il reo è sottoposto ad un periodo di isolamento diurno che poteva durare da sei mesi a tre anni; nel caso di concorso di un

²⁰³ Pubblicata nella gazzetta ufficiale n. 311 del 6/12/1962.

²⁰⁴ Si è dovuta attendere la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 10 luglio 1974 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, p. 1707. La pronuncia ha posto rimedio a tale disciplina, gravemente carente sotto il profilo delle garanzie che necessariamente accompagnano la fase dell'esecuzione penale. La Corte, dichiara fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 43 r.d. 28 maggio 1931 n.602, che attribuiva la competenza a concedere la liberazione condizionale al ministro di grazia e giustizia, per contrasto con gli artt. 24, 2° comma e 111, 2° comma, Costituzione. Si sottolinea invero, come l'istituto della liberazione condizionale negli anni abbia subito delle notevoli modifiche, che hanno trasformato la liberazione condizionale in un fondamentale aspetto del trattamento penale che non può prescindere dalla realizzazione di quella che è la finalità rieducativa della pena; tale considerazione appare ancora più doverosa da quando tale beneficio è stato esteso anche agli ergastolani. Trattandosi dunque di una rinuncia alla pretesa punitiva dello Stato, esse deve essere necessariamente affidata ad un organo giudiziario, con tutte le garanzie che esso comporta per i diritti dei detenuti.

delitto che implica la pena dell'ergastolo con uno o più delitti che importano la condanna a pene detentive temporanee per un tempo complessivo superiore ai cinque anni, si applica l'ergastolo con isolamento diurno per un periodo di tempo che va dai due ai diciotto mesi.

Le previsioni contenute nella l. 1634/1962, costituirono un enorme passo avanti rispetto al passato per il miglioramento dei diritti del detenuto ergastolano, e indubbiamente tale normativa è stata influenzata da una volontà di adeguamento al dettato costituzionale, ma ciò non è valso del tutto a superare i dubbi di costituzionalità dell'art. 22 c.p., che riemersero in breve tempo, sottoposti al vaglio della Corte Costituzionale.

2.15. Segue. Ergastolo e principio rieducativo. La sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 1974.

Come abbiamo visto durante il periodo che va dalla fine degli anni'60 ai primi anni'70, l'ideale rieducativo ha conosciuto un riconoscimento maggiore che in passato, sia ad opera della dottrina che ad opera della giurisprudenza ordinaria.

Come poteva la pena perpetua essere compatibile con la finalità rieducativa della pena, intesa come possibilità di reintegrazione del reo in una società di cui sia in grado di rispettarne i valori?

Per queste ragioni ha costituito per molti una delusione, l'attesa sentenza della Corte Costituzionale (n. 264 del 22 Novembre 1974) in relazione al problema di compatibilità dell'art. 27, 3° comma Cost. con l'art. 22 c.p. riguardante la pena dell'ergastolo.

Il mutato panorama in tema di rieducazione, i progetti legislativi in corso, lasciavano auspicare una sentenza dall'esito diverso, o che fosse comunque in grado di proporre una lettura nuova e più decisiva in tema di finalità della pena. La suddetta sentenza invece è parsa piuttosto ripetitiva nei contenuti e un dato che balza subito agli occhi è la sua brevità: fattore non decisivo certamente, ma che lascia perplessi data l'entità e l'importanza dei valori in gioco²⁰⁵.

²⁰⁵ In questo senso TORREBRUNO, *Davvero costituzionale l'istituto dell'ergastolo?* In *Giustizia penale*, 1975, p.34. L'A. scrive: «È veramente strano, e ci ha provocato, alla prima lettura, qualche attimo di fastidioso stupore, rendersi conto che poche decine di righe sono bastate a motivare una decisione che rigetta nella più assoluta disperazione, in un vero e proprio inferno civile, centinaia di individui. Individui colpevoli finché si vuole, ma che partecipano nel bene e nel male della nostra stessa natura».

Il punto più interessante della decisione ci sembra essere invece il riferimento all'importanza del lavoro penitenziario, ai fini dell'attuazione della finalità rieducativa.

La pronuncia in questione sancisce l'infondatezza della questione di legittimità della pena dell'ergastolo, valorizzando una concezione della pena di tipo polifunzionale. Il punto più problematico della pronuncia non è tanto nelle motivazioni che essa adduce nel riconoscere la compatibilità della massima a pena a Costituzione, quanto la teoria, che costituisce il vero cuore del problema nonché l'antecedente logico della decisione, che essa sostiene sulla natura della pena²⁰⁶.

Infine viene respinta la illegittimità costituzionale dell'ergastolo poiché esso non appare più pena effettivamente perpetua a carattere eliminativo da quando è stata estesa anche agli ergastolani la possibilità di accedere al beneficio della liberazione condizionale.

Dunque sono essenzialmente tre le tematiche affrontate dalla Consulta:

- 1) La concezione della pena.
- 2) Il lavoro penitenziario come strumento di rieducazione.
- 3) La liberazione condizionale come pilastro nella possibilità di reinserimento sociale dell'ergastolano.

Per quanto riguarda il primo punto, la Corte ribadisce una concezione polifunzionale della pena, la quale non può tendere solo alla rieducazione del reo e al reinserimento di esso nel consorzio civile, ma è inscindibilmente sorretta da altri scopi, quali la difesa sociale, la prevenzione generale negativa e anche la neutralizzazione dei soggetti più pericolosi; esigenze evidentemente ancora più sentite nei confronti degli ergastolani. Nelle motivazioni della sentenza si legge che :

«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 vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l'art. 27 della Costituzione, usando la formula "le pene non possono consistere

²⁰⁶ In questo senso PAVARINI, *La Corte costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, vol. I, p. 265.

in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", non ha proscritto la pena dell' ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole».

Il secondo punto, e cioè quello attinente la valorizzazione del lavoro carcerario, è di particolare interesse sotto due profili: da un lato costituisce una intuizione più che confermata da studi sociologici, criminologici e psicologici, e poi dallo stesso legislatore del 1975, secondo cui il lavoro è potenzialmente uno strumento di grande aiuto per i detenuti, che evita una eccessiva estraniamento e che si presta a rispondere a finalità rieducative; dall'altro lato però esso da solo non è sufficiente a realizzare il riadattamento del reo, né dimostra che la pena sia solo grazie a ciò una pena umanizzata.

La Consulta inoltre, trascura di considerare alcuni aspetti piuttosto delicati del lavoro carcerario. Esso viene prospettato come premio e come mezzo terapeutico, visione da cui traspare ancora un atteggiamento paternalistico nei confronti del reo, non considerando le condizioni di sfruttamento e arretratezza in cui questo veniva svolto²⁰⁷. Fino all'entrata in vigore della l. n. 354/1975 infatti era frequente presso le carceri la presenza di imprese private che impiegavano i detenuti per le loro lavorazioni, approfittando dei costi molto più bassi che richiedevano le loro prestazioni rispetto a quelle di un lavoratore "normale"²⁰⁸. Ciò portava ad un abuso dell'attività lavorativa regolarmente intesa, non riconoscendosi neppure un vero e proprio diritto alla

²⁰⁷ PAVARINI, *La Corte costituzionale di fronte al problema del lavoro penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, op. cit., p. 272, evidenzia che «[...] non è, in termini più generali, pensabile che questo organo costituzionale ignori la situazione reale del lavoro in carcere, cioè le forme e i tempi che lo accompagnano, nonché i livelli di arretratezza del capitale in questo impiegato. Ora tessere l'elogio di questo lavoro [...] significa riconoscere ed attribuire al lavoro improduttivo, marginale e obsoleto virtù rieducative».

²⁰⁸ CESARI, *sub art. 20 bis*, in PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, (a cura di) GUZZALOCA, Torino, 2002, p. 49. A tale situazione ha messo fine la l. 354/1975 con l'introduzione dell'art. 45 del regolamento esecutivo della legge penitenziaria, sostituito in seguito dall'art. 47 del regolamento esecutivo, il quale detta le modalità con cui deve svolgersi l'organizzazione del lavoro. Esso può svolgersi sia all'interno dell'istituto penitenziario che all'esterno; le attività da svolgersi possono essere organizzate e gestite da imprese pubbliche, private o da cooperative sociali. In ogni caso la regolamentazione dell'attività lavorativa avviene secondo le linee programmatiche dettate dai provveditori.

retribuzione della prestazione subordinata, ma semplicemente quello ad ottenere, per dirlo con le parole della Corte, «un compenso».

Il terzo punto, invero forse quello più decisivo, attorno cui ruota la sentenza, è quello che attiene all'estensione dell'istituto della liberazione condizionale anche gli ergastolani.

Come abbiamo visto, la l. 1634/1962 permette dopo ventotto anni di espiazione della pena, l'accesso al beneficio a tale categoria di condannati, elidendo la perpetuità di tale pena in quanto consente la possibilità di un reinserimento del reo in società. Tale possibilità si presenta in modo ancora più rilevante dopo la sentenza 204/1974 Corte Cost., di poco antecedente a quella in questione, che ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale della norma che attribuiva al Ministro di grazia e giustizia la facoltà di concedere, anche in virtù di scelte discrezionali e politiche, la liberazione condizionale, «giurisdizionalizzando»²⁰⁹ l'istituto. Tale potere deve concernere solo all'organo giudiziario, che fornisce maggiori garanzie e permette di configurare la richiesta di liberazione condizionale come un vero e proprio diritto, alla luce della necessità in fase esecutiva di osservare il detenuto e di garantirgli l'esame degli effetti derivanti dal processo di rieducazione²¹⁰.

Certo, tutte queste considerazioni non valgono a superare del tutto i dubbi di costituzionalità dell'art. 22 c.p., in particolare rimane il quesito di quali possano essere le *chances* di rieducazione di un soggetto recluso per ventotto lunghi anni entro le mura carcerarie, ammesso che questi riesca a ottenere la concessione della liberazione condizionale.

A detta di chi scrive, le reali possibilità di reinserimento dell'ergastolano nella vita sociale, e di conseguenza l'effettiva compatibilità costituzionale della disciplina dell'ergastolo, verranno valorizzate solo con la legge Gozzini (l. n.663/1986)²¹¹, la

²⁰⁹ Per una breve rassegna circa l'evoluzione della liberazione condizionale si veda FLORA, *Evoluzione e involuzione della liberazione condizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p.1925.

²¹⁰ La Consulta valorizza, nel dichiarare l'illegittimità della norma proprio la finalità rieducativa: «*Sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, 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 deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale*».

²¹¹ Questa considerazione va meglio precisata: la legge Gozzini prevedeva due diversi circuiti di detenzione. Essa ha effettivamente valorizzato la finalità rieducativa della pena, ha esteso e ampliato le possibilità di applicazione delle misure alternative alla detenzione, ma questo è avvenuto nei confronti dei

quale estenderà anche agli ergastolani una serie di benefici e misure alternative alla detenzione, connotate da un forte carattere di premialità: i permessi premio, la liberazione anticipata, la semilibertà, che unitamente alla liberazione condizionale, giungono a elidere il carattere di perpetuità dell'ergastolo, e favoriscono un contatto progressivo del reo con il mondo esterno.

2.16. Verso la valorizzazione della «pena costituzionale». La sentenza della Corte Costituzionale n. 274 del 1983 in tema di liberazione anticipata.

Sulla scia della graduale valorizzazione del principio rieducativo, inteso come imprescindibile scopo della pena, in particolare in relazione al momento esecutivo, si pone la sentenza della Corte Costituzionale del 27 settembre 1983, n.274 in tema di liberazione anticipata.

La Consulta si trova ad affrontare due diverse questioni di legittimità costituzionale, rispettivamente inerenti la compatibilità dell'art. 50 e dell'art. 54 della l. 354/1975 con l'art. 27 Cost. per entrambe le norme, e in relazione all'art. 3 Cost. per il solo art. 54.

La doglianza di incostituzionalità dell'art. 50 dell'ordinamento penitenziario, sollevata da un condannato all'ergastolo, e ritenuta non manifestamente infondata dal giudice *a quo*, si avrebbe per contrasto della suddetta norma con l'art. 27,3°co. Cost., nella parte in cui non prevede l'applicazione del beneficio della semilibertà anche ai condannati alla pena dell'ergastolo; si chiedeva quindi una « *“integrazione” della norma, ammettendo il condannato all' ergastolo al regime di semilibertà "con l'inserimento di condizioni temporali particolari ovviamente diverse da quelle previste dalla legge ed applicabili alle sole pene temporanee"»*²¹². Costituiva diritto del condannato, incluso l'ergastolano, (alla luce delle considerazioni della sentenza n. 204/1974) che la pena inflitta venisse eseguita in rispetto del principio rieducativo *«mediante l'osservazione e il trattamento del detenuto e il riesame degli effetti prodotti dal processo di rieducazione svolto nei suoi confronti»*²¹³.

detenuti “ordinari”. Nei confronti di “detenuti speciali” sono state previste norme che limitano alcuni diritti del condannato e riducono le possibilità di reinserimento sociale del condannato.

²¹² Corte cost., 27 settembre 1983 n. 274.

²¹³ *Ibidem*.

Il problema in concreto si poneva in quanto uno dei requisiti necessari per la concessione della semilibertà consisteva nell'aver scontato almeno metà della pena, periodo non quantificabile in relazione all'ergastolo. L'esclusione di tale pena dal beneficio della semilibertà, non era stata inoltre direttamente prevista dal legislatore, ma derivava dalla caratteristica intrinseca dell'ergastolo di essere una pena temporalmente indefinita²¹⁴.

Tuttavia, per quanto reale e condivisibile fosse l'argomentazione sollevata, la Consulta dichiara inammissibile la questione, poiché la determinazione da parte della Corte del *quantum* di pena necessario da scontare per accedere al beneficio della liberazione condizionale non rientra tra le sue competenze ed eccede i suoi poteri, implicando una scelta di natura discrezionale²¹⁵.

La seconda questione, più complessa, affrontata dalla Corte in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost.²¹⁶, riguarda i dubbi di compatibilità costituzionale dell'art. 54, nella parte in cui non prevede la possibilità per l'ergastolano di ottenere «*la riduzione di pena ai soli fini del computo della quantità di pena così detratta nella quantità scontata, richiesta per l'ammissione alla liberazione condizionale*»²¹⁷.

Fino alla suddetta sentenza, l'interpretazione della norma aveva nettamente diviso giurisprudenza e dottrina. Secondo un pressoché costante orientamento della Corte di Cassazione²¹⁸, l'art. 54 non era riferibile alla pena dell'ergastolo neppure al fine della riduzione del periodo richiesto per l'accesso alla liberazione condizionale. Viceversa la

²¹⁴ La problematica della posizione del condannato all'ergastolo rispetto all'istituto previsto dall'art. 54 ord. pen. era stata in anticipo sollevata da GREVI, *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978, pp. 60 e ss. L'A. coglie il vizio di applicazione della l. n. 354/1975, la quale irragionevolmente non è estesa ai condannati alla pena dell'ergastolo, delineando un quadro, in molto coincidente con quello costruito dalla Corte nella sentenza n. 274/1983.

²¹⁵ La legge Gozzini ha provveduto a colmare il vuoto di disciplina, prevedendo al 5° comma dell'art. 50, l'estensione del beneficio della semilibertà anche agli ergastolani che avessero scontato almeno venti anni di pena.

²¹⁶ È opportuno precisare che la questione di compatibilità viene sollevata da tre diversi giudici *a quo*, rispettivamente della Corte d'appello di Palermo, di Firenze e di Bologna. La Sezione di sorveglianza del tribunale di Palermo deduce l'incompatibilità dell'art. 54 sia nei confronti dell'art. 3 che dell'art. 27 Cost.; la sezione di sorveglianza di Firenze deduce il contrasto con il solo art. 3 Cost. e quella di Bologna con l'art. 27, 3° co. Cost.

²¹⁷ Corte cost., 27 settembre 1983 n. 274.

²¹⁸ Cass. 3 marzo, 1978, Casaroli, in *Cassazione penale*, 1979, p. 1617, m. 1565; sent. 15 febbraio 1978, Serra, *ivi*, 1979, p. 725, m. 747; sent. 13 dicembre 1977, Chiaiese, *ivi*, 1979, p. 1355, m. 1377; sent. 12 dicembre 1978, Atzeni, in *Cassazione penale*, 1980, p. 542, m. 568; sent. 14 aprile 1978, De Meo, *ivi*, 1980, p. 245, m. 272; sent. 14 gennaio 1980, Gula, in *Cassazione penale*, 1981, p. 892, m. 834; sent. 3 novembre 1978, Poddesu, in *Foro italiano*, Repertorio, 1979, voce *Ordinamento penitenziario*, n. 100; Cass., 3 novembre 1978, D'Ambrosio, *ivi*, 1979, n. 99; Cass. 18 ottobre 1978, Cascione, *ivi*, 1979, n. 98.

dottrina aveva ritenuto, alla luce di considerazioni di tipo storico e sistematico, e al di là di qualunque interpretazione letterale della norma²¹⁹, che la liberazione anticipata fosse applicabile anche all'ergastolano, seppure limitatamente alla possibilità di accedere al beneficio previsto dall'art. 176 c.p.²²⁰.

Il contrasto con il dettato costituzionale poteva realizzarsi sotto due diversi profili: la violazione del principio di uguaglianza e la violazione del principio rieducativo inteso come una delle finalità della pena.

La violazione del principio di uguaglianza era ravvisabile nella irragionevole disparità di trattamento tra il condannato a pena detentiva temporanea e il condannato all'ergastolo, rispetto ai quali, se appariva giustificata una differenziazione nella entità e nella natura della sanzione e nella quantità di pena da scontare per accedere alla liberazione condizionale, non era motivata l'esclusione solo nei confronti dell'ergastolano dalla possibilità di ottenere ai sensi dell'art. 54 la riduzione di una parte di pena da espiare ai fini della concessione della liberazione condizionale: entrambe le categorie di soggetti dovevano avere il diritto di accedere al beneficio²²¹.

Anche l'art. 27, 3°co. Cost. risultava violato, poiché esso esprime una finalità rieducativa propria di tutte le pene, ivi compresa quella della pena dell'ergastolo. Oltretutto l'elemento teleologico che struttura l'art. 54 della l. 354/1975 consiste proprio nella finalità rieducativa della misura, volta ad un «più efficace reinserimento nella società» del detenuto e valutata alla stregua della partecipazione del soggetto a tale opera di rieducazione. La liberazione anticipata offre uno stimolo alla collaborazione

²¹⁹ E cioè l'espressione «avere effettivamente scontato» ventotto anni di pena per la concessione della liberazione condizionale, su cui insisteva la giurisprudenza di legittimità.

²²⁰ In questo senso FASSONE, *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo alla individuazione della «pena costituzionale»* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p.802; si veda anche COPPETTA, *sub art. 54*, in GREVI- GIOSTRA- DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo, op.cit.*, p.701.

²²¹ Citando testualmente le parole della Corte: «Secondo il giudice a quo, infatti, il condannato a pena detentiva temporanea e il condannato all' ergastolo che "abbiano dato prova di sicuro ravvedimento" (requisito per la liberazione condizionale) e, insieme, di "partecipazione all'opera di rieducazione" (requisito per la liberazione anticipata), debbono esser posti in condizione identica rispetto alla legge, con accesso ai medesimi benefici. Né a questo proposito varrebbe obiettare che diversa è la natura delle pene (detentive temporanee ed ergastolo). La "riduzione di pena" viene, infatti, negata dalle norme impugnate al condannato all' ergastolo , anche in funzione - è questo che si contesta - dell'applicazione della liberazione condizionale, sotto un aspetto, cioè, in relazione al quale le due specie di pena (con la sostanziale commutazione dell' ergastolo da pena perpetua a temporanea) finiscono con l'assimilarsi. Cosicché, se si considera che la liberazione condizionale, per il condannato all' ergastolo , non rappresenta uno sviluppo eccezionale di quella specie di pena, ma ne costituisce un connotato intrinseco essenziale, l'esclusione dei condannati all' ergastolo dal beneficio della "riduzione di pena " - beneficio che è invece concedibile, allo stato della vigente normativa, a tutti i condannati a pena detentiva temporanea indipendentemente dal titolo del reato - non trova giustificazione».

del condannato al trattamento rieducativo, proprio grazie all'incentivo premiale, sotteso al meccanismo dell'art. 54 che permette una riduzione della pena da espriare (anche se solo, come in questo caso, in funzione dell'anticipata ammissione alla liberazione condizionale)²²².

A ciò si aggiunge il diritto del detenuto, esplicitato dalla sentenza n. 204/1974, a vedere esaminata periodicamente la propria posizione al fine di verificare gli effetti (sempre che ve ne siano stati) del trattamento rieducativo.

Infine la legge 12 gennaio 1977 n. 1, che modificava in parte la originaria disciplina in tema di ordinamento penitenziario, aveva abrogato l'ultimo comma dell'art. 54 che prevedeva limitazioni all'applicazione della liberazione condizionale in caso di condanna a certe tipologie di reati e sarebbe stato irragionevole dunque escludere, per via di interpretazione, solo il condannato all'ergastolo.

Date queste premesse, la Consulta non poteva che accogliere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 l. 354/1975 per contrasto sia con l'art. 3 Cost. che con l'art. 27, 3°co della carta costituzionale.

Anche se non si volesse accettare la rieducazione tra gli scopi precipui della pena, l'accoglimento delle argomentazioni sollevate dai giudici *a quibus*, non pregiudicherebbe eccessivamente le esigenze di prevenzione generale: un'anticipazione della possibilità di accedere alla liberazione condizionale, aiuta ad attuare la rieducazione e quindi la risocializzazione del soggetto, ma incide assai poco in termini di svalutazione di esigenze generalpreventive²²³, fornendo equilibrio all'impianto del sistema sanzionatorio²²⁴.

²²² CANEPA – MARCHESELLI – MERLO, *Lezioni di diritto penitenziario*, Milano, 2002, p. 151.

²²³ FASSONE, *Riduzione di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della pena costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, *op. cit.*, p. 811 e 816, sostiene: «è assai probabile che in tutto ciò si rifletta lo sforzo di calibrare prevenzione generale e prevenzione speciale; la sensibilità al trattamento rieducativo e la cautela di fronte a possibili vanificazioni imponenti della sanzione; e un fondamentale rispetto delle responsabilità politiche in tutti i casi in cui l'accoglimento delle eccezioni di illegittimità si risolverebbe in un attacco troppo frontale agli obiettivi ed ai metodi di difesa sociale».

²²⁴ MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale*, *op.cit.*, p.202, sottolinea l'utilità di un sistema «penale- promozionale» che sia costruito non su clemenzialismi legislativi e indulgenzialismi ma sulla base di «ben determinati comportamenti meritevoli: cioè sulla base di ben accertati *presupposti di merito* costituenti la fattispecie meritoria sanzionata dal premio. Solo a chi dà progressive e concrete prove di riadeguamento alle regole sociali di convivenza la comunità statale può progressivamente attenuare la punitività della sanzione e restituire le possibilità giuridiche perdute.»

Il mutamento di orientamento della Consulta rispetto alla sentenza n. 264/1974 è sicuramente notevole: «la Corte ha recepito la trasformazione in atto del sistema penale penitenziario, che, da ordinamento essenzialmente sanzionatorio e repressivo, va evolvendo ad ordinamento misto, con contenuti di promozione verso condotte socialmente apprezzate»²²⁵.

Le linee guida dettate dalla sentenza in esame sono state recepite dalla l. 10 ottobre 1986 n. 663 (modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure private e limitative della libertà) la quale ha ridotto il periodo di esecuzione della pena richiesto per l'ammissibilità alla liberazione condizionale da ventotto a ventisei anni.

Essa ha inoltre disciplinato in modo più favorevole ai condannati proprio l'istituto della liberazione anticipata, elevando a quarantacinque giorni (non più venti) per ogni semestre di pena espiata, il periodo di tempo necessario ai fini della detrazione, detrazione appunto formalmente estesa anche ai condannati alla pena dell'ergastolo. Proprio tali detrazioni semestrali permettono all'ergastolano di ottenere la liberazione condizionale dopo avere materialmente espiato ventuno anni di pena detentiva, e rispondono ad esigenze di risocializzazione che risulterebbero troppo sacrificate anche dal limite minimo dei 26 anni di espiazione di pena, sancito dalla legge Gozzini²²⁶.

È utile sottolineare un ultimo elemento: il vero protagonista della sentenza in esame non sembra tanto essere la liberazione anticipata, quanto la liberazione condizionale²²⁷; istituto attorno cui si realizza la compatibilità costituzionale della massima pena e fulcro attorno cui ruota la speranza per il condannato di un più prossimo contatto con il mondo esterno.

²²⁵ FASSONE, *Riduzione di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della pena costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, op. cit., p.811.

²²⁶ FLORA, *La liberazione condizionale: quale futuro?*, in *L'indice penale*, 1989, p. 364.

²²⁷ FASSONE, *Riduzione di pena ed ergastolo*, op. cit., p. 813. L'A. evidenzia che «non è la liberazione anticipata a segnare l'eventuale mutamento di regime dell'ergastolano, ma la liberazione condizionale; ed è solo in questa sede che si potrà vagliare se la "partecipazione all'opera di rieducazione" si traduce o meno in un "sicuro ravvedimento" e consente al condannato di fruire realmente del beneficio. È la liberazione condizionale, insomma, il perno della vicenda espiativa: e la decisione in esame non fa altro che avvicinarne la possibile fruizione, senza però intaccarne il livello di acquisibilità». Cfr. SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una contradictio in terminis ancora irrisolta. (In particolare riflessioni sulla sentenza n. 161/97)*, in *Cassazione penale*, 2001, p. 1357.

2.17. La liberazione condizionale come *condicio* di legittimità costituzionale dell'ergastolo.

Per dimostrare la tesi, previamente accennata, della centralità dell'istituto della liberazione condizionale ai fini della compatibilità dell'ergastolo con il dettato costituzionale, si analizzerà la sentenza della Corte costituzionale 2 giugno 1997 n. 161, che dichiara illegittima la disciplina prevista dall'art. 177, 1° co. ultimo periodo, «nella parte in cui non prevede che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio ove ne sussistano i relativi presupposti» per contrasto con l'art. 27, 3° co. della Carta Costituzionale.

In quest'ottica la liberazione condizionale diventa «condizione necessaria e sufficiente»²²⁸ per la legittimità e quindi per l'esistenza dell'ergastolo nel nostro ordinamento.

A conferma di ciò, la nota sentenza n. 264/1974 sembra giustificare la permanenza della massima pena nel nostro ordinamento proprio in virtù dell'istituto della liberazione condizionale, il quale offre la possibilità al soggetto di cui appaia sicuro il ravvedimento, e che quindi abbia partecipato al trattamento rieducativo, di essere riammesso in libertà. In questo modo si assolve alla prescrizione costituzionale secondo cui le pene «non possono consistere in trattamenti inumani e devono tendere alla rieducazione del condannato», incentivando concretamente il soggetto a seguire il programma rieducativo e premiandolo, in caso di risultati positivi, con una vera e propria riammissione in società, naturalmente con il rispetto e i limiti delle modalità prescritte dall'autorità giudiziaria.

Se si assume tale tesi ne discende che: una norma, la quale in caso di violazione da parte del condannato (ergastolano) degli obblighi inerenti la libertà vigilata, o nel caso di commissione di un delitto o di una contravvenzione della stessa indole, preveda la revoca irreversibile del beneficio della liberazione condizionale, non può non suscitare dubbi di legittimità costituzionale.

Il quadro è complicato dalla problematica, invero irrisolta, dell'automatismo del meccanismo di revoca, che scatta anche nel caso di violazioni di scarsa o minima

²²⁸ SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo*, op. cit., p. 1356.

gravità, ma che comporta la pesantissima conseguenza in capo all'ergastolano, della effettiva e definitiva perpetuità della pena²²⁹.

Bisogna pensare, se si nutrono preoccupazioni di difesa sociale o di retribuzione, che la possibilità che venga riconcessa la liberazione condizionale rimane subordinata all'autorizzazione della stessa da parte dell'autorità giudiziaria, la quale ha il potere di verificare il comportamento del detenuto sia in stato di carcerazione che in stato di libertà vigilata (e quindi considerando anche le eventuali infrazioni commesse)²³⁰; né si prescindere da una valutazione di merito che possa tenere conto anche del grado di gravità del comportamento irregolare tenuto dal reo: ciò che rileva, ai fini del rispetto dell'art. 27, 3°co. Cost. «non è la certezza della riammissione al beneficio, bensì la mera possibilità di riaccedervi»²³¹.

L'importanza dell'istituto della liberazione condizionale come *condicio* di legittimità ed esistenza della pena dell'ergastolo è rimarcata dalla stessa Corte, la quale cita due tra le più importanti sentenza in tema e cioè le sentenza n.264/74 e la 274/83 che valorizzano entrambe l'aspetto educativo della suddetta misura.

La sentenza in esame non rappresenta quindi una “sorpresa” ma appare «il logico e coerente sviluppo di linee, già presenti a livello legislativo, giurisprudenziale, oltreché dottrinale, tese ad attrarre sempre più in una logica specialpreventiva l'istituto della liberazione condizionale»²³².

Qual è il limite e il ritorno di una simile concezione?

A livello teorico si crea un paradosso: la pena perpetua è compatibile con la Costituzione solo in quanto sia non perpetua²³³. Se si assume che la legittimità della

²²⁹ *Ibidem* p.1363; TESSA, *Evoluzione e involuzione della liberazione condizionale*, *op.cit.*, p. 1928.

²³⁰ Per dirlo con le parole della Corte: «Certamente, in concreto, il condannato all'ergastolo potrà dalla competente autorità giudiziaria essere ritenuto non meritevole della riammissione al beneficio della liberazione condizionale; e l'autorità stessa potrà graduare anche nei tempi la nuova ammissione, tenuto conto sia della prova data dal detenuto durante la detenzione sia della prova data durante i precedenti periodi trascorsi in libertà vigilata, prendendo ovviamente in considerazione anche la concreta gravità delle violazioni che ebbero a dar luogo alla revoca. Ma questa possibilità di non riammissione o di riammissione dilazionata nel tempo non equivale ad una esclusione totale per divieto di legge».

²³¹ SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una contradictio in terminis ancora irrisolta. (In particolare riflessioni sulla sentenza n. 161/97)*, *op.cit.*, p.1357.

²³² LARIZZA, *Liberazione condizionale: verso l'abbandono della concezione premiale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p.605

²³³ FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 83, sostiene che: «Abbiamo così il paradosso che la *pena perpetua* è stata dichiarata legittima nella misura in cui è in realtà *non perpetua*: dunque l'ergastolo, secondo la Corte, non esisterebbe nella realtà, ma solo nelle norme –

pena perpetua dipende dal funzionamento di tutti i meccanismi premiali che la circondano (i quali oltretutto sono inevitabilmente concessi alla luce di parametri discrezionali o casuali, quali la maggiore o minore severità del giudice di sorveglianza), la questione ritorna insoluta qualora vi siano preclusioni all'accesso di tali benefici; se la compatibilità dell'ergastolo è rimessa alla possibilità astratta (non concreta nel senso che non è detto che il soggetto intenda condividere il trattamento rieducativo²³⁴) di fruire di misure e benefici che ne elidano la perpetuità, cosa succede quando questa opportunità venga realmente negata?

Ne deriverebbe un contrasto non solo con la finalità rieducativa della pena sancita ex art. 27, 3°co. II, Cost., ma anche una collisione con il divieto di trattamenti inumani ex art. 27,3°co. I, Cost., con il principio di dignità di ogni cittadino contenuto nell'art. 3 della Carta costituzionale e con il principio di uguaglianza sancito anch'esso dall'art. 3 Cost., poiché si creano discriminazioni tra condannati all'ergastolo²³⁵.

Tali rischi si sono concretizzati nella c.d. legislazione di emergenza e in alcune norme della legge sull'ordinamento penitenziario che prevedono restrizioni e limiti ai diritti di alcune tipologie di detenuti.

Probabilmente un ripensamento della massima pena va fatto, non potendosi affidare soltanto ai meccanismi premiali il compito di adempiere alle prescrizioni dettate dalla Carta costituzionale: il rispetto della finalità rieducativa della pena, del principio di dignità e uguaglianza di ogni uomo e il divieto di trattamenti inumani, dovrebbero essere garantiti al di là di scelte discrezionali ed eventuali che dipendono dalla volontà di terzi.

L'astratto (per la maggior parte dei casi) mantenimento della pena dell'ergastolo appare essenzialmente vincolato a scelte di politica criminale, strette dall'esigenza di rispondere a richieste di difesa sociale provenienti da un'opinione pubblica allarmata da reati particolarmente gravi ed efferati. In questa direzione, mi pare possano essere

non come pena scontata ma come pena minacciata – e proprio per questo non sarebbe necessario eliminarla dalle norme».

²³⁴ GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 76, sottolinea che la possibilità di ridurre la perpetuità dell'ergastolo deriva sempre e comunque da istituti premiali e che non tutti i detenuti sono disposti ad aderire al programma rieducativo poiché «è risaputo che determinate specie delinquenziali soffrono quel trattamento come una violenza, come un condizionamento ricattatorio, perché hanno ormai ispirato la loro vita ad un Super-Io criminale e avvertono la società legale dello Stato di diritto come nemica. Al punto che, anche quando per ovvi motivi utilitaristici, si sforzano di sottostare al trattamento rieducativo, prima o poi falliscono nel tentativo».

²³⁵ FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, op.cit., 1992, p. 82.

interpretate le numerose sentenze della Corte costituzionale che di fatto finiscono col distinguere l' "ergastolo- pena minacciata" (astrattamente perpetuo) dall' "ergastolo- pena eseguita" (quasi mai perenne e compatibile a Costituzione)²³⁶.

2.18. «Quale pena per la rieducazione» del minorenne?

Le ultime riflessioni che riteniamo di fare, per chiudere questo capitolo in tema di finalità rieducativa della pena detentiva, riguardano il problema della pena e in particolare l'ergastolo inflitti ai minori di età.

La questione della tipologia e delle modalità di irrogazione della pena, si fa evidentemente più delicata quando in ballo ci sono individui minorenni, nei confronti dei quali deve necessariamente mutare la prassi di intervento del diritto e del processo penale.

Si tratta di tenere in considerazione, nella disciplina della giustizia penale minorile, indicazioni provenienti dalle neuroscienze, dalla scienze psicologiche e sociali, che permettano di relazionarsi in modo adeguato ad un soggetto che, data l'età, è nel pieno di un processo di crescita, ha una personalità *in fieri* non del tutto assestata e normalmente presenta una certa immaturità psicologica²³⁷. Il minore è infatti un individuo vulnerabile, in evoluzione, che non sempre possiede una percezione completa della realtà che gli permetta di comprendere a pieno il significato delle proprie azioni e delle conseguenze che le stesse possono determinare²³⁸.

Né il diritto processuale penale né quello sostanziale, possono prescindere, nell'approntare la risposta punitiva, dalla considerazione della personalità del minore; tali valutazioni devono avvenire sia in fase di graduazione della colpevolezza che in fase di irrogazione ed esecuzione della sanzione: ciò determina in tema di funzioni della pena, un netto sbilanciamento a favore della finalità rieducativa rispetto a tutte le altre funzioni.

²³⁶ In questo senso FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, op. cit., p. 83; RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, p.362.

²³⁷ DI LEO, *Accertamenti sulla personalità ed esame del minore nel nuovo processo penale minorile*, in *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, (a cura di) DE CATALDO BEUBURGER, Padova, 1990, pp.113 e ss.

²³⁸ LARIZZA, *Bisogno di punizione o bisogno di educazione? Il perenne dilemma della giustizia minorile*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 2976.

L'importanza dell'opera rieducativa e le probabilità di buon esito che essa ha nei confronti del minore sono dimostrabili scientificamente. Dal punto di vista delle neuroscienze infatti è proprio l'adolescenza il momento in cui il cervello ha la sua massima fase di espansione dell'apprendimento²³⁹: ciò avviene grazie ad una plasticità sinaptica²⁴⁰ molto marcata, ad opera della quale, se si creano delle *condizioni relazionali positive* (che costituiscono il substrato indispensabile per ogni forma di consolidamento di nuove memorie positive), il processo di rieducazione o la prassi del recupero acquistano maggiori probabilità di successo rispetto a trattamenti effettuati su adulti; il che risulta appunto da processi di funzionamento mentale scientificamente provati.

Queste premesse comportano che, nel disciplinare il trattamento penale del minore, il modello retributivo è costretto ad arretrare, senza che ciò significhi sacrificare esigenze di punizione in favore di uno sterile, se non dannoso, indulgenzialismo che determini «la convinzione nel minore di impunità in ragione della sua età e della sua condizione psicologica, accompagnata dall'idea che potrà sempre trasgredire la legge senza dovere temere gravi conseguenze»²⁴¹. In particolare quanto più pronta e certa sarà la risposta punitiva, tanto più essa potrà aiutare a comprendere il disvalore del fatto commesso e il significato della sanzione, che non dovrà essere percepita come ingiusta.

Il cuore del problema sta nella carenza del sistema sanzionatorio penale di prevedere pene diverse per gli adulti e per i minori (l'unica differenza si ha con riguardo alla pena dell'ergastolo che non è più prevista nei confronti dei minori), e nella insufficienza di misure alternative alla detenzione, che si adeguino alla specificità della condizione del minore, tenendo conto «dei loro *deficit* di educazione, maturazione e cerchino quantomeno di non approfondire la distanza che li separa dal contesto sociale, e, anzi contribuiscano al loro processo di maturazione»²⁴². In questo senso la pena detentiva dovrebbe considerarsi veramente *extrema ratio*²⁴³.

²³⁹ MARTELLI, *Il sistema penale minorile tra esigenze di rieducazione e certezza della pena: riflessioni psichiatriche e criminologiche*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 3356. Secondo l'A. l'importanza dell'opera rieducativa va considerata a causa della «plasticità biopsichica di quella età della nostra specie, nel trasformare gli stimoli psicosociali in progetti di costruzione e di cambiamento della persona».

²⁴⁰ MARZOCCHI – NUSSDORFER, *Anatomia funzionale del sistema nervoso*, Padova, 2003, p.3. Le sinapsi sono particolari regioni specializzate attraverso le quali i neuroni entrano in contatto tra loro. Poiché l'adolescenza è l'età in cui ogni singolo neurone è in grado di formare il maggior numero di connessioni sinaptiche con altri neuroni questo contribuisce la facilitazione dell'apprendimento.

²⁴¹ COMUCCI, *L'esecuzione penale a carico dei minorenni: inerzie legislative e esigenze di riforma*, in *Cassazione penale*, 2007, p. 4747.

²⁴² LARIZZA, *Bisogno di punizione o bisogno di educazione? Il perenne dilemma della giustizia minorile*, op.cit., p.2981. L'A. propone tra le risposte utilizzabili nei confronti del minore, il lavoro a

Ciò non significa che il legislatore penale italiano non abbia provveduto *in toto* a differenziare, per il minorente, la disciplina processuale e penitenziaria. A titolo esemplificativo possiamo citare la diversa regolamentazione della durata dei permessi premio (art. 30-ter, 2°co. l. 354/1975), la più ampia possibilità di usufruire della detenzione domiciliare (art. 47-ter, 1°co. lett. e, l.354/1975), la minore rigidità nell'applicazione delle restrizioni previste dall'art. 4-bis, l.354/1975, e infine il differente regime in tema di liberazione condizionale, la quale può essere concessa al minore in qualunque momento dell'esecuzione, a prescindere da quale sia la durata della pena da scontare (art. 21 R.D.L. n.1404 del 1934), ed escludendo il requisito dell'adempimento delle obbligazioni civili²⁴⁴. È importante però che si cerchi di fare comprendere al soggetto minorente la valenza di simili previsioni, da intendersi sì in relazione alle specificità attinenti la condizione del minore, ma anche e soprattutto come benefici ottenuti a seguito di un processo di maturazione che egli pian piano raggiunge²⁴⁵.

A livello di strutture il sistema penitenziario è dotato di istituti autonomi: istituti penali, centri di prima accoglienza, uffici del servizio sociale, e istituti di semilibertà. I centri per la giustizia minorile (istituiti con d.lg. n. 272 del 1989) effettuano attività di programmazione tecnica ed economica, verificano e controllano le attività delle strutture di cui sopra²⁴⁶.

Da un quadro così delineato si capisce bene come il rispetto delle prescrizioni dettate dall'art. 27, 3° co. Cost. debba essere categorico e tassativo nei confronti dei minori, non potendosi mai scarificare tale esigenza, neppure nel caso di commissione di reati gravissimi o che destino allarme sociale.

profitto della comunità, lo svolgimento di attività socialmente utili, le restituzioni anche simboliche e il divieto di uscire di casa nel fine settimana.

²⁴³ SPINA, *Il sistema penale minorile tra esigenze di rieducazione e certezza della pena: riflessioni del giudice*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 4224, evidenzia che il sistema della pena detentiva nei confronti dei minori dovrebbe essere residuale. Se questa regola ha una certa applicazione nei confronti dei minori italiani, assolutamente inverso appare il dato nei confronti dei minorenni stranieri: di fatto si registra una «impossibilità per molti minori stranieri di beneficiare dei percorsi di trattamento e sostegno, che per essere attuato funzionare adeguatamente richiede un sistema integrato di servizi e iniziative nel territorio alla quali gli stranieri non hanno nella maggior parte delle realtà locali ancora la possibilità di accedere e per i quali l'unica alternativa risulta quindi il carcere».

²⁴⁴ COMUCCI, *L'esecuzione penale a carico dei minorenni: inerzie legislative e esigenze di riforma*, *op.cit.*, p. 4743.

²⁴⁵ MARTELLI, *Il sistema penale minorile tra esigenze di rieducazione e certezza della pena: riflessioni psichiatriche e criminologiche*, *op. cit.*, p.3358.

²⁴⁶ In www.giustiziaminorile.it

2.19. Il problema dell'ergastolo inflitto al minore di età.

Quello che sorprende in tema di disciplina dell'ergastolo, è scoprire che nel nostro paese, fino al 1994, tale pena poteva essere applicata ai minori di età. Ancora una volta, a tal proposito è dovuta intervenire la Corte Costituzionale per sopperire all'inerzia del legislatore (il quale peraltro era già stato sollecitato dalla Consulta²⁴⁷), provvedendo a rendere la regolamentazione in tema di ergastolo e minore compatibile a Costituzione e alle svariate indicazioni provenienti dalle normative internazionali per la tutela del minore.

La sentenza che ha provveduto ad eliminare la previsione della massima pena, dichiarando l'illegittimità degli artt.17 e 22 c.p. quando essi siano riferiti a soggetti minorenni, è la sentenza 28 aprile 1994 n. 168²⁴⁸.

La pronuncia rientra nella categoria delle «sentenze cosiddette di garanzia le quali determinano l'acquisizione di una situazione giuridica attiva a favore di taluni soggetti e di una situazione giuridica passiva a carico dello Stato consistente in un *non facere* o in un *patis*, differenziandosi per tale aspetto dalle cosiddette additive di prestazione che mirano a soddisfare pretese implicanti oneri a carico del bilancio dello Stato»²⁴⁹.

Nel corso di un giudizio penale a carico di un minorenne imputato di omicidio aggravato (poiché commesso in danno di ascendente), reato punibile con la massima pena, il giudice *a quo* deduce il contrasto «degli artt. 17 e 22 del codice penale, nella parte in cui tali norme non escludono l'applicabilità della pena dell'ergastolo nei riguardi del minorenne, in riferimento agli artt. 10, 1° comma, 27, 3° comma e 31, 2° comma della Costituzione»²⁵⁰.

La prima censura riguarda l'art. 10, 1°co. Cost., poiché esso stabilisce che «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute», il giudice remittente deduce il mancato adeguamento

²⁴⁷ Tale invito si può leggere nella sentenza n.140 del 1993. La Consulta dichiara inammissibili le questioni sollevate dal giudice *a quo* poiché la loro risoluzione richiederebbe un intervento legislativo non di pertinenza dell'organo costituzionale, in ogni caso essa ammonisce che:«*resta pur sempre l'esigenza di adeguare l'ordinamento positivo a quella linea più volte messa in evidenza da questa Corte (sent. n. 125 del 1992; n. 128 del 1987) di un sistema punitivo che per il minore risulti sempre più diversificato, sia sul piano sostanziale che su quello processuale.*

Una volta che ci si ponga di fronte a tale esigenza ci si avvede come varie potrebbero essere le soluzioni adatte a soddisfarla, data la pluralità di scelte possibili che solo il legislatore è in grado di effettuare».

²⁴⁸ Sentenza 28 aprile 1994 n. 168 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 1267.

²⁴⁹ RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, p. 359.

²⁵⁰ Sent. n. 168/1994.

dell'Italia a «numerose norme pattizie del diritto internazionale vigente in materia». Tale doglianza viene tuttavia respinta dalla Corte perché troppo generica, non essendo state specificate le norme in concreto violate.

In ogni caso, essendo molte le convenzioni sottoscritte dal nostro paese in materia, la Consulta ritiene di passare in rassegna quelle più importanti al fine di «analizzare e verificare la conformità della nostra legislazione agli obblighi assunti sul piano internazionale». In particolare la Corte segnala la *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* della Società delle Nazioni, del 1924, la quale prevede (punti 1 e 5) che «il fanciullo deve essere messo in grado di svilupparsi normalmente, materialmente e spiritualmente» e che «deve essere allevato nel sentimento e che le sue migliori qualità dovranno essere poste al servizio dei suoi fratelli»; la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (ONU, New York, 1948), secondo cui (punto 25) «la maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza»; la *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* (ONU, New York, 1959), in cui si stabilisce che «il fanciullo deve beneficiare di una speciale protezione e godere di possibilità e facilitazioni, in base alla legge e ad altri provvedimenti, così da essere in grado di crescere in modo sano e normale sul piano fisico, intellettuale, morale, spirituale e sociale».

