UNIVERSITA' DEGLI STUDI "MAGNA GRÆCIA"
DI CATANZARO

FACOLTA" DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE
IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

PROFILI COSTITUZIONALI IN TEMA DI "ERGASTOLO OSTATIVO" E BENEFICI PENITENZIARI

RELATORE
CHIAR.MO PROF. LUIGI VENTURA

CANDIDATO
CLAUDIO CONTE
MATR. N° 102350

ANNO ACCADEMICO 2014-2015

Alla mia famiglia
motivo di gioia, di vita

Non c'è niente che in generale,
eleva e sostiene più alto lo spirito umano che l'idea dei diritti.
Si trova nell'idea del diritto qualche cosa di grande,
che toglie alla domanda il suo carattere supplichevole e colloca
colui che reclama sullo stesso piano di colui che accorda.

ALEXIS TOCQUEVILLE, *La democrazia in America,* 1835

Indice

Nella versione digitale, oltre ai vari collegamenti ipertestuali, è possibile aprire il collegamento da questo *Indice*, cliccando sul numero del *paragrafo* desiderato. Allo stesso modo è possibile aprire i collegamenti ai paragrafi (§ …) o capitoli (Cap. …) ai quali si rinvia nel corpo del testo.

Premessa……..…….....XI

Introduzione …….....XII

CAPITOLO PRIMO

LA PENA DELL'ERGASTOLO

1 Profili storici ed evoluzione dell'ergastolo…….....1

1.1 Il regime attuale dell'ergastolo: ambito applicativo ed esecutivo..…….....6

1.1.1 L'art. 73.2 del codice penale……..……..…….....7

1.1.2 Riflessi della disciplina processuale relativa al rito abbreviato.....……...10

1.1.3 Ambito di esclusione della pena dell'ergastolo ..…...…….……..13

1.1.3.1 Segue. I minori ……..…….…….……..13

1.1.3.2 Segue. I militari ….....…….……..….....14

1.1.3.3 Segue. Le leggi penali di cooperazione internazionale…….....15

1.1.4 Le pene accessorie…….....17

1.1.5 Misure di prevenzione ed ergastolo (cenni)……..……...….....18

1.2 L'ergastolo "bianco"……..…….....……..….....19

1.3 Il contenuto della pena dell'ergastolo…….....……..22

1.3.1 Gli stabilimenti …….…….....22

1.3.2 Il lavoro……..…….....23

1.3.3 Il lavoro all'aperto……..….....26

1.3.4 L'isolamento notturno (22 c.p.)……..…….…..….....28

1.3.5 L'isolamento diurno (72 c.p.)…….....30

1.3.6 Altre forme "mascherate" d'isolamento (41-*bis* e 14-*bis* OP)…...……..….31

1.3.7 Perpetuità……..……..……..……..……33

1.4 Le cause di estinzione…...……..…….…34

CAPITOLO SECONDO

ERGASTOLO E BENEFICI PENITENZIARI

2 Premessa……..……..…….....37
2.1 L'istituto della liberazione condizionale *ex* art. 176 c.p…...…….....38
2.1.1 Ravvedimento: un nuovo criterio di accertamento…….....44
2