Ancora di particolare rilevanza sono le c.d. *regole di Pechino* (ONU, New York, 1985)²⁵¹ le quali prevedono una valutazione in termini di responsabilità differenziata a seconda che il reo sia adulto o minore (punto 3) stabilendo che «un minore é un ragazzo o una persona che nel rispettivo sistema legale può essere imputato per un reato, ma non é penalmente responsabile come un adulto»; prescrivendo che (punto 5 e punto 17) in fase di giudizio si tengano sempre in considerazione le peculiarità del soggetto minore, il quale merita una strenua protezione dei propri diritti; da ciò consegue che «il sistema della giustizia minorile deve avere per obiettivo la tutela del giovane ed assicurare che la misura adottata nei confronti del giovane sia proporzionale alle circostanze del reato o all'autore dello stesso» ed infine che, nell'ambito del processo, la decisione «deve essere sempre proporzionata non soltanto alle circostanze e alla gravità del reato, ma anche alle condizioni e ai bisogni del soggetto che ha delinquito come anche ai bisogni della società», che «la tutela del minore deve essere il

²⁵¹ Tali regole sono formalmente denominate «Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile».

criterio determinante nella valutazione del suo caso» e che «la pena capitale non é applicabile ai reati commessi da minori».

Per ultima, la Corte cita anche la Convenzione di New York *sui delitti del fanciullo* del 1989, che oltre ad essere stata ratificata dall'Italia, è anche stata resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176. In essa si prevede all'art. 37 che «nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

Né la pena capitale né l'imprigionamento a vita senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni»; ed inoltre che «la detenzione o l'imprigionamento di un fanciullo devono essere effettuati in conformità con la legge, costituire un provvedimento di ultima risorsa ed avere la durata più breve possibile»²⁵².

In relazione alla seconda censura, e cioè quella relativa al contrasto degli art. 17 e 22 c.p. con l'art. 27, 3°co. Cost., la Corte ripropone la sua costante decisionale in tema, quella contenuta nella decisione della sentenza n. 264/1974, secondo la quale la perpetuità dell'ergastolo e quindi la sua potenziale incompatibilità con la finalità rieducativa della pena, non è configurabile da quando sono stati estesi agli ergastolani una serie di benefici e meccanismi premiali, prima fra tutti la liberazione condizionale, che forniscono in concreto la possibilità, per il condannato che partecipi all'opera rieducativa, di essere reinserito in società.

La disciplina riguardante i minori amplia le possibilità e le modalità di usufruire dei benefici previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario in tema di liberazione condizionale, permessi premio, riduzioni delle limitazioni previste dall'art. 4 *bis*.

Tutti questi “correttivi” alla disciplina dell'ergastolo escluderebbero, alla luce appunto della costante interpretazione della Corte, il difetto di legittimità costituzionale ex art. 27, 3°co. Cost., della massima pena inflitta al minore di età.

Il vero problema di compatibilità costituzionale nasce a seguito della lettura, in combinato disposto, degli art. 27, 3°co. Cost. e 31, 2°co. Cost. L'art. 31, 2°co. Cost. prevede che la «Repubblica [...] protegge [...] l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

Nelle motivazioni della sentenza, che accolgono la questione di costituzionalità, si legge infatti che:

²⁵² Tutti questi riferimenti si leggono nella sentenza n.168 del 1994.

«Se l'art. 27, terzo comma, non espone di per sé a censura di incostituzionalità la previsione della pena dell'ergastolo ed il relativo carattere della perpetuità ai sensi degli artt. 17 e 22 del codice penale, di esso deve darsi una lettura diversa allorché lo si colleghi con l'art. 31 della Costituzione che impone una incisiva diversificazione, rispetto al sistema punitivo generale, del trattamento penalistico dei minorenni.

Dall'art. 31 della Costituzione, che prevede una speciale protezione per l'infanzia e la gioventù e favorisce gli istituti necessari a tale scopo, deriva l'incompatibilità della previsione dell'ergastolo per gli infradiciottenni, perché accomuna, per tale particolare istituto di indubbia gravità, nel medesimo contesto punitivo tutti i soggetti, senza tener conto della particolare condizione minorile».

Alla luce di questa interpretazione, che dà conto anche dalla rilevanza delle convenzioni internazionali a tutela del minore ratificate dall'Italia, la finalità rieducativa della pena assume un significato più intenso, non potendosi limitare a dare, in un campo in cui l'esigenza di rieducare è sicuramente «preminente», una lettura della pena in termini di polifunzionalità: da qui discende un «insanabile contrasto» tra le suddette norme costituzionali e gli artt. 17 e 22 c.p.²⁵³. Tale incompatibilità travolge altre due disposizioni del codice penale e cioè, sempre in relazione alla applicazione di tali norme al minore, gli artt. 69 e 73, 2°co.

L'art. 69 prevedeva infatti che, nel giudizio di prevalenza o di equivalenza tra circostanze aggravanti e attenuanti, andassero considerate anche quelle attinenti la persona del colpevole, tra le quali la «minore età», consentendo in tale modo l'applicazione della pena dell'ergastolo anche al minore.

²⁵³ È interessante sottolineare, che la Corte, nel procedere col suo ragionamento che porta poi alla declaratoria di incostituzionalità degli artt. 17 e 22 c.p., riporta la storia della disciplina in tema di ergastolo e minore a partire dal codice Zanardelli, e passando poi per il codice Rocco. Tali riferimenti le permettono di dimostrare che l'idea di escludere i minori dal novero dei destinatari di tale pena era già presente nel nostro patrimonio legislativo. Nel codice Zanardelli si prevedeva infatti, per gli imputati di età fra i quattordici ed i diciotto anni, la sostituzione di quella pena con la reclusione da dodici a venti anni, e, per gli imputati di età fra i diciotto ed i ventuno anni, la sostituzione con la pena della reclusione da venticinque a trent'anni. Il codice Rocco nel disciplinare il giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti, escludeva le circostanze inerenti alla persona del colpevole dal giudizio di comparazione, rendendo così sempre applicabile la circostanza di cui all'art. 98 del codice penale, il quale prevede che, qualunque sia la pena prevista per il reato, essa per il minore degli anni diciotto è diminuita. Tale disciplina faceva sì che, pur in presenza di circostanze aggravanti, nei confronti del minore la pena dovesse essere comunque diminuita, rendendosi in questo modo inapplicabile la pena dell'ergastolo, salvo il caso, successivamente esaminato dalla Corte, dell'art. 73 c.p.

L'art.73, 2°co. c.p., prevedeva, in caso di concorso di più delitti commessi dal minore, per ciascuno dei quali era prevista la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni, la pena dell'ergastolo.

Entrambe le norme, in relazione ai profili che abbiamo esaminato, vengono dichiarate incostituzionali.

A livello di armonia sistematica, il mantenimento della pena dell'ergastolo nei confronti del minore si poneva in contrasto con tutto il sistema di giustizia penale minorile, in gran parte riformato con il d.l. 448/88²⁵⁴, che si muove dall'esigenza di concepire un trattamento differenziato nei confronti del minore in ragione delle specificità della sua condizione di soggetto in evoluzione.

Questa decisione merita sicura approvazione²⁵⁵, non potendosi in alcun modo accettare, che anche solo astrattamente, sia in vigore una pena che per la sua durezza e severità, comporta un'aberrante compressione dei diritti del minore, che uno Stato di diritto di certo non può tollerare.

²⁵⁴ GALATI, *La riforma del codice di procedura penale e il nuovo processo minorile*, in *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, op.cit., p.39. Il d.l.448 del 22 settembre 1988 istituisce il nuovo codice di procedura penale per i minori, il quale attribuisce al minore un "proprio" giudice e un "proprio" processo, allo scopo di differenziare la normativa processuale per gli adulti rispetto a quella per i minori.

²⁵⁵ In questo senso GALLO, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 1267, e RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, op. cit., p.358.

Capitolo III

“Fine pena mai”: disciplina ed esecuzione della pena dell’ergastolo.

SOMMARIO: 3.1. LA PENA DELL’ERGASTOLO. – 3.2. I PROGETTI DI RIFORMA DEL CODICE PENALE. LA PROPOSTA DI ABOLIRE L’ERGASTOLO. – 3.2.1. IL PROGETTO RIZ. – 3.2.2. IL PROGETTO GROSSO. – 3.2.3. IL PROGETTO NORDIO. – 3.2.4. IL PROGETTO PISAPIA. – 3.3. IL REFERENDUM ABROGATIVO DELL’ERGASTOLO – 3.4. LA DISCIPLINA DELL’ERGASTOLO. LE PENE ACCESSORIE. – 3.5. SEGUE. LA DISCIPLINA DELL’ERGASTOLO. AMBITI DI APPLICAZIONE. 3.5.1. *LE CIRCOSTANZE DEL REATO*. – 3.6. IL REGIME GIURIDICO ED ESECUTIVO DELL’ERGASTOLO. 3.6.1. *GLI INTERVENTI LEGISLATIVI*. 3.6.2. *L’ISOLAMENTO NELL’ERGASTOLO*. 3.6.3. *LE CAUSE DI ESTINZIONE DEL REATO E DELLA PENA*. – 3.7. SEGUE. LE CAUSE DI ESTINZIONE DELLA PENA. LA LIBERAZIONE CONDIZIONALE. – 3.8. LA LEGISLAZIONE PENITENZIARIA DELL’EMERGENZA. L’ART. 4 BIS. – 3.9. SEGUE. LA DISCIPLINA DELL’ART. 4 BIS. – 3.10. ERGASTOLO, LIBERAZIONE CONDIZIONALE E LIMITI POSTI DALL’ART. 4 BIS. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE 24 APRILE 2003 N. 135. – 3.11. IL GIUDIZIO ABBREVIATO E REATI PUNITI CON LA PENA DELL’ERGASTOLO – 3.12. LA PREMIALITÀ NEL DIRITTO PENALE. -

3.1. La pena dell’ergastolo.

La pena dell’ergastolo costituisce la pena più severa in vigore nel nostro paese, dopo la eliminazione della pena di morte dal novero delle sanzioni penali²⁵⁶.

Essa è prevista dall’art. 17 c.p. che la include tra le sanzioni principali stabilite per i delitti, ed è specificatamente disciplinata dall’art. 22 c.p. il quale recita che:

“La pena dell’ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l’obbligo del lavoro e con l’isolamento notturno. Il condannato all’ergastolo può essere ammesso al lavoro all’aperto”.

Proprio la caratteristica principale dell’ergastolo, e cioè la sua perpetuità, rende tale pena la più problematica e discussa tra le sanzioni penali: «[u]na pena [...] non quantitativamente ma qualitativamente diversa dalla pena della reclusione»²⁵⁷. È una pena eliminativa, accompagnata da gravi pene accessorie, che nasce con l’intento di escludere per sempre dalla società il condannato, vuoi per esigenze di retribuzione, di difesa sociale, di prevenzione generale, di neutralizzazione, comprimendo al massimo il

²⁵⁶ La pena di morte era prevista dal Codice penale militare di guerra, fino al 1994, quando, con la l. 13 ottobre 1994 n. 589, essa fu definitivamente abolita e sostituita con la pena dell’ergastolo.

²⁵⁷ FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, op. cit., p.80.

diritto alla libertà proprio di ogni individuo. Una vera e propria *morte civile*²⁵⁸, se la si applica nella sua versione integrale.

Da quanto risulta dai dati forniti dall'*Associazione Antigone*, sono circa 1400 gli ergastolani presenti nelle carceri italiane, di cui 25 le donne, reclusi in circa 50 istituti, e sottoposti a regimi penitenziari diversi quali l'AS (alta sorveglianza) o l'EIV (elevato indice vigilanza). Risulta che solo la metà degli ergastolani riesca ad accedere a benefici penitenziari, misure alternative alla detenzione e libertà condizionale²⁵⁹.

Come abbiamo già avuto modo di rilevare, tale pena è sempre sopravvissuta alle censure di incostituzionalità (tranne quella relativa al caso di ergastolo inflitto al minore²⁶⁰), in relazione al potenziale contrasto con il principio dell'umanizzazione della pena e della finalità rieducativa di essa.

Le diverse sentenze di rigetto della Consulta si sono basate essenzialmente sull'idea per cui i vari benefici premiali introdotti dal legislatore penale e penitenziario abbiano di fatto eliso il carattere di perpetuità dell'ergastolo rendendolo compatibile a Costituzione e fornendo tutti gli strumenti necessari a consentire il reinserimento in società del condannato²⁶¹.

Le novità più significative in tema di pena perpetua sono state inserite con la legge n. 1634 del 25 novembre 1962, la quale ha esteso anche all'ergastolano la possibilità di accedere al beneficio della liberazione condizionale dopo avere scontato effettivamente almeno ventotto anni di pena, e gli ha consentito di essere subito ammesso al lavoro all'aperto.

La legge n. 354 26 luglio 1975 ha abolito i c.d. "ergastoli" e cioè gli istituti penitenziari speciali, destinati all'espiazione della pena perpetua. Oggi i condannati all'ergastolo scontano la pena nelle normali case di reclusione (artt. 59 e 61 ord. pen. e art. 110, 5°co. reg. esec.). Tale scelta, conforme ad un orientamento ministeriale maturato già prima dell'entrata in vigore della suddetta legge²⁶², è stata dettata dalla

²⁵⁸ Così era definito l'ergastolo dal codice penale francese del 1810.

²⁵⁹ DE VITO, *Mai dire mai. Per l'abolizione dell'ergastolo*, in *Antigone. Oltre il tollerabile. VI Rapporto sulle condizioni di detenzione in Italia*, Torino, 2009, p.189.

²⁶⁰ Sentenza 28 aprile 1994 n. 168 Corte Cost.

²⁶¹ Si vedano le sentenze: 16 giugno 1956 Sezioni Unite della Cassazione in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1956 con nota di DALL'ORA; 27 giugno 1974 n.204; 22 novembre 1974 n. 264 Corte Cost.; 27 settembre 1983, n.274 Corte Cost.; 2 giugno 1997 n.161 Corte Cost.; per la consultazione delle sentenze della Corte Costituzionale si guardi il sito della Corte Costituzionale all'indirizzo: <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>.

²⁶² DELLA CASA, *sub art. 61*, in GREVI- GIOSTRA – DALLA CASA, *op.cit.*, p. 791.

consapevolezza che la previsione di istituti rivolti solo ad ergastolani causava «degenerazioni di ambiente a causa soprattutto della assenza di dinamiche psico-sociali, interindividuali e di gruppo, sostenute dalle diverse attese nei confronti del futuro»²⁶³.

La legge n. 663 10 ottobre 1986 (legge Gozzini) in tema di riforma dell'ordinamento penitenziario ha esteso agli ergastolani la possibilità di accedere a permessi premio e misure alternative alla detenzione (quali semilibertà, liberazione anticipata), e ha ridotto da ventotto a ventisei anni il periodo di tempo necessario ai fini dell'ammissione alla liberazione condizionale²⁶⁴.

Un'ulteriore e rilevante modifica si è avuta in sede di disciplina processuale con la legge n. 479/1999, la quale ha modificato la disciplina del giudizio abbreviato, consentendone l'applicazione anche agli ergastolani, aggiungendo al comma 2° dell'art. 442 c.p.p. la frase: «alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione ad anni trenta»²⁶⁵.

Accanto a tali vicende, se ne aggiunge un'altra, quella della proposizione nel 1981 di un *referendum* abrogativo dell'ergastolo, culminato in un esito negativo, ma comunque sintomatico del dibattito che tale pena suscita nel nostro ordinamento²⁶⁶.

L'ultima precisazione che ci preme fare riguarda la distinzione tra chi è condannato all'ergastolo per omicidi commessi nell'ambito di associazioni mafiose o terroristiche (ma solo per i reati commessi dopo il 1991), e chi invece non appartiene a tali organizzazioni (art. 4 *bis* l. 354/1975). In quest'ultimo caso l'ergastolano può accedere a permessi premio, misure alternative e libertà condizionale; nel primo caso invece sono previste delle fortissime restrizioni all'accesso ai benefici penitenziari, che possono in pratica essere superate solo in caso di adesione al programma di collaborazione con la giustizia²⁶⁷.

²⁶³ DI GENNARO- BREDI – LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione : commento alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni*, Milano, 1997, p. 290. Secondo gli AA. la scelta dell'abolizione degli ergastoli è stata dettata anche dall'avvicinamento della pena dell'ergastolo alla pena della reclusione, grazie all'estensione anche agli ergastolani della possibilità di accedere alla liberazione condizionale.

²⁶⁴ Cfr. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 67.

²⁶⁵ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2008, p. 447. Anche tale articolo, in relazione alla pena dell'ergastolo, è stato interessato da vicende costituzionali. Per ulteriori dettagli vd. *infra* §

²⁶⁶ Cfr. CABRI, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Rivista penale*, 1990, pp. 525- 530.

²⁶⁷ PAVARINI, *Codice commentato all'esecuzione penale, op.cit.*, p. 8.

3.2. I progetti di riforma del codice penale. La proposta di abolire l'ergastolo.

Il dibattito della dottrina sull'opportunità del mantenimento o meno dell'ergastolo²⁶⁸, oltre ad essere stato recepito dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale²⁶⁹, ha avuto effetti anche in sede legislativa.

Già a partire dagli anni '70 si discuteva in Parlamento della possibilità di abolire la massima pena, sostituendola con la pena edittale da 30 a 40 anni; durante la V legislatura il disegno di legge inerente la riforma del I libro del codice penale fu approvato dal senato. La riforma fu successivamente riapprovata dal senato ma non fu attuata per l'anticipata caduta della legislatura nel 1976²⁷⁰ e non fu riproposta nelle legislature successive²⁷¹.

Negli anni che seguirono, il problema della presenza dell'ergastolo nel nostro ordinamento fu accantonato (per non dire contrastato)²⁷² per due ordini di ragioni: da un lato il problema del mantenimento della massima pena appariva meno urgente a seguito della riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, che, modificata dalla «miniriforma» operata con la legge Gozzini, resero rinviabile e meno concreto il problema della perpetuità dell'ergastolo, elidendo il contrasto con il disposto costituzionale²⁷³; dall'altro proprio a partire dalla fine degli anni '70, l'ideologia rieducativa entra in crisi, e il dilagare delle varie forme di criminalità organizzata,

²⁶⁸ CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Rivista di diritto processuale*, op. cit., pp. 1 – 6; PULITANO, *Ergastolo e pena di morte in Democrazia e diritto*, 1981, p.166; FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, op. cit., pp. 79 -86; GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, op. cit., pp. 76- 78; PALMA, "Fine pena mai. Ancora l'ergastolo nel nostro ordinamento?" in *Dei delitti e delle pene*, 1992, pp. 61 e ss.; FASSONE, *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo alla individuazione della «pena costituzionale»* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, op. cit., pp. 779 e ss. *Contra*: LI VECCHI, *Abolizione dell'ergastolo e criminalizzazione delle persone giuridiche: i due passi falsi che il legislatore non deve fare*, in *Rivista penale* 2001, pp. 223 e ss. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 449. BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo* in *Rivista italiana di diritto penale*, op. cit., pp. 564 e ss. BREDA, *La proposta di abolire l'ergastolo* in *Diritto penale e processo*, 1998, vol. II, c. 1552 e ss.; NUNZIATA, *Incredibile: ancora si propone l'abolizione della pena dell'ergastolo!?* in *Il nuovo diritto*, 1995, vol. IV, pp. 265 e ss.

²⁶⁹ V. nota 6.

²⁷⁰ CABRI, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, op.cit., p. 529.

²⁷¹ GONNELLA, *La grande promessa abolizionista: una storia divisa in due*, in *Contro l'ergastolo*, (a cura di) ANASTASIA – CORLEONE, Roma, 2009, pp. 55 e ss.

²⁷² CALVI, *Tornare alla Consulta*, in *Contro l'ergastolo*, (a cura di ANASTASIA- CORLEONE), Roma, 2009, pp. 80 e ss.

²⁷³ BREDA, *La proposta di abolire l'ergastolo*, in *Diritto penale e processo*, op. cit., c. 1553.

comune e politica, comporta la riproposizione di istanze generalpreventive che certamente non comprendono l'abolizione della pena perpetua²⁷⁴.

Infatti il successivo, rilevante progetto in tema di riforma del codice penale²⁷⁵ viene affidato nel 1988 alla Commissione Pagliaro²⁷⁶, dal nome del presidente della Commissione, la quale prevede il mantenimento della pena dell'ergastolo per i condannati adulti.

3.2.1. Il progetto Riz.

Nel 1994 la Commissione giustizia del senato istituì, presso la medesima, un Comitato per la riforma del codice penale. Esso diede vita ad un disegno di legge per la riforma della parte generale del codice (e contenente una relazione inerente la parte speciale), che ebbe come primo firmatario il Senatore Roland Riz. Il progetto fu approvato dal Senato nel 1996 ma non poté volgere al termine per lo scioglimento anticipato delle Camere²⁷⁷. Tra le modifiche si prevedeva anche l'abolizione della pena dell'ergastolo, di cui Riz è sempre stato sostenitore²⁷⁸.

²⁷⁴ NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 320

²⁷⁵ Verso la fine degli anni ottanta si rese evidente la necessità di riformare il codice penale. Tale esigenza fu resa improrogabile dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale. Diffusamente si veda AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*. Milano, 1993.

²⁷⁶ La Commissione Pagliaro era composta da autorevoli penalisti, per lo più tutti favorevoli al mantenimento della pena dell'ergastolo, i quali dovevano presentare uno schema di delega per il nuovo codice penale. I membri della Commissione erano: Prof. Antonio Pagliaro (presidente); Prof. Franco Bricola; Prof. Angelo Raffaele Latagliata; Prof. Fernando Mantovani; Prof. Mario Romano; Prof. Tullio Padovani; Prof. Antonio Fiorella. Si veda sul sito www.giustizia.it *Commissione Pagliaro - per l'elaborazione di uno schema di delega per nuovo codice penale (8 febbraio 1988) - Relazione (25 ottobre 1991)*. Riporta lo stesso PAGLIARO, *Il documento della commissione Grosso sulla riforma del diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 1085, che «Per precisa scelta del Guardasigilli dell'epoca, prof. Giuliano Vassalli, la Commissione ministeriale che stese il Progetto Pagliaro fu una Commissione ristretta. Lo stesso Prof. Vassalli spiegò, nel momento in cui insediava la Commissione, che lo schema del disegno di legge-delega avrebbe potuto essere preparato da funzionari del Ministero, ma di avere preferito che la sua elaborazione fosse effettuata da una Commissione di professori universitari di diritto penale, per la maggiore autorevolezza che il disegno governativo avrebbe così assunto davanti alle Camere. Inoltre, egli precisò di avere nominato una Commissione formata da pochi professori (soltanto 7), piuttosto che una Commissione più vasta, per la ragione che - in quella fase e soltanto in quella fase - il numero limitato dei componenti avrebbe conferito al lavoro una maggiore scioltezza (come è naturale, nel caso di approvazione della legge di delega da parte delle Camere, il compito di stendere l'articolato sarebbe stato assegnato a una Commissione più vasta, nella quale non solo fosse presente una rappresentanza più estesa dei professori universitari di diritto penale, ma avessero spazio pure le altre componenti della vita giuridica)».

²⁷⁷ RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*. Padova, 2001, p. 57.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 407.

3.2.2. Il progetto Grosso.

A distanza di qualche anno, nel 1998, prendono avvio i lavori di riforma del codice penale affidati, dall'allora Ministro della Giustizia Giovanni Maria Flick, alla guida del Prof. Carlo Federico Grosso che presiedette una commissione di illustri giuristi²⁷⁹.

Il progetto prevedeva una minore severità del sistema sanzionatorio complessivamente inteso: l'abolizione della pena dell'ergastolo e la sostituzione di esso con la reclusione speciale da 25 a 30 anni (art. 51) ; la simmetrica riduzione della pena della reclusione per cui era previsto un massimo edittale di 18 anni e «previsione di limiti edittali ragionevolmente moderati per tutti i tipi di pena»²⁸⁰.

La *ratio* ispiratrice della riforma, mossa dall'intento di attuare « una profonda revisione del sistema punitivo vigente, ritenuto deficitario sotto ogni aspetto: ineffettivo e (là dove applicato) vessatorio»²⁸¹, gioca sull'equazione “maggiore certezza” - “minore severità” della pena. In questo quadro si colloca la scelta a favore dell'abolizione dell'ergastolo effettuata dalla Commissione Grosso. Tale proposta fa leva essenzialmente su due concetti. Il primo parte proprio dall'assunto che la pena svolga meglio le funzioni ad essa delegate ed in particolare quella generalpreventiva, quando essa sia certa, effettiva e di pronta applicazione; il secondo ritiene imprescindibile per il realizzarsi del dettato costituzionale, che la pena abbia prima o poi una fine, non potendosi ritenere affidato unicamente al momento esecutivo l'espletamento della finalità rieducativa della pena.

Il progetto recepisce le idee di quella corrente dottrinale più garantista²⁸², sottolineando che se l'ergastolo “costituzionale” è solo quello non perpetuo, allora la

²⁷⁹ La Commissione Grosso composta da molti più membri rispetto alla Commissione Pagliaro, presenterà diverse sottocommissioni. I partecipanti al progetto furono: Proff. Carlo Federico Grosso (presidente), Prof. Francesco Palazzo, Prof. Paolo Pisa, Prof. Domenico Pulitanò, Prof. Sergio Seminara, Prof. Filippo Sgubbi, dai dott. Giovanni Canzio, Giovanni Silvestri, Vladimiro Zagreblesky, dagli avv. Fabrizio Corbi, Ettore Randazzo, Filippo Siciliano, Giampaolo Zancan, (alla stesura dell'articolato sulla responsabilità delle persone giuridiche ha partecipato anche la Prof.ssa Cristina De Maglie). In www.giustizia.it, Commissione Grosso - per la riforma del codice penale. Relazione sulle modificazioni al progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale approvate dalla commissione ministeriale per la riforma del codice penale nella seduta del 26 maggio 2001.

²⁸⁰ In www.giustizia.it, Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Relazione preliminare (12 settembre 2000). Progetto preliminare di riforma del codice penale parte generale.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² CARNELUTTI, *L'ergastolo è costituzionale?*, op.cit., pp. 1-6, FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, op. cit., pp. 79 -86, GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*,

questione del suo mantenimento acquista un valore *prevalentemente simbolico*. Si legge nella relazione introduttiva al progetto che : «[l'] opzione per la abolizione dell'ergastolo è parsa preferibile, a larga maggioranza, appunto come indicazione simbolicamente forte e chiara a favore di un sistema sanzionatorio fondamentalmente ispirato all'idea di una risocializzazione possibile, anche con riguardo agli autori dei delitti più gravi, e contro ogni irrigidimento secondo criteri astrattamente 'retributivi', che rischiano in realtà di veicolare istanze di pura vendetta».

La pena dell'ergastolo, viene sostituita con la pena della reclusione speciale dai 25 ai 30 anni, che per la sua durata va considerata di fatto una pena a vita, e proprio per questo andrebbe circoscritta solo ad alcune tipologie di reati: gravissimi delitti contro lo Stato che abbiano comportato atti di volontaria aggressione contro la vita delle persone; omicidio premeditato, o commesso con crudeltà, o legato da nesso teleologico con altri reati. Resta esclusa in ogni caso l'applicabilità della suddetta pena ai minori di 18 anni (art. 92 comma 3)²⁸³.

È interessante notare che, nella seconda relazione al progetto, quella del 2001, si verifica un mutamento di disciplina proprio in tema di ergastolo, a causa delle resistenze politiche e di una parte della dottrina mosse al progetto. La Commissione ritenne infatti di «farsi carico delle reazioni politiche alla abolizione dell'ergastolo, e proporre una modifica che non ristabilisca l'ergastolo come pena fissa autonoma, ma ampli la reclusione speciale consentendo al legislatore di parte speciale di scegliere la pena a vita come limite edittale massimo»²⁸⁴. La Commissione, tuttavia, precisa che l'abolizione della massima pena non risulta affatto una dei punti centrali della riforma, essendo già

op.cit., pp. 76- 78, PULITANÒ, *Ergastolo e pena di morte in Democrazia e diritto*, 1981, p.166, STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, p. 29, ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano in AA.VV., Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati, op. cit.*, p.169. Contra PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 449. BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo in Rivista italiana di diritto penale, op. cit.*, pp. 564 e ss.; BREDI, *La proposta di abolire l'ergastolo in Diritto penale e processo*, 1998, vol. II, c. 1552 e ss.; STILE, *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale, op. cit.*, pp. 323. Quest'ultimo A. tuttavia ritiene che l'ergastolo sia sì una pena irrinunciabile, ma la cui applicazione dovrebbe essere ristretta ad una serie di fatti e reati gravissimi, e quindi avendo un campo di applicazione più ristretto dell'attuale.

²⁸³ In www.giustizia.it Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Relazione preliminare (12 settembre 2000), *op. cit.*

²⁸⁴ In www.giustizia.it Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Relazione 26 maggio 2001,(testo riveduto tenendo conto del dibattito novembre 2000-maggio 2001) sul testo originario del progetto preliminare. Relazione sulle modificazioni al progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale approvate dalla Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale nella seduta del 26 maggio 2001.

l'ergastolo sostituito spesso da pene di lunga durata, a seguito di applicazione dei benefici premiali. In ogni caso, proprio per rispondere alle preoccupazioni provenienti dal mondo politico e sociale, si modifica parzialmente l'articolo 51 inerente la reclusione speciale, senza che ciò muti il senso della norma originaria, il quale statuisce che «le pene edittali stabilite dalla legge sono comprese entro i seguenti limiti: - reclusione speciale: da 25 anni a 30 anni, *ovvero a vita*» e aggiungendo nell'art. 52 un comma 3 in cui si precisa che «l'esecuzione della reclusione speciale a vita cessa dopo i 30 anni, salvo che persistano esigenze di prevenzione speciale. La persistenza o cessazione di dette esigenze è verificata dal giudice con periodicità annuale». In questo modo l'ergastolo si configurerebbe come *extrema ratio*, come limite massimo edittale, previsto come possibile alternativa nel caso in cui «ostacoli di natura politica rendessero impraticabile la strada prescelta»²⁸⁵.

3.2.3. Il progetto Nordio.

Nel 2001 il Ministero della Giustizia istituisce un'altra Commissione (c.d. *Commissione Nordio*) con il compito di progettare un nuovo codice penale.

Nella relazione al progetto si manifesta la volontà di tenere conto dei lavori svolti dalle precedenti Commissioni, ma le scelte adottate segnano un netto taglio con il passato²⁸⁶.

La novità più rilevante riguardava la previsione tra le pene principali anche di pene interdittive. Nello specifico l'art. 53 del progetto distingueva, tra le pene principali stabilite per i reati, le pene detentive o restrittive della libertà personale, interdittive, prescrittive, ablativo. Tra le pene detentive il progetto prevedeva, come sanzione più grave, la pena dell'ergastolo²⁸⁷.

3.2.4. Il progetto Pisapia.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ Cfr. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, op. cit., p. 258.

²⁸⁷ PAGLIARO, *Il progetto del codice penale della Commissione Nordio*, in *Cassazione penale*, 2005, 12.

Nel 2006 viene creata una commissione²⁸⁸ ministeriale, presieduta dall'On. Giuliano Pisapia con lo scopo di predisporre uno schema di disegno di legge delega di riforma del Codice Penale. Con riguardo al sistema sanzionatorio, il progetto prevede una diversificazione tra le pene, volta a superare il classico binomio pena principale – pena accessoria, e proiettata al superamento dell'utilizzo della pena detentiva come pena principale, tenendo ancora una volta in considerazione il problema della “incertezza” della pena. L'idea di fondo è che un modello sanzionatorio diversificato possa evitare che la pena assuma una connotazione prettamente simbolica e che sia volta a punire solo determinate tipologie di reati, essendo inefficace sia dal punto di vista della prevenzione generale che speciale, nei confronti di altre fattispecie penali (reati economici, reati ambientali, reati colposi)²⁸⁹. Anche i lavori della Commissione Pisapia considerano fondamentale l'attuazione della finalità rieducativa della pena sancita dall'art. 27, 3°co. Cost., la quale non può essere principalmente affidata alle pena della reclusione; i dati sulla recidiva dimostrano l'inefficacia specialpreventiva del carcere «non mediat[o] da strumenti alternativi di reinserimento sociale: i tassi di recidiva dopo modalità sanzionatorie diverse da quella carceraria risultano di gran lunga inferiori (circa il 15%, rispetto ad oltre il 70% per chi sconta la pena in carcere)»²⁹⁰. Si prevedono quindi pene detentive, interdittive, prescrittive e pecuniarie. Tra le pene detentive non compare l'ergastolo, sostituito dalla pena della detenzione di “massima durata”, e cioè 32 anni, elevabili fino a 38 nel caso di concorso di reati che prevedano edittalmente tale pena.

Nella relazione al progetto ampio spazio è dedicato alla giustificazione dell'abolizione della pena perpetua. È ancora una volta la finalità rieducativa della pena, sancita a livello costituzionale, a motivare la decisione di espungere l'ergastolo dal novero delle sanzioni penali. Le esigenze di prevenzione generale e difesa sociale non possono dirsi sacrificate da tale opzione, poiché sono previste misure di controllo per il condannato alla detenzione di “massima durata” che si accinga a ritornare in libertà, e

²⁸⁸ La Commissione era composta da: Avv. Giuliano Pisapia, Prof. David Brunelli, Prof. Vincenzo Nico D'Ascola, Prof. Luciano Eusebi, Prof. Luigi Ferrajoli, Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Antonio Fiorella, Avv. Antonino Gazzara, Prof. Sergio Moccia, Prof. Sergio Seminara, Avv. Marco Angelini, Avv. Carmelo Cali, Avv. Diego Galluzzo, Avv. Filiberto Palumbo, Avv. Giampaolo Zancan, Dott. Antonio Balsamo, Dott. Donato D'Auria, Dott. Francesco De Socio, Dott. Giorgio Lattanzi, Dott. Piergiorgio Morosini, Dott. Franco Roberti, Dott. Giovanni Silvestri, presidente di Sezione della Corte Suprema di cassazione, Prof. Luigi Stortoni.

²⁸⁹ In www.giustizia.it, *Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione.*

²⁹⁰ *Ibidem.*

sono programmati periodici riscontri positivi del comportamento del detenuto al fine di accedere alle misure alternative alla detenzione.

Il progetto, tra le motivazioni, considera rilevante anche il problema inerente il fatto che l'ergastolo sia una pena fissa, e che in quanto tale risulta non graduabile al caso concreto e quindi contrastante con il principio di giurisdizionalità della pena²⁹¹.

Questo aspetto lo rende una pena iniqua, «soprattutto se prevista rigidamente senza alternative edittali, in quanto non graduabile equitativamente dal giudice, che non può attenuarla sulla base dei concreti, singolari e irripetibili connotati del fatto (tanto più se, come prospettato dal progetto di codice, saranno eliminate le attenuanti generiche)»²⁹². Tale caratteristica dell'ergastolo non consente l'individualizzazione e l'adeguamento della pena alla personalità del condannato e alla specificità del caso concreto, ponendosi in contrasto con il principio di proporzionalità della pena stessa.

Alle ragioni di tipo giuridico, la Commissione aggiunge quelle di tipo etico-politico che impongono di considerare l'ergastolo come pena diversa dalla reclusione: «[...] è una pena qualitativamente diversa, assai più simile alla pena di morte. Al pari di questa, è una pena capitale, nel senso della *capitis deminutio* del diritto romano, in quanto è una privazione della vita futura, e non solo della libertà e in quanto è una pena eliminativa che, con l'interdizione legale, esclude per sempre una persona dal consorzio umano. Equivale, secondo la definizione che ne dette l'art.18 del codice francese del 1810, alla "morte civile"»²⁹³.

Infine il progetto ha ritenuto non necessaria la pena dell'ergastolo come strumento di contrasto alla criminalità organizzata. Tale convinzione, suffragata non solo dalle motivazioni suddette, ma anche dalla comprovata inefficacia deterrente di tale pena nei confronti di questa forma di crimine, appare in generale insufficiente a contrastare la criminalità organizzata, che è sempre di più una criminalità economica, la quale va combattuta incidendo proprio sulla capacità economica e le potenzialità

²⁹¹ In questo senso FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, op. cit., p. 84. L'A. evidenzia che l'ergastolo contrasta con il principio di *giurisdizionalità* delle pene, il quale esclude le pene fisse poiché non graduabili sulla base della valutazione del singolo caso concreto. La fissità dell'ergastolo lo rende pena *iniqua* poiché «non graduabile equitativamente dal giudice, non attenuabile sulla base dei concreti, singolari e irripetibili connotati del fatto, la cui valutazione forma uno dei momenti essenziali della giurisdizione [...] è precisamente nell'individuazione e nella comprensione dei suoi specifici connotati che risiede l'*equità penale* [...]».

²⁹² Così la *Relazione al progetto*. In www.giustizia.it, Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006).

²⁹³ *Ibidem*.

patrimoniali, rafforzando alcuni strumenti di grande utilità, primo fra tutti quello della confisca. Si sottolinea infine che la detenzione di massima durata comporta comunque dei tempi lunghissimi di detenzione, volti a soddisfare esigenze di afflizione e retribuzione.

Il progetto Pisapia non è stato attuato perché la XV legislatura è giunta al termine anticipatamente, prima che esso potesse essere convertito in disegno di legge dalla Commissione Giustizia del Senato.

3.3. Il referendum abrogativo dell'ergastolo.

Nel 1980 è iniziata, ad opera dei radicali, la raccolta delle firme per l'indizione di un *referendum* popolare per l'abolizione dell'ergastolo. Sul versante opposto nascevano discussioni circa l'opportunità di ripristinare la pena di morte²⁹⁴.

Nel 1981 la Corte Costituzionale ha dichiarato ammissibile il *referendum*. Il momento storico però non è favorevole, e con un *quorum* piuttosto elevato²⁹⁵ di partecipanti, i no, circa il 77, 40 % sbaragliano i si (circa il 22, 60%)²⁹⁶.

L'idea di abolire l'ergastolo destava (e desta) troppo allarme presso l'opinione pubblica e non era sostenuta adeguatamente a livello politico: «l'esistenza teorica della pena dell'ergastolo sembra di per sé esercitare [...] una forza di attrazione sulle politiche legislative; un'attrazione che, legata a motivi di “allarme sociale” ed esemplarità non è soggetta a principi limitativi formali del suo campo di riferimento, e per di più, trascina con sé [...] i livelli complessivi del sistema sanzionatorio»²⁹⁷.

Ci sembra spesso che, nella scelta del mantenimento dell'ergastolo, rilevi la sua *funzione simbolica* di pena a vita, che rischia però di essere svincolata da esigenze di giusta retribuzione (peraltro colmabili con la pena della reclusione di lunga durata) per fare spazio a richieste di neutralizzazione. «In questa prospettiva, l'ergastolo funge da

²⁹⁴ La corrente neofascista chiedeva la dichiarazione dello stato di guerra interna e l'applicazione delle leggi penali militari di guerra, soprattutto a causa dei gravissimi fatti di criminalità politica e comune che continuavano a turbare il clima del nostro paese. Cfr. PULITANÒ, *Ergastolo e pena di morte, op.cit.*, p. 155.

²⁹⁵ Votarono il 79, 4 % degli aventi diritto. Cfr. BARBERA – MORRONE, *La repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, p. 256.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ PULITANÒ, *Ergastolo e pena di morte, op.cit.*, p. 167.

misura di sicurezza: rimedio alla pericolosità di dati soggetti, piuttosto che retribuzione proporzionata alla colpa commessa»²⁹⁸.

Una considerazione, valida ora come allora, è quella relativa alla consapevolezza che per l'abolizione della pena perpetua è necessario modificare l'orientamento culturale della società, evitando induzioni di paure e ossessioni di sicurezza, indotte dai *media* e da parte del mondo istituzionale, prescindendo da ragioni di mera opportunità politica²⁹⁹.

3.4. La disciplina dell'ergastolo. Le pene accessorie.

Nel nostro ordinamento è previsto che, accanto alle pene principali, siano irrogate delle pene accessorie. La denominazione "accessorie" derivava dalla convinzione che tali pene fossero inidonee da sole a svolgere le funzioni di intimidazione, repressione e afflizione³⁰⁰ essendo incapaci di ricoprire l'intero disvalore del fatto penale autonomamente³⁰¹.

Dal punto di vista del contenuto le pene accessorie possono consistere in misure di carattere *interdittivo* (implicano il divieto di svolgere determinate attività), *sospensivo* dall'esercizio di diritti, potestà e uffici, *incapacitante* o infine *infamante*³⁰².

Sotto il profilo funzionale³⁰³ tali pene dovrebbero essere orientate a rispondere ad esigenze di prevenzione speciale negativa, e quindi volte alla neutralizzazione del reo, prevenendo situazioni che per quello specifico soggetto potrebbero risultare

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 169.

²⁹⁹ Cfr. ANASTASIA – CORLEONE, *Contro l'ergastolo*, *op. cit.*, p.13.

³⁰⁰ Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 684. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, p. 313.

³⁰¹ Cfr. MENGhini, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, *op. cit.*, p. 76 – 77; PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano, 1984, pp. 8 -9. Si è parlato di *complementarietà astratta* per indicare che l'accessorietà della pena va intesa in relazione alla previsione astratta effettuata dal legislatore. Esistono infatti situazioni in cui anche se viene meno l'applicabilità della pena principale, le pene accessorie comminate trovano comunque applicazione. Si pensi alla prescrizione della pena, che investe solo le pene principali (artt. 172 e 173 c.p.) o all'indulto e alla grazia che non estinguono le pene accessorie, salvo che il decreto disponga diversamente (art. 174 c.p.).

³⁰² Cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 313.

³⁰³ Circa l'individuazione delle finalità delle pene accessorie cfr. per tutti LARIZZA, *Le pene accessorie*, *op. cit.*, pp. 165 e ss. L'A. constata le difficoltà di ricondurre le pene accessorie ad un'unica funzione e che le opinioni espresse sul tema da parte della dottrina presentano un «notevole grado di genericità». Una soluzione offerta per l'individuazione delle finalità delle pene accessorie è quella di distinguere la loro funzione in relazione alla *gravità del reato*, alla *forme qualificate di pericolosità sociale* e alla *commissione di reati attuati con particolari modalità*.

criminogene e cercando di evitare il pericolo di recidiva specifica³⁰⁴. Tuttavia, più di un autore evidenzia la funzione prevalentemente volta a stigmatizzare il reo e ad aumentare l'afflittività della pena principale³⁰⁵.

Vi sono diverse tipologie di pene accessorie, differenziate a seconda che seguano a *delitto* (art. 19, 1° co.) o a *contravvenzione* (art. 19, 2° co.). L'unica eccezione si ha nel caso di “pubblicazione della sentenza di condanna” che è pena accessoria comune ad entrambi i tipi di reati.

Dato l'oggetto del nostro studio, ci interesseremo soltanto delle pene accessorie derivanti da delitto; ai sensi dell'art. 19 del c.p. esse sono:

1. l'interdizione dai pubblici uffici;
2. l'interdizione da una professione o da un'arte;
3. l'interdizione legale;
4. l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese;
5. l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione;
- 5-bis. l'estinzione del rapporto di impiego o di lavoro;
6. la decadenza o la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori.

Le pene accessorie si distinguono in *perpetue* e *temporanee*, a seconda della durata della condanna inflitta. In caso di condanna all'ergastolo le pene accessorie saranno perpetue³⁰⁶.

La condanna all'ergastolo comporta *ipso iure* l'*interdizione perpetua dai pubblici uffici*, l'*interdizione legale* e la *decadenza dall'esercizio della potestà dei genitori*³⁰⁷.

³⁰⁴ MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, p. 543; PADOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 313; LARIZZA, voce *Pene accessorie*, in *Digesto delle discipline penali*, Torino, 1995, p. 424; PALAZZO, *Le pene accessorie nella riforma della parte generale e della parte speciale del codice*, in *Temì*, 1978, pp. 650-651. MANTOVANI, *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati, op. cit.*, p. 88.

³⁰⁵ *Ibidem*. Cfr. anche LARIZZA, *Le pene accessorie, op. cit.*, p. 170.

³⁰⁶ Cfr. PISA, *Le pene accessorie, op. cit.*, p. 52. L'A. sottolinea che la perpetuità delle pene accessorie, va intesa, come avviene per il caso dell'ergastolo, «in chiave puramente astratta, teorica, in quanto può essere superata da fenomeni estintivi come la riabilitazione».

³⁰⁷ Cfr. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali, op. cit.*, p. 80. Secondo l'A. sia l'interdizione legale che la pubblicazione della sentenza di condanna, rappresentano due aspetti premoderni dell'ergastolo. La prima riecheggia l'idea di *pena capitale* del diritto romano, e cioè una forma di *capitis deminutio*. La seconda invece ricorda le vecchie pene infamanti.

L'interdizione dai pubblici uffici priva il condannato (art. 28):

- a) del diritto di elettorato attivo e passivo in qualsiasi comizio elettorale, e di ogni altro diritto politico;
- b) dei diritti acquisiti in tema di incarichi ed uffici di carattere pubblicistico e nella perdita della capacità di acquistare o riacquistare tali diritti³⁰⁸;
- c) di gradi e dignità accademiche, titoli, decorazioni, e più in generale diritti onorifici³⁰⁹.

Probabilmente la più grave tra tali sanzioni è l'*interdizione legale* (art. 32 c.p.)

Essa è prevista solo nel caso di condanna alla pena dell'ergastolo e nel caso di condanna alla reclusione per un tempo non inferiore ai cinque anni. Tale pena accessoria comporta la perdita della capacità di agire, e quindi l'applicazione della disciplina civilistica sull'interdizione giudiziale³¹⁰ e sulla rappresentanza nei relativi atti³¹¹; la decadenza dalla potestà dei genitori, (per il condannato alla pena della reclusione non inferiore ai cinque anni è prevista invece la sospensione dell'esercizio della potestà dei genitori). Il 2° comma dell'art. 32 prevedeva anche la «perdita della capacità di testare» e la nullità del «testamento fatto prima della condanna»³¹². Tale disposizione è stata abrogata dall'art. 119 della legge 24 novembre 1981 n. 689 in tema di «Modifiche al sistema penale»³¹³.

³⁰⁸ CANZIO, *sub art. 28*, in *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, (a cura di) LATTANZI-LUPO, Milano, 2000, p.439.

³⁰⁹ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, op. cit.*, p.687.

³¹⁰ Il soggetto rimane titolare dei diritti patrimoniali ma non può disporre né amministrare i beni.

³¹¹ FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, op. cit.*, p.689.

³¹² Da un punto di vista storico, è interessante notare come, nel codice del 1889, l'esigenza di aggravare la pena dell'ergastolo, da poco sostitutiva della pena di morte, sia stata realizzata, da un lato tramite un regime esecutivo severissimo, e dall'altro tramite un sistema di «effetti penali-pene infamanti» che rendevano l'ergastolo una vera e propria morte civile. La condanna alla pena perpetua implicava, secondo il disposto del codice Zanardelli, l'interdizione perpetua del condannato dai pubblici uffici, l'interdizione legale per la durata della pena, la perdita della patria potestà e dall'autorità maritale, se disposte dal giudice, la perdita della capacità di testare e la nullità del testamento redatto anteriormente alla sentenza di condanna. Il carattere odioso e durissimo di queste previsioni esprimeva al meglio l'intento del legislatore del tempo: stigmatizzare e reprimere oltre misura. Questo fu il prezzo politico, secondo alcuni troppo alto, da pagare per l'abolizione della pena di morte. Cfr. LARIZZA, *Le pene accessorie, op. cit.*, pp. 48 e 64.

³¹³ CANZIO, *sub artt. 28,29, 32*, in *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza, op. cit.*, p.439 e ss. Accanto a tali modifiche sono state introdotte nel codice nuove pene accessorie: l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, la sospensione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese e l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. Recentemente la l. n. 97 del 2001 ha introdotto la nuova pena accessoria dell'estinzione del rapporto di impiego o di lavoro. Cfr. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo, op. cit.*, p. 77.

3.5. Segue. La disciplina dell'ergastolo. Ambiti di applicazione.

La pena dell'ergastolo ha un ambito di applicazione piuttosto ristretto, essendo previsto per reati di particolare gravità, nell'ipotesi di concorso di più reati ai sensi degli artt. 72 e 73, 2°co. c.p., o nel caso di omicidio quando ricorrano le circostanze aggravanti previste dagli artt. 576 e 577 c.p.

Secondo il legislatore penale i reati che meritano di essere puniti con l'ergastolo sono i seguenti:

1. Delitti contro la personalità dello Stato:

- Art. 242, 1°co. c.p. (*Cittadino che porta le armi contro lo stato italiano*).
- Art. 243, 2°co. c.p. (*Intelligenze con lo straniero a scopo di guerra contro lo Stato italiano*).
- Art. 244, 1°co. c.p. (*Atti ostili verso uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di guerra*).
- Art. 258, 2° e 3°co. c.p. (*Spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione*).
- Art. 261, 3° e 4°co. c.p. (*Rivelazione di segreti di Stato*).
- Art. 262, 3°co. c.p. (*Rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione*).
- Art. 265, ult. co. c.p. (*Disfattismo politico*).
- Art. 276 c.p. (*Attentato contro il Presidente della Repubblica*).
- Art. 280, 4°co. c.p. (*Attentato per finalità terroristiche o di eversione*).
- Art. 284, 1°e 2°co. c.p. (*Insurrezione armata contro i poteri dello Stato*).
- Art. 285 c.p. (*Devastazione, saccheggio e strage*).
- Art. 286 c.p. (*Guerra civile*).
- Art. 287, 3°co. c.p. (*Usurpazione di potere politico o di comando militare*).
- Art. 289 bis, 3°co. c.p. (*Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione*).
- Art. 295 c.p. (*Attentato contro i Capi di Stati esteri*).

2. Delitti contro l'incolumità pubblica:

- Art. 422 c.p. (*Strage*).
- Art. 438 c.p. (*Epidemia*).

- Art. 439, 2°co. c.p. (*Avvelenamento di acque o di sostanze alimentari*).

3. *Delitti contro la persona:*

- Art. 576 c.p. (*Circostanze aggravanti. Pena dell'ergastolo*).
- Art. 577 c.p. (*Altre circostanze aggravanti. Ergastolo*).

4. *Delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone:*

- Art. 630, 3°co. c.p. (*Sequestro di persona a scopo di estorsione*).

3.5.1. *Le circostanze del reato.*

Oltre ai delitti sopra menzionati e all'ipotesi di concorso di reati, in concreto si potrà applicare la pena dell'ergastolo nel caso del delitto di omicidio di cui all'art. 575 c.p. quando concorrano una o più delle circostanze aggravanti previste dagli artt. 576 e 577 c.p.

Le circostanze, secondo una definizione tradizionale, sono elementi che accedono ad un reato, già perfetto nella struttura, e la cui operatività determina una variazione proporzionale, in termini quantitativi o qualitativi della pena edittale³¹⁴. La *ratio* di tali istituti è duplice: da un lato consentire di adeguare la pena a singoli e diversi casi criminosi, dall'altro, nel conseguire tale intento, si è voluto ancorare la discrezionalità del giudice entro limiti legislativamente predeterminati.

Ai nostri fini, è sufficiente una rapida analisi della disciplina delle circostanze.

Innanzitutto queste sono divise in circostanze *aggravanti*, le quali possono essere a loro volta distinte a seconda che comportino un aumento della pena (agendo quindi sul *quantum*) o una modifica *qualitativa* della sanzione (ad esempio se nel caso di omicidio è prevista la pena della reclusione non inferiore ad anni ventuno, nel caso in cui concorrano le circostanze previste dagli artt. 576 e 577, la pena potrà diventare quella dell'ergastolo); e in circostanze *attenuanti*, che comportano o una diminuzione quantitativa della pena o una variazione qualitativa della sanzione (che questa volta è a vantaggio del reo).

Ancora, si distingue tra circostanze *comuni* (aggravanti e attenuanti) e circostanze *speciali*. Le prime sono disciplinate nella parte generale del codice penale (artt. 61, 62, 112, 114) perché si ritengono applicabili ad un insieme di reati non

³¹⁴ Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, parte generale, op. cit.*, p. 379.

predeterminati. Le seconde, viceversa, sono contenute nella parte speciale del codice e si ritengono riferibili solo a certe figure di reato (artt. 576, 577).

A norma dell'art. 70 le circostanze si differenziano in *oggettive* e *soggettive*.

Per quanto riguarda gli effetti le circostanze possono avere efficacia *comune* o efficacia *speciale*. Nel primo caso l'aumento o la diminuzione viene effettuata sulla pena prevista per il reato semplice (fino a un terzo). Sono circostanze ad efficacia speciale quelle che determinano una variazione superiore a un terzo, modifica che opera non sulla pena ordinaria del reato ma sulla pena stabilita per la circostanza speciale³¹⁵.

Le circostanze ad *effetto speciale* sono state formalmente introdotte con la legge 31 luglio 1984 n. 400, anche se la dottrina le aveva già definite in riferimento al precedente testo dell'art. 63, 3°c., c.p., successivamente modificato dalla citata legge. In particolare si distingueva all'interno della categoria tra circostanze ad *effetto autonomo* e/o circostanze ad *effetto indipendente*., indicando con quest'ultimo termine il caso in cui la variazione di pena fosse indicata in modo indipendente dalla pena ordinaria del reato, e con il primo termine il caso in cui la circostanza comportasse un vero e proprio mutamento della specie di pena³¹⁶ (si pensi proprio al caso delle aggravanti previste dagli artt. 576 e 577 che determinano la conversione della pena della reclusione in pena dell'ergastolo). Il nuovo 3°c. dell'art. 63 non menziona peraltro esplicitamente le circostanze indipendenti. La dottrina si è divisa circa il significato di tale omissione: alcuni ritengono che si tratti di una "svista" legislativa, che non comporta l'esclusione delle circostanze con effetto indipendente dalla disciplina dell'art. 63, 3°c.³¹⁷; altri sostengono che le circostanze indipendenti continuino ad essere ricomprese in quelle ad effetto speciale, purché queste determinino in base ad un «calcolo frazionatorio ideale» un aumento o una diminuzione fino a un terzo³¹⁸.

³¹⁵ L'attuale formulazione dell'art. 63, 3°c., è la seguente: «Quando per una circostanza la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato, o si tratta di circostanza ad effetto speciale, l'aumento o la diminuzione per le altre circostanze non opera sulla pena ordinaria del reato, ma sulla pena stabilita per la circostanza anzidetta. Sono circostanze ad effetto speciale quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo».

³¹⁶ Così MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 700.

³¹⁷ In questo senso DEL VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, p. 85. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, p.

³¹⁸ In questo senso CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *Cassazione penale*, 1984, p. 2296.

Le circostanze possono concorrere tra loro³¹⁹: quando concorrono circostanze della stessa specie (tutte aggravanti o tutte attenuanti) si parla di concorso *omogeneo*; quando ad un medesimo fatto di reato accedono sia circostanze aggravanti che attenuanti si parla di concorso *eterogeneo*. In quest'ultimo caso il giudice dovrà provvedere ad un giudizio di equivalenza o di prevalenza delle circostanze: dovrà cioè, nel primo caso, applicare la pena che sarebbe stata inflitta in assenza di circostanze, nel secondo caso dovrà applicare le circostanze ritenute prevalenti³²⁰.

3.6. Il regime giuridico ed esecutivo dell'ergastolo.

3.6.1. Gli interventi legislativi

Come abbiamo previamente accennato, l'attuale regime giuridico ed esecutivo dell'ergastolo deriva da due fondamentali interventi legislativi: la l. 25 novembre 1962 n. 1634 e la l. 26 luglio 1975 n. 354 in tema di riforma dell'ordinamento penitenziario.

La l. 25 novembre 1962 n. 1634 ha abrogato il terzo e il quarto comma dell'art. 22 del c.p., i quali disciplinavano l'esecuzione della pena dell'ergastolo presso una colonia o possedimento d'oltremare, ha modificato il secondo comma il quale oggi, prevede la possibilità per il detenuto ergastolano di accedere sin da subito al «lavoro all'aperto», innovando rispetto alla precedente disciplina che lo consentiva solo dopo l'espiazione di almeno tre anni di pena³²¹.

La più importante modifica apportata da tale legge è quella, già evidenziata, relativa alla possibilità di ammettere anche l'ergastolano al beneficio della liberazione

³¹⁹ Così recita l'art. 69 c.p. : « Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.

Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tiene conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.»

³²⁰ *Ibidem*, p. 380 e ss.

³²¹ JANNITTI PIROMALLO, voce *Ergastolo*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VI, p. 656.

condizionale (art. 176 c.p.) quando abbia effettivamente scontato ventotto anni di pena (poi ridotti a ventisei con l'art. 28, l. 10 ottobre 1986 n. 663)³²².

La l. 354/1975 (successivamente modificata dalla l. 663/1986) ha uniformato la disciplina dell'ergastolo a quella delle altre pene detentive in relazioni a molteplici profili esecutivi: oltre alla possibilità di accedere alla liberazione condizionale, l'ergastolano può, qualora ricorrano i presupposti stabiliti dalla legge, usufruire di permessi premio (art. 30 ter ord. pen.), ottenere la semilibertà (art. 48 ord. pen.) e infine godere del beneficio della liberazione anticipata al fine di ottenere una riduzione del tempo necessario per la concessione della liberazione condizionale³²³ (art. 54, 4°co. ord. pen.)³²⁴.

La legge di riforma dell'ordinamento penitenziario ha anche abolito i c.d. "ergastoli" e cioè gli istituti penitenziari speciali, destinati all'espiazione della pena perpetua. Attualmente infatti i condannati all'ergastolo scontano la loro pena nelle normali case di reclusione (artt. 59 e 61 ord. pen. e art. 110, 5°co. reg. exec.).

3.6.2. *L'isolamento nell'ergastolo.*

Il codice penale italiano prevede l'isolamento, *notturmo* o *diurno* in relazione ad alcune pene specificatamente previste³²⁵. Quando l'isolamento notturno è disposto unitamente a quello diurno si parla di isolamento *continuo*³²⁶.

³²² Cfr. ROMANO, *sub art. 22, Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 228.

³²³ Si noti che normalmente uno dei requisiti richiesti per la concessione della liberazione condizionale consiste nell'espiazione di almeno ventisei anni di pena. In concreto però, se viene integralmente concessa la riduzione di pena prevista dall'istituto della liberazione anticipata, l'ergastolano otterrà la liberazione condizionale dopo avere espiato ventuno anni di pena. Cfr. CANEPA – MARCHESELLI – MERLO, *Lezioni di diritto penitenziario, op. cit.*, p. 155.

³²⁴ CANZIO, *sub art. 22, Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, (a cura di) LATTANZI – LUPO, *op. cit.*, p. 419.

³²⁵ Artt. 22, 1°c. c.p. : «La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno».

Art. 23, 1°c., «La pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno.»

³²⁶ Poiché si ritiene che l'isolamento notturno sia stato implicitamente abrogato, l'isolamento continuo si ha solo in alcuni casi espressamente disciplinati dalla normativa penitenziaria. L'art. 33 della l. 354/1975 recita che:

«Negli istituti penitenziari l'isolamento continuo è ammesso:

- 1) quando è prescritto per ragioni sanitarie;
- 2) durante l'esecuzione della sanzione della esclusione dalle attività in comune;
- 3) per gli imputati durante l'istruttoria e per gli arrestati nel procedimento di prevenzione, se e fino a quando ciò sia ritenuto necessario dall'autorità giudiziaria».

Nel primo caso il soggetto deve essere isolato, per disposizione del medico dell'istituto, in un reparto di infermeria dove possano essergli prestate le cure necessarie.

Per quanto riguarda l'isolamento *notturmo* previsto per l'ergastolo, (ma anche per la reclusione e per l'arresto), esso è da considerarsi implicitamente abrogato³²⁷ dall'art. 6, 2°co. l. 354/1975, il quale recita che : «*i locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti*», non distinguendo a seconda del tipo di pena da scontare. L'isolamento notturno infatti non può essere considerato una sanzione, ma attiene solamente alle modalità di trattamento dei detenuti³²⁸.

L'isolamento *diurno* è previsto ai sensi dell'art. 72 c.p. nel caso di concorso di reati che importano la pena dell'ergastolo e di reati che importano la pena della reclusione. La norma prevede infatti che:

«Al colpevole di più delitti, ciascuno dei quali importa la pena dell'ergastolo, si applica la detta pena con l'isolamento diurno da sei mesi a tre anni.

Nel caso di concorso di un delitto che importa la pena dell'ergastolo, con uno o più delitti che importano pene detentive temporanee per un tempo complessivo superiore a cinque anni, si applica la pena dell'ergastolo, con l'isolamento diurno per un periodo di tempo da due a diciotto mesi. L'ergastolano condannato all'isolamento diurno partecipa all'attività lavorativa».

Diversa è la natura giuridica dell'isolamento diurno: non si tratta infatti di una modalità di esecuzione della pena ma di una sanzione vera e propria³²⁹ «per i delitti

Nel secondo caso l'isolamento continuo ha durata massimo di quindici giorni; tale esclusione rappresenta una delle sanzioni più gravi che possono essere inflitte ad un detenuto.

Nel terzo caso si richiede esplicitamente un provvedimento apposito emanato dal giudice procedente alla luce di esigenze di carattere processuale e cautelari rispetto al pericolo di inquinamento della prova. Cfr. CANEPA- MARCHESELLI- MERLO, *Lezioni di diritto penitenziario*, op. cit., p. 88.

³²⁷ Cfr. ROMANO, *sub art. 22, Commentario sistematico del codice penale*, op. cit., p. 228. RIONDATO, *sub art. 22, Commentario breve al codice penale*, (a cura di) CRESPI –FORTI – ZUCCALÀ, Padova, 2009, p.121.

³²⁸ PATANÈ, *L'isolamento nella detenzione*, in *La giustizia penale*, 1981, p. 527.

³²⁹ A questo proposito si veda Corte Cost. 22 dicembre 1964 n. 115 in *Giustizia penale*, 1965, I, p. 40. La sentenza specifica che: «[l'] *isolamento diurno opera unicamente come sanzione per i delitti commessi in concorso con quello punito con la pena dell'ergastolo: delitti per i quali la pena per ciascuno stabilita (ergastolo o pena detentiva temporanea) non sarebbe applicabile, in quanto il delitto col quale essi concorrono già importa la pena dell'ergastolo*». Cass. 28 febbraio 1980 n. 2016/4, D'Angelo in *Cassazione penale* 1982. P. 267. Nelle motivazioni della predetta sentenza si legge che:«*l'isolamento diurno ex art. 72 c.p. non è una modalità di vita o di disciplina carceraria costituendo una sanzione penale per i delitti concorrenti con quello punito con l'ergastolo [...] essa attiene non allo svolgimento,*

concorrenti con quello per cui viene inflitto l'ergastolo, che altrimenti rimarrebbero impuniti in quanto la pena per essi prevista [...] non sarebbe concretamente applicabile»³³⁰.

L'aggravamento di pena è ammesso soltanto per concorso di delitti e mai per il caso in cui concorra un delitto per cui è prevista la pena dell'ergastolo con una contravvenzione.

Sono essenzialmente due i nodi problematici che hanno interessato l'art. 72 c.p.: quello inerente il potenziale contrasto della suddetta norma con l'art. 27, 3° co. Cost., e quello relativo alla sua abrogazione (limitatamente all'isolamento diurno inteso come aggravante della pena dell'ergastolo ex artt. 72 e 184 c.p.) ad opera dell'art. 33 l. 354/1975.

Per quanto riguarda il primo problema, la Consulta ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 72 c.p. per il contrasto con l'art. 27, 3° co. Cost., il quale prescrive che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione». La Corte ha ritenuto che l'isolamento diurno non sia contrastante col disposto costituzionale in quanto è comunque consentita la possibilità di svolgere attività lavorativa³³¹. Nella pronuncia si è preferito piuttosto valorizzare la funzione dell'isolamento diurno quale sanzione per i delitti concorrenti con quello per cui viene inflitta la massima pena, che altrimenti rimarrebbero impuniti.

In relazione alla seconda questione si è discusso³³² se gli artt. 72 e 184 c.p.³³³ potessero considerarsi abrogati nei limiti in cui prevedevano l'isolamento diurno come

ma alla genesi del rapporto esecutivo e non è modalità ma oggetto di esecuzione». Critica tale impostazione MARTINI, *Ergastolo ed isolamento continuo: l'art. 72 c.p. fra abrogazione ed incostituzionalità*, in *Cassazione penale*, 1982, pp. 268 e ss. L'A. non condivide la suddetta interpretazione giurisprudenziale che qualifica l'isolamento diurno come pena. Egli sostiene infatti che l'isolamento diurno non è compreso nell'elencazione degli artt. 17 e ss. e non è definito come pena in nessun complesso normativo. Alla luce del principio di legalità formale delle sanzioni penali l'isolamento diurno andrebbe quindi inteso come una «semplice modalità di esecuzione della pena detentiva applicata in chiave essenzialmente retributiva».

³³⁰ NAPPI, *sub art. 72, Codice penale*, (a cura di) LATTANZI- LUPO, *op. cit.*, p. 725.

³³¹ Corte Cost. 22 dicembre 1964 n. 115 in *Giustizia penale*, 1965, I, p. 40

³³² Nel senso dell'abrogazione degli artt. 72 e 184 ad opera dell'art. 33 ord. pen. DI GENNARO – BONOMO- BREDA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1977, p. 181; TRANCHINA- D'ANGELO, *Codice delle leggi penitenziarie*, Milano, 1978, p. 110. *Contra* in dottrina MARTINI, *Ergastolo e isolamento continuo*, in *Cassazione penale*, *op. cit.*, p. 269. PATANÈ, *L'isolamento nella detenzione*, in *Giustizia penale*, *op. cit.*, p. 531. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, *op. cit.*, p. 736. In giurisprudenza: Cass. 28 febbraio 1980, in *Cassazione penale*, 1982,

aggravante della pena, alla luce dell'art. 33 della l. 354/1975. Tale norma disciplina, in un'elencazione che è da considerarsi *tassativa*, le singole ipotesi di isolamento continuo (sanitario, disciplinare, processuale). Il dubbio interpretativo è stato sciolto dalla Corte di Cassazione³³⁴ nel senso dell'attuale vigenza degli artt. 72 e 184 c.p. in quanto l'elencazione fatta dall'art. 33 ord. pen. è sì tassativa «ma esclusivamente nell'ambito della materia regolata, che è quella del regime del trattamento carcerario, cioè dell'organizzazione e delle modalità della vita e della disciplina dei luoghi di detenzione», e poiché l'isolamento diurno non è da considerarsi una modalità di esecuzione della pena, ma un aggravamento di essa, che «inerisce all'essenza stessa della pena»³³⁵ sanzionando i delitti concorrenti con quello punito con l'ergastolo, non si può ritenere che l'art. 33 ord. pen. abbia abrogato le norme in questione. Se si ammette la tesi secondo cui l'isolamento diurno è una vera e propria sanzione penale³³⁶, ne discende che essa può essere disposta solo dal giudice di cognizione o dal giudice dell'esecuzione³³⁷, il quale alla stregua dell'art. 133 c.p. determinerà, entro i limiti edittali indicati, la misura concreta dell'isolamento da applicarsi.

3.6.3. *Le cause di estinzione del reato e della pena.*

Nel titolo VI del codice penale si trova disciplinato il fenomeno «Della estinzione del reato e della pena». Si tratta di fenomeni differenti e distinti dal legislatore che disciplina le *cause di estinzione del reato* nel capo I e le *cause di estinzione della pena* nel capo II.

Secondo un criterio tradizionale³³⁸ le cause di estinzione del reato dovrebbero

p. 267; Cass. 12 giugno 1987, n. 7370 rv. 176.167, Adamoli; Cass. 14 aprile 1993 n. 780 rv. 193.664, Asero; Cass. 2 novembre 1993, n.195.438.

³³³ L'art. 184 disciplina l'estinzione della pena dell'ergastolo o di pena temporanea nel caso di concorso di reati .

³³⁴ Cass. Sez. I – C.c. 28 febbraio 1980 n. 2016/4, D'Angelo in *Cassazione penale* 1982, p. 267.

³³⁵ PATANÈ, *L'isolamento nella detenzione* in *Giustizia penale, op. cit.*, p. 531.

³³⁶ In questo senso più recentemente rispetto alle predette sentenze si veda: Cass. 16 giugno 2000, n. 2127 rv. 216.193, Rosmini; Cass. 1 febbraio 2001, n. 4381, rv. 218.169, Riina;; Cass. 20 gennaio 2003, n. 2616, rv. 223160, Lucchese; Cass. 10 maggio 2000 n. 2116, rv. 215933, Natoli. In dottrina: PATANÈ, *L'isolamento nella detenzione* in *Giustizia penale, op. cit.*, p. 531; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, op. cit.*, p. 736

³³⁷ Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, op. cit.*, p. 736. NAPPI, *sub art. 72, in Codice penale, op. cit.*, p. 725.

³³⁸ Tale criterio distintivo non è esente da riserve e critiche e parte della dottrina infatti non lo condivide. È stato sottolineato infatti che «un simile criterio distintivo non è perfettamente aderente alla sistematica del codice penale che colloca tra le cause estintive del reato “l'amnistia impropria” e la “sospensione

incidere direttamente sul potere punitivo dello Stato, intervenendo prima che ci sia una sentenza definitiva di condanna (operando sulla c.d. punibilità astratta); al contrario la cause di estinzione della pena potrebbero operare solo dopo la pronuncia di una sentenza definitiva di condanna, andando così a incidere sulla pena concretamente inflitta dal giudice e paralizzandone l'esecuzione (estinguono la c.d. punibilità in concreto)³³⁹.

Le cause generali³⁴⁰ di estinzione del reato sono: la *morte del reo prima della condanna* (art. 150 c.p.); l'*amnistia propria* (art. 151 c.p.); la *remissione della querela* (art. 152 c.p.); la *prescrizione* (art. 157 c.p.); l'*oblazione nelle contravvenzioni* (artt. 162 e 162 bis c.p.); la *sospensione condizionale* (art. 163 c.p.); il *perdono giudiziale* (art. 169 c.p.).

Le cause estintive della pena, come abbiamo accennato, operano dopo la pronuncia della sentenza di condanna e dell'inflizione della pena, impedendo in tutto o in parte l'esecuzione di essa o precludendo il prodursi degli effetti penali della condanna o di una parte di essi³⁴¹. L'effetto estintivo di tale cause presenta una latitudine minore rispetto a quello operato dalle cause estintive del reato³⁴²; quest'ultime operano infatti sempre sulla pena principale e sulla misura di sicurezza (art. 210, 1°co. c.p.), mentre le prime incidono sulla pena (principale o accessoria) di volta in volta considerata, ma non necessariamente sulla misura di sicurezza (art. 210, 2°co. c.p.).

Le cause di estinzione della pena sono: la *morte del reo dopo la condanna* (art. 171 c.p.); l'*amnistia impropria* (art. 151 c.p.); la *prescrizione della pena* (artt. 172 e 173

condizionale" ancorché si tratta di due cause che operano successivamente alla sentenza di condanna». Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, p. 754. Sull'erronea o inesatta terminologia usata dal legislatore penale in tema di cause estintive cfr. anche PAGLIARO, *Principi di diritto penale, op. cit.*, p. 751. Non potendoci in questa sede soffermare sul complesso problema attinente l'inquadramento sistematico di tali situazioni giuridiche rimandiamo a: STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, ***Agg. I***, Torino, 2000, pp. 272 e ss.; ROMANO – GRASSO – PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 1994, p. 8.

³³⁹ Nella manualistica cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, pp. 754 e 778; PADOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 355. Ampiamente sul tema cfr. RAGNO, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, 1966, pp. 950 e ss.

³⁴⁰ Le cause di estinzione del reato vengono classificate in base a diversi criteri. Si parla di cause di estinzione del reato generali, in quanto collocate nella parte generale del codice e applicabili a tutti o comunque ad un numero molto elevato di reati. Sono invece dette speciali le cause di estinzione del reato previste dalla parte speciale del codice penale e da leggi speciali; esse sono riferibili ad uno o più reati specifici. Ancora, si distingue tra cause condizionate ed incondizionate, a seconda che rilevi o meno, tra i requisiti di applicabilità, la volontà del soggetto interessato. Infine, si utilizza quel ulteriore criterio classificatorio quello in cui si dà rilevanza a fatti naturali, i quali producono l'estinzione del reato prescindendo dalla volontà del soggetto. Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, p. 755.

³⁴¹ MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale, op. cit.*, p. 59.

³⁴² PADOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 355.

c.p.); l'*indulto* e la *grazia* (art.174 c.p.); la *liberazione condizionale* (art.176 c.p.); la *riabilitazione* (art. 178 c.p.); la *non menzione della condanna* nel certificato del casellario giudiziale (art. 175 c.p.).

La pena dell'ergastolo è interessata soltanto da alcune di queste vicende estintive: la morte del reo, prima o dopo la condanna, in virtù del principio di *personalità* della responsabilità penale; l'amnistia, l'indulto, la grazia e la liberazione condizionale.

I reati per cui è prevista la pena dell'ergastolo, così come lo stesso ergastolo, sono *imprescrittibili*.

Analizziamo brevemente quegli istituti in grado di estinguere l'ergastolo.

I. *L'amnistia.*

L'amnistia è un provvedimento di clemenza di portata generale, in virtù del quale lo Stato rinuncia alla applicazione della pena per determinati reati.

Come è stato già rilevato essa è detta *propria* se interviene prima della condanna definitiva e *impropria* se sopravviene dopo la condanna definitiva³⁴³.

L'amnistia, così come l'indulto, «sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale» (art. 79 Cost.)³⁴⁴. Il provvedimento deve indicare la data entro cui i reati devono essere stati commessi per potere beneficiare dell'amnistia. Gli effetti dell'amnistia non possono estendersi ai reati commessi successivamente la presentazione del disegno di legge.

L'amnistia propria impedisce che vengano inflitte la pena principale, le pene accessorie e le misure di sicurezza, mentre permangono le obbligazioni civili derivanti da reato. L'amnistia impropria determina la cessazione delle pene principali, accessorie

³⁴³ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale, op. cit.*, p. 804.

³⁴⁴ Tale articolo è stato modificato con la l. cost. 1/1992, la quale ha individuato nella legge, per la quale è richiesta una maggioranza qualificata, l'unica fonte dell'amnistia. In tal modo si è voluto frenare l'abuso fatto negli anni precedenti di questi istituti clemenziali. Cfr. PADOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 355; PULITANÒ, *Diritto penale, op. cit.*, p. 637. In particolare sottolinea l'opportunità di rivedere ulteriormente l'art. 79 Cost. nel senso di prevedere specificatamente i requisiti necessari per la concessione di amnistia e indulto MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 803.

e delle misure di sicurezza diverse dalla confisca (artt. 210 e 205 n.3 c.p.). Rimangono salvi gli altri effetti della condanna ai sensi dell'art 106 c.p.³⁴⁵.

II. *L'indulto*

L'indulto è un provvedimento di carattere generale, espressione di un potere di clemenza riservato, a seguito della novella costituzionale del 1992, al Parlamento che lo concede con legge approvata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera (art. 79 Cost.). La legge che concede l'indulto fissa il termine iniziale a partire dal quale l'indulto svolgerà il proprio effetto; in ogni caso l'indulto non può applicarsi a quei reati commessi successivamente alla presentazione del progetto di legge.

L'indulto, a differenza dell'amnistia, opera esclusivamente sulla pena principale, che può essere condonata in tutto o in parte, o sostituita da un'altra specie di pena. Non estingue quindi le pene accessorie, salvo che il decreto disponga altrimenti (art. 174, 1°co. c.p.). Anche l'indulto non estingue gli effetti penali della condanna (art. 174 1°co. ult. pt. c.p.).

Affinché l'indulto trovi applicazione non è necessaria l'esistenza di una sentenza di condanna irrevocabile.

Per quanto riguarda le misure di sicurezza, se l'indulto condona interamente la pena inflitta con la sentenza di condanna, cessa automaticamente l'esecuzione delle misure di sicurezza, tranne quelle inflitte a seguito di condanna alla pena della reclusione superiore a dieci anni o nel caso di confisca (artt. 210 e 236 c.p.). Se l'indulto si limita a commutare o condonare la pena, esso non fa cessare le misure di sicurezza³⁴⁶.

III. *La grazia.*

La grazia è un provvedimento di clemenza individuale, che esonera un soggetto specificamente individuato dalla pena cui è stata condannato, di esclusiva prerogativa del Presidente della Repubblica, che può concederla ai sensi dell'art. 87, 11°co. Cost.

³⁴⁵ L'art. 106 c.p. intitolato agli *effetti dell'estinzione del reato e della pena* recita che: «Agli effetti della recidiva e della dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato, si tiene conto altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena. Tale disposizione non si applica quando la causa estingue anche gli effetti penali».

³⁴⁶ Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, p. 780.

Perché operi la grazia è necessaria l'esistenza di una sentenza irrevocabile di condanna.

La grazia può essere concessa o a seguito di richiesta del condannato o dei soggetti indicati dall'art. 681 c.p.p. , o anche in assenza di una specifica domanda³⁴⁷.

Anch'essa è disciplinata dall'art. 174 c.p. il quale prevede che la grazia «condona in tutto o in parte la pena inflitta o la commuta in un'altra specie di pena stabilita dalla legge. Non estingue le pene accessorie salvo che il decreto disponga diversamente e neppure gli effetti penali della condanna». Trattandosi di un provvedimento discrezionale, la maggiore o minore ampiezza degli effetti estintivi è determinata dall'organo che concede la grazia³⁴⁸.

In tema di *ergastolo*, l'art. 210, ult. c. c.p. prevede che, se per effetto di indulto o grazia non debba essere eseguita, in tutto o in parte, la pena dell'*ergastolo*, il condannato è sottoposto a libertà vigilata per un periodo non inferiore ai tre anni.

Il 1° comma dell'art. 184 disciplina gli effetti della estinzione della pena dell'*ergastolo*, per l'intervento di amnistia, indulto o grazia, sulla pena detentiva irrogata per il reato concorrente. La norma statuisce che la pena detentiva temporanea applicata per il reato concorrente vada eseguita per intero: essa infatti, in linea di principio è insensibile all'estinzione della più grave pena dell'*ergastolo*³⁴⁹.

Se però, il condannato abbia già scontato per intero l'isolamento diurno ex art. 72, 2° co. la pena detentiva temporanea inflitta per il reato concorrente è dimezzata; è estinta se il condannato è stato detenuto per più di trenta anni³⁵⁰.

Parte della dottrina³⁵¹ sottolinea come l'art. 184, 1° co. c.p. faccia riferimento all'ipotesi di concorso di reati per il quale è previsto l'*ergastolo* con il concorso di reati che importano «pene detentive temporanee», senza specificare se si tratti di pene detentive temporanee che comportano la reclusione per un tempo complessivamente superiore ai cinque anni (così come previsto dall'art. 72, 2° co. c.p. ai fini dell'applicazione dell'*ergastolo* con isolamento diurno). Per questo si ritiene che alla luce del disposto

³⁴⁷ Cfr. MARINUCCI – DOLCINI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 593.

³⁴⁸ GIANZI, voce *Grazia*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, p. 772.

³⁴⁹ ROMANO – GRASSO- PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale, op. cit.*, p. 272.

³⁵⁰ Cfr. DE MAGLIE- GATTA, *sub art. 184*, in *Codice penale commentato*, (a cura di) DOLCINI – MARINUCCI, Vicenza, 2006, p. 1597.

³⁵¹ ROMANO – GRASSO- PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale, op. cit.*, p. 273. RONCO – ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2003, p. 985.

contenuto nell'ultima parte del 1° comma in caso di estinzione del concorrente ergastolo rivivono anche le pene che siano rimaste integralmente quiescenti perché al tempo non furono capaci di produrre alcun effetto aggravatore³⁵².

In base al 2° comma dell'art. 184 sono disciplinati gli effetti dell'estinzione, sulla pena dell'ergastolo, della pena detentiva temporanea irrogata per delitto concorrente: ove l'amnistia, l'indulto o la grazia abbiano estinto integralmente la pena detentiva temporanea, non si applica l'isolamento di cui all'art. 72 c.p.; se la pena detentiva si sia solo *parzialmente* estinta, l'isolamento diurno può essere ridotto fino a tre mesi.

3.7. Segue. Le cause di estinzione della pena. La liberazione condizionale.

a) Natura giuridica

La trattazione che segue, in tema di liberazione condizionale, necessita di una doverosa puntualizzazione circa la natura dell'istituto. Da un punto di vista sistematico la liberazione condizionale si presenta come causa di estinzione della pena. Essa infatti è formalmente collocata tra le *cause di estinzione della pena*, disciplinate nel libro I, titolo VI, capo II del codice penale. Tuttavia il profilo più interessante di tale istituto non attiene alla sua capacità di estinguere la pena in presenza di determinati presupposti, quanto la sua idoneità a fungere da strumento di rieducazione del condannato, comportandosi come una misura alternativa alla detenzione. Per tale motivo, parte della dottrina³⁵³ ritiene preferibile la trattazione della disciplina della liberazione condizionale

³⁵² RONCO – ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale*, op. cit., p. 985. La parte del 1 comma che presuppone che l'isolamento diurno sia stato non solo inflitto ma anche scontato, non potrà valere al di fuori dei casi previsti dall'art. 72 c.p.

³⁵³ Cfr. LA GRECA, *La liberazione condizionale fra Corte costituzionale e legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, p. 2155; PAVARINI, sub art. 176 c.p., *Codice commentato dell'esecuzione penale*, op. cit., p. 386; CANEPA – MARCHESELLI – MERLO, *Lezioni di diritto penitenziario*, op. cit., p. 131, GUAZZALOCA – PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, p. 233 e ss. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., p. 784; BARONE, voce *Liberazione condizionale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*; GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzioni di pena e liberazione condizionale*, in AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, (a cura di) GREVI, Padova, 1994, p. 456; PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, p. 114. *Contra* DELITALA, *Raccolta degli scritti – Diritto penale*, Milano, 1976, p. 387; MAZZANTI, voce *Liberazione condizionale*, in *Novissimo digesto italiano*, IX, 1963, Torino, p. 838.

accanto a quella delle misure alternative alla detenzione vere e proprie³⁵⁴. A favore di questa tesi³⁵⁵ sembra essere anche la norma (riformulata dall'art. 22 della l. 10 ottobre 1986, n. 663) che attribuisce al Tribunale di sorveglianza³⁵⁶ la competenza a concedere e revocare le misure alternative alla detenzione, nella cui elencazione rientra anche la liberazione condizionale³⁵⁷.

Come abbiamo avuto modo di rilevare³⁵⁸, la liberazione condizionale è l'istituto che più di tutti ha inciso sull'esistenza della pena dell'ergastolo, qualificandosi come *condicio* di legittimità costituzionale³⁵⁹, strumento di affievolimento della perpetuità della pena, mezzo di «individualizzazione del trattamento penitenziario per il perseguimento delle finalità del reinserimento sociale del condannato»³⁶⁰. La liberazione condizionale è istituto vitale per i condannati a pene di lunga durata, inserendosi nel momento finale del programma di recupero del reo, nella «fase terminale del trattamento risocializzativo progressivo»³⁶¹. In specie per i condannati alla pena dell'ergastolo essa rappresenta l'unica vera *chance* di reinserimento in società, stimolo per l'adesione al disegno rieducativo, condizione necessaria (ma non sufficiente) per la realizzazione della finalità rieducativa della pena sancita a livello

³⁵⁴ Per ragioni di comodità espositiva inseriamo la trattazione della liberazione condizionale all'interno del discorso sulle cause di estinzione della pena. Tuttavia riteniamo condivisibile, la posizione di quegli autori che identificano la liberazione condizionale, sotto il profilo dei presupposti e delle finalità, una misura alternativa alla detenzione.

³⁵⁵ Cfr. GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzioni di pena e liberazione condizionale*, op. cit., p. 456. In tal senso anche FLORA, *La liberazione condizionale: quale futuro?* In *L'indice penale*, 1989, p. 360 e ss.; LARIZZA, *Liberazione condizionale: verso l'abbandono della concezione premiale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 605.

³⁵⁶ Prima della l. 10 ottobre 1986 la competenza in tema di liberazione condizionale spettava alla Corte d'appello. L'estensione al Tribunale di sorveglianza della competenza alla concessione e revoca della liberazione condizionale e delle altre misure alternative alla detenzione è da accogliersi favorevolmente, alla luce dell'esigenza, più volte sottolineata di garantire «coerenza e uniformità in una nuova prospettiva di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva». Cfr. BARONE, voce *Liberazione condizionale*, op. cit., p. 424.

³⁵⁷ L'art. 70, 1° co. l. ord. pen. così recita:

«In ciascun distretto di corte d'appello e in ciascuna circoscrizione territoriale di sezione distaccata di corte d'appello è costituito un tribunale di sorveglianza competente per l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, la semilibertà, la liberazione condizionale, la riduzione di pena per la liberazione anticipata, la revoca o cessazione dei suddetti benefici, il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione delle pene detentive ai sensi degli articoli 146 e 147, numeri 2) e 3), del codice penale, nonché per ogni altro provvedimento ad esso attribuito dalla legge».

³⁵⁸ Vd. *infra* cap. II, § 2.17.

³⁵⁹ Vd. Corte cost. 21 novembre 1974, n. 264 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, p. 2897 e ss; Corte Cost. 27 settembre 1983, n. 274, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, con nota di FASSONE, *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della «pena costituzionale»*, op. cit., p. 799.

³⁶⁰ LA GRECA, *La liberazione condizionale fra Corte costituzionale e legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, op. cit., p. 2155.

³⁶¹ FLORA, *La liberazione condizionale: quale futuro?*, op. cit., p. 368.

costituzionale dall'art. 27, 3°co. Per questi motivi ne riteniamo imprescindibile la trattazione.

b) Presupposti sostanziali

L'art. 176 c.p. specifica quali sono i presupposti sostanziali che devono sussistere al fine di ottenere la concessione della liberazione condizionale.

La norma così dispone:

Il condannato a pena detentiva che, durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, può essere ammesso alla liberazione condizionale, se ha scontato almeno trenta mesi e comunque almeno metà della pena inflittagli, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni.

Se si tratta di recidivo, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, il condannato, per essere ammesso alla liberazione condizionale, deve avere scontato almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli.

Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena.

La concessione della liberazione condizionale è subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle.

Sono essenzialmente tre i requisiti richiesti per l'ammissione al beneficio della liberazione condizionale:

- 1) il *limite legale di pena espiata* (presupposto oggettivo)
- 2) il *ravvedimento del reo* (presupposto soggettivo)

3) l'*adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato* (presupposto patrimoniale)³⁶².

Il *limite legale di pena espiata* costituisce un presupposto di tipo oggettivo. L' art. 176 c.p. individua puntualmente tale limite: avere espiato almeno trenta mesi³⁶³ o quel maggior tempo che costituisca almeno metà della pena inflitta, purchè il residuo non superi i cinque anni. Se il soggetto è incorso in recidiva aggravata o reiterata³⁶⁴ ex art. 99 c.p. il limite minimo di pena espiata ai fini della concessione della liberazione condizionale è elevato a quattro anni e deve costituire non meno di tre quarti del totale della pena inflitta. Nel caso di condanna all'ergastolo, il limite di pena è stato ridotto dalla legge Gozzini da ventotto a ventisei anni. Nel computo della quantità di pena espiata bisogna includere anche le detrazioni di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata, che si hanno grazie all'operatività della liberazione anticipata qualora il condannato dia prova di partecipare all'opera di rieducazione (art. 54 l.354/1975). In tal modo, l'ergastolano che aderisca pienamente al programma rieducativo può ottenere la liberazione condizionale dopo ventuno anni di pena scontata.

Il *ravvedimento del reo*, che secondo la lettera della norma deve considerarsi sicuro, costituisce invece il presupposto di natura soggettiva. Tale requisito va inteso come valutazione circa i progressi effettuati dal condannato, il quale deve aver «raggiunto un livello di risocializzazione tale da far ragionevolmente presumere che, se rimesso in libertà, terrà un comportamento socialmente adeguato»³⁶⁵.

³⁶² Cfr. ROTA, sub art. 176, *Codice penale commentato*, (a cura di) DOLCINI – MARINUCCI, *op. cit.*, p. 1573.

³⁶³ La previsione di tale limite minimo di pena da espiare, non decurtabile, come requisito della liberazione condizionale è stato più volte criticato dalla dottrina la quale ha sottolineato che la liberazione condizionale funga da strumento risocializzativo per i condannati a pene di media-lunga durata, ma che abbia un effetto controproducente o quantomeno demotivante nei confronti del trattamento rieducativo da parte dei condannati a pene di breve durata, cui di fatto non poteva essere concesso il beneficio. La giurisprudenza di merito ha sollevato più volte dubbi di legittimità costituzionale di tale profilo, ma la Consulta li ha respinti adducendo tra le motivazioni che la presenza di altre misure alternative alla detenzione, e nello specifico l'affidamento in prova, la semilibertà, i permessi premio e la liberazione anticipata, di fatto elidono il contrasto con il disposto costituzionale garantendo l'attuazione della finalità rieducativa della pena. Cfr. FLORA, *La liberazione condizionale: quale futuro?*, *op. cit.*, p. 368; PAVARINI, sub art. 176, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, *op. cit.*, p.388. In giurisprudenza si veda la sent. 10 maggio 1979, n. 8 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, vol. I, p. 219.

³⁶⁴ La recidiva qualificata deve essere stata contestata all'imputato e ritenuta sussistente nella sentenza di condanna. Cfr. CANEPA – MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2004, p. 283.

³⁶⁵ FLORA, *La liberazione condizionale: quale futuro?*, *op. cit.*, p. 361. Così anche BARONE, voce *Liberazione condizionale*, *op. cit.*, p. 415.

Questa la definizione astratta. Da un punto di vista concreto dottrina e giurisprudenza hanno cercato di individuare dei parametri di riferimento cui ancorare la valutazione della sussistenza del sicuro ravvedimento del reo, inteso come riadattamento sociale³⁶⁶.

In primo luogo affinché si perfezioni il requisito del sicuro ravvedimento non è sufficiente una ordinaria e generica “buona condotta” da parte del detenuto ma è necessaria la dimostrazione di veri e propri progressi compiuti nel corso del programma rieducativo: la costanza nel lavoro, i rapporti di correttezza con il personale di custodia e gli altri detenuti, l’interesse e la disponibilità a fornire assistenza alla vittima, la volontà di reinserirsi in società, ma soprattutto l’abbandono dei valori criminali e il contestuale recupero del senso di responsabilità e dell’interesse per i principi etici e sociali sono da considerarsi indici importanti del ravvedimento del reo³⁶⁷.

La necessità di un sicuro ravvedimento è chiaramente un requisito più stringente e rigoroso rispetto a quelli richiesti per la concessione di misure alternative quali la liberazione anticipata (che richiede la prova della partecipazione all’opera di rieducazione) o la semilibertà (che richiede progressi compiuti nel corso del trattamento quando vi siano le condizioni per un graduale reinserimento in società), e la ragione è semplice: anche se non inquadriamo, sotto il profilo funzionale, la liberazione condizionale tra le cause di estinzione della pena, essa lo è sotto il profilo degli effetti, che, una volta divenuti definitivi, determinano automaticamente l’estinzione della pena³⁶⁸.

³⁶⁶ ROTA, sub art. 176, in *Codice penale commentato, op. cit.*, p. 1577.

³⁶⁷ Cfr. Cass. Pen., Varriale, 18 luglio 1990; Cass. Pen., Chiarelli, 13 luglio 1990, entrambe in *Rivista penale*, 1991, vol. I, p. 536, Cass. Pen., Scruci, 15 ottobre 1976, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, vol. II, p. 509; Cass. Pen., Vitale, 8 maggio 1989, in *Massimario penale della Suprema Corte di Cassazione*, 1991, n. 181.654., p. 66; Cass. Pen., Marino, 27 ottobre 1986, in *Cassazione penale*, 1988, p. 286; Cass. Pen., Farina, 18 dicembre 1991, *ivi*, p. 2273.

³⁶⁸ Cass. Pen., Anastasio, 2 settembre 1995, in *Giustizia penale*, 1992, vol. II, p. 312. Nella massima della sentenza si legge che: «Presupposto indefettibile della liberazione condizionale è il sicuro ravvedimento del condannato. Ciò implica l'avvenuta emenda con l'abbandono certo del passato deviante, la certezza della conclusione del processo di rieducazione con il sicuro reinserimento sociale. Proprio ciò distingue l'istituto in questione, previsto dal codice penale, dalle misure alternative alla detenzione previste dall'ordinamento penitenziario e ne differenzia la portata e l'esito: per dette misure è previsto lo snodarsi, via via più incisivo, secondo l'entità del beneficio, in misura crescente - nell'ordine liberazione anticipata, semilibertà, affidamento in prova al servizio sociale - del reinserimento sociale del condannato; per la liberazione condizionale è invece richiesta la certezza del ravvedimento, l'avvenuto riscatto morale del condannato. E la differenza è assolutamente ragionevole ove si consideri che le citate misure costituiscono solo un modo alternativo di espiatione della pena, mentre la liberazione condizionale è una causa estintiva della pena, decorso il termine prescritto, e di revoca delle misure di sicurezza personali,

Oltre a verificare la sussistenza di parametri idonei a qualificare come “sicuro il ravvedimento”, bisognerà considerare la gravità del reato commesso: ciò vuol dire semplicemente che, in caso di reati particolarmente gravi sarà necessaria una ponderazione più attenta per la concessione del beneficio. Sia chiaro però che in alcun modo la gravità del fatto commesso deve portare a valutare negativamente la richiesta di liberazione condizionale, poiché il giudice dovrà valutare la condotta *successiva* al reato e i comportamenti tenuti dal soggetto durante il periodo di esecuzione della pena³⁶⁹.

Oltre ai requisiti individuati dalla giurisprudenza, un’attenta dottrina³⁷⁰ riporta che la tendenza dei tribunali di sorveglianza, in tema di ravvedimento del reo, è prima di tutto quella di verificare, specialmente nei confronti di reati di particolare gravità, che il soggetto abbia effettivamente percepito il disvalore del fatto compiuto; in secondo luogo l’analisi circa il ravvedimento del reo è agevolata dal fatto che l’indagine istruttoria preliminare alla decisione, è oggi molto più attenta a profili psicologici e sociologici di quanto non fosse quando la competenza in materia spettava alla Corte d’Appello. Infine elemento di grande rilevanza ai fini della concessione del beneficio, pare essere l’esistenza di una futura prospettiva lavorativa o di studio al di fuori delle mura carcerarie³⁷¹.

Il requisito del ravvedimento del reo assolve quindi, all’interno della struttura della liberazione condizionale, alle finalità di prevenzione speciale positiva, comportandosi, come già sottolineato, da strumento effettivo di recupero del condannato, concesso in base ad un effettivo giudizio prognostico di rieducabilità, e non più elargito come “premio”, finalizzato di fatto ad una migliore gestione degli istituti penitenziari³⁷².

estinzione che avviene "ope legis", mentre per l'estinzione della pena a seguito dell'affidamento in prova il tribunale di sorveglianza deve valutare la positività dell'esito del periodo di prova».

³⁶⁹ ROTA, sub art. 176, in *Codice penale commentato*, op. cit., p. 1577; CESARIS, *Sulla valutazione del sicuro ravvedimento ai fini della liberazione condizionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, p. 291. PAVARINI, sub art. 176, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, op. cit., p. 393.

³⁷⁰ FLORA, *La liberazione condizionale: quale futuro?*, op. cit., p. 363.

³⁷¹ *Ibidem*. L’A. rileva che: «ciò che conta non è tanto che il condannato sia soggettivamente “pronto” per una reimmissione nella società civile, quanto che le condizioni ambientali in cui si troverà a vivere non solo non rappresentino obiettivamente un serio rischio, ma addirittura si prospettino come favorevoli per la riuscita della prova».

³⁷² Cfr. LARIZZA, *La liberazione condizionale: verso l’abbandono della concezione premiale*, op. cit., pp. 604 -605; FIANDACA –MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., p. 784. DEL RE, *La disciplina della liberazione condizionale tra logica sanzionatoria e logica di trattamento*, in *Rivista italiana di diritto e*

L'adempimento delle obbligazioni civili derivanti da reato è il terzo requisito cui è subordinata la concessione della liberazione condizionale, fatta salva l'ipotesi in cui il condannato si trovi nell'impossibilità materiale di adempierle.

Quest'ulteriore presupposto appare strettamente connesso con quello del sicuro ravvedimento del reo; secondo la giurisprudenza³⁷³, il risarcimento del danno costituirebbe uno degli elementi comprovanti il pentimento del condannato. In questo quadro va letto il costante orientamento della Corte di Cassazione³⁷⁴, che, nel valutare la sussistenza del requisito dell'adempimento delle obbligazioni derivanti dal reato, dà rilevanza, nel caso di impossibilità materiale di adempimento, al profilo soggettivo³⁷⁵ che consiste nelle «manifestazioni di effettivo interessamento [del reo] per la situazione morale e materiale delle persone offese dal reato e i tentativi fatti, nei limiti delle sue possibilità, di attenuare, se non riparare interamente i danni provocati»³⁷⁶.

Le obbligazioni civili che il condannato deve assolvere consistono generalmente in pene pecuniarie, spese processuali, spese di mantenimento in carcere, risarcimento di danno, patrimoniale o non, al danneggiato dal reato, spese e onorari della difesa tecnica³⁷⁷.

Per quanto riguarda l'impossibilità di adempiere, si distingue³⁷⁸ tra impossibilità assoluta, la quale si verifica quando il mancato adempimento è dovuto alle sfavorevoli condizioni economiche del reo³⁷⁹, e impossibilità relativa, che si verifica quando lo

procedura penale, 1978, p. 574; Più in generale PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, pp. 120 e ss.

³⁷³ Cass. Pen., Vitale, sent. 8 maggio 1989, in *Rivista penale*, 1990, p. 501. Cass. Pen. Lettieri, 3 aprile 1985, in *Giustizia penale*, 1986, vol. II, 129.

³⁷⁴ Cass. Pen., Campana, 10 febbraio 2000, in *Cassazione penale*, 2001, p. 505. Cass. Pen., 13 aprile 1992, Nanni, *ivi*, 1993, p. 2273; Cass. Pen., Vitale, sent. 8 maggio 1989, in *Rivista penale*, 1990, p. 501; Cass. Pen., Di Niccoli, 11 dicembre 1992, in *Cassazione penale*, 1995, p. 566.

³⁷⁵ Per questo motivo alcuna dottrina definisce tale presupposto misto. Cfr. BARONE, voce *Liberazione condizionale*, *op. cit.*, p. 415.

³⁷⁶ Cass. Pen., Campana, 10 febbraio 2000, in *Cassazione penale*, 2001, p. 505. Nel caso di specie la domanda del ricorrente di ottenere la liberazione condizionale fu rigettata perché nonostante la buona condotta e il costante svolgimento di attività lavorativa remunerata in regime di semilibertà, il condannato non aveva mai dimostrato solidarietà o interesse verso i familiari della vittima, e per dimostrare l'impossibilità dell'adempimento addirittura aveva fatto apparire una situazione economica non corrispondente a quella reale.

³⁷⁷ Cfr. BARONE, voce *Liberazione condizionale*, *op. cit.*, p. 415.

³⁷⁸ GUAZZALOCA – PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, *op. cit.*, p. 251; PAVARINI, sub art. 176, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, *op. cit.*, p. 391.

³⁷⁹ Naturalmente affinché si verifichi l'impossibilità materiale ad adempiere, non è richiesto che il condannato versi in uno stato assoluto di povertà, ma che la difficoltà economica nasca dalla comparazione tra le condizioni economiche del reo e l'entità delle obbligazioni economiche da

stato di inadempienza, a causa di particolari circostanze, non è imputabile al condannato. Si pensi al caso di creditore irreperibile, non identificabile, o al caso di rinuncia del credito da parte dello stesso.

In relazione agli *effetti* prodotti dalla concessione della liberazione condizionale bisogna distinguere tra effetti immediati ed effetti definitivi, i quali si verificano soltanto al ricorrere di certi presupposti³⁸⁰.

Non appena concessa, la liberazione condizionale fa cessare lo stato di detenzione, sospende l'applicazione della misura di sicurezza, e comporta l'applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata (assistita dal servizio sociale)³⁸¹.

Quanto agli effetti definitivi, questi si compiono con il decorso della pena inflitta o, se si tratta di condannati all'ergastolo con il decorso di cinque anni dalla data del provvedimento che concede la liberazione condizionale. Decorso il periodo di pena inflitta, o trascorsi i cinque anni dalla data del provvedimento per gli ergastolani, senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca, la pena è estinta (art. 177, ult. co. c.p.³⁸²).

3.8. La legislazione penitenziaria dell'emergenza. L'art. 4 bis.

Nel contesto particolarmente delicato dei rapporti tra liberazione condizionale, misure alternative alla detenzione, benefici penitenziari in generale ed ergastolo si pone l'art. 4 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario.

Tale discussa norma, tipica espressione della legislazione d'emergenza degli anni 1991-1993, rientra tra i c.d. «provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata», introdotti con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (convertito dalla l. 12 luglio 1991 n. 203), con il successivo d.l. 8 giugno 1992 n. 306, (convertito dalla l. 7 agosto 1992 n. 356), e con il d.l. 14 giugno 1993 n.187 (convertito in l. 12 agosto 1993 n. 296) e volti a contrastare la criminalità organizzata di stampo mafioso³⁸³.

adempiere. Cfr. Cass. Pen., Pedron. 10 dicembre 1990, in *Giustizia penale*, 1991, vol. II, p. 585; Cass. Pen., Massimiani, 1 febbraio 1994, in *Cassazione penale*, 1995, p. 1532.

³⁸⁰ Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, p. 784.

³⁸¹ L'art. 55 della legge sull'ordinamento penitenziario prevede appunto, in un'ottica specialpreventiva positiva, l'assistenza al sottoposto alla misura, dei servizi sociali, al fine di agevolare il reinserimento in società. *Ibidem*, p. 810.

³⁸² Ai sensi dell'art. 177: «La liberazione condizionale è revocata, se la persona liberata commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole, ovvero trasgredisce agli obblighi inerenti alla libertà vigilata, disposta a termini dell'articolo 230, n. 2».

³⁸³ Cfr. FILIPPI – SPANGHER, *Diritto penitenziario*, Milano, 2000, p. 87.

La «controriforma carceraria»³⁸⁴, attuata in quegli anni, fu realizzata con una serie di decreti legge, susseguitisi senza soluzione di continuità, alla luce dei gravi fatti di sangue che colpirono il nostro paese, e che raggiunsero il loro drammatico culmine con la strage di Capaci in cui persero la vita i magistrati Giovanni Falcone, la moglie Francesca Morvillo, e gli agenti della scorta, e la strage di Via D'Amelio a Palermo, in cui morirono Paolo Borsellino e gli agenti che lo scortavano.

In questo difficile momento storico, si realizzano significative modifiche alla disciplina dell'ordinamento penitenziario³⁸⁵, attuate tramite il frequente ricorso al decreto legge, strumento che non può certo dirsi il più adeguato per affrontare, alla lunga, situazioni d'emergenza che richiedono decisioni condivise e ponderate da una maggioranza³⁸⁶.

La legislazione penale contro la criminalità organizzata costituisce il tipico esempio di normativa emergenziale, necessaria in situazioni critiche, ma troppo spesso caratterizzata da «approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, simbolicità, caduta in termini di garanzie»³⁸⁷, da un uso – abuso del decreto legge, dall'aumento del rigore sanzionatorio da un lato, e dalla necessità di ricorrere al fenomeno del pentitismo, spesso sfociato in clemenzialismo indulgenziale³⁸⁸ dall'altro. In questa fase si fa ricorso al c.d. criterio del “doppio binario”, con il quale si indica il *doppio e contrapposto*

³⁸⁴ L'espressione è di MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, p. 141.

³⁸⁵ Ad esempio viene introdotto l'art. 4 *bis* che comporta forti restrizioni, per certe categorie di detenuti, all'accesso ai benefici penitenziari; viene introdotto l'art. 58 *ter* inerente la figura del collaboratore di giustizia, l'art. 58 *quater* in tema di preclusioni legali concernenti le misure rieducative; viene introdotto il 2° comma dell'art. 41 *bis* che disciplina la sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario nei confronti di soggetti detenuti per i delitti di cui al 1° comma dell'art. 4 *bis*. Più dettagliatamente cfr. AA.VV. *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, *op. cit.*

³⁸⁶ Cfr. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, *op. cit.*, p. 75. L'A. evidenzia che, se generalmente gli squilibri dovuti all'adozione del decreto legge, vengono parzialmente bilanciati in sede di conversione parlamentare, ma che all'epoca dei fatti mancò anche questa ponderazione. In particolare l'A. riporta che il 19 luglio 1992, mentre la Commissione (Giustizia) del Senato aveva da poco iniziato l'esame del d.l. n. 306 del 1992, fu consumato a Palermo, l'attentato contro il magistrato Paolo Borsellino. Tra le ripercussioni immediate seguite alla strage, vi fu quella di pervenire rapidamente alla conversione del decreto in legge, il quale, dopo un rapido esame alla Camera fu ratificato al Senato il 6 agosto 1992.

³⁸⁷ MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, p. 53, 55. In particolare in relazione all'uso simbolico del diritto penale, l'A. sottolinea come tale prassi di fatto svilisca l'efficienza del sistema penale nel suo complesso, poiché ritarda la ricerca di soluzioni più efficienti di politica criminale e sociale; “scoraggia una soluzione penale meno rappresentativa di quella penale, che invece, per la maggior parte dei casi è la più idonea a risolvere *in radice* il problema: viene, invece generata e coltivata l'illusione di sicurezza, che può attirare consensi dei cittadini verso lo Stato”.

³⁸⁸ *Ibidem*.

livello trattamentale dei condannati in fase esecutiva, «intrecciato con il pieno utilizzo della premialità nei confronti della criminalità»³⁸⁹.

In questo senso si può parlare di una controriforma, opposta, nei presupposti e negli intenti, rispetto alla precedente più garantista legge Gozzini, la quale invece costituì «l'atto finale di un processo legislativo caratterizzato da adeguati tempi di maturazione e alimentato da un ricco dibattito parlamentare, nonché dagli apporti di diverse componenti interessate al buon esito della riforma»³⁹⁰. La *ratio* ispiratrice della legge di riforma del 1986 fu quella di eliminare le preclusioni alle misure alternative, ai permessi premio, per alcuni tipi di reati, ispirandosi all'idea di potere attuare la finalità rieducativa della pena proprio tramite la sua flessibilità in fase di esecuzione³⁹¹. Accanto a questo aspetto, si deve ricordare tuttavia la «seconda anima»³⁹² della legge Gozzini, che si preoccupò di rispondere ad esigenze di difesa sociale e di neutralizzazione nei confronti dei detenuti più pericolosi: si fa riferimento all'art. 41 *bis*, che comporta la sospensione delle normali regole di trattamento, e all'art. 14 *bis* che introduce il regime di sorveglianza particolare.

3.9. Segue. L'art. 4 *bis*.

Si tratta adesso di analizzare la «norma simbolo»³⁹³ della legislazione penitenziaria di emergenza, per capire quali siano le implicazioni che tale disciplina comporta nel nostro ordinamento, e in particolare rispetto a quei soggetti che sono stati condannati alla pena dell'ergastolo. Ancora una volta utilizzeremo come parametro di riferimento, per verificare la compatibilità della massima pena con il dettato costituzionale, la liberazione condizionale che, secondo le indicazioni della stessa Corte, è condizione di legittimità ed esistenza della pena perpetua nel nostro ordinamento³⁹⁴.

³⁸⁹ GUAZZALOCA, *Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premiabilità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria di emergenza*, in AA.VV., *Lotta alla criminalità organizzata. Gli strumenti normativi*, (a cura di) GIOSTRA – INSOLERA, Milano, 1995, pp. 141 e ss.

³⁹⁰ DELLA CASA, *Le recenti riforme dell'ordinamento penitenziario*, op. cit., p. 74.

³⁹¹ MARGARA, *Il "carcere utile". Il senso di un impegno*, in *Questione giustizia*, 2000, 3, p. 405.

³⁹² GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986 n. 663*, in AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, op. cit., p. 26.

³⁹³ GUAZZALOCA, *Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premiabilità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria di emergenza*, op. cit., p. 144.

³⁹⁴ Corte cost. 22 novembre 1974 n. 164; Corte cost. 2 giugno 1997 n.161. Si vedano i § 2.15 e 2.17 del presente lavoro.

L'art. 4 bis³⁹⁵ o.p., individua due diverse categorie di reati di particolare gravità, ai cui autori deve essere applicata la normativa restrittiva³⁹⁶.

Nella prima categoria rientrano:

- Delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza;
- Delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. (associazione di tipo mafioso) ovvero al fine di agevolare l'attività di associazioni di tipo mafioso;
- Associazione di tipo mafioso (art. 416 *bis*);
- Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione (art. 630 c.p.)
- Delitti di cui agli artt. 600, 601, 602 del codice penale;
- Associazione a delinquere finalizzata alla commissione di delitti contro la personalità individuale (si tratta delle fattispecie in tema di schiavitù, prostituzione, pornografia minorile, ai sensi degli artt. 600 e ss.);
- Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291 *quater* del t.u. approvato con D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43
- Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanza stupefacenti o psicotrope (art. 74 t.u. 9 ottobre 1990, n. 309).

Rientrano nella seconda categoria:

- Omicidio (art. 575 c.p.).
- Rapina (nell'ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 628 c.p. cioè se commessa con armi o da persona travisata o da più persone riunite ovvero se la violenza consiste nel porre taluno in stato di incapacità di intendere o di agire o se ovvero se la minaccia è posta in essere da persona che fa parte di associazione di stampo mafioso);
- Estorsione (nell'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 629 c.p. cioè se commessa con armi o da persona travisata o da più persone riunite ovvero se la violenza

³⁹⁵ Come da ultimo modificato dalla l. 23 dicembre 2002 n. 279 e dalla l. 6 febbraio 2006 n. 38. Si può notare che un sistema nato e pensato per affrontare l'emergenza mafiosa è divenuto disciplina stabile proprio con la l. 279/2002.

³⁹⁶ Bisogna precisare che la giurisprudenza ha a lungo oscillato sul problema delle pene detentive inflitte per una pluralità di reati, quando solo alcuni tra i quali abbiano l'effetto preclusivo previsto dall'art. 4 *bis*. La soluzione preferibile è quella che consente, in virtù del principio del *favor rei*, lo scioglimento del cumulo. Non potendoci soffermare sulla questione rimandiamo a CANEPA –MERLO, *Manuale di diritto penitenziario, op. cit.*, pp. 489 e ss.; CESARI – GIOSTRA, *sub art. 4 bis, op. cit.*, pp. 64 e ss.

- consiste nel porre taluno in stato di incapacità di intendere o di agire ovvero se la violenza o la minaccia è posta in essere da persona che parte di associazione di stampo mafioso),
- Contrabbando di tabacchi lavorati esteri aggravato ai sensi dell'art. 291 *ter* del t.u. approvato con D.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43;
 - Associazione a delinquere finalizzata alla commissione di delitti contro la libertà sessuale di cui agli artt. 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *octies* c.p.
 - Produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (ex art. 73 aggravato ai sensi del comma 2 dell'art. 80 del t.u. n. 309 del 1990, e cioè quando il fatto riguarda quantità ingenti di tali sostanze o se le sostanze stesse sono adulterate o commiste ad altre in modo da aumentarne la potenzialità lesiva);
 - Violazioni concernenti l'immigrazione previste dall'art. 12, commi 3, 3 *bis* e 3 *ter* del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (procurato ingresso clandestino nello Stato).

La *ratio* della norma è quella di precludere, a soggetti che hanno compiuto reati particolarmente gravi e indicanti una specifica pericolosità sociale, l'accesso ai benefici penitenziari, vincolando tale possibilità al verificarsi di certe condizioni e a all'assolvimento di particolari oneri probatori³⁹⁷.

Nel dettaglio l'art. 4 *bis* differenzia ulteriormente il regime penitenziario per “tipi di autore”, a seconda che il soggetto abbia commesso un reato che rientra nella prima “fascia” (delitti di criminalità organizzata o ad essa rapportabili) o nella seconda³⁹⁸. La logica sottesa è sempre quella del “doppio binario”, che differenzia il trattamento dei condannati in ragione della loro maggiore o minore pericolosità sociale³⁹⁹.

Per quanto riguarda i detenuti e internati per i delitti indicati dalla prima parte del 1°co, art. 4 *bis* (quelli rientranti nella “prima categoria”), la norma dispone, in virtù di

³⁹⁷ Cfr. CESARI – GIOSTRA, sub art. 4 *bis*, in *Ordinamento penitenziario*, (a cura di) GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *op. cit.*, pp. 50, 73.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 51.

³⁹⁹ CESARI, sub art. 4 *bis*, in PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, *op. cit.*, p.7; CANEPA –MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, *op. cit.*, p. 478. Gli AA. sollevano le proprie riserve rispetto ad una simile valutazione della pericolosità sociale dell'autore del reato. Infatti per pene uguali nella misura sono previsti per il condannato diversi tempi di recupero e rieducazione, in base al principio per cui, anche dopo la condanna, la pericolosità del reo andrebbe riferita alla pena determinata dal giudice in sede di irrogazione, e alla natura del reato commesso. Cfr. anche IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cassazione penale*, 1992, p. 438.

una «presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale»⁴⁰⁰, che ad essi sia precluso l'accesso ad una serie di benefici penitenziari e nello specifico: l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della legge 26 luglio 1975, n. 354, fatta eccezione per la liberazione anticipata. La preclusione si estende anche all'istituto della liberazione condizionale alla luce dell'esplicito rinvio⁴⁰¹ effettuato dall'art. 2 del d.l. 152/1991, secondo il quale: «i condannati per i delitti indicati nel 1°co. dell'art. 4 *bis* l. 26 luglio 1975 n. 354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale, solo se ricorrano i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici indicati».

L'unica possibilità per i soggetti di cui al comma 1, *prima parte*, di superare le preclusioni sopra descritte, è quella di collaborare con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit. Essi devono cioè adoperarsi, anche dopo la condanna «per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori» ovvero devono aiutare concretamente «l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione e la cattura degli autori dei reati». La collaborazione con la giustizia, per questi detenuti “speciali”⁴⁰², diventa un requisito imprescindibile per l'accesso ai circuiti alternativi previsti, «comportamento produttivo di vantaggi altrimenti non conseguibili»⁴⁰³. Si delinea una nuova forma di premialità che si gioca tutta nel campo dell'esecuzione penale⁴⁰⁴. Non è più sufficiente in tali casi, che il carcere svolga nei confronti di questi soggetti una funzione neutralizzatrice, esso deve trasformarsi in «ingranaggio “attivo” dell'azione investigativa»⁴⁰⁵.

A questa ragione di tipo “utilitaristico”, si aggiungono le preoccupazioni di difesa sociale, per cui l'assenza di collaborazione sarebbe segno del mancato

⁴⁰⁰ GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 130.

⁴⁰¹ Si è discusso circa la natura di tale rinvio, se recettizio, e cioè inteso come richiamo testuale alla norma all'epoca vigente, o formale (o mobile) e cioè capace di trovare applicazione anche in rapporto alle modifiche legislative che seguono. La Corte costituzionale è orientata in quest'ultima direzione. (sent. n. 34 del 7 febbraio 1999. Nel senso del rinvio recettizio si veda MACCHIA, *Liberazione condizionale e art. 4 bis ord. pen. : rinvio formale o recettizio?*, in *Cass. Pen.*, 1995, 7-8, p. 1777.

⁴⁰² CESARI, sub art. 4 *bis*, in PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, *op. cit.*, p.8;

⁴⁰³ PRESUTTI, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, (a cura di) PRESUTTI, Milano, 1994, p. 81.

⁴⁰⁴ Cfr. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, *op. cit.*, pp. 117 e ss. L'A. evidenzia che è proprio sul piano di esecuzione della pena detentiva, strutturata in base al rapporto costi – benefici, che si induce il condannato per delitti associativi a collaborare con la giustizia.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

ravvedimento del reo e in particolare della persistenza di legami con l'associazione criminale. Sotto questo aspetto, c'è chi⁴⁰⁶ non ha mancato di sottolineare che la collaborazione processuale può costituire un indice *oggettivo* dell'avvenuto distacco del reo dall'associazione delinquenziale, ma certo non è idonea a fornire indicazioni in relazione alla sua «affidabilità *soggettiva*» e cioè circa la sua avvenuta rieducazione.

Sono infatti irrilevanti i progressi compiuti in fase di trattamento rieducativo, nel caso in cui non venga fornita la collaborazione richiesta⁴⁰⁷.

In una disciplina siffatta non resta quindi molto spazio per la “pena rieducativa”, e, nel difficile bilanciamento di interessi quali la sicurezza della collettività, la prevenzione generale, e la prevenzione speciale positiva, il legislatore, avallato dalla Corte costituzionale, ha dato preferenza, in ossequio alla concezione polifunzionale della pena, ai primi due⁴⁰⁸.

Tuttavia l'originario rigore dell'art. 4 *bis* è stato temperato da alcune sentenze della Consulta⁴⁰⁹ che hanno provveduto a dare rilevanza alle fattispecie di c.d. collaborazione *ininfluente* e di collaborazione *impossibile*⁴¹⁰, recepite adesso nell'attuale disciplina della norma in questione. Accanto a queste ipotesi, già la normativa “emergenziale”, prevedeva invece il caso di collaborazione “oggettivamente *irrilevante*” (art. 4 *bis*, 1° comma).

Al fine di accedere ai benefici penitenziari è richiesto ai soggetti di cui al 1° comma, prima parte, art. 4 *bis*, oltre la collaborazione, la prova che ci siano elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata (prova negativa)⁴¹¹. Sono fatte salve le disposizioni previste dagli artt. 16-*nonies* (collaborazione “qualificata) del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82⁴¹².

⁴⁰⁶ PRESUTTI, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, op. cit., p. 95.

⁴⁰⁷ Cfr. CESARI – GIOSTRA, sub art. 4 *bis*, op. cit., p. 138

⁴⁰⁸ Si veda Corte cost., sent. 11 giugno 1993 n. 306 in www.giurcost.org.

⁴⁰⁹ Si veda Corte cost., 27 luglio 1994 n. 357 in tema di collaborazione impossibile; Corte cost. 1 marzo 1995 n. 68 in tema di collaborazione ininfluente, in www.giurcost.org. Alla luce delle predette sentenze il legislatore ha provveduto a modificare con legge 23 dicembre 2002, n. 279, l'art. 4 *bis*, ammettendo il condannato ai benefici penitenziari anche nelle situazioni in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità rende comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia.

⁴¹⁰ Cfr. FILIPPI – SPANGHER, *Diritto penitenziario*, op. cit., p. 90.

⁴¹¹ IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, op. cit., p. 440.

⁴¹² Vd. nota 173 del presente capitolo.

I. *La collaborazione “oggettivamente irrilevante”.*

Un’eccezione al regime di preclusioni della norma in esame si ha nel caso, disciplinato già dall’originario art. 4 *bis*, di collaborazione oggettivamente irrilevante. In tale ipotesi, perde rilevanza il requisito della collaborazione, vengono meno le limitazioni relative all’accesso ai benefici penitenziari. Affinché la collaborazione possa dirsi irrilevante si richiede la sussistenza di una serie di condizioni:

- deve essere riconosciuta con sentenza di merito⁴¹³ la circostanza attenuante del reato dell’avvenuto risarcimento del danno (anche se il risarcimento sia intervenuto dopo la sentenza di condanna) ex art. 62, 6° comma, c.p., o della minima partecipazione al fatto ex art. 114 c.p., o se il reato commesso è più grave di quello voluto ex art. 116 c.p.
- devono essere acquisiti «elementi tali da escludere un maniera certa l’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

In questi casi, in cui l’offerta collaborativa è «concretamente inutile»⁴¹⁴, il legislatore ha ritenuto di prevedere, in presenza di circostanze attenuanti e in seguito alla provata assenza di legami con la criminalità organizzata, la possibilità di godere dei benefici penitenziari.

II. *La collaborazione ininfluenta.*

La collaborazione ininfluenta rappresenta il caso in cui non si può chiedere al condannato una condotta collaborativa⁴¹⁵, in quanto il ruolo marginale svolto dal condannato, accertato con sentenza di merito, rende impossibile una fruttuosa

⁴¹³ Non è necessario che la sentenza di merito sia passata in giudicato in quanto nel nostro ordinamento vige la presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva.

⁴¹⁴ CESARI, sub art. 4 *bis*, in *Codice commentato dell’esecuzione penale*, op. cit., p. 9.

⁴¹⁵ Cfr. VARRASO, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 bis Ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, in *Giustizia penale*, I pt., p. 83.

collaborazione con la giustizia. Resta ferma la prova dell'esclusione di attuali collegamenti con le varie forme di criminalità individuate dalla norma stessa.

III. *La collaborazione impossibile.*

La collaborazione è resa impossibile quando l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità sia già avvenuto con sentenza irrevocabile di condanna. Si richiede anche qui la prova dell'inattualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva⁴¹⁶.

Nel caso in cui i reati commessi siano quelli previsti dalla terza *parte* del 1° comma dell'art. 4 bis, viene meno l'obbligo collaborativo, poiché viene a mancare quella presunzione di pericolosità sociale che contraddistingue i soggetti della "prima fascia"; in questo caso viene richiesta, se si vuole essere ammessi al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale, la prova dell'attualità di relazioni con la criminalità organizzata o eversiva (prova positiva).

Si può facilmente notare che, ancora una volta, si prevede una differenziazione tra soggetti rientranti nella prima fascia e soggetti rientranti nella seconda, questa volta in sede di onere della prova.

Nel primo caso si è parlato di una vera e propria *probatio diabolica*⁴¹⁷, poiché non si richiede di dimostrare che il soggetto abbia collegamenti con la criminalità organizzata, ma di provare che ciò sia escluso. «In concreto, risulterà praticamente impossibile per i condannati per uno dei delitti indicati fornire la prova della cessazione di rapporti risalenti ad anni prima, o di rapporti addirittura mai provati»⁴¹⁸.

⁴¹⁶ All'interpretazione in tema di collaborazione ininfluente e di collaborazione impossibile si sono uniformate anche le Sezioni Unite della Cassazione. In tal proposito si veda Cass., Sez.un., Ronga, 5 ottobre 1999, in *Rivista penale*, 1999, p. 960 e ss.

⁴¹⁷ Così IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, op. cit., p.440; GUZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, op. cit., p. 92; MOSCONI, *La controriforma carceraria*, op. cit., p. 145; ESPOSITO, *Le nuove norme in materia penitenziaria*, in *Archivio penale*, 1992, p. 490; DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, op. cit., p.102. Così l'A. in tema di *probatio diabolica*: «Che la prova di un fatto storico negativo sia un'operazione gnoseologica estremamente problematica, ai limiti [...] dell'impossibilità, è un dato pacifico, riconosciuto anche da chi non manca di rilevare che, diversamente dai tempi in cui la questione era risolta sulla base di un tassativo canone probatorio (*negativa non sunt probanda*), oggi non vi sono regole assolute, tutto dipendendo dalla volontà del legislatore».

⁴¹⁸ IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, op. cit., p. 440.

A tal proposito si è parlato anche di inversione dell'onere della prova⁴¹⁹, che grava sul detenuto richiedente il beneficio il quale deve dimostrare l'assenza di una situazione negativa: un simile onere è estraneo ai principi processuali sottesi al nostro ordinamento⁴²⁰.

Sempre in base al presupposto di una particolare pericolosità sociale sono elevati i tetti di pena da scontare per accedere ai vari benefici penitenziari.

In base al combinato disposto dell'art.4 *bis* con le norme che disciplinano i rispettivi benefici penitenziari si ricava che: per la concessione dei permessi premio, il condannato alla reclusione per taluno dei delitti indicati dall'art. 4 *bis* deve avere scontato almeno metà della pena, che non può essere comunque superiore ai tre anni; se si tratta di condannato all'ergastolo dopo almeno l'espiazione di dieci anni di pena (art. 30 *ter*, 4° comma lett. *c, d*, ord. pen.). Per la concessione della semilibertà, i condannati di cui al comma 1 dell'art. 4 *bis*, devono avere scontato almeno due terzi della pena (art. 50, 2° comma ord. pen.). Per l'ammissione al lavoro all'esterno, i condannati di cui all'art. 4 *bis* devono avere espiaato almeno un terzo della pena, che non può comunque essere superiore ai cinque anni. Se si tratta di condannato all'ergastolo, l'espiazione richiesta è di almeno dieci anni (art. 21 ord. pen.). I condannati per i delitti di cui all'art. 4 bis 1° comma, fatte salve le altre condizioni e i limiti di pena richiesti dall'art. 176 c.p., possono essere ammessi alla liberazione condizionale dopo avere scontato almeno due terzi della pena⁴²¹.

Tali previsioni sono applicabili esclusivamente nei confronti dei condannati per delitti commessi dopo la data di entrata in vigore del decreto (13 maggio 1991), in ossequio al principio di irretroattività della legge penale.

Sono esclusi dai suddetti inasprimenti⁴²² «coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella

⁴¹⁹ CANEPA –MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit, p. 487.

⁴²⁰ *Ibidem*.

⁴²¹ *Ibidem*, pp. 496 – 503.

⁴²² L'originaria *ratio* della norma era quella di fungere da “clausola di salvezza” che evitasse ai collaboratori, condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, di evitare l'applicazione dei più rigidi tetti di pena previsti per la concessione di alcuni benefici penitenziari. Cfr. CESARI, sub *art. 58 ter*, op. cit., p. 753.

raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati» (art. 58 *ter*, 1° comma ord. pen.)⁴²³.

È chiaro che una norma complessa come l'art. 4 *bis* suscita grossi problemi di compatibilità sia con la carta costituzionale sia con quelli che sono i principi fondamentali che sorreggono il nostro sistema penale e processuale. A tal proposito non sono mancate le critiche di chi ha rilevato che: «dal diritto al silenzio garantito nel processo penale di cognizione si passa all'obbligo di collaborare nel processo di esecuzione della pena»⁴²⁴.

Inoltre minima rilevanza è attribuita ai progressi rieducativi compiuti dal condannato che di fatto non sembrano necessari, qualora la collaborazione processuale venga prestata, e che viceversa non possono essere tenuti in conto, qualora questa collaborazione non sia stata fornita. È certo pur vero che la collaborazione con la giustizia può costituire indizio dell'avvenuta rottura con le organizzazioni criminali. Tuttavia «lascia perplessi che la mancata collaborazione debba valere proprio da indice legale di per sé ostativo alla concessione del beneficio. Un tale effetto così rigidamente formulato, appare tale da potere urtare contro casistiche umane di assai diverso significato»⁴²⁵.

Si è ben consapevoli del difficile momento in cui questa norma è stata introdotta, e non ci sentiamo di criticare fino in fondo le ragioni che la hanno giustificata. Ciò non toglie che bisogna cercare di migliorare gli strumenti normativi a nostra disposizione, di crearne di nuovi, idonei a implementare una maggiore capacità di prevenzione e controllo di tali forme di criminalità⁴²⁶, cercando di sacrificare il meno possibile, quei principi e quei valori che fanno capo ad ogni ordinamento democratico.

3.10. Ergastolo, liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4 *bis* ord. penit.

La sentenza della Corte costituzionale 24 aprile 2003 n. 135.

⁴²³ A tal proposito, la lettera della norma non permetterebbe a quei soggetti che prestano una collaborazione irrilevante, di elidere gli sbarramenti cronologici previsti dalle norme di cui sopra. Nonostante la lettera della legge, la Corte costituzionale (Corte cost. sent. n. 504 del 1995), ha interpretato, in relazione a tale questione, l'art. 58 *ter* nel senso di consentire a tali soggetti, l'accesso ai benefici penitenziari senza i più gravosi tetti di pena. Cfr. CESARI, sub art. 58 *ter*, *op. cit.*, p. 754.

⁴²⁴ Così FILIPPI – SPANGHER, *Diritto penitenziario*, *op. cit.*, p. 89.

⁴²⁵ LA GRECA, *Liberazione condizionale e criminalità organizzata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 2002, fasc. 1, p. 23.

⁴²⁶ In tal senso DI GENNARO- BREDA – LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, *op. cit.*, p. 56.

Tra le diverse questioni di compatibilità costituzionale⁴²⁷ sollevate in merito alla disciplina dell'art. 4 *bis*, è stata posta anche quella della sua legittimità costituzionale in relazione all'ergastolo, laddove si escluda la possibilità per il condannato ergastolano che abbia commesso uno dei reati di cui al 1° comma, 1° periodo dell'art. 4 *bis* e che non presti la collaborazione richiesta, di usufruire del beneficio della liberazione condizionale. In questi casi la preclusione al beneficio avrebbe come conseguenza quella di rendere effettivamente perpetuo l'ergastolo impedendo a tali soggetti di svolgere un processo rieducativo e di reinserimento sociale così come prescritto dall'art. 27, 3° c. Cost.

La questione si pone al centro di quel delicato equilibrio, che all'interno della concezione polifunzionale della pena, impone di bilanciare le istanze di difesa sociale con quelle di rieducazione del reo⁴²⁸.

Nel caso di specie il Tribunale di sorveglianza di Firenze aveva sollevato la questione, in riferimento al caso di un condannato all'ergastolo, che stava espiando la pena in forza di due diverse condanne (la prima a ventisei anni e la seconda all'ergastolo) entrambe per sequestro di persona a scopo di estorsione, e che si rifiutava di prestare, ancorché sollecitato dall'amministrazione penitenziaria, la collaborazione richiesta ai sensi dell'art. 58 *ter*.

Il giudice *a quo* deduceva che l'ammissione alla liberazione condizionale era preclusa, in quanto, in forza del rinvio formale effettuato dall'art. 2 del d.l. n. 152 del 1991, l'art. 4 *bis* andava applicato anche alla liberazione condizionale; in secondo luogo il condannato non si trovava in una delle situazioni di collaborazione ininfluyente, impossibile o irrilevante, che varrebbero ad escludere il requisito di cui all'art. 58 *ter*; infine non era possibile applicare quella giurisprudenza costituzionale⁴²⁹ che ritiene di ammettere ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione i condannati che prima dell'entrata in vigore del d.l. 306/1992 abbiano raggiunto il grado di rieducazione richiesto per l'ammissione al beneficio: il soggetto in questione, anche se «avviato da tempo su un percorso riabilitativo», fu poi condannato nel 1993 per

⁴²⁷ Corte cost., sent. 11 giugno 1993 n. 306 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 2467 e ss.; Corte cost., 27 luglio 1994 n. 357 in *Giurisprudenza costituzionale* 1994, pp. 2921 e ss.; Corte cost. 1 marzo 1995 n. 68 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 625 e ss.

⁴²⁸ MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4 bis ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, n. 11, 2003, p. 1353.

⁴²⁹ Corte cost. 22 aprile 1999, n. 137, in *Foro italiano*, 1999, I, 1727; Corte cost. 30 dicembre 1997 n. 445, in *Foro italiano*, 1998, I, 2732;

un'estorsione in danno di un altro detenuto, interrompendo quindi «la continuità di tale percorso nella fase e nel grado già maturati in precedenza»⁴³⁰.

Il tribunale rimettente solleva quindi la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, 1°co, prima parte, il quale preclude al condannato che non si trovi nelle situazioni di collaborazione inesigibile o impossibile, l'accesso alla liberazione condizionale, istituto che a sua volta rende compatibile la pena dell'ergastolo⁴³¹ con il dettato costituzionale che impone la finalità rieducativa della pena intesa come processo di risocializzazione del reo. La perpetuità dell'ergastolo, come abbiamo visto, è venuta attenuandosi proprio in sede di esecuzione della pena⁴³².

Infine, prosegue il giudice *a quo*, «l'esclusione permanente ed assoluta dei condannati all'ergastolo dal processo rieducativo e di reinserimento sociale», in violazione del precetto contenuto nell'art. 27, 3° comma, integrerebbe una situazione del tutto analoga a quella che ha determinato la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 177, 1°co. ultimo periodo, «nella parte in cui non prevede che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio ove ne sussistano i relativi presupposti»⁴³³ per contrasto con l'art. 27, 3°co. della Carta Costituzionale.

Nel caso in esame tuttavia la Consulta ha dichiarato *infondata* la questione di legittimità costituzionale, non ritenendo contrastante l'art. 4 *bis* con la Costituzione, nella parte in cui richiede la collaborazione con la giustizia come requisito necessario per la concessione della liberazione condizionale.

Il punto centrale della decisione sta nella considerazione che l'esclusione del condannato ergastolano non deriva automaticamente dall'art. 4 *bis*, ma discende «dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta»⁴³⁴.

È come se la Corte dicesse che spetta al condannato decidere se ottenere o meno la liberazione condizionale, in relazione alla sua personale e inviolabile scelta di

⁴³⁰ Così Corte cost. sent. 24 aprile 2003 n. 135 in *Diritto penale e processo*, n.11, 2003, p.1351.

⁴³¹ Si vedano le sent. Corte cost. 204/1974, 264/1974, 274/1983, 161/1997 commentate nel presente lavoro al cap. II, § 2.15, 2.16, 2.17.

⁴³² Cfr. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4 bis ord. penit., op. cit.*, p. 1354.

⁴³³ Sent. Corte Cost. 161/1997.

⁴³⁴ *Ibidem*.

collaborare o meno. E ciò a differenza che nell'art. 177, 1°c. ult. periodo, in cui la preclusione ad una nuova ammissione al beneficio era insuperabile e definitiva, ed operava in modo automatico. Nessun automatismo è riscontrabile, prosegue la Consulta, nella disciplina degli effetti della collaborazione: tale presupposto infatti perde di decisività nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato.

Il quadro si completa se si tiene presente l'orientamento della giurisprudenza costituzionale⁴³⁵ che ha ritenuto di interpretare "l'offerta" collaborativa come segnale del ravvedimento del reo, richiesto per la concessione di permessi premio, misure alternative alla detenzione, ma che assume una rilevanza ancora maggiore se si ricorda che l'art. 176 c.p. richiede, tra i requisiti necessari per la liberazione condizionale, il *sicuro* ravvedimento del reo. La mancata collaborazione viene interpretata come permanenza di legami con il gruppo criminoso, poiché «è solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare»⁴³⁶. La collaborazione dimostrerebbe inoltre il venir meno della pericolosità sociale del condannato e l'esito positivo del percorso rieducativo.

Poiché quindi non è riscontrabile una preclusione assoluta e automatica alla liberazione condizionale, e poiché la mancata collaborazione è considerata indice del "mancato ravvedimento" del reo (che costituisce comunque, al di là delle previsioni contenute nell'art. 4 *bis*, un presupposto necessario ai fini della concessione del suddetto beneficio), non si può riscontrare un contrasto con il principio rieducativo affermato dall'art. 27, 3°c. Cost.

La *ratio* dell'art. 4 *bis* è da ritrovarsi nell'utilissimo apporto che spesso tali collaborazioni determinano, non potendosi in alcun modo considerare la rieducazione e l'emenda i veri obiettivi della norma. La scelta di collaborare, mi pare più evidentemente legata alle opportunità e ai benefici concreti sotto il profilo sanzionatorio che tali collaborazioni determinano⁴³⁷. Probabilmente si valorizza allora un profilo

⁴³⁵ In particolare si veda la sent. Corte cost. 20 luglio 2001, n. 273, in *Foro italiano*, 2002, 1, p. 21 con nota di LA GRECA.

⁴³⁶ *Ibidem*.

⁴³⁷ Oltre al superamento delle preclusioni previste dall'art. 4 *bis* e dei relativi tetti di pena, si pensi anche al caso della "collaborazione qualificata" prevista dall'art. 16 *nonies* del d.l. 8/1992 (introdotto dalla L. 45/2001), la quale prevede che il provvedimento di concessione dei benefici penitenziari possa essere adottato «anche in deroga alle vigenti disposizioni, ivi comprese quelle relative ai limiti di pena di cui all'art. 176, e agli art. 30 ter e 47 ter della legge 26 luglio 1975 n. 354, e successive modificazioni». Tali

premiale e preventivo, diminuendo il pericolo che questi soggetti ricommettano reato in forza di una minore pericolosità sociale⁴³⁸ dedotta dalla condotta collaborativa; ma più che per effettiva emenda, per le condizioni in cui il soggetto reinserito in società si viene a trovare, che implicano una scissione forzata con il gruppo criminale di appartenenza.

Queste considerazioni possono essere comprese alla luce di quel percorso evolutivo compiuto dalla riforma penitenziaria che ha iniziato a prediligere e ad accentuare gli aspetti premiali connessi ai benefici penitenziari, svincolandone in parte la concessione alla sussistenza di una reale emenda da parte del reo. A seguito degli scarsi risultati ottenuti in tema di recidiva criminale⁴³⁹, si è preferito creare degli strumenti che fossero idonei a mantenere, all'interno delle carceri, comportamenti conformi alle regole vigenti negli istituti penitenziari, e che fossero in grado di indurre il detenuto «a tenere comportamenti esteriori conformi alle regole giuridiche e sociali, in vista di un determinato risultato rappresentato dalla modifica della pena originariamente inflitta, conseguente alla concessione di benefici penitenziari o misure di decarcerizzazione»⁴⁴⁰.

A tal proposito è stato osservato che il prototipo di trattamento “base” dell’ordinamento penitenziario è quello strutturato sul modello «“disciplinare” fondato

benefici possono essere concessi salvo che non si tratti di permesso premio, dopo l’espiazione di almeno un quarto della pena inflitta ovvero, se si tratta di condannato all’ergastolo, dopo l’espiazione di almeno dieci anni di pena. In pratica si tratta di una notevole eccezione alla disciplina generale, l’ergastolano ad esempio potrà accedere al permesso premio fin dal primo giorno di reclusione, e il condannato alla pena della reclusione potrà accedere alla liberazione condizionale non appena abbia scontato sei anni di effettiva reclusione, tenuto conto delle riduzioni operate dalla liberazione anticipata. I requisiti per la concessione delle misure suddette sono i seguenti:

- a) Il soggetto deve essere stato condannato per reati di terrorismo o rientranti nella competenza delle Direzioni distrettuali Antimafia (ex art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.).
- b) Il soggetto deve avere prestato la collaborazione anche dopo la sentenza di condanna.
- c) La collaborazione fornita deve essere importante
- d) Deve sussistere il ravvedimento del condannato e non debbono persistere elementi di attuale collegamento con la criminalità organizzata o eversiva.
- e) Il condannato deve avere fornito la collaborazione dichiarando tutto ciò di cui è a conoscenza, entro 180 giorni da quando ha manifestato l’intenzione di collaborare e le dichiarazioni devono essere raccolte in apposito verbale
- f) Deve essere acquisito il parere del Procuratore generale competente (che è anche titolare del potere di richiedere il beneficio).

Cfr. CANEPA – MERLO, *Manuale di diritto penitenziario, op. cit.*, p. 509.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 511.

⁴³⁹ Vd. cap. II, § 2.10, nota 83.

⁴⁴⁰ Cfr. MORRONE, *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, Padova, 2003, pp. 51 - 53.

su un rapporto di tipo sinallagmatico, vale a dire sullo scambio tra determinati comportamenti e la modifica della pena»⁴⁴¹.

3.11. Giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo.

Un altro istituto, questa volta di natura processuale, che è valso ad elidere la perpetuità dell'ergastolo, è il giudizio abbreviato, disciplinato dal libro VI del codice di procedura penale, all'art. 442.

Il giudizio abbreviato, così come il patteggiamento, è nato con l'intento di snellire il corso del processo, deflazionando il dibattimento⁴⁴². Il processo viene infatti definito, ad esclusiva richiesta dell'imputato, nel corso dell'udienza preliminare.

La disciplina di tale rito speciale è stata profondamente modificata con la legge n. 479 del 1999, che ha «praticamente riscritto»⁴⁴³ la disciplina dell'art. 442 c.p.p. da un lato recependo i diversi moniti provenienti dalla Corte costituzionale, dall'altro cercando di rendere più "allettante" l'opzione per questo rito speciale.

La scelta di ricorrere al giudizio abbreviato è oggi interamente rimessa all'imputato, essendo superfluo il consenso del p.m, che la normativa antecedente riteneva invece requisito essenziale per l'ammissibilità del procedimento.

Non si subordina più l'adozione del giudizio abbreviato ad una valutazione da parte del giudice dello «stato degli atti»; infatti se l'imputato richiede incondizionatamente il giudizio abbreviato, il g.u.p. ha il dovere di disporlo anche se il processo non è decidibile allo stato degli atti. In tal caso il giudice dovrà assumere gli elementi di prova necessari alla decisione⁴⁴⁴.

Infine, la suddetta legge, ed è quello che in questa sede ci interessa, ha fatto cadere le barriere che precludevano ai soggetti, imputati per reati punibili con la pena dell'ergastolo la possibilità di scegliere il giudizio abbreviato. In realtà tale previsione non rappresenta una vera e propria novità, in quanto già l'originario art. 442 disponeva che la pena dell'ergastolo venisse sostituita con la pena della reclusione ad anni trenta.

Tale previsione si discostava però da quello che era il *dictum* della legge delega (l. 16/2/1987), la quale stabiliva semplicemente la diminuzione di un terzo della pena per

⁴⁴¹ DAGA, voce *Trattamento penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 1304.

⁴⁴² CONSO – GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2008, p. 611.

⁴⁴³ *Ibidem*, p.614.

⁴⁴⁴ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, op. cit., pp. 444 e ss.

quegli imputati che optassero per il giudizio abbreviato. Effettivamente il problema della compatibilità del rito abbreviato con i delitti punibili con l'ergastolo, si era posto già in sede di lavori parlamentari per l'approvazione della legge delega: il testo fu più volte emendato, poiché da un lato si affacciavano preoccupazioni di politica criminale legate alla concessione di sconti di pena a soggetti resisi autori di reati particolarmente gravi, dall'altro lato non si voleva limitare l'operatività del giudizio abbreviato, promuovendo al massimo la percorribilità di tale rito, in forza di ragioni di economia processuale⁴⁴⁵.

La Corte costituzionale⁴⁴⁶ è intervenuta a censurare l'art. 442 per eccesso di delega, «nella parte in cui prevede che possa procedersi con il giudizio abbreviato anche per quei reati punibili con la pena dell'ergastolo e possa conseguentemente, in caso di condanna, sostituirsi l'ergastolo con la reclusione di anni trenta». In particolare la legge – delega, sembrava circoscrivere la riduzione “premiale” solo a quei reati puniti con sanzioni quantitativamente determinate⁴⁴⁷.

Come abbiamo visto, la l. 479/1999, facendo rivivere il vecchio dettato normativo, ha previsto che in caso di scelta di giudizio abbreviato il giudice, qualora condanni, applicherà la pena della reclusione ad anni trenta in luogo dell'ergastolo.

Così la possibilità di un accesso indiscriminato a tale rito, frutto della sola scelta dell'imputato, poteva di fatto segnare la fine della pena dell'ergastolo⁴⁴⁸. «Di qui polemiche allarmate che hanno indotto il legislatore a una particolare correzione di tiro, attuata con un'interpretazione autentica, della quale è però difficile disconoscere il carattere apertamente creativo e innovativo»⁴⁴⁹. Tale indicazione ermeneutica si è avuta con il d.l. 24/11/2000, convertito in l. 19/1/2001, che ha precisato che l'espressione «pena dell'ergastolo» è da riferirsi soltanto all'ipotesi di ergastolo “semplice” e non a quello aggravato con isolamento diurno ex art. 72, 1° e 2° c. c.p. nel caso di concorso di reati o di reato continuato. Se il soggetto è imputato per reati che importerebbero la pena dell'ergastolo aggravato dall'isolamento diurno, e il soggetto fa domanda di giudizio abbreviato, in caso di condanna si applicherà la “sola” pena dell'ergastolo. Quindi il rito

⁴⁴⁵ VENEROSO – CARLISI, *Il giudizio abbreviato*, Torino, 2007, p. 10.

⁴⁴⁶ Corte cost. 23 aprile 1991, n.176.

⁴⁴⁷ Cfr. MAINA, *Giudizio abbreviato e reati punibili con l'ergastolo nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Legislazione penale*, 1994, II, p. 365.

⁴⁴⁸ Cfr. VENEROSO – CARLISI, *Il giudizio abbreviato*, op. cit., p. 157.

⁴⁴⁹ CONSO – GREVI, *Compendio di procedura penale*, op. cit., p. 616.

speciale è attualmente accessibile a tutti, ma lo sconto di pena si riduce all'esclusione dell'isolamento diurno dal novero delle sanzioni irrogabili⁴⁵⁰.

Accanto alle preoccupazioni di politica criminale, legate ad uno svilimento della prevenzione generale, che vede sacrificate le sue ragioni in nome di esigenze di economia processuale, ciò che lascia perplessi è che, in tal modo si rimette ad un giudice monocratico, la decisione sul merito di reati particolarmente gravi, normalmente rimessi alla cognizione della Corte d'assise⁴⁵¹. L'opportunità di definire rapidamente il processo farebbe quindi venire meno l'esigenza di garantire la pubblicità del dibattimento e la collegialità del giudizio, e per di più desta dubbi di legittimità costituzionale lo spostamento della competenza dalla Corte d'Assise al giudice monocratico, in relazione a quello che è uno dei pilastri portanti del nostro sistema processuale e cioè la garanzia del giudice naturale precostituito per legge ai sensi dell'art. 25, 1° comma della carta costituzionale⁴⁵². La soluzione della questione dipende da come è interpretato il suddetto principio: se si ritiene che esso vada solo a garanzia del singolo, il quale deve essere giudicato da un giudice terzo e imparziale e quindi non precostituito *ad hoc*, il dubbio potrebbe essere infondato in quanto la sottrazione della competenza (in questo caso) alla Corte d'assise dipende dalla volontà dell'imputato; ma se si ritiene, come pare condivisibile, che il principio sancito dall'art. 25, 1° comma Cost. sia pilastro portante del sistema processuale penale volto a tutelare non solo il singolo cittadino, ma l'intera organizzazione giudiziaria, assicurando sia le parti dall'arbitrio che la magistratura da ingerenze dirette a ledere l'indipendenza interna, allora il dubbio di legittimità costituzionale rimane⁴⁵³.

3.12. La premialità nel diritto penale.

Una volta analizzata la particolare disciplina prevista dall'art. 4 *bis*, il quale permette, nei confronti di soggetti che hanno compiuto determinati reati tassativamente individuati, di accedere a benefici penitenziari soltanto in presenza della collaborazione richiesta ai sensi dell'art.58 *ter*, e chiarito il funzionamento del giudizio abbreviato, è necessario analizzare brevemente quel particolare aspetto, sempre più presente

⁴⁵⁰ *Ibidem*.

⁴⁵¹ Cfr. BRUNO, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, 2007, p. 101.

⁴⁵² PISANI, *Il giudizio abbreviato e la pena dell'ergastolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 431.

⁴⁵³ Cfr. LOZZI, *Lezioni di procedura penale, op. cit.*, p. 460.

nell'esperienza penalistica contemporanea, che è la premialità⁴⁵⁴. Faremo qui riferimento ai “premi” disposti in sede di esecuzione della pena per i collaboratori di giustizia, il richiamo va all'art. 58 *ter* ord. penit., agli artt. 13 *bis* e 13 *ter* e 16 *nonies* del d.l. 15/01/1991 n. 8 (convertito in l. 15/03/1991, n. 82)⁴⁵⁵.

Il termine premialità presenta diversi significati⁴⁵⁶.

Utilizzando un'accezione molto ampia, per premialità si possono intendere tutte quelle fattispecie penali che, in relazione ad un certo comportamento tenuto dal soggetto, o sul piano della colpevolezza o su quello dell'esecuzione, gli attribuiscono un vantaggio. In tal modo la premialità si configura come un aspetto moderno del diritto penale, contrapposto alla sua tradizionale funzione repressiva⁴⁵⁷.

La seconda accezione, inerente alcuni degli istituti che abbiamo analizzato fino ad ora, fa riferimento alla fase di esecuzione della pena e include quei meccanismi che, a seguito dell'evolversi della personalità del condannato in forza del “successo” del

⁴⁵⁴ La legislazione premiale sostanziale è molto vasta e in parte alcune fattispecie erano già previste nel codice penale del 1930, si pensi per la parte generale all'art. 56, 3° e 4° c. c.p. che prevede rispettivamente gli istituti della desistenza volontaria o del recesso attivo; molto più numerose sono le fattispecie di parte speciale si pensi agli artt. 308 e 309 c.p., all'art. 463 c.p., o agli artt. 525, 655, 630 c.p. Nel tempo il legislatore ha comunque preferito spostare “l'intervento premiale” in un'ottica processualistica, in particolare utilizzando il premio come strumento processuale di ricerca probatoria. Più recentemente il legislatore penale sostanziale ha introdotto una serie di circostanze attenuanti ad effetto speciale. Più dettagliatamente, in particolare per quest'ultimo aspetto cfr. LIGUORI, *Il diritto penale premiale. La tecnica delle circostanze attenuanti ad effetto speciale e il problema della loro possibile cumulabilità*, in *La Giustizia penale*, 1998, p. 3; più in generale cfr. PADOVANI, *La soave inquisizione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, p. 542.

⁴⁵⁵ L'art. 58 *ter*, come già detto, disciplina in via “ordinaria” la collaborazione con la giustizia; i successivi articoli 13 *bis* e *ter* dettano le regole di protezione per coloro che collaborano con la giustizia, introducendo un «circuitto differenziato di esecuzione penitenziaria per i detenuti e internati che collaborano con la giustizia, a cui consegue la creazione di un diverso ed ulteriore circuitto di detenuti definibili “specialissimi” nei cui confronti non si conoscono modalità di trattamento solo in parte diverse, ma che possono essere sottoposti ad un regime “altro”, o meglio radicalmente opposto a quello ordinario». Addirittura ai sensi dell'art. 13 *ter* l'affidamento in prova può essere concesso in deroga a quanto stabilito dall'art. 47 ord. penit., cioè la misura può essere concessa anche a soggetti condannati a pene detentive superiori ai tre anni, inclusi quindi gli ergastolani. La *ratio* è quella di incentivare la collaborazione, tutelare l'incolumità delle persone che collaborano e la genuinità delle dichiarazioni. L'art. 16 *nonies* riguarda la concessione dei benefici penitenziari a seguito di collaborazione “qualificata”, per la disciplina della quale rimandiamo alla nota 173 di questo capitolo. Cfr. PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, *op. cit.*, pp. 335 e ss.

⁴⁵⁶ Useremo in questa sede la distinzione proposta da MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in AA. VV., *La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 115. Il saggio è contenuto negli atti di un convegno tenutosi nel 1986 in ricordo di Pietro Nuvoione. L'intera opera non può quindi tenere in considerazione le novità introdotte con legislazione d'emergenza negli anni 1991 -1993 che abbiamo parzialmente analizzato in questo lavoro. Tuttavia, l'analisi svolta, che parte dal fenomeno del terrorismo rosso e nero degli anni '70 e '80, muove da considerazioni che sono tutt'ora assolutamente attuali e valide.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

trattamento rieducativo, prevedono la possibilità per il condannato di riottenere la libertà⁴⁵⁸.

La terza accezione, che è quella che ci apprestiamo ad analizzare, riguarda la premialità tipica delle legislazioni di emergenza, volta cioè a indicare quel fenomeno che utilizza la collaborazione del reo come “merce di scambio” in termini di punibilità⁴⁵⁹.

L'utilizzo di una simile tecnica legislativa è tipica di momenti di crisi sociale, che inevitabilmente coinvolge i ruoli e i compiti primari del diritto penale. Al diritto penale infatti troppo spesso si affida il compito di ripristinare l'omogeneità sociale e di eliminare le conflittualità esistenti, senza cercare altri canali di sfogo o nuove soluzioni, in spregio al principio di *extrema ratio*⁴⁶⁰.

La questione quindi è se esista, alla luce della teoria generale della pena, una giustificazione per l'utilizzo della premialità (e per i nostri fini per l'impiego della figura del collaboratore di giustizia) nel diritto penale. La funzione promozionale del diritto in generale, di cui Bobbio è stato uno dei più attenti sostenitori⁴⁶¹, si realizza tramite “sanzioni positive” e cioè mediante incentivi, premi, conseguenze favorevoli derivanti dall'osservanza del contenuto della norma⁴⁶². Tuttavia nel nostro sistema penale non serve (o non dovrebbe servire) la sanzione positiva per creare le condizioni dell'osservanza della legge; l'unica sanzione prevista è appunto quella negativa nel caso di inosservanza del comando normativo⁴⁶³. A ciò si aggiunge che la premialità non può essere ricondotta a nessuna delle tradizionali funzioni della pena: retribuzione generalprevenzione e specialprevenzione⁴⁶⁴.

⁴⁵⁸ Cfr. MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale. Simposio di studi di diritto e procedura penali. (Como, 1981)*, Milano, 1983, p. 197.

⁴⁵⁹ Cfr. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, op. cit., p. 116; FIORE, *Modelli di intervento sanzionatorio e criminalità organizzata: pericolose illusioni e inquietanti certezze della recente legislazione antimafia*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, (a cura di) MOCCIA, Napoli, 1999, p. 277. L'A. sottolinea che la tendenza ad utilizzare la punibilità come valore di scambio, è sintomo dell'incapacità dello Stato di pensare soluzioni complesse e socialmente articolate ai problemi derivanti dalla criminalità mafiosa e terroristica; al contrario l'azione dello stato è rivolta verso un'unica direzione: quella della repressione penale.

⁴⁶⁰ Così BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *La questione criminale*, 1981, III, p. 445.

⁴⁶¹ Cfr. FERRARI, *Diritto e società*, Bari, 2009, p. 48; BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977.

⁴⁶² BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale, e diritto penale*, op. cit., p. 446.

⁴⁶³ MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, op. cit., p. 117.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pp. 121 e ss.

Che non esista alcun nesso con la teoria retributiva è facilmente intuibile: innanzitutto la concezione premiale del diritto penale non può logicamente trovare supporto nella tradizionale idea di punire il male con il male. A ben vedere, ciò che stride di più con la moderna concezione retributiva, nella sua versione garantista, è la rottura con il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato e al grado di colpevolezza, nei confronti del collaboratore di giustizia⁴⁶⁵. Viene dunque meno l'equazione "gravità del reato – entità della pena"⁴⁶⁶.

Per quanto riguarda la giustificazione della premialità alla luce della prevenzione generale, concezione secondo la quale la minaccia della pena opera come deterrente e quindi come fattore volto a distogliere i consociati dal commettere delitti, contropinta alla spinta criminosa⁴⁶⁷ (prevenzione generale negativa), questa non ci sembra possibile; anzi il maggiore punto di attrito della concezione premiale si riscontra proprio sul versante della generalprevenzione: il soggetto che commette il reato sa che, qualora venga scoperto, potrà ottenere sconti di pena, grazie alla condotta collaborativa⁴⁶⁸; in questo modo viene meno l'effetto deterrente e la credibilità del sistema sanzionatorio penale. Simili considerazioni possono valere anche per la prevenzione generale positiva, che cerca di assolvere a funzioni di orientamento culturale che, qualora si prescindano dalla concreta applicazione della minaccia della pena, vengono del tutto disattese.

L'ultimo profilo, inerente il rapporto concezione premiale – prevenzione speciale è forse il più complesso: si potrebbe ritenere che tramite lo strumento del premio si incentivi il processo rieducativo, così come avviene normalmente per alcuni benefici penitenziari; ma il premio per la collaborazione con la giustizia non sembra realmente connesso all'esito di un processo rieducativo che porta il reo ad un ravvedimento tale da giustificare il reinserimento in società, poiché si basa il più delle volte su scelte di natura utilitaristica, fondate sul fatto che il vantaggio segue semplicemente alla condotta collaborativa, prescindendo da verifiche attinenti la

⁴⁶⁵ PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *La legislazione premiale*, op. cit., p. 83.

⁴⁶⁶ LIGUORI, *Il diritto penale premiale*, op. cit., pp. 4, 9.

⁴⁶⁷ Si veda il § 2.3. del presente lavoro.

⁴⁶⁸ MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, op. cit., pp. 123 e ss.; LIGUORI, *La legislazione premiale*, op. cit., p. 10.

rieducazione del reo⁴⁶⁹. Questo è facilmente dimostrabile segnalando casi di collaboratori in libertà recidivi o casi di fulmineo pentimento⁴⁷⁰.

Il sacrificio della prospettiva retributiva, e quindi del rapporto di proporzione tra il fatto di reato e la pena potrebbe giustificarsi alla luce della funzione costituzionale della pena intesa come integrazione sociale⁴⁷¹, e cioè comprensiva degli aspetti positivi della prevenzione generale e speciale; ma, se nemmeno alla luce di tali scopi possono giustificarsi gli sconti di pena e i benefici accordati, allora la sproporzione tra reato, colpevolezza e pena, non sarà ammissibile⁴⁷². Questo appare ancora più vero se si pensa che nessuna preclusione legata al tipo di reato commesso è prevista per l'accesso ai riti alternativi, in specie al giudizio abbreviato.

In ragione di ciò possiamo concludere che nessun indice finalistico della pena è idoneo a giustificare il premio per la collaborazione⁴⁷³.

Ma quello che nella legislazione premiale rischia di essere il dato più criticabile, che stona di più in assoluto con i principi del nostro ordinamento giuridico, è la violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost⁴⁷⁴. Gli autori di reati estranei al circuito della criminalità organizzata, vengono condannati e si trovano a scontare, per reati della medesima gravità o addirittura di gravità inferiore, pene di gran lunga superiori; così come i soggetti che agiscono all'interno del medesimo gruppo criminale, ma che rivestono un ruolo di secondo piano all'interno dell'organizzazione, che siano gravati da minore responsabilità, avranno meno possibilità di offrire un apporto collaborativo e quindi di godere di sconti e riduzioni di pena⁴⁷⁵. «I caratteri propri della

⁴⁶⁹ *Ibidem*.

⁴⁷⁰ MOCCIA, *Il dovere essere della premialità*, in AA.VV., *La giustizia contrattata*, (a cura di) MOCCIA, Napoli, 1998, p. 216.

⁴⁷¹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, *op. cit.*, pp. 83 e ss., 109 e ss.

⁴⁷² Cfr. MOCCIA, *Il dovere essere della premialità*, *op. cit.*, p. 214.

⁴⁷³ Mi sembra significativo in proposito, la differente posizione riscontrabile tra dottrina e giurisprudenza: la dottrina, che muove le obiezioni sopra riportate, è molto critica nei confronti della legislazione premiale, viceversa l'orientamento dei giudici istruttori, alla luce dei contributi che le collaborazioni di giustizia hanno fornito per la comprensione di fenomeni criminali particolarmente complessi, e spesso di difficile comprensione, a causa dell'omertà che li caratterizza, è più tollerante anche se non per questo di assoluta condiscendenza Cfr. FALCONE, *Intervento in La legislazione premiale*, *op. cit.*, p. 228 e ss.; IMPOSIMATO, *Intervento in La legislazione premiale*, *op. cit.*, pp. 233 e ss.

⁴⁷⁴ MOCCIA, *Il dover essere della premialità*, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁷⁵ PADOVANI, "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità, in *La legislazione premiale*, *op. cit.*, p. 58.

giustizia penitenziaria e del processo di esecuzione sono infatti quelli di una giustizia “diseguale” perché diseguale è il potere negoziale dei soggetti»⁴⁷⁶.

La vera ragione dell'utilizzo di meccanismi premiali è da riscontrarsi, mi pare, nel grande aiuto che la collaborazione con la giustizia fornisce nel perseguimento dei reati e nella scoperta dei loro autori⁴⁷⁷.

La contropartita di un uso sfrenato di una simile legislazione premiale nel settore penale, è la perdita di credibilità dell'intero sistema. Esso, aggravato dalla stratificazione caotica della legislazione antimafia, diventa sempre più un diritto penale per tipi d'autore che un diritto penale del fatto, perde in termini di certezza ed effettività della pena, e o si trasforma in clemenzialismo indulgenziale o veicola istanze repressive che spesso contrastano con i principi costituzionali di umanità della pena e di finalismo rieducativo.

Se la figura del c.d. “pentito” appare indispensabile per fini investigativi e per il perseguimento dei reati, bisogna quantomeno limitarne il ricorso e gli ambiti di applicazione, fissando un *quantum* di pena minima che il collaboratore dovrà comunque scontare, cercando di temperare le due opposte esigenze. Si può affermare che una legislazione così confusa, improvvisata, diseguale, carente in termini di garanzia, tipicità, tassatività, non può alla lunga essere accettata, perché non favorisce la ricerca di soluzioni *extrapenali*, manda messaggi contraddittori alla collettività in termini di valori ispiratori e portanti il sistema penale, causa una perdita di coerenza del sistema penale complessivamente inteso⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ PAVARINI, *La “penitenziarizzazione” della giustizia penale*, in *La giustizia contrattata*, op. cit., p. 175.

⁴⁷⁷ STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 665.

⁴⁷⁸ MOCCIA, *Il dover essere della premialità*, op. cit., pp. 212 e ss.

Capitolo IV

Profili comparati ed europei sulla massima pena.

SOMMARIO: 4.0. INTRODUZIONE – 4.1. L’ORDINAMENTO INGLESE - 4.1.1. *IL CRIMINAL JUSTICE ACT DEL 2003.* - 4.1.2. *IL SISTEMA SANZIONATORIO INGLESE. LE FUNZIONI DELLA PENA.* - 4.1.3. *LA COMMISURAZIONE DELLA PENA DETENTIVA.* – 4.1.4. *IL LIFE IMPRISONMENT.* – 4.1.5. – *L’IMPRISONMENT FOR PUBLIC PROTECTION.* – 4.1.6. – *L’EXTENDED SENTENCE.* – 4.1.7. *IL RELEASE ON LICENCE.* – 4.2. L’ORDINAMENTO SPAGNOLO. – 4.2.1. *IL SISTEMA DELLE PENE. CENNI.* – 4.2.2. *LA RIFORMA DEL CODICE PENALE DEL 1995. LA LEGGE ORGANICA DEL 25 NOVEMBRE 2003, N. 15.* – 4.2.3. . *LA LEY ORGANICA DEL 30 GIUGNO 2003 N. 7. “IL SILENZIOSO RITORNO DELL’ERGASTOLO IN SPAGNA”.*

4.0. Introduzione.

Dopo l’analisi che abbiamo fin qui svolto circa i profili costituzionali, la disciplina, l’esecuzione della pena dell’ergastolo nel nostro ordinamento, riteniamo utile, al fine di comprendere quale potrà essere il futuro dell’ergastolo nel nostro sistema sanzionatorio, tentare una comparazione con le previsioni normative in tema di pena detentiva di alcuni paesi europei. In particolare ci occuperemo di quei sistemi sanzionatori che hanno espunto o comunque non hanno previsto, nel novero delle sanzioni penali, la pena detentiva a vita. Proponiamo l’analisi del sistema inglese e spagnolo.

4. 1. L’ordinamento inglese.

Tra gli ordinamenti europei che ci apprestiamo ad analizzare, quello che si discosta più di tutti dal nostro è sicuramente l’ordinamento inglese, il quale, come è noto, appartiene al sistema giuridico di c.d. *common law*⁴⁷⁹, in contrapposizione al sistema giuridico, proprio dell’Europa continentale, di *civil law*⁴⁸⁰ di cui invece fanno parte le tradizioni giuridiche di paesi come l’Italia e la Spagna.

⁴⁷⁹ La tradizione di *common law* raggruppa quelle esperienze che storicamente hanno il loro ceppo nel diritto inglese medioevale e moderno, e dal quale si sono staccate solo in epoca contemporanea. La tradizione giuridica anglosassone raggruppa paesi come l’Inghilterra, l’Irlanda, il Canada (con eccezione del Quebec), gli Stati Uniti, l’Australia e la Nuova Zelanda. Tale tradizione influenza anche il diritto di altri paesi che sono definiti misti in quanto hanno recepito elementi provenienti da diverse tradizioni giuridiche. Cfr. GAMBARO – SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 51.

⁴⁸⁰ La tradizione giuridica di *civil law* raggruppa le esperienze giuridiche sviluppatesi in epoca medioevale nell’Europa continentale. Le esperienze maturate all’interno del *civil law* hanno subito variazioni maggiori che danno luogo ad una categoria giuridica meno compatta e omogenea rispetto al *common law*. Cfr. *Ibidem*, p. 52.

Poiché non è assolutamente possibile analizzare quelli che sono i principi cardine del sistema di *common law*, e in specie di quello inglese, ci limiteremo ad accennare quanto riteniamo indispensabile per la comprensione del sistema penale inglese.

Per quanto riguarda le fonti normative, l'Inghilterra non conosce un codice penale e nemmeno una Costituzione⁴⁸¹. Questo non significa che non esista un diritto scritto, ma semplicemente che non è «la forma- codice»⁴⁸² la forma privilegiata di disciplina e di raccolta normativa: vi è una mescolanza tra *statutes* e *common law*⁴⁸³. Si utilizzano di frequente gli *statutes* che consistono in vere e proprie leggi scritte, volte a disciplinare uno specifico settore, e all'interno dei quali normalmente viene regolata la maggior parte dei reati (ma non tutti: ad esempio le fattispecie di omicidio e aggressione non sono disciplinate per iscritto). Tuttavia anche se gli *statutes* sono effettivamente delle fonti normative scritte, non per questo corrispondono sempre al nostro concetto di legge formale: gli *Act of parliament* costituiscono il corrispondente delle nostre leggi in senso formale; essi hanno un ruolo primario e preponderante ma non esclusivo in quanto esistono entro certi limiti forme di legislazione delegata⁴⁸⁴.

Ancora per quanto attiene il principio di legalità, la parola che esprime, seppure lontanamente e sommariamente, il concetto corrispondente nei paesi di *common law* è *Rule of law*⁴⁸⁵. All'interno di questa vasta e complessa categoria che è la *Rule of law* si spiega il ruolo del giudice e la connessa attività di creazione giurisprudenziale, la quale non è costitutiva ma dichiarativa, nel senso che il giudice “dichiara” il diritto, lo

⁴⁸¹ Cfr. FORNASARI, *Il principio di legalità*, in FORNASARI – MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008, p. 11.

⁴⁸² *Ibidem*.

⁴⁸³ *Ibidem*.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 12. L'A. riporta infatti che possono essere concesse al governo «deleghe di mero scopo, che lasciano ampio spazio decisorio al potere esecutivo e senza vincoli di tempo».

⁴⁸⁵ Non si tratta certo di un concetto che ha corrispondenza perfettamente biunivoca con quello che è il nostro principio di legalità poiché ha un significato molto ampio e variabile. «Esiste però un significato centrale di questo concetto che ricorre in pressoché tutti i contesti nei quali ad esso si fa riferimento, e che si fonda su valori di generalità e stabilità delle norme di legge, di prevedibilità ed uguaglianza nella interpretazione e nell'applicazione del diritto, ed anche sui valori di impersonalità, imparzialità e correttezza nell'amministrazione della giustizia» Cfr. TARUFFO, *Il giudice e la “rule of law”*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1999, III, p. 931, 932. Ampiamente circa il significato della Rule of law si veda DONATI, *Rule of law common law*, Milano, 2010.

“scopre”, portando alla luce principi e consuetudini già presenti nel contesto sociale, ma non lo crea⁴⁸⁶.

4.1.1. Il *Criminal Justice Act* del 2003.

La principale fonte legislativa scritta che disciplina attualmente il sistema della giustizia penale è il *Criminal Justice Act* 2003⁴⁸⁷.

L'antecedente legislativo, per quanto riguarda il sistema sanzionatorio è il *Power of Criminal Courts (sentencing) Act* 2000, il quale aveva abrogato un gran numero di norme precedenti e aveva cercato di dare una certa organizzazione sistematica al regime delle pene⁴⁸⁸.

Tuttavia il sistema delineato dall'*Act* 2000 è stato ben presto sostituito (per la maggior parte) dal *Criminal Justice Act* 2003. Quest'ultimo *Act*, caratterizzato da una particolare lunghezza e voluminosità⁴⁸⁹, ha abrogato gran parte delle norme precedenti in tema di pena e ha inoltre istituito il *Sentencing Guidelines Council* (artt. 167 e ss. CJA 2003). Questo organo, presieduto dal *Lord Chief Justice*, crea le linee guida cui le Crown Courts e le magistrate's court devono attenersi nel pronunciare le proprie sentenze⁴⁹⁰.

Tra gli scopi che la nuova legge si propone di promuovere tramite l'inflizione della pena, l'art. 142, 1, CJA 2003 annovera⁴⁹¹:

⁴⁸⁶ FORNASARI, *Il principio di legalità*, in FORNASARI – MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, op. cit., p. 13; TARUFFO, *Il giudice e la "rule of law"*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, op. cit., p. 932.

⁴⁸⁷ Per comodità useremo l'abbreviazione CJA per indicare il *Criminal Justice Act* del 2003. Il testo del CJA 2003 è consultabile sul sito http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/ukpga_20030044_en_1

⁴⁸⁸ Cfr. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002, p. 508

⁴⁸⁹ Alcuni autori riportano con una certa diffidenza, nella prefazione al commento dell'*Act* 2003, che: «The Criminal Justice Act is the Longest Act any of us has had to grapple with, weighing in at 339 sections, 38 Schedules and over 450 pages in the Stationery Office version». Cfr. TAYLOR, WASIK, LENG, *Blackstone's guide to the Criminal Justice Act 2003*, Oxford, 2004, p. XI.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 197 ess.

⁴⁹¹ Citando testualmente l'art. 142,1 CJA 2003: « Any court dealing with an offender in respect of his offence must have regard to the following purposes of sentencing:

- (a) the punishment of offenders,
- (b) the reduction of crime (including its reduction by deterrence),
- (c) the reform and rehabilitation of offenders,
- (d) the protection of the public, and
- (e) the making of reparation by offenders to persons affected by their offences».

- La punizione dei criminali
- La riduzione del crimine (da effettuarsi anche tramite l'intimidazione delle pena)
- La rieducazione e la risocializzazione del condannato
- La difesa della collettività
- L'implementazione di meccanismi di riparazione, da parte del condannato, del danno subito dalle persone offese dal reato.

La norma non indica quale di questi scopi debba avere prevalenza sugli altri, per cui si ritiene che il giudice, a seconda del caso specifico, scelga a quale finalità dare prevalenza⁴⁹². La seconda parte della norma indica i casi in cui questi scopi non sono da tenere in considerazione ai fini dell'applicazione della pena, ciò avviene in particolare nel caso in cui il criminale sia stato minorenni al tempo in cui il reato è stato commesso⁴⁹³.

4.1.2. Il sistema sanzionatorio inglese. Le funzioni della pena.

Il sistema sanzionatorio inglese presenta alcune significative differenze con quello italiano, in particolare esiste una vasta tipologia sanzionatoria che il giudice applica godendo di un'ampia discrezionalità, e le pene sono in genere caratterizzate da un'elevata flessibilità in fase di esecuzione⁴⁹⁴.

Per quanto riguarda le funzioni della pena non si riscontrano significative differenze e novità rispetto alle teorie proprie del nostro pensiero giuridico;

⁴⁹² THOMAS, FIRSTON, *sub art, 142*, in *Criminal justice act 2003. A current law statute guide*, annotated by D.A. THOMAS, R. F. FIRSTON, Hampshire, 2004, p. 161.

⁴⁹³ Art. 142, 2 CJA 2003: «Subsection (1) does not apply:

(a) in relation to an offender who is aged under 18 at the time of conviction,

(b) to an offence the sentence for which is fixed by law,

(c) to an offence the sentence for which falls to be imposed under section 51A(2) of the Firearms Act 1968 (c. 27) (minimum sentence for certain firearms offences), under subsection (2) of section 110 or 111 of the Sentencing Act (required custodial sentences) or under any of sections 225 to 228 of this Act (dangerous offenders), or

(d) in relation to the making under Part 3 of the Mental Health Act 1983 (c. 20) of a hospital order (with or without a restriction order), an interim hospital order, a hospital direction or a limitation direction».

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pp. 506 – 507.

l'elaborazione dottrinale, in tema di scopi della pena fa riferimento alla consueta triade retribuzione, generalprevenzione, specialprevenzione⁴⁹⁵.

L'essenza retributiva è sintetizzabile nell'espressione *just desert* (ossia "il giusto") con la quale si fa riferimento alla necessaria proporzione tra reato e pena⁴⁹⁶.

Tra le funzioni della pena si annoverano, come di consueto, la prevenzione generale (*general prevention*), secondo cui la pena funge da deterrente per i consociati dalla commissione dei delitti la prevenzione speciale volta ad evitare che chi ha già commesso un delitto possa commetterne altri⁴⁹⁷.

Anche nell'ordinamento inglese la prevenzione speciale ha assunto una connotazione prettamente positiva volta alla rieducazione del condannato⁴⁹⁸ (specialmente nei confronti di chi delinque per la prima volta), tramite l'eliminazione delle cause che lo hanno indotto a commettere reato, mediante interventi di sostegno psicologico, sociale, educativo⁴⁹⁹. I giudici inglesi in effetti distinguono in maniera piuttosto netta, in sede di irrogazione della pena, a seconda che il soggetto sia un *first offender* o un *recidivist offender*⁵⁰⁰: poiché la recidiva è indice del fallimento del percorso rieducativo vengono inflitte pene più gravi rispetto a quelle che vengono irrogate al soggetto che delinque per la prima volta.

4.1.3. La commisurazione della pena detentiva.

⁴⁹⁵ Art. 142,1, CJA. Cfr. GARLAND, *Punishment and welfare: a history of penal strategies*, Aldershot, Gower, 1985, pp. 15 -16; GYBSON – WATKINS, *Criminal justice act 2003: a guide to the new procedures and sentencing*, Waterside press, 2003, p. 20.

⁴⁹⁶ Cfr. HART – GARDNER, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 2008, pp. 163 e ss.

⁴⁹⁷ GARDNER, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, p. 203.

⁴⁹⁸ Una pena che ha carattere rieducativo e che si caratterizza come vera e propria alternativa alla detenzione è il *community order* (art. 177 CJA 2003). Si tratta di una sanzione che può essere comminata tutte le volte che un soggetto maggiore di 16 anni abbia compiuto un reato per il quale è prevista la pena dell'*imprisonment*. È previsto un limite massimo di 240 ore e, requisito imprescindibile per l'irrogazione della suddetta sanzione è che vi sia una *social enquiry report*, ossia la relazione di un *appropriate officer* sulla personalità del reo, necessaria a comprendere se il reo sia adatto a svolgere le mansioni previste. Il condannato deve prestare la quantità di lavoro prevista, presentare un rendiconto sull'attività svolta, e comunicare qualsiasi modifica di residenza. Così MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto, in Percorsi europei di diritto penale, op. cit.*, p. 173.

⁴⁹⁹ VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato, op. cit.*, p. 505.

⁵⁰⁰ ASHWORTH, *Sentencing*, in *The Oxford Handbook of Criminology*, 1994, p. 820, citato in VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese, op. cit.*, p. 504.

Abbiamo detto che una delle principali caratteristiche dell'ordinamento giuridico inglese attiene alla vasta discrezionalità attribuita al giudice in sede di comminazione e commisurazione della pena (la discrezionalità attiene quindi sia alla *species* che al *quantum* di pena) entro naturalmente i limiti massimi fissati dalla legge. Di fatto, tale discrezionalità giudiziale ha fatto sì che il centro delle decisioni in tema di politiche sanzionatorie fossero rimesse proprio alla magistratura⁵⁰¹.

Tale estesa discrezionalità, che a prima vista può sembrarci aberrante e fonte di incredibili arbitri e discriminazioni, è possibile in un sistema giuridico caratterizzato dal ferreo rispetto del costume, garantito da una secolare tradizione, che governa l'esercizio dell'azione penale⁵⁰².

Questa discrezionalità è riscontrabile nel potere del giudice di astenersi dal pronunciare la condanna (si tratta dell'istituto del *discharge* che può essere *absolute* o *conditional*), quando l'imputato è ritenuto colpevole di un reato per cui la legge non prevede una pena fissa e quando la corte non ritenga opportuno infliggere la pena (artt. 12 -15 *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*)⁵⁰³.

Anche nell'applicazione della pena detentiva (*imprisonment*) si evidenzia tale discrezionalità: la tendenza dei giudici è quella di circoscrivere l'applicazione di tale pena solo nel caso di commissione di reati di una certa gravità, che concretizzino rilevanti offese al bene giuridico protetto (art. 152 *Criminal Justice Act 2003*)⁵⁰⁴. Bisogna tuttavia rilevare che è proprio nell'ambito del sistema penale che la *statute law* ha un peso notevole⁵⁰⁵.

In Inghilterra il sistema di commisurazione della pena (*tariff process*) è di tipo bifasico: nel corso della prima fase, ispirata al principio retributivo, deve essere individuato il *quantum* di pena da irrogare in proporzione alla gravità del fatto. Il

⁵⁰¹ Cfr. HENHAM – MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 717.

⁵⁰² Cfr. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, op. cit., p. 507.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 522; ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, Cambridge, 2005, pp. 295 – 296.

⁵⁰⁴ L'art. 152, 2, riproduce in sostanza il contenuto dell'art. 79, 2, dell'Act del 2000. L'attuale norma così recita: «The court must not pass a custodial sentence unless it is of the opinion that the offence, or the combination of the offence and one or more offences associated with it, was so serious that neither a fine alone nor a community sentences can be justified for the offence». Cfr. *Criminal justice act 2003. A current law statute guide*, annotated by D.A. THOMAS, R. F. FIRSON, Hampshire, 2004, p. 168.

⁵⁰⁵ VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, op. cit., p. 507.

giudice dovrà valutare il *fatto* (nella sua componente oggettiva e soggettiva) e il *rapporto tra il colpevole e l'offeso*⁵⁰⁶.

Nella seconda fase si valuteranno fattori esterni alla gravità del reato e in particolare la *pericolosità del reato* rispetto all'ambiente dove è stato commesso e la *personalità del reo*. Questi due elementi vengono in rilievo per stabilire se esistano ragioni di *deterrence* che richiedano pene più severe, che esulino dalla stretta proporzione gravità del fatto – pena. La valutazione della personalità del reo serve alla comprensione del significato che egli attribuisce al reato⁵⁰⁷.

Bisogna tuttavia precisare che, l'esistenza di ragioni di deterrenza, che sembrano dipingere il sistema commisurativo inglese in una cornice squisitamente generalpreventiva, emergono per lo più rispetto a fatti di particolare gravità⁵⁰⁸ che giustificano *exemplary sentences*⁵⁰⁹.

Sempre in questa seconda fase si valuta la sussistenza di *mitigating factors* (fattori attenuanti) che attengano al carattere del reo e alla sua vita anteatta, ma più in generale, si può considerare qualunque circostanza che abbia influito sulla commissione del fatto e che possa essere valutata positivamente. In questa fase la discrezionalità del giudice è molto accentuata, nel senso che egli è totalmente libero, nella decisione, di valutare come sussistenti o meno i *mitigating factors*⁵¹⁰, così come discrezionale è la scelta circa il valore da attribuire alla diminuzione in relazione alla modifica della quantità di pena da irrogarsi⁵¹¹. Allo stesso modo si tiene conto di *aggravating factors* (fattori aggravanti).

4.1.4. *Il life imprisonment.*

⁵⁰⁶ MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *Percorsi europei di diritto penale*, op. cit., p. 170.

⁵⁰⁷ Cfr. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, op. cit., p. 514.

⁵⁰⁸ Per esempio sono considerati fattori di particolare gravità le rapine, la violenza sessuale. Talvolta si applicano sentenze esemplari anche per colpire o viceversa, proteggere alcuna categorie di soggetti.

⁵⁰⁹ MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *Percorsi europei di diritto penale*, op. cit., p. 170.

⁵¹⁰ Oltre i casi in cui la concessione dei *mitigating factors* è discrezionale, vi sono dei casi in cui questi sono previsti *ex lege* e caratterizzati da un effetto speciale. Si fa qui riferimento all' *abnormality of mind* e alla *provocation*, che derubricano l'omicidio da *murder* (doloso) a *manslaughter* (colposo), con importanti conseguenze poiché il *life imprisonment* è pena fissa per il *murder* ma è pena massima per il *manslaughter*. Cfr. *Ibidem*, p. 175.

⁵¹¹ VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, op. cit., p. 515; MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in FORNASARI –MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, op. cit., p. 170.

Per quanto concerne la tipologia delle sanzioni detentive presenti in Inghilterra ci occuperemo del *life imprisonment*, dell'*imprisonment for public protection* e dell'applicazione alla pena dell'*imprisonment* dell'*extended sentence*⁵¹².

L'ordinamento inglese, a differenza del nostro, non prevede la pena dell'ergastolo, infatti il termine *life imprisonment* non sta ad indicare, come sembrerebbe, la pena detentiva a vita, ma una pena detentiva a tempo indeterminato, irrogabile solo a soggetti adulti, che non supera di regola i dieci anni e la cui durata massima è decisa discrezionalmente dall'*Home Secretary* (il quale è un membro del governo che ha funzioni simili a quelle del nostro Ministro degli Interni e Ministro della giustizia)⁵¹³.

I reati che importano tali pene sono procedibili *on indictment* e la competenza a giudicarli spetta esclusivamente alle *Crown Courts*.⁵¹⁴

L'*imprisonment for life* (art. 225 CJA 2003) è la più grave pena che l'ordinamento inglese attualmente prevede nei confronti di soggetti che abbiano compiuto i 18 anni di età (nel caso di minori di età la pena più grave irrogabile è la *detention for life*): essa può essere obbligatoria per legge (*mandatory*) o rimessa alla discrezionalità del giudice (*discretionary*)⁵¹⁵.

Il dettato dell'art. 225 CJA 2003⁵¹⁶ prescrive obbligatoriamente l'inflizione dell'*imprisonment for life* quando siano soddisfatte cinque condizioni:

⁵¹² La pena di morte, prevista per alcuni reati di particolare gravità è stata abrogata nel 1969. Essa continuò ad essere in vigore, anche se di fatto mai applicata, per alcuni reati di particolare gravità quali la pirateria e l'alto tradimento, sino al 1998 quando venne abrogata definitivamente e sostituita con l'*imprisonment for life* (art. 36 *Crime and Disorder Act 1998*).

⁵¹³ Cfr. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in FORNASARI –MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, op. cit., p. 121.

⁵¹⁴ Le *magistrate's courts* sono competenti per reati meno gravi: esse possono infliggere la pena detentiva fino ad un massimo di sei mesi, nel caso di punizione di un unico reato (tale limite può essere superato nel caso di conversione di una pena pecuniaria non pagata in pena detentiva) o fino ad un massimo di dodici mesi nel caso in cui concorrano due o più reati. Cfr. ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, op. cit., pp. 1 – 2.

⁵¹⁵ A questo proposito è bene sottolineare che, prima del CJA 2003, la *discretionary life sentence* poteva essere irrogata, quando il reato fosse stato sufficientemente grave da giustificare una pena così severa. Tuttavia, a seguito della introduzione delle nuove regole sul *life imprisonment* e sull'*imprisonment for public protection*, il *discretionary life imprisonment* sarà destinato a diventare sempre più raro, in quanto esse contengono di per sé i requisiti che normalmente i giudici di *common law* ritenevano necessari al fine dell'irrogazione del *discretionary life sentence*. Cfr. *Criminal justice act 2003. A current law statute guide*, annotated by D.A. THOMAS, R. F. FIRSTON, p. 221.

⁵¹⁶ Art. 223 CJA 2003: « This section applies where:

- (a) a person aged 18 or over is convicted of a serious offence committed after the commencement of this section, and
- (b) the court is of the opinion that there is a significant risk to members of the public of serious harm occasioned by the commission by him of further specified offences.

- Il soggetto deve essere stato condannato per un reato grave punibile con il *life imprisonment*.
- La gravità del reato (*serious offence*) deve corrispondere a quella specificata nell'art. 224 CJA 2003.
- Il reato deve essere stato commesso dopo il 4 aprile 2005.
- La corte deve ritenere che il reato sia talmente grave da giustificare l'inflizione del *life imprisonment*.
- Deve esserci, secondo l'opinione della corte, un significativo rischio che vengano cagionati gravi danni (*serious harm*) alle persone a causa della commissione di ulteriori, concreti, reati da parte del reo.

Alcuni di questi parametri necessitano di essere chiariti alla luce del dettato contenuto nell'art. 224 CJA 2003⁵¹⁷.

La gravità del reato è specificata dall'art. 224 CJA 203, il quale definisce la *serious offence* come uno specifico reato di natura sessuale⁵¹⁸ o violenta che comporta una pena minima di 10 anni di *imprisonment* o financo la pena del *life imprisonment*.

Per *serious harm* si intende il rischio che sia cagionata la morte o altro grave danno alla persona, sia di natura fisica che psicologica⁵¹⁹.

(2)If—

(a)the offence is one in respect of which the offender would apart from this section be liable to imprisonment for life, and

(b)the court considers that the seriousness of the offence, or of the offence and one or more offences associated with it, is such as to justify the imposition of a sentence of imprisonment for life,the court must impose a sentence of imprisonment for life».

⁵¹⁷ L'art. 224 CJA 2003, così statuisce:

«(1)An offence is a “specified offence” for the purposes of this Chapter if it is a specified violent offence or a specified sexual offence.

(2)An offence is a “serious offence” for the purposes of this Chapter if and only if—

(a)it is a specified offence, and

(b)it is, apart from section 225, punishable in the case of a person aged 18 or over by—

(i)imprisonment for life, or

(ii)imprisonment for a determinate period of ten years or more.

(3)In this Chapter—

“relevant offence” has the meaning given by section 229(4);

“serious harm” means death or serious personal injury, whether physical or psychological;

“specified violent offence” means an offence specified in Part 1 of Schedule 15;

“specified sexual offence” means an offence specified in Part 2 of that Schedule»

⁵¹⁸ Le *sexual offences* sono definite all'interno della *schedule 15* CJA 2003

⁵¹⁹ Cfr. TAYLOR – WASIK – LENG, *Blackstone's guide to the criminal justice act 2003, op. cit.*, pp. 253 – 254.

Quando si verificano le suddette condizioni la Corte deve infliggere la pena del *life imprisonment*.

Appare opportuno, porre l'accento su una significativa novità introdotta dal *Criminal Justice Act 2003*, proprio in relazione al caso in cui un soggetto sia stato condannato per il delitto di omicidio doloso alla pena del *life imprisonment*.

La sentenza che condanna un soggetto per il delitto di omicidio (doloso) è divisa in due parti: nella prima si stabilisce il c.d. *minimum term*, cioè si fissa un termine minimo di pena, relativo alla gravità del reato, che deve essere interamente scontato senza alcuna possibilità di rilascio anticipato (*early release*). Soltanto una volta spirato tale termine sarà possibile ottenere la libertà, previa valutazione dell'attuale pericolosità del soggetto, che se persiste può precludergli l'ingresso in società per ancora molti anni⁵²⁰.

La determinazione di questi due contenuti della sentenza era di competenza dell'*Home secretary*, il quale determinava il termine minimo di pena da espiare, sentiti il giudice e il *Lord Chief Justice*.

Nel 1999, la Corte europea dei diritti umani aveva, a proposito di un celebre caso del tempo⁵²¹, ammonito l'Inghilterra che il potere spettante all'*Home secretary* di determinare i termini minimi di detenzione e rilascio di un soggetto, violava l'art. 6 della CEDU, il quale garantisce ad ogni soggetto di essere giudicato, e come tale condannato, da un tribunale "indipendente e imparziale"; qualità non certo propria di un organo politico quale l'*Home secretary*⁵²². Inizialmente la violazione dell'art. 6 fu riscontrata soltanto nei confronti dei processi che riguardavano soggetti minori di 18 anni, ma dopo poco, cadde anche tale flebile confine, e definitivamente, nel 2002, la *House of Lords* in *R. v. Secretary of State for the Home Department*⁵²³ decretò che un

⁵²⁰ CULLEN – NEWELL, *Murders and life imprisonment*, Winchester, 1999, pp. 122 e ss.

⁵²¹ Si tratta di un caso molto noto in Gran Bretagna al tempo: *V. and T. vs United Kingdom*, nel quale furono condannati per un omicidio, crudele ed efferato di un bambino di appena 2 anni, due bambini di dieci anni. In questi casi il diritto penale inglese prevede la pena della *detention during Her Majesty's pleasure* (art. 90 Act 2000), per la quale non v'è una durata determinata, ma si richiede un termine minimo di pena da espiare che viene stabilito dall'*Home secretary* dietro il parere del giudice e del *Lord Chief Of Justice*. Nel caso specifico il giudice ritenne adatta, alla luce della giovane età dei due condannati, la pena della detenzione per 8 anni. Il Lord Chief of Justice ritenne adeguata la detenzione per 10 anni, ma l'*Home secretary*, stabilì la detenzione per 15 anni. Pare anche che l'allora *Home Secretary* David Blunkett si fosse fatto influenzare dall'opinione pubblica che si era mobilitata per quel caso. Cfr. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970612/vandt01.htm>

⁵²² ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, op. cit., p. 116.

⁵²³ La decisione si può leggere in:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd021125/ander-2.htm>

simile potere in capo all' *Home secretary* era incompatibile con l'art. 6 della CEDU anche nei confronti dei soggetti che avessero raggiunto la maggiore età.

Attualmente i giudici quando si trovano a decidere il *minimum term in relation to mandatory life sentence* devono avere riguardo dell'art. 269 CJA 2003⁵²⁴, il quale rimanda, ai fini della determinazione della pena base, alla *Schedule 21 CJA 2003*⁵²⁵.

⁵²⁴ Cos' l'art. 269 CJA 2003: «This section applies where after the commencement of this section a court passes a life sentence in circumstances where the sentence is fixed by law.

(2)The court must, unless it makes an order under subsection (4), order that the provisions of section 28(5) to (8) of the Crime (Sentences) Act 1997 (referred to in this Chapter as “the early release provisions”) are to apply to the offender as soon as he has served the part of his sentence which is specified in the order.

(3)The part of his sentence is to be such as the court considers appropriate taking into account—

(a)the seriousness of the offence, or of the combination of the offence and any one or more offences associated with it, and

(b)the effect of any direction which it would have given under section 240 (crediting periods of remand in custody) if it had sentenced him to a term of imprisonment.

(4)If the offender was 21 or over when he committed the offence and the court is of the opinion that, because of the seriousness of the offence, or of the combination of the offence and one or more offences associated with it, no order should be made under subsection (2), the court must order that the early release provisions are not to apply to the offender.

(5)In considering under subsection (3) or (4) the seriousness of an offence (or of the combination of an offence and one or more offences associated with it), the court must have regard to—

(a)the general principles set out in Schedule 21, and

(b)any guidelines relating to offences in general which are relevant to the case and are not incompatible with the provisions of Schedule 21.

(6)The Secretary of State may by order amend Schedule 21.

(7)Before making an order under subsection (6), the Secretary of State shall consult the Sentencing Guidelines Council».

⁵²⁵ Così la Schedule 21: «(a)the court considers that the seriousness of the offence (or the combination of the offence and one or more offences associated with it) is exceptionally high, and

(b)the offender was aged 21 or over when he committed the offence, the appropriate starting point is a whole life order.

(2)Cases that would normally fall within sub-paragraph (1)(a) include:

(a)the murder of two or more persons, where each murder involves any of the following:

(i)a substantial degree of premeditation or planning,

(ii)the abduction of the victim, or

(iii)sexual or sadistic conduct,

(b)the murder of a child if involving the abduction of the child or sexual or sadistic motivation,

(c)a murder done for the purpose of advancing a political, religious or ideological cause, or

(d)a murder by an offender previously convicted of murder.

5(1)If:

(a)the case does not fall within paragraph 4(1) but the court considers that the seriousness of the offence (or the combination of the offence and one or more offences associated with it) is particularly high, and

(b)the offender was aged 18 or over when he committed the offence, the appropriate starting point, in determining the minimum term, is 30 years.

(2)Cases that (if not falling within paragraph 4(1)) would normally fall within sub-paragraph (1)(a) include—

(a)the murder of a police officer or prison officer in the course of his duty,

(b)a murder involving the use of a firearm or explosive,

(c)a murder done for gain (such as a murder done in the course or furtherance of robbery or burglary, done for payment or done in the expectation of gain as a result of the death),

(d)a murder intended to obstruct or interfere with the course of justice,

(e)a murder involving sexual or sadistic conduct,

In particolare si prevedono delle pene-base che dovrebbero fungere per il giudice come punto di partenza per la valutazione di eventuali circostanze aggravanti e attenuanti in caso di commissione di omicidio doloso⁵²⁶.

Il punto di partenza (*starting point*) è la reclusione a vita (*whole life order*), quando il soggetto agente ha compiuto i 21 anni, qualora abbia ucciso due o più persone nel caso in cui ricorrano una o più delle seguenti circostanze:

- a) Premeditazione;
- b) Il sequestro della vittima;
- c) Violenze efferate o sessuali;
- d) Uccisione di minore con sequestro della vittima, ovvero con abuso sessuale;
- e) Omicidio per scopi politici o religiosi;
- f) Omicidio commesso da soggetto già condannato per omicidio doloso.

Si tratta della condanna a trenta anni minimo per soggetti maggiori di 18 anni in caso di:

- a) Omicidio di un agente di polizia in servizio.
- b) Omicidio perpetrato con armi da fuoco.
- c) Omicidio funzionale ad illecito arricchimento.
- d) Omicidio funzionale all'intralcio della giustizia.
- e) Omicidio particolarmente efferato ovvero con abuso sessuale della vittima.
- f) Omicidio plurimo.
- g) Omicidio aggravato da motivi razziali, da convinzioni religiose, o da orientamento sessuale.

(f)the murder of two or more persons,

(g)a murder that is racially or religiously aggravated or aggravated by sexual orientation, or

(h)a murder falling within paragraph 4(2) committed by an offender who was aged under 21 when he committed the offence.

6. If the offender was aged 18 or over when he committed the offence and the case does not fall within paragraph 4(1) or 5(1), the appropriate starting point, in determining the minimum term, is 15 years.

7.If the offender was aged under 18 when he committed the offence, the appropriate starting point, in determining the minimum term, is 12 years».

⁵²⁶ MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *Percorsi europei di diritto penale*, op. cit., p. 121.

h) Omicidio che rientra nella prima categoria (di cui sopra) commesso da soggetto che non ha ancora compiuto i 21 anni al tempo del reato.

Nel caso in cui l'omicidio doloso non rientri in una delle categorie precedenti, e il soggetto ha compiuto i 18 anni la pena base è minimo 15 anni, se il soggetto era minorenne quando ha commesso il fatto la pena minima è 12 anni.

4.1.5. *L'imprisonment for public protection*

Un nuovo tipo di pena indeterminata è stata introdotta dal *Criminal Justice Act 2003* (art. 225, 3⁵²⁷). Si tratta essenzialmente di un tipo di pena prevista per punire reati di particolare gravità a sfondo sessuale o particolari fattispecie di violenza.

La *ratio* di tale previsione è da riscontrarsi nella necessità di sanzionare in modo severo quei reati che non rientrano nel novero delle fattispecie sanzionabili con il *life imprisonment* ma che sono comunque pericolosi e in quanto tali destano allarme sociale⁵²⁸.

L'imprisonment for public protection può essere inflitto a persone che abbiano compiuto i 18 anni e che siano condannati per quei reati definiti gravi (*serious offence*) ai sensi dell'art. 224 CJA 2003, per i quali è prevista la pena detentiva di dieci o più anni.

Anche in questi casi è dunque necessario che sia scontato il termine minimo di pena fissato dal giudice; successivamente il soggetto potrà essere riammesso in libertà una volta che il *Parole Board* abbia dato il suo parere positivo⁵²⁹.

⁵²⁷ Così l'art. 225 in relazione all'*imprisonment for public protection*: «(3)In a case not falling within subsection (2), the court must impose a sentence of imprisonment for public protection.

(4)A sentence of imprisonment for public protection is a sentence of imprisonment for an indeterminate period, subject to the provisions of Chapter 2 of Part 2 of the Crime (Sentences) Act 1997 (c. 43) as to the release of prisoners and duration of licences».

⁵²⁸ Cfr. ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, op. cit., p. 211. L'A. cita la relazione dell'Home office: «We want to ensure that the public are adequately protected from those offenders whose offences do not currently attract a maximum penalty of life imprisonment but who are nevertheless assessed as dangerous. We believe that such offenders should remain in custody until their risk are considered manageable in the community. For this reason we propose to develop an indeterminate sentence for sexual and violent offenders who have been assessed and considered dangerous».

⁵²⁹ Il *Parole Board* è un organo consultivo di natura amministrativa, nominato dall'*Home secretary*; è presieduto da un giudice ed è composto da altri sedici membri tra cui giudici, psichiatri, criminologi, e sociologi. Cfr. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, op. cit., p. 456. Si veda anche l'art. 239 CJA 2003 e il sito http://www.paroleboard.gov.uk/recruitment/our_work/.

4.1.6. *L' extended sentence.*

Abbiamo visto che oltre al *life imprisonment* e *all'imprisonment for public protection*, un'altra tipologia di pena detentiva è l'*imprisonment* (pena della reclusione).

L'*imprisonment*, a differenza degli altri due tipi di pena che hanno durata indefinita, presenta un limite edittale massimo che è in genere previsto dalla legge scritta che prevede il reato, quando tale termine manchi, e il reato sia procedibile *on indictment* il termine massimo è di due anni.

Inoltre le *Magistrate's court* non possono irrogare pene che superino i sei mesi di pena detentiva nel caso di punizione di un unico reato (tale limite può essere superato nel caso di conversione di una pena pecuniaria non pagata in pena detentiva) o fino ad un massimo di dodici mesi nel caso in cui concorrano due o più reati⁵³⁰. Non è prevista la durata minima dell'*imprisonment*; l'unico limite è stabilito per il caso in cui la sentenza sia pronunciata da una *magistrate's court* che non può irrogarlo per meno di cinque giorni⁵³¹.

Come abbiamo detto, la prassi delle Corti inglesi è quella di applicare la pena detentiva ai casi in cui ciò appaia necessario o nel caso di reati di una certa gravità⁵³².

Tuttavia esistono dei casi in cui i giudici inglesi possono irrogare la pena dell'*imprisonment* al di sopra del limite massimo legale previsto: è il caso dell'*extended sentence*. Tale fattispecie viene considerata dagli inglesi un'autonoma figura di pena, che noi invece considereremmo un'ipotesi di aggravamento di pena nei confronti del soggetto recidivo⁵³³. La previsione dell'*extended sentence* ben si spiega alla luce del "doppio volto" del sistema sanzionatorio inglese, che si caratterizza per una particolare mitezza e residualità nell'uso della pena detentiva per reati di scarsa offensività, mentre si irrigidisce molto nel caso di reati particolarmente seri e ancora di più nei confronti di soggetti recidivi⁵³⁴.

⁵³⁰ Cfr. ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, op. cit., pp. 1 – 2.

⁵³¹ MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *Percorsi europei di diritto penale*, op. cit., p. 123.

⁵³² Art. 152, 2, CJA 2003. Cfr. con la nota 26 del presente capitolo.

⁵³³ Cfr. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *Percorsi europei di diritto penale*, op. cit., p. 171; VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, op. cit., p. 538.

⁵³⁴ VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, op. cit., p. 537.

Tale istituto ha trovato conferma anche nel *Criminal Justice Act 2003* (art. 227⁵³⁵), il quale trova la sua precedente fonte nel *Powers of Criminal Courts (sentencing) Act* del 200 (art. 85).

La norma prevede che l'*extended sentence* sia applicabile ai soggetti che abbiano compiuto il diciottesimo anno di età al momento della commissione del fatto, che siano stati condannati per specifici reati, sessuali o di violenza (che non integrino però le “*serious offence*” previste dall’art. 224 CJA 2003), per i quali il massimo edittale non superi i 10 anni⁵³⁶. Altra condizione imprescindibile affinché il giudice pronunci un’*extended sentence* è che vi sia effettivamente la necessità di difendere la collettività dalla possibilità che il reo cagioni un danno grave, tale per cui la sua custodia risulti necessaria: è quindi fondamentale una prognosi circa la pericolosità sociale del soggetto; si tengono in conto anche i precedenti penali e dunque la recidiva. A ciò si aggiunge però la valutazione circa la proporzionalità rispetto al disvalore penale del fatto⁵³⁷.

Le ragioni sottese all’applicazione dell’*extended sentence* non sono soltanto di *deterrence*, ma anche di prevenire la recidiva e garantire al meglio la riabilitazione del soggetto⁵³⁸. In relazione a tali esigenze va stabilito il periodo di *extension* che non può superare i cinque anni in caso di reati violenti e gli otto anni in caso di reati sessuali. In

⁵³⁵ Citiamo testualmente l’art. 227 CJA 2003: «(1)This section applies where—

(a) a person aged 18 or over is convicted of a specified offence, other than a serious offence, committed after the commencement of this section, and

(b) the court considers that there is a significant risk to members of the public of serious harm occasioned by the commission by the offender of further specified offences.

(2) The court must impose on the offender an extended sentence of imprisonment, that is to say, a sentence of imprisonment the term of which is equal to the aggregate of—

(a) the appropriate custodial term, and

(b) a further period (“the extension period”) for which the offender is to be subject to a licence and which is of such length as the court considers necessary for the purpose of protecting members of the public from serious harm occasioned by the commission by him of further specified offences.

(3) In subsection (2) “the appropriate custodial term” means a term of imprisonment (not exceeding the maximum term permitted for the offence) which—

(a) is the term that would (apart from this section) be imposed in compliance with section 153(2), or

(b) where the term that would be so imposed is a term of less than 12 months, is a term of 12 months.

(4) The extension period must not exceed—

(a) five years in the case of a specified violent offence, and

(b) eight years in the case of a specified sexual offence.

(5) The term of an extended sentence of imprisonment passed under this section in respect of an offence must not exceed the maximum term permitted for the offence».

⁵³⁶ Per la precisione si tratta di reati per i quali è previsto un massimo edittale compreso tra i due e i dieci anni. Cfr. TAYLOR – WASIK- LENG, *Blackstone’s guide to the criminal justice act 2003*, op. cit., p. 256.

⁵³⁷ MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *Percorsi europei di diritto penale*, op. cit., p. 171.

⁵³⁸ *Ibidem*.

questo modo sono stati previsti dei limiti che impediscono al giudice di trasformare, in casi limite, una pena detentiva a tempo determinato nella pena dell'ergastolo⁵³⁹.

Anche nel caso di *extended sentence* la sentenza si compone di due parti: nella prima parte si condanna il soggetto all'ordinaria pena detentiva che gli sarebbe irrogata ("*appropriate custodial term*"), la seconda parte contiene la previsione dell'*extension (extension period)*.

Ai fini del *release on licence* si richiede che il reo abbia espiato almeno metà dell'*appropriate custodial term* e che vi sia il parere favorevole del *Parole Board*; naturalmente il *Parole Board* non darà il proprio consenso qualora ritengano esserci ancora pericoli e rischi per la sicurezza della collettività⁵⁴⁰.

La considerazione critica, che può darci un utile spunto di riflessione, riguarda l'innalzamento dei livelli di pena e la maggiore severità che il *Criminal Justice Act* ha introdotto con queste tre pene, a riprova che in Inghilterra, così come nel nostro paese, è presente quella irresistibile tendenza per i governi di usare la politica criminale, come strumento per appagare le richieste di sicurezza provenienti dall'opinione pubblica, seguendo percorsi che non sempre si basano su riflessioni teorica o criminologica. Se questo è vero per reati di particolare gravità, bisogna anche evidenziare che in tema di reati minori e quindi nei confronti di soggetti che abbiano dimostrato una minore pericolosità sociale, l'ordinamento inglese fornisce degli strumenti che sono volti ad evitare o comunque ridurre l'utilizzo della pena detentiva di breve durata⁵⁴¹, supportandola con meccanismi volti a promuovere la rieducazione del condannato⁵⁴².

4.1.7. *Il release on licence (o parole system)*.

⁵³⁹ *Ibidem*; VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, op. cit., p.539.

⁵⁴⁰ Cfr. *Sub art. 247, Criminal justice act 2003. A current law statute guide*, annotated by D.A. THOMAS, R. F. FIRSON, Hampshire, 2004, p. 237. Riportiamo il testo originale della norma per la parte che qui interessa: «This section applies to a prisoner who is serving an extended sentence imposed under section 227 or 228.

(2)As soon as—

(a)a prisoner to whom this section applies has served one-half of the appropriate custodial term, and
(b)the Parole Board has directed his release under this section,it is the duty of the Secretary of State to release him on licence.

(3)The Parole Board may not give a direction under subsection (2) unless the Board is satisfied that it is no longer necessary for the protection of the public that the prisoner should be confined».

⁵⁴¹ Vd. Ad esempio il meccanismo del "*custody plus*" (descritto nel § 4.1.7.) o la pena del *community order* (§ 4.1.2. nota 12 del presente lavoro).

⁵⁴² Cfr. ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, op. cit., pp. 218 e 292.

Un istituto che ha la funzione di ridurre la durata della pena detentiva è il *release on licence*, che consente, una volta che si siano realizzati determinati presupposti, la liberazione anticipata del detenuto.

Tale istituto, prima dell'entrata in vigore del *Criminal Justice Act* del 2003 presentava delle forme di affinità con la nostra liberazione condizionale in quanto prevedeva, tra i requisiti necessari alla concessione del provvedimento, l'espiazione di una parte di pena e una prognosi positiva circa il ravvedimento del reo, al fine di incentivare l'adesione al programma rieducativo, secondo uno schema non dissimile da quello previsto dall'art. 176 del nostro codice penale. Tuttavia tale disciplina è stata riformata con il *Criminal Justice Act* del 1991 che ha previsto una serie di automatismi nella concessione del rilascio e che lo distanziano dal meccanismo della nostra liberazione condizionale⁵⁴³. Il *Criminal Justice Act* de 2003 è intervenuto a modificare parzialmente anche tale ultima disciplina.

Ai fini dell'operatività del *release on licence* (ordine di scarcerazione) si distingue a seconda della durata della condanna (in particolare le norme cui facciamo riferimento riguardano i casi in cui il soggetto sia stato condannato ad una pena determinata (*determinate term*)).

Prima del CJA 2003, i condannati alla pena della detenzione per un periodo inferiore ai dodici mesi dovevano espriare metà della condanna e in seguito potevano essere rilasciati senza l'apposizione di alcuna misura di controllo. Ci si rese conto però che un sistema così pensato faceva sì che la previsione della seconda parte della condanna, che non veniva né espriata né accompagnata da un apposito strumento di vigilanza o rieducativo, era resa priva di significato e carente di effettività, con la conseguenza non solo di non ostacolare, ma anche di incrementare il rischio della recidiva⁵⁴⁴. Il *Criminal Justice Act* del 2003, tenendo conto di tali problemi, ha previsto un sistema parzialmente diverso (definito "*custodial plus*" e disciplinato dall'art. 181⁵⁴⁵).

⁵⁴³ VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato, op. cit.*, p. 547.

⁵⁴⁴ Così si legge nell'Halliday report (Making Punishments Work: Review of the Sentencing Framework for England and Wales). La relazione può leggersi sul sito: http://www.homeoffice.gov.uk/documents/312280/030_Chapters_2-3.pdf?view=Binary

⁵⁴⁵ L'art. 181 CJA 2003, in tema di *prison sentences of less than 12 months* così recita: « Any power of a court to impose a sentence of imprisonment for a term of less than 12 months on an offender may be exercised only in accordance with the following provisions of this section unless the court makes an intermittent custody order (as defined by section 183). .

Si prevede oggi che, per le condanne a pene detentive brevi e cioè inferiori ai 12 mesi, la condanna debba essere espressa in settimane indicando una pena detentiva compresa complessivamente tra le 28 e le 51 settimane; il periodo di detenzione effettiva (*requisite custodial term*) va fissato, sempre nella sentenza, tra le 2 e le 13 settimane, e dopo il decorso di tale termine il rilascio è automatico (nel senso che è dovere del *Secretary of State*, ai sensi dell'art. 244, 1, CJA 2003, concedere il rilascio)⁵⁴⁶. Tuttavia la Corte nel calcolare la pena da irrogare, deve tenere in conto che il periodo minimo che il condannato deve espiare sotto “libertà condizionata” è di almeno 26 settimane. In più la Corte può subordinare il rilascio in libertà al rispetto di alcuni requisiti fissati dall'art. 182 (che corrispondono generalmente a quelli previsti per il *community order*). In alternativa è possibile che siano fissate al momento del rilascio,

(2) The term of the sentence— .

(a) must be expressed in weeks, .

(b) must be at least 28 weeks, .

(c) must not be more than 51 weeks in respect of any one offence, and .

(d) must not exceed the maximum term permitted for the offence. .

(3) The court, when passing sentence, must— .

(a) specify a period (in this Chapter referred to as “the custodial period”) at the end of which the offender is to be released on a licence, and .

(b) by order require the licence to be granted subject to conditions requiring the offender’s compliance during the remainder of the term (in this Chapter referred to as “the licence period”) or any part of it with one or more requirements falling within section 182(1) and specified in the order. .

(4) In this Part “custody plus order” means an order under subsection (3)(b). .

(5) The custodial period— .

(a) must be at least 2 weeks, and .

(b) in respect of any one offence, must not be more than 13 weeks. .

(6) In determining the term of the sentence and the length of the custodial period, the court must ensure that the licence period is at least 26 weeks in length. .

(7) Where a court imposes two or more terms of imprisonment in accordance with this section to be served consecutively— .

(a) the aggregate length of the terms of imprisonment must not be more than 65 weeks, and .

(b) the aggregate length of the custodial periods must not be more than 26 weeks. .

(8) A custody plus order which specifies two or more requirements may, in relation to any requirement, refer to compliance within such part of the licence period as is specified in the order. .

(9) Subsection (3)(b) does not apply where the sentence is a suspended sentence.»

⁵⁴⁶ La norma di riferimento è l'art. 244,1 e 3, lett. b.: « (1)As soon as a fixed-term prisoner, other than a prisoner to whom section 247 applies, has served the requisite custodial period, it is the duty of the Secretary of State to release him on licence under this section.

(3) In this section “the requisite custodial term” means:

(b) in relation to a person serving a sentence of imprisonment for a term of less than twelve months (other than one to which an intermittent custody order relates), the custodial period within the meaning of section 181».

ad opera del National offender management service, le condizioni cui il reo deve attenersi durante il periodo di libertà *on licence* ⁵⁴⁷.

Nel caso in cui il soggetto sia stato condannato alla pena della detenzione superiore ai dodici mesi, dovrà scontare almeno la metà della pena in carcere (art. 244, 3, lett. a⁵⁴⁸). Anche in questo caso la Corte potrà fornire delle indicazioni circa le condizioni cui subordinare la libertà condizionata. Il *Secretary of State* non è vincolato a tale indicazioni, ma deve comunque tenerle in conto. Durante il tempo del *release* i condannati saranno soggetti ad un controllo (*supervision*) da parte del *parole officer* fino a quando non sia spirato per intero il termine di pena previsto dalla sentenza⁵⁴⁹.

Come abbiamo previamente accennato, in caso di *extended sentence* ai fini del *release on licence* si richiede che il reo abbia espiato almeno metà dell'*appropriate custodial term* e che vi sia il parere favorevole del *Parole Board*; quest'ultimo non darà il proprio consenso qualora ritengano esserci ancora pericoli e rischi per la sicurezza della collettività (art. 247 CJA 2003)⁵⁵⁰.

In relazione alla pena del *life imprisonment* e dell'*imprisonment for public protection* esistono delle regole di tipo diverso.

Innanzitutto, in caso di *life imprisonment*, prima di potere essere ammessi alla *release on licence* è necessario che il soggetto abbia interamente espiato il *minimum term* fissato dalla sentenza (art. 275 CJA 2003⁵⁵¹). Una volta decorso tale termine la

⁵⁴⁷ Cfr. ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice, op. cit.*, p. 279. Cfr. *Sub art. 181, Criminal justice act 2003. A current law statute guide*, annotated by D.A. THOMAS, R. F. FIRSTON, *op. cit.*, p. 192.

⁵⁴⁸ L'art. 244 CJA 2003 statuisce che : «In this section “the requisite custodial term” means:

(a) in relation to a person serving a sentence of imprisonment for a term of twelve months or more or any determinate sentence of detention under section 91 of the Sentencing Act, one-half of his sentence»

⁵⁴⁹ ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice, op. cit.*, p. 282.

⁵⁵⁰ Vd. nota 62 del presente capitolo.

⁵⁵¹ Così l'art. 275 CJA 2003: « (1)Section 28 of the Crime (Sentences) Act 1997 (c. 43) (duty to release certain life prisoners) is amended as follows.

(2)For subsection (1A) there is substituted—

“(1A)This section applies to a life prisoner in respect of whom a minimum term order has been made; and any reference in this section to the relevant part of such a prisoner’s sentence is a reference to the part of the sentence specified in the order.”

(3)In subsection (1B)(a)—

(a)for the words from the beginning to “applies” there is substituted “this section does not apply to him”, and

(b)for the words from “such an order” to “appropriate stage” there is substituted “a minimum term order has been made in respect of each of those sentences”.

(4)After subsection (8) there is inserted—

“(8A)In this section “minimum term order” means an order under—

(a)subsection (2) of section 82A of the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (determination of minimum term in respect of life sentence that is not fixed by law), or

competenza a decidere il rilascio spetta al *Parole Board* secondo i criteri previsti dall'art. 28 del *Crime (Sentence) Act 1997*⁵⁵² (in particolare la Commissione deve essere convinta che non sussistano attuali esigenze di protezione della collettività che ostino alla concessione del *release*)⁵⁵³.

Infine, per quanto riguarda *l'imprisonment for public protection*, valgono le medesime regole di cui sopra, per cui il condannato dovrà espiare il *minimum term* fissato nella sentenza; decorso tale termine il detenuto dovrà rimanere in carcere fin tanto che il *Parole Board* lo riterrà opportuno per ragioni di sicurezza pubblica e difesa sociale. Una volta concesso il *release on licence*, questa resterà in vigore a tempo indeterminato (anche per sempre) a meno che il *Parole Board* stabilisca che non è più necessario, alla luce di esigenza di difesa sociale, il permanere della *licence* stessa (schedule 18)⁵⁵⁴.

(b)subsection (2) of section 269 of the Criminal Justice Act 2003 (determination of minimum term in respect of mandatory life sentence).” »

⁵⁵² L'art. 28 del *Crime sentence act* è stato parzialmente modificato dall'art. 275 del CJA 2003, per cui si rimanda al confronto di queste due norme.

⁵⁵³ Cfr. GYBSON – WATKINS, *Criminal justice act 2003, op.cit.*, p. 153.

⁵⁵⁴ Schedule 18, 2.: «”31A Imprisonment or detention for public protection: termination of licences”

(1)This section applies to a prisoner who—

(a)is serving one or more preventive sentences, and

(b)is not serving any other life sentence.

(2)Where—

(a)the prisoner has been released on licence under this Chapter; and

(b)the qualifying period has expired,the Secretary of State shall, if directed to do so by the Parole Board, order that the licence is to cease to have effect.

(3)Where—

(a)the prisoner has been released on licence under this Chapter;

(b)the qualifying period has expired; and

(c)if he has made a previous application under this subsection, a period of at least twelve months has expired since the disposal of that application,the prisoner may make an application to the Parole Board under this subsection.

(4)Where an application is made under subsection (3) above, the Parole Board—

(a)shall, if it is satisfied that it is no longer necessary for the protection of the public that the licence should remain in force, direct the Secretary of State to make an order that the licence is to cease to have effect;

(b)shall otherwise dismiss the application.

(5)In this section—

“preventive sentence” means a sentence of imprisonment for public protection under section 225 of the Criminal Justice Act 2003 or a sentence of detention for public protection under section 226 of that Act;

“the qualifying period”, in relation to a prisoner who has been released on licence, means the period of ten years beginning with the date of his release.”

3In section 34(2) of that Act (meaning of “life sentence”), after paragraph (c) there is inserted—

“(d)a sentence of imprisonment for public protection under section 225 of the Criminal Justice Act 2003, and

(e)a sentence of detention for public protection under section 226 of the Act »

In ogni caso tutti i detenuti che beneficiano del *release*, sia incondizionato che *on licence*, sono considerati a rischio di essere nuovamente custodializzati per tutta la durata della pena cui sono stati condannati se durante il periodo di *release* commettono un reato punibile con l'*imprisonment*⁵⁵⁵.

4.2. L'ordinamento spagnolo.

Il confronto con il sistema sanzionatorio previsto dall'ordinamento spagnolo, può risultare particolarmente interessante, date alcune significative coincidenze che esso presenta rispetto al nostro sistema penale.

Mi riferisco in particolare alla presenza di una Costituzione scritta, che sancisce, all'art. 25, 2°c., la finalità rieducativa, orientata alla risocializzazione, delle pene limitative della libertà e delle misure di sicurezza⁵⁵⁶.

In secondo luogo faccio riferimento alle misure di contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata, non troppo dissimili da quelle adottate dalla "legislazione dell'emergenza" italiana, che il legislatore spagnolo ha ritenuto di prevedere e che in quanto tali comportano significativi aggravamenti di pena in sede di irrogazione della sanzione e severe restrizioni in fase di esecuzione della pena, in relazione all'accesso ai benefici penitenziari⁵⁵⁷.

4.2.1. Il sistema delle pene. Cenni.

La distinzione dei vari tipi di pena viene effettuata dall'art. 32 del codice penale spagnolo. Esso prevede tra le pene: le pene privative della libertà, le pene privative di altri diritti e la multa.

⁵⁵⁵ Così VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, op. cit., p. 548.

⁵⁵⁶ La norma è contenuta nel titolo II (intitolato "*De los derechos y deberes fundamentales*"), capitolo II, sezione I ("*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*"), e così recita: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad". Il testo della Costituzione è reperibile sul sito:

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>

⁵⁵⁷ Cfr. CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna*, in *Modelli sanzionatori di contrasto alla criminalità organizzata. Un'analisi di diritto comparato*, (a cura di) FORNASARI, Trento, 2007, pp. 13 e ss.

Il successivo art. 33 distingue le pene a secondo della loro severità (che tiene conto della loro natura e della loro durata), in pene gravi, meno gravi e lievi⁵⁵⁸.

Sono pene gravi:

- a) La reclusione superiore a cinque anni.
- b) L'inabilitazione assoluta.
- c) Le inabilitazioni speciali che superino i tre anni.
- d) La sospensione dal pubblico impiego o dall'incarico di durata superiore a tre anni.
- e) Il divieto di guidare veicoli a motore o ciclomotori per un periodo superiore agli otto anni.
- f) La perdita del diritto a possedere o a portare armi per un periodo superiore a otto anni.
- g-h-i) La perdita del diritto di risiedere in determinati luoghi, o di recarvisi o il divieto di avvicinarsi alla vittima o a coloro, tra i suoi familiari o altre persone, che vengano individuati dal giudice, o di comunicare con essi per un tempo superiore a cinque anni.

Sono pene meno gravi:

- a) La reclusione da tre mesi a cinque anni.
- b) Le inabilitazioni speciali fino a cinque anni.
- c) La sospensione dal pubblico impiego o incarico fino a cinque anni.
- d) La privazione del diritto a condurre veicoli a motore o a ciclomotore da un anno e un giorno a otto anni.
- e) La perdita del diritto a possedere o portare armi da un anno e un giorno a otto anni.
- f-g-h) La perdita del diritto di risiedere in determinati luoghi, o di recarvisi o il divieto di avvicinarsi alla vittima o a coloro, tra i suoi familiari o altre persone, che vengano individuati dal giudice, o di comunicare con essi per un tempo da sei mesi a cinque anni.

⁵⁵⁸ Si utilizzerà qui per la traduzione del codice penale spagnolo, in relazione alle parti non emendate dalla successiva Legge Organica del 25 novembre 2003, n.15, l'opera *Il codice penale spagnolo*, (introduzione di) QUINTERO OLIVARES, (trad. it. a cura di) NARONTE, Padova, 1997, p. 63. Per l'utilizzo di una traduzione più recente faremo riferimento a quanto riportato da MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, op. cit., p. 191.

- i) La multa per più di due mesi.
- j) La multa proporzionale quale che sia il suo ammontare.
- k) I lavori a vantaggio della comunità da trentuno a centottanta giorni.

Sono pene lievi:

- a) La perdita del diritto di condurre veicoli a motore o a ciclomotore da tre mesi a un anno.
- b) La perdita del diritto di possedere o portare armi da tre mesi ad un anno.
- c-d-e) La perdita del diritto di risiedere in determinati luoghi, o di recarvisi o il divieto di avvicinarsi alla vittima o a coloro, tra i suoi familiari o altre persone, che vengano individuati dal giudice, o di comunicare con essi per un tempo inferiore ai sei mesi.
- f) La multa da dieci tassi giornalieri a due mesi.
- g) I lavori a vantaggio della comunità da uno a trenta giorni.

Rientrano tra le pene privative della libertà (*penas privativas de libertad*) ai sensi dell'art. 35 c.p., la reclusione, la localizzazione permanente e la responsabilità sussidiaria per il mancato pagamento della multa⁵⁵⁹. Come è di immediata evidenza, l'ordinamento spagnolo non annovera tra le "pene gravi" la pena dell'ergastolo; tuttavia il regime delineato dalle *Ley Organica* n. 7 del 2003 e *Ley Organica* n. 15 del 2003, ha introdotto, in alcuni casi relativi al concorso materiale di reati, la pena della reclusione fino a quaranta anni, prevedendo, come avremo modo di vedere a breve⁵⁶⁰, irrigidimenti nel sistema dei benefici penitenziari, tali per cui c'è stato chi ha avuto modo di dubitare, che simili previsioni abbiano comportato la surrettizia reintroduzione della pena dell'ergastolo nell'ordinamento spagnolo⁵⁶¹.

Le pene privative di diritti (*penas privativas de derechos*) sono elencate dall'art. 39 c.p.⁵⁶². Esse possono essere irrogate sia come pene principali che come pene accessorie⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Così l'art. 35 c.p.e. «*Son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.*». Per la consultazione della legge organica n. 25 del 2003 si veda il sito: <http://www.todalaley.com/mostrarLeyI1261p4tn.htm>

⁵⁶⁰ Cfr. il § 4.2.3. del presente capitolo.

⁵⁶¹ Cfr. dettagliatamente CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna*, op. cit., pp. 13 e ss.

⁵⁶² Così recita la norma: «*Son penas privativas de derechos:*

4.2.2. *La riforma del codice penale del 1995. La Legge Organica del 25 novembre 2003, n. 15.*

Il primo codice penale che la Spagna ha conosciuto, dopo l'avvento della democrazia e l'approvazione della Costituzione del 1978⁵⁶⁴, è stato il codice penale del 24 novembre 1995⁵⁶⁵. Già dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si era pensato alla necessità di riformare il vecchio codice penale di stampo ottocentesco, ma una vera e propria riforma del codice penale si era avuta soltanto nel 1995⁵⁶⁶.

Questa si era resa di assoluta necessità, non solo da un punto di vista giuridico avendo riguardo del dettato costituzionale, ma anche alla luce della rapida evoluzione che la società spagnola conobbe nel corso di poco meno di un ventennio⁵⁶⁷.

In particolare, il precedente complesso sanzionatorio si era quasi esclusivamente incentrato sulla privazione della libertà personale mediante l'unica forma della pena detentiva⁵⁶⁸; proprio per questo una delle principali attese nei confronti del nuovo codice riguardava le alternative a tale tipo di pena. Duplice era stata la risposta del

a) *La inhabilitación absoluta.*

b) *Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.*

c) *La suspensión de empleo o cargo público.*

d) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*

e) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*

f) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.*

g) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.*

h) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.*

i) *Los trabajos en beneficio de la comunidad».*

⁵⁶³ Cfr. dettagliatamente MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, op. cit., p. 193 e ss.

⁵⁶⁴ Alla morte del dittatore Franco (20 novembre 1975), iniziò in Spagna una rapida transizione politica: si verificarono le prime elezioni democratiche il 15 giugno 1977, e il 6 dicembre 1978 il popolo spagnolo approvò con *referendum* la Costituzione. Cfr. BLANCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, (trad. it. a cura di) IACOMETTI, Torino, 2009, p. 24.

⁵⁶⁵ Ampiamente circa l'evoluzione del sistema sanzionatorio in Spagna a partire dall'approvazione della Costituzione si veda: DÍEZ RIPOLLÉS, *La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08 -07, 2006. La rivista è consultabile sul sito:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-07.pdf>

⁵⁶⁶ Vi furono riforme parziali o settoriali, diversi progetti di legge di riforma del codice penale nel 1980, nel 1983 e nel 1992, i cui suggerimenti furono parzialmente recepiti nel codice del 1995. Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Il codice penale spagnolo*, op. cit., pp. 1 e ss.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁶⁸ TAMARIT SUMALLA, *Il sistema sanzionatorio spagnolo nel codice penale del 1995*, in *L'Indice penale*, (trad. it. a cura di) NARONTE, 1996, p. 1108.

codice penale del 1995: da un lato erano state soppresse le pene detentive di breve durata (ossia la reclusione fino a sei mesi), tramite la previsione di sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi (quali la multa o il lavoro a beneficio della collettività), o tramite la previsione di una nuova misura sanzionatoria, *l'arresto de fin de semana*, che consentiva un'esecuzione frazionata della pena, pensata con l'intento di limitare gli effetti dannosi del carcere sulle possibilità di risocializzazione del condannato⁵⁶⁹.

Su un altro versante, e cioè quello relativo alla pene di lunga durata, si erano irrigidite le pene detentive: infatti, nonostante si fosse prevista la pena della detenzione per una durata massima di venti anni, in pratica si poteva arrivare a punire con la pena della reclusione fino ai trenta anni nel caso in cui vi fossero state delle circostanze aggravanti (art. 70, 2° c., n.1 c.p. 1995) o nel caso di concorso materiale di alcuni reati (ex art. 76 c.p. 1995)⁵⁷⁰; altre eccezioni al tetto massimo dei venti anni furono previste in caso di commissione di alcuni reati disciplinati nella parte speciale (artt. 472, 473, 607 c.p.) o di alcune fattispecie qualificate di omicidio (art. 485, 605, 572, c.p.)⁵⁷¹. Già nell'ottica di un irrigidimento sanzionatorio e di preoccupazioni inerenti la certezza dell'esecuzione della pena, si poteva leggere l'art. 78, idoneo a impedire per molto tempo, l'accesso ai benefici penitenziari ai condannati a pene detentive di lunga durata⁵⁷².

Il risultato della riforma fu un codice che rifletteva a pieno quella tensione esistente tra «prevenzione generale e prevenzione speciale, talmente radicata nel diritto penale da provocare, molte volte, delle disfunzioni all'interno del sistema sanzionatorio»⁵⁷³. In particolare, il legislatore del 1995, aveva preferito valorizzare istanze di prevenzione generale in quei settori che destano particolare allarme sociale (quali reati di terrorismo e narcotraffico), tuttavia senza cedere a rigorismi repressivi

⁵⁶⁹ Cfr. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, op. cit., p. 189; MUÑOZ CONDE, *Principios inspiradores del proyecto de código penal español de 1994*, in AA. VV., *Valori e principi della codificazione penale: l'esperienza italiana, spagnola, francese a confronto*, Atti del convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato dell'Università di Firenze, 19 – 20 novembre 1993, Padova, 1995.

⁵⁷⁰ Cfr. GOMEZ DE LA TORRE – ARROYO ZAPATERO – GARCÍA RIVAS – FERRÈ OLIVE – SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Bilbao, 1999, pp. 342 – 343.

⁵⁷¹ CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna*, op. cit., p. 25.

⁵⁷² TAMARIT SUMALLA, *Il sistema sanzionatorio spagnolo nel codice penale del 1995*, op. cit., p. 1109.

⁵⁷³ MUÑOZ CONDE, *Il "moderno diritto penale nel nuovo codice penale spagnolo: principi e tendenze"*, in *L'Indice penale*, 1996, p. 658.

eccessivi⁵⁷⁴. Si era cercato infatti, nei settori ordinari della criminalità, di valorizzare quel principio per cui è preferibile andare verso la direzione di una pena un po' più mite e un po' più certa⁵⁷⁵.

Tale breve panoramica, su alcuni degli aspetti salienti del codice del 1995, ci è funzionale ad analizzare, la netta virata compiuta dal legislatore spagnolo del 2003, che ha inciso fortemente sul sistema sanzionatorio e sulle modalità di esecuzione della pena, «prendendo come stella polare dell'intera riforma la finalità generalpreventiva»⁵⁷⁶.

Facciamo qui riferimento alla *Ley Organica* del 25 novembre, 2003 n. 15.

Per spiegare la natura di tale legge: la Costituzione spagnola, all'art. 81, prevede che la disciplina di una certa categoria di diritti (per quello che qui ci interessa diritti fondamentali e le libertà pubbliche) sia affidata alla legge organica, per la modifica della quale è necessaria la maggioranza assoluta del Congresso, in relazione alla votazione finale del progetto⁵⁷⁷. Si tratta quindi di diritti “superprotetti” che godono della tutela offerta dal controllo di costituzionalità, dall'efficacia diretta, dal rispetto del contenuto essenziale, e come abbiamo visto, della riserva di legge e della rigidità costituzionale, attuate tramite la peculiarità della legge organica⁵⁷⁸.

Tornando all'analisi della *Ley Organica* del 2003, possiamo individuare due punti fondamentali che hanno caratterizzato tale novella: la valorizzazione di istanze di prevenzione generale e l'accentuazione della prevenzione speciale negativa⁵⁷⁹. Come spesso accade, si è scelta la strada dell'irrigidimento sanzionatorio come strumento prediletto per affrontare e risolvere problemi di natura sociale, in spregio ai dati forniti dall'esperienza nel settore criminale che dimostrano che l'innalzamento dei livelli di

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

⁵⁷⁵ FORNASARI, *Lineamenti del sistema sanzionatorio spagnolo*, in: <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/5816.pdf>, p. 4.

⁵⁷⁶ MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, *op. cit.*, p. 188.

⁵⁷⁷ FORNASARI, *Il principio di legalità*, in *Percorsi europei di diritto penale*, *op. cit.*, p. 6. L'A. riporta che la dottrina penalistica spagnola ha ritenuto fin da principio che la materia penale rientrasse nell'ambito dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, ritenendo che solo la legge organica potesse intervenire nel disciplinarla. Tuttavia il Tribunale Costituzionale ha dato ragione solo in parte alla dottrina, dichiarando che il meccanismo previsto dalla legge organica si estendeva solo ai precetti penali che prevedessero pene privative della libertà, e non a quelli che prevedono pene pecuniarie o di altro tipo. La decisione è stata criticata, anche alla luce del fatto che in Spagna esiste un sistema di conversione della pena pecuniaria non pagata in pena dell'arresto.

⁵⁷⁸ Così BLANCO VALDES, *Introduzione alla Costituzione spagnola*, *op. cit.*, pp. 188 -189.

⁵⁷⁹ MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, *op. cit.*, p. 188.

pena, ha un'efficacia pressoché inutile in termini di efficienza del sistema politico criminale⁵⁸⁰.

A livello molto generale, possiamo enumerare *alcune* delle principali modifiche introdotte⁵⁸¹ dalla Ley Organica del 2003⁵⁸²:

- Viene modificato il minimo relativo alla pena detentiva, che passa da sei a tre mesi⁵⁸³.
- Viene aumentato il massimo relativo alle pene meno gravi, che passa dai tre ai cinque anni⁵⁸⁴.
- Viene abolita la pena dell'arresto *de fine semana*, poichè la si considera fallimentare nei risultati⁵⁸⁵.
- Si introduce una nuova pena privativa della libertà, la *localizacion permanente*⁵⁸⁶.
- Si estende il campo di operatività del lavoro a beneficio della comunità che per un certo numero di fattispecie diventa pena principale⁵⁸⁷.

⁵⁸⁰ QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*, Cizur Menor, 2005, p. 233.

⁵⁸¹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *La evolución del sistema de penas en españa: 1975-2003*, op. cit., p. 9.

⁵⁸² Il testo della Ley Organica è consultabile sul sito <http://www.todalaley.com/mostrarLey1261p1tn.htm>.

⁵⁸³ Così si legge nel testo normativo: « *La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia. Al mismo tiempo, esta duración mínima permite estructurar de forma más adecuada la relación existente entre faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos*». Con tale previsione si disattendono quelle teorie, che avevano ispirato il codice del 1995, secondo le quali la pena detentiva di breve durata è una pena criminogena e inoltre totalmente inidonea a fungere da "pena rieducativa": il tempo trascorso in carcere è infatti troppo breve per consentire a qualsivoglia trattamento rieducativo di spiegare i propri effetti. Cfr. LÓPEZ PÉREGRIN, ¿ *Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento integro y efectivo de las penas?*, in *Revista española de investigación criminologica*, n. 1, 2003, su <http://www.criminologia.net/reic1.html>

⁵⁸⁴ « *Se establece en cinco años la duración de la pena que permite distinguir entre la grave de prisión y la menos grave, con lo que se consigue una regulación armonizada con la distribución de competencias entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que la Audiencia Provincial conocerá de los delitos castigados con penas graves y los Juzgados de lo Penal de los delitos castigados con penas menos graves*».

⁵⁸⁵ « *Se suprime la pena de arresto de fin de semana, cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria, sustituyéndose, según los casos, por la pena de prisión de corta duración e tres meses en adelante en los delitos por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente, que se crea en esta ley orgánica*». Bisogna tuttavia sottolineare che nel progetto di legge di modifica del codice penale del 15 gennaio 2007 si ripropone l'introduzione di tale pena.

⁵⁸⁶ « *La pena de localización permanente es una importante novedad que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología. La configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. En relación con su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el juez o tribunal por un período de tiempo que no puede exceder de doce días, ya sean consecutivos o los fines de semana, si el juez o tribunal sentenciador lo considera más procedente*».

4.2.3. La Ley Organica del 30 giugno 2003 n. 7. “Il silenzioso ritorno dell’ergastolo in Spagna”.

Di poco antecedente alla Legge Organica 15/2003 è la *Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*⁵⁸⁸, il quale comporta, per quello che ci interessa, delle significative modifiche agli artt. 36, 76, 78, 90, 91, 93 del codice penale e introduce due nuovi commi all’art. 72 della *Ley Organica General Penitenciaria (LOGP)*.

Si tratta di modifiche che introducono irrigidimenti sanzionatori e che limitano, in fase di esecuzione della pena, la possibilità di usufruire di benefici penitenziari, primo fra tutti la liberazione condizionale, al fine di contrastare il terrorismo e il crimine organizzato⁵⁸⁹.

Ai fini del nostro lavoro, tale riforma ci interessa particolarmente, poiché ha introdotto una disciplina tale da rendere la pena della reclusione, prevista per determinate categorie di soggetti, più severa della pena dell’ergastolo prevista e disciplinata nel codice penale italiano all’art. 22.

L’ordinamento spagnolo infatti non prevede nominalmente la pena dell’ergastolo, la quale non è stata reintrodotta nel novero delle sanzioni penali, neppure per “rimpiazzare” la pena di morte. La pena di morte era stata abolita con l’art. 15 della Costituzione, che lascia tuttavia aperta la possibilità della sua previsione nelle leggi penali militari in tempo di guerra⁵⁹⁰. Tale pena è scomparsa anche dal codice penale militare nel 1995, grazie alla *Ley Organica 11/1995 de 27 de noviembre*, ma non è per questo esclusa per sempre dal novero delle sanzioni penali militari, in quanto la

⁵⁸⁷ «Se potencia y mejora sustantivamente la eficacia de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no sólo por su aplicación a un mayor número de delitos y faltas, sino también por la incorporación al Código Penal del régimen jurídico de su incumplimiento.»

⁵⁸⁸ Anche il testo di tale legge si può reperire su: <http://www.todalaley.com/mostrarLey1176p1tn.htm>.

⁵⁸⁹ Cfr. CORN, *Il silenzioso ritorno dell’ergastolo in Spagna*, op. cit., p. 14.

⁵⁹⁰ Così l’art. 15 della Costituzione spagnola: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

Costituzione spagnola non la vieta in assoluto⁵⁹¹. La pena dell'ergastolo invece venne abolita molto prima, nel lontano 1928⁵⁹².

Secondo quanto previsto dall'art. 36, 1°c., c.p.e.⁵⁹³, infatti, la pena della reclusione può avere una durata massima di vent'anni, salvo alcune eccezioni, specificamente previste, che riguardano:

- a) L'ipotesi in cui siano previste circostanze aggravanti (art. 70, 2°c.,1 c.p.e.).
- b) L'ipotesi in cui siano previste pene più gravi per determinati delitti⁵⁹⁴.
- c) Il caso in cui vi sia concorso materiale di reati ai sensi dell'art. 76 c.p.e.

Prima dell'entrata in vigore della *Ley Organica 7/2003*, nessuna di queste deroghe consentiva, nel codice del 1995, il superamento del limite edittale dei trent'anni di reclusione.

Per capire l'impatto che la *Ley Organica 7/2003* ha avuto sul modello sanzionatorio penale, bisogna innanzitutto comprendere il funzionamento del sistema penitenziario spagnolo, dato che, anche in questo caso l'esecuzione della pena è il momento in cui si realizza la flessibilità della pena ed è il campo su cui si gioca, per le pene detentive di lunga durata, la più importante partita per assolvere alla finalità rieducativa della pena, sancita anche dalla Costituzione spagnola, all'art. 25, 2° comma.

Si può ricordare che anche l'art.1 della legge penitenziaria spagnola definisce l'obiettivo rieducativo come fine primario e principale dell'istituzione penitenziaria⁵⁹⁵ (analogamente a quanto previsto dall'art.1 della l. 354/1975 che regola il sistema penitenziario italiano).

⁵⁹¹ GOMEZ DE LA TORRE –ARROYO ZAPATERO – GARCÍA RIVAS – FERRÈ OLIVE – SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 336.

⁵⁹² CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna, op. cit.*, p. 34. L'A. riporta, ed è stato facilmente constatato da chi scrive, che la menzione della pena dell'ergastolo è quasi un "tabù" per gli spagnoli, non essendo nominato nemmeno nella manualistica penale.

⁵⁹³ Così l'art. 36, 1°c., c.p.e. : «La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código».

⁵⁹⁴ Si tratta di alcuni reati disciplinati nella parte speciale (artt. 472, 473, 607 c.p.) o di alcune fattispecie qualificate di omicidio (art. 485, 605, 572, c.p.).

⁵⁹⁵ Citando testualmente l'art. 1, 1°c. della Legge organica sull'ordinamento penitenziario del 1979, n.1 (LOGP): « Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados». Il testo è reperibile su: http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Normativa/lo1979_01.pdf.

Il sistema penitenziario spagnolo è di tipo progressivo, e l'esecuzione penale è differenziata in quattro gradi, ai quali simmetricamente seguono diverse possibilità di accesso ai benefici penitenziari *latu senso* intesi⁵⁹⁶.

Il primo grado, cui corrisponde il regime di detenzione più severo, e cioè il regime chiuso, è previsto per soggetti che presentano un particolare grado di pericolosità o nel caso in cui il soggetto si dimostri inadatto ai regimi penitenziari dei gradi inferiori⁵⁹⁷ (art. 10 LOGP⁵⁹⁸); il secondo grado è il regime di espiazione ordinaria, che consente la vita in comune, la possibilità di lavorare nei laboratori, di frequentare lezioni, e di partecipare alle attività organizzate all'interno del carcere, e di ottenere, entro un certo limite *permisos de salida*⁵⁹⁹ (artt. 76 e ss. del regolamento penitenziario)⁶⁰⁰. Il terzo grado prevede un regime aperto, per cui il soggetto è detenuto in stato di semilibertà, con l'obbligo di reclusione durante la notte, e la possibilità di svolgere attività lavorative all'esterno, al fine di attuare gradualmente le possibilità di reinserimento sociale del detenuto (art. 80 e ss. regol. penit.⁶⁰¹). Infine il quarto grado è

⁵⁹⁶ MUÑOZ CONDE – GARCÍA ARÀN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2000, pp. 628 e ss.

⁵⁹⁷ *Ibidem*.

⁵⁹⁸ L'art. 10, 1°c. della Ley Organica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre, così recita:

«No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente».

⁵⁹⁹ Cfr. CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna*, op. cit., p. 21.

⁶⁰⁰ L'art. 76 del regolamento penitenziario 190/1996 così dispone: «En los Establecimientos de régimen ordinario los principios de seguridad, orden y disciplina tendrán su razón de ser y su límite en el logro de una convivencia ordenada.

La separación interior de la población reclusa, conforme a los criterios establecidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se ajustará a las necesidades o exigencias del tratamiento, a los programas de intervención y a las condiciones generales del Centro.

El trabajo y la formación tendrán la consideración de actividad básica en la vida del Centro.

Il regolamento può leggersi sul sito:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/normativa_estatal/common/pdfs/E.31-cp--Reglamento-Penitenciario.pdf.

⁶⁰¹ Citiamo testualmente il contenuto dell'art. 80 del regolamento penitenziario: «1. Los Establecimientos de régimen abierto pueden ser de los siguientes tipos:

a) Centros Abiertos o de Inserción Social.

b) Secciones Abiertas.

c) Unidades Dependientes.

2. El Centro Abierto es un Establecimiento penitenciario dedicado a internos clasificados en tercer grado de tratamiento.

3. La Sección Abierta depende administrativamente de un Establecimiento penitenciario polivalente, del que constituye la parte destinada a internos clasificados en tercer grado de tratamiento.

Las Unidades Dependientes, reguladas en los artículos 165 a 167 de este Reglamento, consisten en instalaciones residenciales situadas fuera de los recintos penitenciarios e incorporadas funcionalmente a la Administración Penitenciaria, mediante la colaboración de las entidades públicas o privadas prevista en el

quello che permette l'espiazione della pena in libertà condizionale (art. 90 c.p. e art. 72 LOGP⁶⁰²).

Una volta compiute queste doverose premesse, vediamo in cosa sono consistite le novità apportate della Ley Organica 7/2003. Si tratta, come abbiamo sopra ricordato, di modifiche che vanno a incidere in particolar modo sulla disciplina sanzionatoria prevista nei confronti del fenomeno del terrorismo e del crimine organizzato.

a) *L'introduzione del c.d. "periodo de seguridad"*

In forza della LO 7/2003, si introduce all'art. 36, 2°c., c.p.e. un nuovo istituto denominato "*periodo de seguridad*", il quale prevede, per soggetti condannati alla pena della reclusione superiore ai 5 anni, la preclusione all'accesso al terzo grado del regime penitenziario fino a quando non si sia scontata almeno metà della pena in carcere⁶⁰³.

La *ratio* della norma è quella di diminuire la flessibilità dell'ordinamento penitenziario e rendere più certa l'esecuzione della pena detentiva.

Si prevede tuttavia la possibilità per il giudice di sorveglianza di ammettere il detenuto al regime generale di esecuzione prima del suddetto termine, qualora vi sia una prognosi favorevole circa le possibilità di reinserimento in società del condannato, tenuto conto anche delle circostanze personali del reo e dell'evoluzione del trattamento

artículo 62 de este Reglamento, para facilitar el logro de objetivos específicos de tratamiento penitenciario de internos clasificados en tercer grado».

⁶⁰² Così l'art. 90, 1°c., c.p.e. : «1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Così l'art. 76 LOGP: «Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.

Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de esta Ley.

Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar directamente por los que le preceden.

En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión».

⁶⁰³ RODRÌGUEZ RAMOS, *sub art. 32*, in *Código penal. Comentado y con jurisprudencia*, (coordinador) RODRÌGUEZ RAMOS, Madrid, 2009, p. 161

rieducativo. Tale potere in capo al giudice di sorveglianza viene meno nel caso in cui il soggetto sia stato condannato per reati di terrorismo (previsti dalla sezione II del capitolo V, titolo XXII, libro II del c.p.e.) o commessi nel seno di organizzazioni criminali (art. 36, 2°c., c.p.e.)⁶⁰⁴. Difficilmente si applica tale norma ai crimini più gravi e violenti, per i quali sono previste restrizioni ancora più severe, imposte dagli artt. 76, 78, 90, c.p.e. e 72 LOGP⁶⁰⁵.

b) Il concorso materiale di reati e l'innalzamento del limite massimo di pena sino ai 40 anni.

L'art. 76 disciplina le ipotesi di aumento massimo di pena in caso di concorso materiale di reati.

La norma stabilisce un limite *relativo* in virtù del quale «il tempo massimo di effettiva esecuzione di condanna da parte del colpevole non potrà eccedere il triplo imposto come pena più grave» e un limite *assoluto*, che è fissato, a seconda dei casi, in 20, 25, 30 o 40 anni⁶⁰⁶.

In particolare la LO 7/2003, ha modificato l'art. 76 (come previsto dal c.p. del 1995), inserendo due nuove ipotesi, che innalzano il limite massimo di pena per il concorso materiale di reati (art. 76, lett. *c* e *d*). Le attuali previsioni relative a tale limite massimo sono le seguenti:

- a) 25 anni, quando il reo sia stato condannato per due o più delitti e almeno uno di questi sia sanzionato dalla legge con la pena della reclusione fino a 20 anni.

⁶⁰⁴ L'art. 36, 2°c., c.p.e. statuisce che: « Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento».

⁶⁰⁵ Cfr. CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna, op. cit.*, pp. 48 – 49. L'A. riporta che raramente criminali qualificati come terroristi o membri del crimine organizzato, vengano direttamente inseriti nel terzo grado di esecuzione.

⁶⁰⁶ GONZALES RUS, *Comentarios a los artículos 73 y 75 al 78, in AA.VV., Comentarios al código penal*, (director) COBO DEL ROSAL, Madrid, 1999, p. 967.

- b) 30 anni, quando il reo sia stato condannato per due o più delitti ed almeno uno di questi sia sanzionato dalla legge con un pena della reclusione superiore ai 20 anni.
- c) 40 anni, quando il reo sia stato condannato per due o più delitti, e almeno due di questi siano sanzionati dalla legge con la pena della reclusione superiore ai 20 anni.
- d) 40 anni, quando il reo sia stato condannato per due o più delitti di terrorismo come previsti nella sezione II del capitolo V del titolo XXII del libro II di questo codice ed almeno uno di questi sia sanzionato con la pena della reclusione superiore ai 20 anni.

Tale limite, prosegue la norma, si applicherà anche qualora le pene siano state comminate in diversi processi, se i fatti per ragioni di connessione, o per il momento della loro commissione, si sarebbero potuti giudicare in uno solo⁶⁰⁷.

È allora evidente la direzione intrapresa dal legislatore spagnolo del 2003: inasprimenti sanzionatori volti ad avvilire le finalità rieducative della pena a favore della neutralizzazione del reo, valorizzazione della prevenzione generale e speciale negativa e sacrificio della prevenzione speciale positiva. Si può pensare che limiti edittali tanto alti, siano giustificati alla luce di esigenze di prevenzione generale, volte a scoraggiare la commissione di delitti, o che servano a tranquillizzare l'opinione pubblica, ma che poi, sul piano di esecuzione della pena, si prediliga l'obiettivo rieducativo e quindi si attenui il rigore punitivo. Questo non vale per la recente legislazione penale spagnola: anche in relazione alla fase di espiazione della pena, la strada prescelta è stata quella di limitare l'accesso ai benefici penitenziari e rendere

⁶⁰⁷ Così l'art. 76 c.p.e. : «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

- a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.
- b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
- c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
- d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo. »

ancora più lunga e dura la pena durante tutto il corso della sua esecuzione, specialmente nei confronti di quei soggetti che si siano resi autori di reati di terrorismo o che appartengano alla criminalità organizzata.

Vediamo quindi adesso in cosa consistono questi limiti relativi la possibilità di fruire di benefici in sede penitenziaria.

c) I limiti all'accesso al tercer grado penitenziario. L'esecuzione della condanna.

È opportuno analizzare una norma molto complessa e discussa⁶⁰⁸ la quale introduce delle disposizioni severissime relative alla fase di esecuzione della pena: mi riferisco all'art. 78 c.p.e. Anche in questo caso è stata la LO 7/2003 a incidere fortemente sulla disciplina di tale norma, la quale, se pur già rigorosa⁶⁰⁹ nelle previsioni del codice del 1995⁶¹⁰, è stata resa ancora più dura dalla legge in commento.

Abbiamo visto che, nel caso di concorso di reati, il soggetto non può essere condannato ad una pena che ecceda il triplo imposto come pena più grave e in ogni caso i 20 anni (art. 76, 1°c., c.p.e.), salvo le eccezioni codificate dalle lett. *a, b, c, d*, della medesima norma. Come è evidente, la presenza di un limite legale massimo di pena da scontare, fa sì che la pena cui il soggetto è condannato possa essere di molto inferiore alla punizione che risulterebbe dal perfetto cumulo materiale delle condanne⁶¹¹. Proprio tale tendenza, avrebbe giustificato la scelta del legislatore di stabilire, per alcune ipotesi, un regime più rigido di accesso al regime penitenziario di *tercer grado*⁶¹².

⁶⁰⁸ LÓPEZ PÉREGRIN, ¿ *Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento integro y efectivo de las penas?*, in *Revista española de investigación criminológica*, op. cit., pp. 6 e ss; GARCÍA ALBERO, TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, 2004, p. 67, citato in CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna*, op. cit., p. 51.

⁶⁰⁹ GONZALES RUS, *Comentarios a los artículos 73 y 75 al 78*, in AA.VV., *Comentarios al código penal*, op. cit., p. 983.

⁶¹⁰ Già il codice penale del 1995 prevedeva per la concessione dei benefici penitenziari e della libertà condizionale, la somma matematica delle diverse pene formalmente irrogate, ma non arrivava a estendere tale meccanismo di calcolo per l'ammissione al *tercer grado penitenziario* e ai *permisos de salida*.

⁶¹¹ Cfr. RODRÌGUEZ RAMOS LADARIA, *sub art. 78*, in *Código penal*, op. cit., p. 236. CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna*, op. cit., p. 32. L'A. riporta che la tendenza dei tribunali spagnoli a rendere nota nella sentenza di condanna, oltre alla pena effettivamente da scontare, anche l'astratta pena che sarebbe irrogabile secondo il calcolo effettuato sulla base del mero concorso materiale di reati (ad es. la condanna a 200 anni di prigione), abbia incrementato la sensazione nel popolo spagnolo di una sorta di impunità nei confronti di questi soggetti resisi autori di reati gravissimi.

⁶¹² LÓPEZ PÉREGRIN, ¿ *Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento integro y efectivo de las penas?*, in *Revista española de investigación criminológica*, op. cit., p. 11.

In questo senso l'art. 78, 1°c., del c.p.e.⁶¹³ stabilisce che, se a seguito dei limiti imposti dall'art. 76, 1°c., la pena da eseguire risulti essere inferiore alla metà della somma totale di quelle comminate, il giudice o il tribunale di cognizione *potranno* stabilire che i benefici penitenziari, i permessi di uscita, la classificazione in terzo grado e il computo del tempo ai fini della libertà condizionale siano riferiti alla totalità delle pene imposte nella sentenza⁶¹⁴. Si tratta quindi di una scelta discrezionale spettante al giudice o al tribunale di cognizione. Tuttavia, tale severissima procedura di calcolo prevista per la concessione di benefici penitenziari, permessi di uscita, classificazione in terzo grado, e computo del tempo per la liberazione condizionale, sarà *obbligatoria* nei confronti di quei soggetti cui si applica l'aumento dei massimi edittali per il caso di concorso materiale di reati secondo quanto previsto dalle lettere *a,b,c,d*, dell'art. 76 (art. 78, 2°c., c.p.e.⁶¹⁵). Ciò in pratica significa che il giudice o il tribunale di cognizione dovrà prendere come base per il calcolo la totalità delle pene previste dalla sentenza e non il limite massimo di pena prevista dall'art. 76.

Tuttavia, anche nel caso di soggetto condannato alla pena di 25, 30 o 40 anni (risultanti dall'applicazione dell'art. 76 lett. *a,b,c,d*), il giudice di sorveglianza, che interviene in un momento successivo la condanna del soggetto, potrà concedere in ragione dell'evoluzione del trattamento rieducativo (previa prognosi favorevole di reinserimento sociale e tenuto conto delle circostanze personali del reo) l'esecuzione della pena in regime generale, sentiti gli organi penitenziari, il *Ministerio Fiscal*, e le

⁶¹³ Così recita l'art. 78 c.p.e. :« 1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

⁶¹⁴ LÓPEZ PÉREGRIN, ¿ *Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento integro y efectivo de las penas?*, in *Revista española de investigación criminológica*, *op. cit.*, p. 11. L'A. riporta un esempio che può aiutare a capire tale procedimento di calcolo: si supponga che un soggetto sia stato condannato per sette rapine, ciascuna punito con la pena di 4 anni di reclusione. Ai sensi dell'art. 76,1°c. la pena non potrà tuttavia eccedere il triplo e cioè la pena di 12 anni di reclusione. In questo caso la pena da applicarsi è inferiore alla metà della pena che sarebbe riferibile alla totalità di pene imposte nella sentenza (e cioè 28 anni di reclusione). In questo caso il giudice *può* stabilire che il calcolo del periodo di tempo necessario ad accedere al terzo grado di regime penitenziario, si riferisca non al massimo della pena da eseguire (12 anni) ma alla pena che risulta dalla somma totale delle pene astrattamente irrogabili (28). Poiché l'art. 36 ha inserito la necessaria espiazione del *periodo de seguridad* nel caso di soggetti condannati alla pena della reclusione superiore ai 5 anni, nel nostro esempio il soggetto dovrà espire 14 anni di prigionia prima di potere ottenere il regime penitenziario di semilibertà.

⁶¹⁵ Così il 2°comma dell'art. 78: «Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a, b, c y d del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas »

altre parti (cioè la vittima e le altre parti lese)⁶¹⁶. Tale eccezione conosce a sua volta un'altra eccezione: la discrezionalità del giudice di sorveglianza è fortemente limitata quando il condannato abbia commesso delitti di terrorismo (quelli previsti nella sezione II, del capitolo V, del titolo XXII del libro II del codice penale spagnolo) o se si tratti di soggetti condannati per reati commessi nel seno di organizzazioni criminali. In questi casi il giudice di sorveglianza potrà ammettere il detenuto al *tercer grado penitenciario*, solo dopo che a questi rimanga da scontare un quinto del limite massimo per l'esecuzione della condanna, e gli sarà consentito il beneficio della libertà condizionale quando gli rimanga da scontare un ottavo del limite massimo per l'esecuzione della condanna⁶¹⁷ (art. 78, 3°c., c.p.e.⁶¹⁸).

Non è ancora tutto: l'accoglimento della richiesta del terrorista o membro del crimine organizzato di essere ammesso al *tercer grado penitenciario* è subordinata al verificarsi di due ulteriori requisiti, anche questi introdotti dalla LO 7/2003⁶¹⁹. Si tratta dell'adempimento della responsabilità civile⁶²⁰ e del pentimento del reo⁶²¹ (art. 72, 5° e

⁶¹⁶ Circa il problema del ruolo della vittima nella fase della esecuzione della pena e circa i rischi di una sua ulteriore vittimizzazione quando le si richieda di essere ascoltata ai sensi dell'art. 78, 3°c. c.p.e., si veda CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna, op. cit.*, pp. 60 – 63, 89.

⁶¹⁷ Anche in questo caso un esempio può aiutarci a capire meglio: si pensi al caso in cui un terrorista sia stato condannato per l'omicidio di tre persone, e che per ogni omicidio la pena imposta sia di 30 anni, ma in virtù dell'art. 76 lett. d potrà essere condannato al massimo alla pena della reclusione per 40 anni. Tuttavia secondo il dettato della norma in analisi il soggetto potrà accedere al *tercer grado penitenciario* quando gli rimanga da espiare un quinto dei 40 anni previsti, e sempre che vi sia un pronostico favorevole di risocializzazione ed evoluzione positiva del trattamento; questo significa che il soggetto trascorrerà in carcere almeno 32 anni e che ne dovranno trascorrere 35 per l'ammissione alla liberazione condizionale. Cfr. LÓPEZ PÉREGRIN, ¿ *Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento integro y efectivo de las penas?*, in *Revista española de investigación criminológica, op. cit.*, p. 9.

⁶¹⁸ Così il 3°c., art. 78 c.p.e. : « En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

a. Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.
b. A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.»

⁶¹⁹ Si fa qui riferimento ai due nuovi commi che sono stati aggiunti all'art. 72 della legge 1/1979 che disciplina l'ordinamento penitenziario.

⁶²⁰ Così si legge al 5°c. dell'ART. 72, LOGP: « La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable

6°c., LOGP). Per la realizzazione di quest'ultimo requisito, l'art. 72, 6° c., richiede, non troppo lontanamente dal nostro art. 58 *ter* l. 354/1975, che il soggetto dimostri di avere abbandonato i fini e i mezzi della lotta terroristica e abbia collaborato in modo attivo con le autorità. In particolare si ritiene che per collaborazione si intendano «atti e dichiarazioni diretti ad impedire la realizzazione di altri delitti da parte dell'organizzazione, o ad attenuare le conseguenze dei propri crimini, o comunque in attività idonee a facilitare l'identificazione, la cattura o il giudizio dei responsabili dei delitti della banda. Sono altresì considerate forme di collaborazione la prestazione di dichiarazioni che contrastino lo sviluppo dell'organizzazione criminale della quale il detenuto era membro»⁶²². Nello specifico, una parte della dottrina⁶²³ sottolinea che la *declaración de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito* non rientrano esattamente tra gli scopi che il diritto penale deve perseguire, non dovendo né le convinzioni personali del condannato né la condivisione interiore dei valori dell'ordinamento essere criteri che un diritto penale liberale deve considerare come indici di “avvenuta rieducazione”.

Infine l'ultima significativa considerazione è che una collaborazione così delineata non mira tanto a premiare il collaboratore, ma permette di evitare che vengano subiti ulteriori pregiudizi in fase di esecuzione della pena⁶²⁴.

hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición».

⁶²¹ Così si legge al 6°c. dell'art. 72 LOGP: « Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades».

⁶²² CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna*, *op. cit.*, p. 64.

⁶²³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Organicas 7/ y 15/2003)*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 5, 2005, p. 27.

⁶²⁴ *Ibidem*.

d) *La libertad condicional.*

L'ultimo istituto che ci interessa analizzare è la *libertad condicional* (artt. 90, 91, 93 c.p.e.).

La disciplina della libertà condizionale è stata modificata solo parzialmente dalla LO 7/2003.

Potranno beneficiare della libertà condizionale (art. 90 c.p.e.⁶²⁵) i soggetti che si trovino al *tercer grado* di trattamento penitenziario, che abbiano scontato i tre quarti della pena inflitta e che abbiano tenuto una buona condotta; si richiede inoltre un pronostico individualizzato e favorevole di reinserimento sociale che sia conforme ai requisiti stabiliti dall'art. 67 LOGP. Fin qui nulla di nuovo. La novità rilevante è la seguente: si richiede, affinché possano considerarsi soddisfatti i suddetti requisiti (buona condotta e pronostico individualizzato e favorevole di reinserimento sociale), che il condannato abbia adempiuto alla propria responsabilità civile secondo quanto stabilito dai commi 5° e 6° dell'art. 72 LOGP. Per i delitti di terrorismo o commessi nel seno di organizzazioni criminali, è necessario, oltre al soddisfacimento della responsabilità civile anche la prova, nei modi che abbiamo visto, di avere sciolto ogni legame con

⁶²⁵ Così recita l'art. 90 c.p.e : « Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código. »

l'associazione terroristica o criminale (art. 72, 6°co. LOGP). Questa richiesta appare un po' una ripetizione: l'art. 72 LOGP richiede già il soddisfacimento di tali requisiti per la classificazione nel *tercer grado penitenciario*, il quale è condizione imprescindibile per il passaggio all'ultimo grado del trattamento penitenziario e cioè proprio per l'ammissione alla libertà condizionale. Qual è dunque l'ambito di operatività della norma?

Si ritiene⁶²⁶ che sia diretta ai detenuti che erano già classificati al *tercer grado penitenciario* quando è entrata in vigore la LO 7/2003 e che sono in attesa di essere ammessi alla libertà condizionale.

Naturalmente terroristi e membri della criminalità organizzata sono esclusi anche dalla possibilità di vedersi applicato il regime eccezionale disciplinato dall'art. 91, 1°c., c.p.e.⁶²⁷, che prevede in certi casi la possibilità di godere della liberazione condizionale quando si siano scontati i due terzi della condanna.

Si ricorda infine che per questi soggetti, il computo del periodo di tempo necessario ad ottenere la liberazione condizionale viene effettuato sulla base di quanto disposto dall'art. 78, 1°c., c.p.e., e cioè sommando le pene nominalmente comminate, fatta salva l'eccezione già previamente analizzata, disciplinata dall'art. 78, 3°c.,c.p.e.

Infine l'art. 93, 2° e 3° c, c.p.e. stabilisce, soltanto nei confronti di soggetti che siano stati condannati per reati di terrorismo, che nel caso di commissione di nuovi delitti, o di violazione delle prescrizioni imposte dal giudice di sorveglianza, non solo verrà revocata la liberazione condizionale, ma si escluderà anche dal computo della pena il periodo di tempo trascorso in libertà condizionale⁶²⁸.

⁶²⁶ CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna, op. cit.*, p. 71.

⁶²⁷ Così l'art. 91, 1°c., c.p.e. : « Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a y c del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales».

⁶²⁸ Art. 93, 2° e 3° c., c.p.e. : « En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda.

Si è assistito anche in Spagna alla creazione di un vero e proprio “doppio binario” in fase di esecuzione della pena, espressione con la quale abbiamo definito il *doppio e contrapposto livello trattamentale dei condannati in fase esecutiva*⁶²⁹.

Possiamo a questo punto trarre qualche conclusione.

Risulta evidente che gli intenti perseguiti dal legislatore spagnolo siano stati diretti a valorizzare la prevenzione generale e speciale negativa. Questa affermazione può essere sorretta da alcuni dati relativi la situazione penitenziaria spagnola.

Il primo dato riguarda l’aumento della popolazione carceraria spagnola dal 1996 al 2008: il quadro rappresenta il numero di persone reclusi nelle carceri spagnole al 31 dicembre di ogni anno (il dato comprende anche i detenuti in custodia cautelare).

(Fonte: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias)⁶³⁰

1996	41.093
1997	42.756
1998	44.370
1999	44.197
2000	45.104
2001	47.571
2002	51.882
2003	56.096
2004	59.375
2005	61.054
2006	64.021
2007	67.100
2008	73.558

Come è evidente il numero di detenuti nel 2008 è quasi raddoppiato rispetto al numero di detenuti del 1996. Pur non essendo l’irrigidimento sanzionatorio l’unica causa di questo incremento (si pensi anche a fattori di carattere socio – economico come

En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional».

⁶²⁹ Cfr. § 3.8 del presente lavoro.

⁶³⁰ Il dato è riportato da ROLDÁN BARBERO, *El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 2010, p. 3. Reperibile all’indirizzo <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-04.pdf>.

l'aumento dell'immigrazione irregolare), sicuramente è uno dei fattori cui va ascritta la responsabilità⁶³¹.

La seconda tabella riguarda la proporzione esistente tra detenuti (condannati) e soggetti che usufruiscono della liberazione condizionale⁶³².

(Fonte: Anuario Estadístico del M^o. del Interior y Sría. General de Instituciones Penitenciarias).

Años	Liberados condicionales	Penados	Porcentaje
1996	8.073	31.273	25,81
1997	7.704	31.282	24.62
1998	7.101	32.931	21,56
1999	6.921	33.403	20,71
2000	6.389	35.109	18,19
2001	5.685	36.436	15,60
2002	5.757	39.032	14,74
2003	5.354	42.744	12,52
2004	5.560	45.384	12,25
2005	5.816	46.420	12,52
2006	6.193	48.073	12,88
2007	6.196	49.943	12,40
2008	6.278	54.746	11,46

Anche in questo caso si registra una costante diminuzione della percentuale dei soggetti cui viene concessa la libertà condizionale. Si irrigidiscono le pene non solo tramite l'innalzamento dei massimi edittali ma anche tramite la riduzione della flessibilità in fase di esecuzione.

Questi dati sorprendono ancora di più se si compara il tasso di reclusi in Spagna, uno dei più alti tra i grandi paesi europei, superato solo da Inghilterra e Galles, rispetto a

⁶³¹ *Ibidem.*

⁶³² *Ibidem*, p. 5.

quello che è il tasso di delinquenza, uno invece dei più bassi in Europa⁶³³. È opinione confermata⁶³⁴ quella che negli ultimi anni la criminalità spagnola non abbia subito incrementi allarmanti.

Nonostante ciò abbiamo assistito ad alcuni fenomeni preoccupanti.

Il primo riguarda quello che è stato legittimamente chiamato “il silenzioso ritorno dell’ergastolo in Spagna”⁶³⁵. Nonostante la mancata formale previsione di questa pena, che è stata abolita quasi cento anni fa, la tendenza del legislatore è stata quella di introdurre limiti massimi edittali talmente alti, da superare spesso per severità e durezza le previsioni normative di quei paesi che lo prevedono formalmente⁶³⁶. Sostenere che la Spagna non contempra l’ergastolo all’interno del suo complesso sanzionatorio, e poi prevedere pene di lunghissima durata con possibilità molto ridotte e differite nel tempo di riaccedere in libertà, appare come “una frode delle etichette” che rischia di essere pregiudizievole per i diritti dei detenuti in modo più accentuato rispetto ai casi in cui vi sia una esplicita previsione della pena perpetua.

La paradossale impressione è che, allo stato attuale, un paese come l’Italia, in cui esplicitamente si preveda la pena dell’ergastolo, offra maggiori garanzie di tutela al detenuto: l’espressa presenza di questa pena ha imposto, nel corso degli ultimi 50 anni, un costante raffronto con il nostro dettato costituzionale che impone, all’art. 27, 3°c., il perseguimento della finalità rieducativa della pena.

La duratura opera di interpretazione effettuata dalla nostra Corte costituzionale⁶³⁷, mi pare avere quantomeno creato dei capisaldi a livello di coscienza e civiltà giuridica al di sotto del quale non è legittimo andare. Questo permette di tutelare

⁶³³ La comparazione riguarda, Inghilterra e Galles, i Paesi Bassi, la Germania, la Francia, la Polonia e l’Italia. Per una indicazione dettagliata di grafici e dati statistici si veda: DÍEZ RIPOLLES, *Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI*, in *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2006, 4, pp. 2, 9. Consultabile sul sito: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano4-2006/a42006art1.PDF>.

⁶³⁴ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003*, op. cit., p. 22.

⁶³⁵ Si fa riferimento all’espressione usata da CORN, *Il silenzioso ritorno dell’ergastolo in Spagna*, op. cit., p. 13.

⁶³⁶ In Italia, il condannato ergastolano potrà beneficiare della liberazione condizionale dopo avere espiato 26 anni di pena, che si riducono a 21 nel caso in cui venga integralmente concessa la riduzione di pena prevista dall’istituto della liberazione anticipata, l’ergastolano otterrà la liberazione condizionale dopo avere espiato ventuno anni di pena. La Germania prevede la concessione della liberazione condizionale per gli ergastolani dopo l’espiazione di 15 anni di pena. In Francia opera per gli ergastolani un periodo di sicurezza di 18 anni, nel corso del quale non si può beneficiare delle norme relative al frazionamento della pena, del regime aperto, dei permessi, della semilibertà, della libertà condizionale. La Corte d’assise ha il potere di aumentare questo termine fino a 22 anni o di diminuirlo.

⁶³⁷ Si veda dettagliatamente i § 2. 13, 2.15, 2.16, 2.17., 2. 19, 3. 11 del presente lavoro.

un nucleo di valori e principi, che prescindano dalla classe politica del momento, trascurando le contingenti oscillazioni dell'opinione pubblica⁶³⁸ che spesso influenzano decisioni di politica criminale.

⁶³⁸ In Spagna infatti pur essendoci una norma costituzionale quale l'art. 25, 2°c., non vi è stata la medesima elaborata attività interpretativa circa la compatibilità del sistema sanzionatorio con la norma in questione, mancando un'esplicita previsione della pena dell'ergastolo. La Corte costituzionale spagnola, in relazione alla finalità rieducativa della pena, ha più volte pedissequamente ripetuto, che ciò che importa è che vi sia sempre una possibilità di essere riammessi in libertà. Si vedano le sentenze del *Tribunal constitucional* 65/1986, 22 maggio e 91/2000, 30 marzo. Le sentenze sono reperibili sul sito www.tribunalconstitucional.es.

Qualche riflessione conclusiva

Il diritto penale è lo strumento di tutela di quei beni giuridici e interessi che altre branche del diritto non sono in grado di proteggere e dalla cui conservazione dipende la garanzia di una convivenza pacifica⁶³⁹.

Il diritto penale interviene quindi a sanzionare condotte socialmente dannose.

La pena a sua volta, comprime valori fondamentali dell'individuo, consacrati dalla Carta costituzionale, quali la libertà personale e la dignità sociale, e di fatto limita la piena estrinsecazione della personalità umana. Per queste ragioni la pena (detentiva in particolare) dovrà costituire l'*extrema ratio* della risposta statale.

L'altro scopo del diritto penale, infatti, è quello di proteggere non solo la società dalle aggressioni dei criminali, ma anche i criminali da punizioni non proporzionate alla gravità del fatto commesso, ingiuste, disumane, terroristiche, veicolate da bisogni emotivi di punizione e da istanze di vendetta⁶⁴⁰.

Lo scopo generale del diritto penale consiste quindi nella "minimizzazione" della violenza nella società⁶⁴¹. La legge penale è diretta a minimizzare la violenza dell'offesa e la violenza della vendetta, «prevenendo mediante la sua parte proibitiva la ragion fattasi espressa dai delitti, e mediante la parte punitiva la ragion fattasi espressa dalle vendette o da altre possibili reazioni informali. È chiaro che così inteso lo scopo del diritto penale non è riducibile alla mera difesa sociale degli interessi costituiti contro la minaccia dei delitti. Esso è ben sì la protezione del debole contro il più forte: del debole offeso e minacciato dal reato e del debole offeso o minacciato dalle vendette [...] Il diritto penale è la legge del più debole»⁶⁴².

Per quanto attiene alle specifiche funzioni della pena, abbiamo previamente analizzato le diverse elaborazioni dottrinali (protese, a seconda dei casi, alla

⁶³⁹ FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, p. 12.

⁶⁴⁰ ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, pp. 4 -5; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, pp. 13, 667.

⁶⁴¹ FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, p. 512.

⁶⁴² *Ibidem*.

valorizzazione di retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale), e riportato il filone della giurisprudenza costituzionale che sposa la concezione polifunzionale della pena.

All'interno di questa cornice si sono evidenziati alcuni limiti dell'attuale sistema sanzionatorio. In particolare la pena detentiva, ancora la pena regina nel nostro ordinamento, viene di frequente utilizzata per sanzionare fattispecie di media o bassa gravità, nonostante i comprovati effetti fortemente desocializzanti o addirittura criminogeni che essa determina⁶⁴³.

Con riguardo a delitti di una certa gravità, invece, il carcere si presenta allo stato attuale l'unica alternativa possibile, nonché la più idonea per contenere forme gravi di criminalità. Come abbiamo visto, in relazione alla pena detentiva, la forma più severa che prevede il nostro ordinamento è la reclusione a vita, prevista per uno stretto numero di reati, particolarmente allarmanti, che indicano un'acuta pericolosità sociale di chi li commette.

Venendo al cuore del problema la questione che ci poniamo è se alla luce degli scopi della pena, in ossequio al principio di *extrema ratio* della sanzione penale, in vista dei numerosi interventi che sono stati apportati a tale pena dal legislatore penale e penitenziario, e considerando attentamente quali sono gli interessi in gioco, permangano degli effettivi spazi nel nostro ordinamento per tale pena e se ne risulti opportuno il mantenimento.

Anche in relazione all'ergastolo si pone il problema della certezza e della effettività della pena. Non dimentichiamo le parole di Beccaria, il quale aveva ammonito circa l'importanza della certezza, della prontezza e della infallibilità della pena, requisiti che ove presenti rendono non necessarie pene severissime⁶⁴⁴: dunque pene un po' più certe e un po' più miti. È certamente vero che il celebre giurista milanese aveva legittimato proprio la previsione della pena dell'ergastolo («la schiavitù perpetua»), ma non dimentichiamo che erano tempi in cui vigevano pene terribili ed esemplari, pene corporali, atroci, spesso funzionali ad eseguire sentenze di condanne a

⁶⁴³ EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, pp. 76 e ss.; DOLCINI, *pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, pp. 95 e ss. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, *op. cit.*, p. 3,5. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 5.

⁶⁴⁴ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, *op. cit.*, p. 114.

morte. Si trattava di tempi in cui si cominciava a intuire (grande fu la lungimiranza e la modernità di Beccaria) la grande scoperta della pena detentiva, divisibile, proporzionabile, uguale per tutti. Soltanto col passare del tempo ne sono emersi difetti e limiti.

Nel periodo attuale la certezza, l'effettività, la prontezza della pena sono qualità quanto mai desiderabili, ma non pienamente realizzate⁶⁴⁵.

Per l'avveramento di queste condizioni si richiede che la pena venga inflitta rapidamente rispetto alla commissione del reato (prontezza), che sia effettiva, e cioè certa sotto il duplice profilo sia dell'*an*, sia del *quantum* e del *quomodo* della pena, e che sia indefettibile e cioè sia applicata senza possibilità di rinunciarvi⁶⁴⁶.

La situazione reale in cui versa il sistema sanzionatorio italiano è lontana da quella appena descritta: i processi sono lenti e così l'irrogazione della sanzione, la pena è tendenzialmente incerta perché al di là della vasta discrezionalità del giudice in fase giudiziale, si aggiunge una sorta di "nuova rideterminazione" della pena effettuata dal giudice dell'esecuzione⁶⁴⁷.

Dunque una pena "lenta" e "precaria".

I tempi processuali sono particolarmente lunghi quando si tratta di decidere circa la commissione di fatti molto gravi e di complesso accertamento, come sono i fatti per cui il nostro ordinamento prevede la reclusione a vita.

L'eccessiva lunghezza dei processi, oltre ai vari problemi che comporta, svelle la finalità generalpreventiva della pena⁶⁴⁸, la quale viene sacrificata proprio quando la risposta sanzionatoria sia lenta e rimandata nel tempo. In secondo luogo il rischio è quello di generare nella collettività la sensazione (errata) di impunità per gli autori di crimini efferati, la quale può derivare dal fatto che la condanna segua spesso di molti anni la commissione del reato, o dal fatto che il soggetto sia stato detenuto, in attesa di sentenza, in regime di custodia cautelare.

⁶⁴⁵ Ampiamente PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 419 e ss.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 420. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 415.

⁶⁴⁷ PAVARINI, *Bilancio dell'esperienza italiana di riformismo penitenziario*, in *Questione giustizia*, 1997, p.55 e ss.

⁶⁴⁸ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, op. cit., p. 100. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma*, in AA.VV. *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, op. cit., p.158. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, p. 308

Un fenomeno preoccupante è l'enorme numero di detenuti in custodia cautelare (il 52% della intera popolazione detenuta)⁶⁴⁹, che oltre a determinare il drammatico sovraffollamento delle carceri italiane, viene caricata di significati punitivi incompatibili con la presunzione di non colpevolezza comportando una anticipata espiazione della pena⁶⁵⁰.

Il periodo di detenzione in custodia cautelare, qualora sopravvenga la condanna, viene infatti detratto dalla durata complessiva della pena detentiva e vale anche per il decorso dei termini necessari all'accesso ai benefici penitenziari *latu senso* intesi. Può senz'altro capitare che dopo pochi anni dalla pronuncia della sentenza di condanna l'ergastolano, detenuto a lungo in via provvisoria, possa ad esempio usufruire di permessi premio (che possono essere concessi dopo l'espiazione di almeno dieci anni di pena). L'altro aspetto critico della pena contemporanea è la sua "precarietà": nello specifico il problema riguarda la flessibilità della pena in fase di esecuzione, aspetto che tuttavia ha reso compatibile l'ergastolo ai principi sanciti dalla nostra Costituzione e ai valori propri di un ordinamento democratico.

Si è detto che, in fase di esecuzione della pena, il giudice di sorveglianza abbia un eccessivo potere discrezionale. Il pericolo è che tale discrezionalità porti alla creazione di un diritto giurisprudenziale ispirato a canoni interpretativi diversi (che possono variare nei vari tribunali di sorveglianza) con la involontaria creazione di un diritto speciale e diseguale⁶⁵¹ che alimenta la discrepanza tra pena inflitta e pena scontata.

Questa eventualità è senz'altro possibile, ma d'altro canto la flessibilità in fase di esecuzione della pena, opportunamente rimodulata, appare strumento irrinunciabile⁶⁵².

Certamente ci devono essere dei margini di miglioramento del sistema. Per ridurre i difetti dell'attuale disciplina penitenziaria si potrebbero ad esempio diminuire i massimi previsti per la pena detentiva, con l'abolizione dell'ergastolo, in modo da assicurare al soggetto la possibilità di un ritorno in libertà, lasciare spazio all'operatività di misure alternative e benefici penitenziari in attuazione di un trattamento progressivo

⁶⁴⁹ Secondo i dati forniti dall'Associazione Antigone, reperibili sul sito: www.osservatorioantigone.it

⁶⁵⁰ PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 550.

⁶⁵¹ PAVARINI, *Bilancio dell'esperienza italiana di riformismo penitenziario*, in *Questione giustizia*, 1997, p.55 e ss

⁶⁵² MARGARA, *Ancora sulla pena e la sua esecuzione: le parole le cose le pietose bugie*, in *Questione giustizia*, 1997, p. 76.

di rieducazione finalizzato alla risocializzazione del condannato, e imporre termini minimi di pena che devono comunque essere scontati prima di potere godere di benefici penitenziari⁶⁵³.

Nella valutazione circa l'opportunità del mantenimento di tale pena si impone una riflessione di centrale importanza: e cioè se si sia verificato, in relazione all'ergastolo, uno scollamento di tenuta del sistema di tale pena da quella che era la sua originaria *ratio*.

La risposta mi pare essere positiva e merita di essere argomentata.

Se si fa riferimento alla dimensione che l'ergastolo ha assunto oggi rispetto ai tempi del codice Zanardelli e del codice Rocco, la cesura è netta e anche piuttosto ovvia: un tempo esso era una pena nata in sostituzione della pena capitale, a carattere eliminativo, durissima e perpetua (salvo il caso della grazia), una vera e propria morte civile, in cui non vi era alcuno spazio per istanze rieducative e di risocializzazione.

L'analisi è più complessa in relazione alla esistenza dell'ergastolo nell'ordinamento italiano a partire dall'approvazione della Costituzione. Non mi riferisco esclusivamente alla espressa funzione della finalità rieducativa della pena, ma anche all'elaborazione di alcuni principi-cardine del moderno diritto penale.

Innanzitutto è opportuna l'analisi del principio di proporzionalità tra reato e pena. Il problema è che il principio di proporzionalità pone una necessaria relazione tra entità disomogenee. «Al disvalore eminentemente qualitativo dell'offesa penalmente rilevante deve corrispondere un disvalore eterogeneo, espresso per giunta in termini quantitativi. E da un punto di vista assoluto, nessuno può stabilire quale sia, o possa essere, la pena proporzionata del furto, e della rapina, e della violenza carnale e così via dicendo»⁶⁵⁴. Si tratta di comparare grandezze non calcolabili in termini quantitativi, e cioè i beni giuridici e gli interessi tutelati da un lato, le sanzioni criminali dall'altro⁶⁵⁵.

Non esistono criteri assoluti che possano guidare il legislatore nella scelta delle tipologie sanzionatorie, ma solo criteri relativi, alla luce dei quali si stabilisce il grado di gravità delle varie fattispecie di reato previste dall'ordinamento⁶⁵⁶.

⁶⁵³ NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 340.

⁶⁵⁴ PADOVANI, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio*, *op. cit.*, p. 446.

⁶⁵⁵ PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *L'Indice penale*, 1992, p. 215.

⁶⁵⁶ PADOVANI, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio*, *op. cit.*, p. 446.

Nella selezione dei fatti punibili, la risposta penale potrebbe essere orientata su tre criteri: la *proporzione* tra bene protetto e sanzione (tenendo conto dei limiti anzidetti), la *sussidiarietà* intesa in termini di efficacia, come utilizzazione del minimo mezzo per il conseguimento del massimo risultato di tutela (valutazione costi⁶⁵⁷ – benefici), e infine la *congruenza* tra caratteristiche della fattispecie e tipo sanzionatorio⁶⁵⁸.

Nonostante la pena dell'ergastolo abbia un'operatività limitata alla punizione di fatti gravissimi, non si può sostenere in assoluto una necessità del suo mantenimento in ossequio al principio di proporzione tra reato e pena. Se si effettua una valutazione costi benefici ad esempio, il mantenimento di tale punizione sembra avere dei costi umani e sociali molto elevati, tra i quali danni psicologici e compressioni delle funzioni sociali (compromesse in particolar modo nel caso di detenzioni di lunga durata⁶⁵⁹).

Non esistendo criteri assoluti che guidino nelle scelte delle tipologie sanzionatorie, la decisione del mantenimento o dell'abolizione dell'ergastolo è esclusivamente una scelta di politica criminale.

Non credo che alla luce di esigenze retributive o generalpreventive si possa giustificare tale pena. La retribuzione, nella versione moderna e garantista, esige che la pena sia afflittiva ma anche umana e che sia proporzionata alla gravità del reato. E, se come abbiamo dimostrato, non esiste un criterio assoluto in grado di stabilire la giusta proporzione tra reato e pena, allora, in un'ottica retributiva, una pena detentiva di lunga durata potrebbe altrettanto efficacemente sostituire la pena dell'ergastolo. La prevenzione generale, come più volte sottolineato, provoca l'auspicato effetto deterrente quando la minaccia della pena sia resa concreta da un'irrogazione pronta e certa, e non a seguito della previsione di pene draconiane.

Il legislatore si trova di fronte ad una scelta, prevalentemente simbolica, di non facile soluzione.

Nel presente lavoro si è cercato di delineare la disciplina di tale pena, evidenziandone i profili di operatività astratta (pena inflitta) e di operatività concreta

⁶⁵⁷ Costi finanziari, umani, sociali.

⁶⁵⁸ Così PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, op. cit., p. 216. Questo criterio è di tipo qualitativo. Opera sempre una valutazione in termini di efficacia della fattispecie (considerata non soltanto dal punto di vista del suo contenuto offensivo ma anche nel contesto sociale e personale in cui si colloca) e il contenuto della sanzione.

⁶⁵⁹ MELLINA, *Problemi antropologici posti dalle lunghe detenzioni. Psicopatologia della cultura della custodia*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 92.

(pena scontata). Il binomio ergastolo irrogato – ergastolo eseguito deve essere a sua volta specificato.

L'attuale disciplina prevede che in caso di condanna all'ergastolo, il soggetto che soddisfi di volta in volta i requisiti richiesti dalle norme, potrà ottenere permessi premio dopo dieci anni di espiazione della pena (che si riducono ad otto nel caso di integrale concessione delle riduzioni di pena previste per la liberazione anticipata), godere del regime di semilibertà dopo l'espiazione di venti anni di pena (che si riducono a sedici nel caso di integrale concessione della riduzione di pena per la liberazione anticipata), e infine accedere alla liberazione condizionale, fase terminale del programma di recupero del reo, dopo l'espiazione di ventisei anni di pena (che si riducono a 21 nel caso di integrale concessione delle riduzioni di pena previste per la liberazione anticipata)⁶⁶⁰. In tali eventualità il mantenimento dell'ergastolo è di fatto solo nominale, ma non per questo per forza opportuno: si pensi anche alla discriminazione tra ergastolani, che possono essere ammessi o meno ai benefici penitenziari in base a criteri di tipo discrezionale quali la maggiore indulgenza o severità dei giudici di sorveglianza.

Oltre a questi casi, esistono le preclusioni ai permessi premio, misure alternative e liberazione condizionale operate dall'art. 4 *bis* nei confronti di soggetti che abbiano compiuto determinati reati, e che non di rado sono proprio ergastolani. Secondo i dati forniti dall'associazione Antigone sarebbero circa 1400 gli ergastolani presenti nelle carceri italiane e nei confronti di alcune centinaia di questi opererebbero le suddette preclusioni. In questi casi si preannuncia una detenzione duratura e indefinita che stride fortemente con il dettato costituzionale secondo cui le pene devono tendere alla rieducazione. Rieducazione che non è intesa come emenda morale del reo, ma come concreta possibilità di risocializzazione del condannato.

L'ultima, importante "tipologia" di ergastolani, sono quelli condannati per delitti di terrorismo o rientranti nella competenza delle Direzioni Distrettuali Antimafia, che forniscano una collaborazione "qualificata" ai sensi dell'art. 16 *nonies* del D.L. 8/1992, e nei confronti dei quali sono previste deroghe notevoli alla disciplina generale proprio sotto il profilo della quantità di pena da espianare. In questi casi il soggetto potrà ad esempio accedere al permesso premio fin dal primo giorno di carcerazione, e alla

⁶⁶⁰ CANEPA – MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit., p. 389.

liberazione condizionale dopo l'espiazione di dieci anni di pena. Qui la punizione è vistosamente ridotta per favorire la collaborazione con la giustizia: è il complesso e delicato problema della legislazione premiale.

L'attuale disciplina, quindi, crea dei binari diversificati proprio in sede di esecuzione della pena, prevedendo un *doppio e contrapposto livello trattamentale dei condannati in fase esecutiva*. Tramite il meccanismo del doppio binario si paventa la possibilità che l'ergastolo sia effettivamente perpetuo per alcuni soggetti, o che abbia comunque una lunghissima durata.

Il verificarsi di questa eventualità contrasta con il dettato del 3° comma dell'art. 27 della Cost. e può concretamente rendere tale pena inumana e degradante.

La posizione della Corte costituzionale relativa alla pena dell'ergastolo, infatti, è stata piuttosto costante. La Consulta ha delineato i parametri di legittima esistenza della pena perpetua alla luce dell'art. 27, 3° c., Cost.: la sua non perpetuità.

La finalità rieducativa espressa dal testo costituzionale non va intesa come uno scopo meramente eventuale ma va tenuta in conto sia in fase di legislazione, sia in fase di commisurazione, sia (e soprattutto) in fase di esecuzione della pena⁶⁶¹. L'ergastolo è legittimo solo in quanto sia prevista la possibilità per il condannato di riacquistare la libertà, e lo strumento che permette il realizzarsi di tale condizione è la liberazione condizionale.

Sono state numerose le questioni di legittimità costituzionale che hanno investito la pena dell'ergastolo, e la Corte, pur avendone sempre confermato la legittimità ha contribuito, non solo a mitigarne il rigore, ma anche a dettare i canoni base di tutela dei diritti degli ergastolani al di sotto dei quali non è consentito andare.

Le indicazioni della Corte hanno portato a ridurre il carattere intimidatorio dell'ergastolo, svuotandolo lentamente dal suo originario contenuto, ma la scelta di abolirlo formalmente, non può che spettare al legislatore, trattandosi come già detto, di una valutazione di politica criminale.

Certo, la formale presenza dell'ergastolo nel nostro ordinamento, ha dato vita ad un dibattito, non ancora sopito, circa la legittimità, l'opportunità, la necessità, di mantenere tale pena, rendendo la questione oggetto di una continua analisi da parte delle dottrine e specialmente della giurisprudenza costituzionale: bisogna riconoscere che il

⁶⁶¹ Sentenza 3 luglio 1990 n. 313 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, p. 1981

costante orientamento giurisprudenziale relativo all'ergastolo ha contribuito ad elevare la tutela dei detenuti ergastolani, mettendoli al riparo da eventuali onde retributive, che, sulla scorta di quanto accaduto in Spagna, possano comportare aumenti notevoli dei massimi edittali e severissime restrizioni nell'accesso ai benefici penitenziari, tali da introdurre norme più severe di quelle dettate nei paesi in cui si prevede la pena dell'ergastolo.

Quali sono le considerazioni di politica criminale che potrebbero indurre il legislatore a mantenere o ad abolire la massima pena?

La prima ragione che potrebbe indurre (e induce) il legislatore a mantenere l'ergastolo è il consenso dell'opinione pubblica. Consenso che, nel 1981, essa ha negato dando esito negativo al *referendum* abrogativo. Non credo che ad oggi l'esito potrebbe essere diverso: la tendenza attuale sembra essere quella di una continua richiesta di sicurezza da parte della collettività. Non è possibile soffermarsi sul complesso discorso inerente l'influenza che i *media* esercitano sulla formazione delle opinioni dei cittadini, ma ci limitiamo a ricordare che tale fattore è presente ed incide in maniera rilevante su un'opinione pubblica che può essere anche disinformata o informata in modo superficiale. Il problema è quindi: qual è il ruolo che il consenso sociale può e deve esercitare in relazione a scelte di politica criminale, e in particolare in relazione al delicatissimo ambito che è l'ambito sanzionatorio. «Il problema del consenso è che non sempre si forma o si esprime in termini conformi a razionalità, l'opinione pubblica – ammoniva Hegel – contiene ad un tempo verità e falsità, ed è compito del potente distinguere l'una dall'altra»⁶⁶²: esiste il rischio che il legislatore accontenti troppo le richieste di criminalizzazione e punizione provenienti dalla società.

Non sempre inoltre è la punizione il primo obiettivo che perseguono le vittime o i familiari delle vittime.

I familiari di vittime di stragi mafiose e terroristiche, spesso, prima che la punizione del colpevole pretendono il perseguimento della verità. Verità e giustizia. La ricerca della verità è stato uno dei principali intenti, non volendo qui forzare con un paragone azzardato - dato il particolare contesto politico e giuridico in cui quell'esperienza si è sviluppata – della Commissione sudafricana per la verità e per la

⁶⁶² ROMANO, *Legislazione penale, consenso sociale in Jus*, 1985, pp. 423 – 424.

riconciliazione, a fronte di gravissime violazioni dei diritti fondamentali della persona⁶⁶³.

L'altra valutazione di politica criminale potrebbe essere l'efficacia deterrente della pena perpetua, prevista per ragioni di difesa sociale, nei confronti di soggetti appartenenti alla criminalità organizzata. Tuttavia è comprovata l'inefficacia della minaccia dell'ergastolo su una criminalità sempre più economica e imprenditoriale che va combattuta soprattutto incidendo sulla capacità economica e le potenzialità patrimoniali, rafforzando alcuni strumenti di grande utilità, primo fra tutti quello della confisca.

Alcuni progetti di riforma del codice penale (progetto Riz, progetto Grosso, progetto Pisapia) rispondono al quesito circa l'opportunità di mantenere l'ergastolo in senso negativo. In una prospettiva *de jure condendo* la soluzione che potrebbe valere ancora oggi, nel rispetto delle continue richieste di tutela e sicurezza provenienti dalla collettività, è quella formulata dalla Commissione Grosso secondo cui le pene edittali stabilite dalla legge sono comprese entro i seguenti limiti: -reclusione speciale: da 25 anni a 30 anni, *ovvero a vita*, per un numero ristrettissimo di reati, e specificando che l'esecuzione della reclusione speciale a vita cessa dopo i 30 anni, salvo che persistano esigenze di prevenzione speciale. La sussistenza di dette esigenze è verificata dal giudice con periodicità annuale. In questo modo l'ergastolo si configura veramente come *extrema ratio*, come limite massimo edittale, in cui si bilanciano esigenze di retribuzione, generalprevenzione, specialprevenzione, nel rispetto dei canoni di umanità e razionalità della pena.

Non siamo in grado di fornire altre certezze: che l'abolizione dell'ergastolo risulti una questione controversa è dimostrato, risposte sicure non esistono. Senza alcun dubbio però, la concreta possibilità di un ritorno in libertà del reo deve, e non può non essere garantita.

Questa posizione è condivisa anche dalla Corte europea per i diritti umani che, pur non essendosi mai pronunciata contro l'ergastolo, ha più volte ribadito che esso non contrasta con l'art. 3 della convenzione CEDU⁶⁶⁴ in quanto sia prevista, presto o tardi,

⁶⁶³ LOLLINI, *La Commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione: la costruzione di una memoria collettiva tra "ipertrofia della storia" e "ipertrofia della sentenza"*, in *Critica del diritto*, 1999, fasc. 2 -3, pp. 382 e ss.

⁶⁶⁴ Così recita la norma: «No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment».

la possibilità per il reo di essere riammesso in libertà⁶⁶⁵. Ancora una volta l'ergastolo è legittimo se non è perpetuo.

L'ergastolo comprime al massimo diritti fondamentali dell'uomo quali la libertà personale e la dignità sociale, riduce ai minimi termini le possibilità di coltivare rapporti affettivi, familiari, sociali, è psicologicamente crudele poiché lascia senza prospettive future: se è vero che non possediamo certezze, la scelta dell'abolizione dell'ergastolo, a costo che si riveli sbagliata, è una strada che l'ordinamento giuridico e la società civile non possono non imboccare.

⁶⁶⁵ CEDU, *Nivette c. Francia*, Ricorso n. 44190/98, decisione del 3 Luglio 2001; CEDU, *Einhorn c. Francia*, Ricorso n. 71555/01, decisione del 16 Ottobre 2001; CEDU, *Affaire Kafkaris c. Chypre*, Ricorso n. 21906/04, decisione del 12 febbraio 2008.

Bibliografia

- AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*. Milano, 1993.
- ALIMENA, *Principi di penale*, Napoli, 1910, p. 88- 89.
- ANDENEAS, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, (a cura di) ROMANO – STELLA, Bologna, 1980, pp. 38 e ss.
- ASCHIERI, voce *Ergastolo*, in *Digesto italiano*, vol. X, p. 518.
- ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, Cambridge, 2005.
- ASHWORTH, *Sentencing*, in *The Oxford Handbook of Criminology*, 1994.
- BARBERA – MORRONE, *La repubblica dei referendum*, Bologna, 2003.
- BARONE, voce *Liberazione condizionale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, p. 410.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1999.
- BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, London, 1970.
- BERNARDI, *L'ergastolo: verso un'effettiva "pluridimensionalità" della pena perpetua?* in *Archivio penale*, 1983, p.25.
- BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, in *Gli ultimi scritti 1980 – 1982 e la lezione di congedo 6 – V – 1982*, (a cura di) PETTOELLO MANTOVANI, Padova, 1984, p. 93.
- BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Verona, 1966, p 17.
- BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964.
- BETTIOL, *IL ruolo svolto dal codice Rocco nella società italiana*, in *La questione criminale*, 1981, p. 29.
- BLANCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, (trad. it. a cura di) IACOMETTI, Torino, 2009.
- BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977.
- BONINI, *Quale spazio per una funzione simbolica del diritto penale?* in *L'Indice penale*, 2003, p. 491.
- BREDA, *La proposta di abolire l'ergastolo* in *Diritto penale e processo*, 1998, vol. II, c. 1552 e ss.

- BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una “nuova” politica criminale*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell’attuale momento storico*, Milano, 1977.
- BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *La questione criminale*, 1981, III, p. 445.
- BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in AA.VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, (Atti del seminario organizzato dal centro studi e iniziative per la riforma dello Stato), Roma, 1974, p. 62.
- BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 202.
- BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997-2000.
- BRUNO, *L’ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, 2007.
- CABRI, *La pena dell’ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Rivista penale*, 1990, p. 525.
- CALVI, *Tornare alla Consulta*, in *Contro l’ergastolo*, (a cura di ANASTASIA-CORLEONE), Roma, 2009.
- Camera dei deputati, *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, Roma, 1971, vol. VI, p.180.
- CANEPA – MARCHESELLI – MERLO, *Lezioni di diritto penitenziario*, Milano, 2002.
- CANEPA – MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2004.
- CANZIO, *sub art. 22, Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, (a cura di) LATTANZI – LUPO, Milano, 2000, p. 419.
- CANZIO, *sub art. 28, in Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, (a cura di) LATTANZI- LUPO , Milano, 2000, p.439.
- CARFORA, voce *Pena* in *Digesto italiano*, vol. XVIII, p.1441.
- CARLETTI, *Carcerati e carcerieri: tutti carcerati in fondo*, in *Il carcere riformato*, 1981 p. 177.
- CARNELUTTI, *La pena dell’ergastolo è costituzionale?*, in *Rivista di diritto processuale*, vol. I, 1956, p.1.
- CARRARA (scritti di), *Contro la pena di morte*, Milano, 2001.
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1867.

CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001.

CECANESE, voce *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, ***Aggiornamento, 2005, p. 1004.

CESARI – GIOSTRA, sub art. 4 bis in *Ordinamento penitenziario*, (a cura di) GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, Padova, 2006., p. 50.

CESARI, sub art. 4 bis, in PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, 2002 p.7;

CESARI, sub art. 58 ter, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, 2002, p. 753.

CESARIS, *Sulla valutazione del sicuro ravvedimento ai fini della liberazione condizionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, p. 291.

COFANO, *L'efficacia economica dell'ergastolo alla luce anche dell'ergastolano pentito*, in *Rivista penale*, 2001, fasc. 4, p. 335.

COMMISSIONE GROSSO - *per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Relazione preliminare (12 settembre 2000). Progetto preliminare di riforma del codice penale parte generale*, in www.giustizia.it.

COMMISSIONE PAGLIARO - *per l'elaborazione di uno schema di delega per nuovo codice penale (8 febbraio 1988) - Relazione (25 ottobre 1991)*, in www.giustizia.it.

COMUCCI, *L'esecuzione penale a carico dei minorenni: inerzie legislative e esigenze di riforma*, in *Cassazione penale*, 2007, p. 4737.

CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *Cassazione penale*, 1984, p. 2296

CONSEIL DE L'EUROPE, *Détention et traitement des détenus dangereux – Recommandation nR (82) 17 et exposé des motifs*, Strasburgo, 1983, p.14.

CONSO – GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2008.

COPPETTA, sub art. 54, in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 189.

CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, p. 134.

CORN, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna*, in *Modelli sanzionatori di contrasto alla criminalità organizzata. Un'analisi di diritto comparato*, (a cura di) FORNASARI, Trento, 2007, p. 13.

COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino, 1928, p.38.

CULLEN – NEWELL, *Murders and life imprisonment*, Winchester, 1999.

DA PASSANO, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli: Diritto penale dell'800*, (a cura di) VINCIGUERRA, Padova, 1993, p. 579.

DAGA, voce *Trattamento penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 1304.

DALL'ORA, *L'ergastolo e la Costituzione*, commento alla sentenza 16 giugno 1956 Sezioni Unite della Cassazione in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1956, p. 485.

DE MAGLIE- GATTA, *sub art. 184*, in *Codice penale commentato*, (a cura di) DOLCINI –MARINUCCI, Vicenza, 2006, p. 1597.

DE NOTARISTEFANI, voce *Penitenziari (sistemi)* in *Digesto italiano*, vol. XVIII, p. 5.

DE VITO, *Camosci e gira chiavi. Storia del carcere in Italia*, Bari, 2009.

DE VITO, *Mai dire mai. Per l'abolizione dell'ergastolo*, in *Antigone. Oltre il tollerabile. VI Rapporto sulle condizioni di detenzione in Italia*, Torino, 2009, p.189

DEL RE, *La disciplina della liberazione condizionale tra logica sanzionatoria e logica di trattamento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978, p. 541.

DEL VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, p. 85

DELITALA, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1950, p. 699.

DELITALA, *Raccolta degli scritti – Diritto penale*, Milano, 1976.

DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, p. 75.

DELLA CASA, *sub art. 61*, in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006., p. 791.

DI CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati punibili con l'ergastolo, "legge Carotti" e gestione della fase di transito*, in *Il Foro italiano*, fasc. 4, pt. 2, p. 209.

DI GENNARO – BREDA – LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997

DI LEO, *Accertamenti sulla personalità ed esame del minore nel nuovo processo penale minorile*, in *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, (a cura di) DE CATALDO BEUBURGER, Padova, 1990, p. 113.

DÌEZ RIPOLLES, *Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI*, in *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2006, 4, p.1

DISEGNI E PROGETTI DI LEGGE. *La riforma del codice penale: approvato dal senato il nuovo testo del I libro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, vol.II, pp. 863 e ss.

DOLCINI in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1988, vol. II, pp. 278 e 282.

DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, p. 469.

DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 857.

DOLCINI, *Le pene pecuniarie come alternative alle pene detentive brevi*, in *Jus*, 1974, p. 529.

DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, pp. 95

DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 10.

DONATI, *Rule of law common law*, Milano, 2010

ESPOSITO, *Le nuove norme in materia penitenziaria*, in *Archivio penale*, 1992, p. 490

EUSEBI, *La pena in crisi*, Brescia, 1990.

EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 76.

FALCONE, *Intervento in La legislazione premiale*, Milano, 1987 p. 228 e ss;

FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980.

FASSONE, *Prospettive di riforma dell'ordinamento penitenziario e della pena in generale*, in *Giustizia penale e riforma carceraria*, Roma, 1974, p. 260.

FASSONE, *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo alla individuazione della «pena costituzionale»* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 799.

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2008, p.646, nota 28.

FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, fasc. 2, p. 79.

FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, p. 512

FERRARI, *Diritto e società*, Bari, 2009.

FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, pp. 396 e ss.

FEUERBACH, *Anti- Hobbes, ovvero, i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, (traduzione italiana a cura di) CATTANEO, Milano, 1972, pp.108 e ss.

FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*. Bologna, 2006.

FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3° Cost.* in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BRANCA – PIZZORUSSO, Bologna, 1991, p. 222 .

FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*. Napoli, 2003.

FILIPPI – SPANGHER, *Diritto penitenziario*, Milano, 2000.

FIORE, *Modelli di intervento sanzionatorio e criminalità organizzata: pericolose illusioni e inquietanti certezze della recente legislazione antimafia*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, (a cura di) MOCCIA, Napoli, 1999, p. 277.

FLORA, *La liberazione condizionale: quale futuro?* In *L'indice penale*, 1989, p. 353.

FORNASARI, *Il principio di legalità*, in FORNASARI – MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008.

FORNASARI, *Lineamenti del sistema sanzionatorio spagnolo*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/5816.pdf>

FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 2009, p. 79.

FROSALI, voce *Pena di morte*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. X , p. 943.

GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, pp. 65.

GALLO, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 1267.

GAMBARO – SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002.

- GARCÍA ALBERO, TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, 2004.
- GARDNER, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, p. 203.
- GARLAND, *Punishment and welfare: a history of penal strategies*, Aldershot, Gower, 1985.
- GIANZI, voce *Grazia*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, p. 772.
- GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 415.
- GIUNTA, *L'effettività della pena nell'era del dissolvimento sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 414.
- GOMEZ DE LA TORRE –ARROYO ZAPATERO – GARCÍA RIVAS – FERRÈ OLIVE – SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Bilbao, 1999.
- GONNELLA, *La grande promessa abolizionista: una storia divisa in due*, in *Contro l'ergastolo*, (a cura di) ANASTASIA – CORLEONE, Roma, 2009, p. 55.
- GONZALES RUS, *Comentarios a los artículos 73 y 75 al 78*, in AA.VV., *Comentarios al código penal*, (director) COBO DEL ROSAL, Madrid, 1999.
- GOZZINI, *Questione ergastolo. una deviazione ideologica*, in *Il Ponte*, 1998, vol. VII, p. 6. GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzioni di pena e liberazione condizionale*, in AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, (a cura di) GREVI, Padova, 1994, p. 456;
- GREVI *sub art. 1*, in GREVI- GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p.8.
- GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, in AA.VV. (a cura di) GREVI, Bologna, 1981, p. 6.
- GREVI, *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978, p. 60.
- GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986 n. 663*, in AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, in AA.VV.(a cura di) GREVI, Padova, 1994, p. 26..
- GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, III ed. Giessen, 1818.

GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Novissimo digesto*, vol. XV, p. 719.

GUARNERI, *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964.

GUAZZALOCA – PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995.

GUAZZALOCA, *Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premiabilità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria di emergenza*, in AA.VV., *Lotta alla criminalità organizzata. Gli strumenti normativi*, (a cura di) GIOSTRA – INSOLERA, Milano, 1995, pp. 141.

GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 123..

HART – GARDNER, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 2008.

HENHAM – MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 706.

IMPOSIMATO, *Intervento in La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 233.

JANNITTI PIROMALLO, voce *Ergastolo*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VI, p. 656.

KANT, *La metafisica dei costumi*, (traduzione italiana a cura di) VIDARI, Bari, 1970.

LA GRECA, *La liberazione condizionale fra Corte costituzionale e legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, p. 2155;

LA GRECA, *Liberazione condizionale e criminalità organizzata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 2002, fasc. 1, p. 21.

LARIZZA, *Bisogno di punizione o bisogno di educazione? Il perenne dilemma della giustizia minorile*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 2975.

LARIZZA, *Liberazione condizionale: verso l'abbandono della concezione premiale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 604.

LARIZZA, voce *Pene accessorie*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1995, p. 424.

LI VECCHI, *Abolizione dell'ergastolo e criminalizzazione delle persone giuridiche: i due passi falsi che il legislatore non deve fare*, in *Rivista penale* 2001, p. 223.

- LIGUORI, *Il diritto penale premiale. La tecnica delle circostanze attenuanti ad effetto speciale e il problema della loro possibile cumulabilità*, in *La Giustizia penale*, 1998, p. 1.
- LOLLINI, *La Commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione: la costruzione di una memoria collettiva tra “ipertrofia della storia” e “ipertrofia della sentenza”*, in *Critica del diritto*, 1999, fasc. 2-3, p. 382.
- LÓPEZ PÉREGRIN, ¿ *Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento integro y efectivo de las penas?*, in *Revista española de investigación criminológica*, n. 1, 2003, reperibile sul sito: <http://www.criminologia.net/reic1.html>
- LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, Bari, 1994, p. 2-
- LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2008.
- LUGNANO, *Il nuovo ordinamento penitenziario nel disegno di legge in discussione al parlamento*, in *Giustizia penale e riforma carceraria*, Roma, 1974, p. 31.
- GAROFALO LUIGI, *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008.
- MACCHIA, *Liberazione condizionale e art. 4 bis ord. pen. :rinvio formale o recettizio?*, in *Cass. Pen.*, 1995, 7-8, p. 1785.
- MAINA, *Giudizio abbreviato e reati punibili con l’ergastolo nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Legislazione penale*, 1994, II, p. 365.
- MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007.
- MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale. Simposio di studi di diritto e procedura penali. (Como, 1981)*, Milano, 1983, p. 197
- MANTOVANI, *F. Carrara e la funzione della pena*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del convegno internazionale: Lucca-Pisa 2-5 giugno 1988, Milano, Giuffrè, 1991.
- MANTOVANI, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell’attuale momento storico*, Atti del convegno di studio «Enrico De Nicola», Milano, 1977, pp. 18 e ss.
- MANTOVANI, *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, (a cura di) ROMANO – STELLA, Bologna, 1980, p. 88.

MARGARA, *Ancora sulla pena e la sua esecuzione: le parole le cose le pietose bugie*, in *Questione giustizia*, 1997, p. 76.

MARGARA, *Il "carcere utile". Il senso di un impegno*, in *Questione giustizia*, 2000, 3, p. 403.

MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009.

MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 160.

MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463.

MARTELLI, *Il sistema penale minorile tra esigenze di rieducazione e certezza della pena: riflessioni psichiatriche e criminologiche*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 3355.

MARTINI, *Ergastolo ed isolamento continuo: l'art. 72 c.p. fra abrogazione ed incostituzionalità*, in *Cassazione penale*, 1982, p. 268.

MARZOCCHI – NUSSDORFER, *Anatomia funzionale del sistema nervoso*, Padova, 2003.

MAZZANTI, voce *Liberazione condizionale*, in *Novissimo digesto italiano*, IX, 1963, Torino, p. 838.

MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000

MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, Milano, 2008.

MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008.

MOCCIA, *Ideologia e diritto nelle sanzioni del codice Zanardelli*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli: Diritto penale dell'800*, (a cura di) VINCIGUERRA, Padova, p.566.

MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 61.

MOCCIA, *Il dovere essere della premialità*, in AA.VV., *La giustizia contrattata*, (a cura di) MOCCIA, Napoli, 1998, p. 214.

MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997.

MOLARI, *Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 170.

MOMMSEN, *Disegno del diritto pubblico romano*, Milano, 1973.

MORRONE, *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, Padova, 2003.

MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4 bis ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, n. 11, 2003, p.1353.

MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, p. 141.

MUÑOZ CONDE – GARCÌA ARÀN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2000.

MUÑOZ CONDE, *Il “moderno diritto penale nel nuovo codice penale spagnolo: principi e tendenze”*, in *L'Indice penale*, 1996, p. 658

MUÑOZ CONDE, *Principios inspiradores del proyecto de codigo penal español de 1994*, in AA. VV. , *Valori e principi della codificazione penale: l'esperienza italiana, spagnola, francese a confronto*, Atti del convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato dell'Università di Firenze, 19 – 20 novembre 1993, Padova, 1995.

MUSACCHIO, *Nuove proposte nella disciplina dell'ergastolo*, in *La Giustizia penale*, 2007, fasc. 2, p. 47.

MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in AA. VV, *La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 115.

NAPPI, *sub art. 72, Codice penale*, (a cura di) LATTANZI- LUPO, Milano, 2000, p. 725

NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 315.

NESPOLI, *Pena rieducativa ed esigenza di difesa sociale*, in *La Giustizia penale*, 1980, fasc. 8 -9, p. 536

NOVELLI, voce *Carcere* in *Nuovo digesto italiano*, vol. II, p. 864.

NUNZIATA, *Incredibile: ancora si propone l'abolizione della pena dell'ergastolo!?* in *Il nuovo diritto*, 1995, vol. IV, p. 265.

NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 350.

NUVOLONE, *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *Pene e misure di sicurezza nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, p. 1.

PACKER, *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978,.

PADOVANI, *“Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in *La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 58.

PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006.

PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981.

PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 419.

PADOVANI, *La soave inquisizione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, p. 529.

PAGLIARO, *Il documento della commissione Grosso sulla riforma del diritto penale : metodo di lavoro e impostazione generale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 1184.

PAGLIARO, *Pluridimensionalità della pena*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Milano, 1977, pp. 325 e ss.

PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1998.

PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *L'Indice penale*, 1992, p. 209.

PALAZZO, *Le pene accessorie nella riforma della parte generale e della parte speciale del codice*, in *Temi*, 1978, p. 650.

PALMA, *"Fine pena mai. Ancora l'ergastolo nel nostro ordinamento?"* in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 61.

PAPA, *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, 1985.

PATANÈ, *L'isolamento nella detenzione*, in *La giustizia penale*, 1981, p. 527.

PAVARINI, *Bilancio dell'esperienza italiana di riformismo penitenziario*, in *Questione giustizia*, 1997, p.55.

PAVARINI, *Codice commentato all'esecuzione penale*, (a cura di) GUAZZALOCA, Torino, 2002.

PAVARINI, *La "penitenziarizzazione" della giustizia penale*, in *La giustizia contrattata*, in AA.VV., *La giustizia contrattata*, (a cura di) MOCCIA, Napoli, 1998, p. 175.

PAVARINI, *La Corte costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, vol. I, p. 262.

PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario (legge 10 ottobre 1986 n. 663)*, in *Marginalità e società*, 1987, p. 104

PAVARINI, *sub art. 176 c.p.*, (a cura di) GUAZZALOCA, Torino, 2002. *Codice commentato dell'esecuzione penale, op. cit.*, p. 386;

PAVARINI, *sub art. 20 bis*, in PAVARINI *Codice commentato dell'esecuzione penale*, (a cura di) GUAZZALOCA, Torino, 2002, p. 49.

PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002.

PETROCELLI, *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952.

PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano, 1984.

PISANI, *Il giudizio abbreviato e la pena dell'ergastolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 429.

PRESUTTI, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, (a cura di) PRESUTTI, Milano, 1994, p. 81

PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986.

PROSPERI, *Carrara e la pena capitale* in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del convegno internazionale: Lucca-Pisa 2-5 giugno 1988, Milano, Giuffrè, 1991, p. 408.

PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009.

PULITANÒ, *Ergastolo e pena di morte in Democrazia e diritto*, 1981, p. 155.

PULITANÒ, *Intervento in Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1974, p. 229.

PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 550.

PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 83.

QUINTERO OLIVARES (introduzione di), *Il codice penale spagnolo*, (trad. it. a cura di) NARONTE, Padova, 1997.

QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*, Cizur Menor, 2005.

RADA, *sub art. 50*, in PAVARINI, *Codice commentato all'esecuzione penale*, (a cura di) GUAZZALOCA, Torino, 2002, p. 152.

RAGNO, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, 1966, pp. 950 e ss.

RIONDATO, *sub art. 22, Commentario breve al codice penale*, (a cura di) CRESPI – FORTI – ZUCCALÀ, Padova, 2009, p.121.

RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*. Padova, 2001.

RODRÌGUEZ RAMOS LADARIA, *sub art. 78*, in *Código penal, Comentado y con jurisprudencia*, (coordinador) RODRÌGUEZ RAMOS, Madrid, 2009.

RODRÌGUEZ RAMOS, *sub art. 32*, in *Código penal. Comentado y con jurisprudencia*, (coordinador) RODRÌGUEZ RAMOS, Madrid, 2009.

ROLDÁN BARBERO, *El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 2010, p. 1.

ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Prato, 1834.

ROMANO – GRASSO – PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 1994, p. 8.

ROMANO, *Legislazione penale, consenso sociale in Jus*, 1985, p. 423.

ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano in AA.VV., Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p.169.

ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 172.

ROMANO, *sub art. 22, Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 228.

RONCO – ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2003.

RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996.

ROTA, *sub art. 176, Codice penale commentato*, (a cura di) DOLCINI – MARINUCCI, Milano 2006, p. 1573.

ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p.1.

RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, p. 359.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El coimputato que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes*

Organicas 7/ y 15/2003), in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 5, 2005.

SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una contradictio in terminis ancora irrisolta. (In particolare riflessioni sulla sentenza n. 161/97)*, in *Cassazione penale*, 2001, p. 1357.

SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.

SPINA, *Il sistema penale minorile tra esigenze di rieducazione e certezza della pena: riflessioni del giudice*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 4223.

STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980.

STILE, *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi e prospettive*, Milano, 1993, p. 313.

STORTONI, «Libertà» e «diritti» del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario, in *Il carcere riformato* (a cura di) BRICOLA, Bologna 1977, p. 48.

STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 626.

STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, ***Agg. I***, Torino, 2000, p. 272.

TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano.

TAMARIT SUMALLA, *Il sistema sanzionatorio spagnolo nel codice penale del 1995*, in *L'Indice penale*, (trad. it. a cura di) NARONTE, 1996, p. 1103.

TARUFFO, *Il giudice e la "rule of law"*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1999, III, p. 931.

TAYLOR, WASIK, LENG, *Blackstone's guide to the Criminal Justice Act 2003*, Oxford, 2004

TESSA, *Evoluzione e involuzione della liberazione condizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993 fasc. 3, p. 1924.

THOMAS, FIRSTON, *sub art, 142*, in *Criminal justice act 2003. A current law statute guide*, annotated by D.A. THOMAS, R. F. FIRSTON, Hampshire, 2004.

TODESCAN, *Metodo, diritto, politica*, Bologna, 2002.

- TORREBRUNO, *Davvero costituzionale l'istituto dell'ergastolo?* In *Giustizia penale*, 1975, p. 34.
- TRANCHINA- D'ANGELO, *Codice delle leggi penitenziarie*, Milano, 1978.
- VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, (traduzione italiana a cura di) CALVI, Milano, 1962.
- VARRASO, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 bis Ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, in *Giustizia penale*, I pt., p. 83.
- VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, p. 297.
- VASSALLI, *La riforma del codice penale del 1930*, in *La questione criminale*, 1972, p. 513.
- VELO DALBRENTA, *La scienza inquieta. Saggio sull'Antropologia criminale di Cesare Lombroso*, Padova, 2004.
- VENEROSO – CARLISI, *Il giudizio abbreviato*, Torino, 2007
- VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002,
- VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, Padova 1999.
- WILLIAMS, MC SHANE, *Devianza e criminalità*, Bologna, 2002.
- ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 68.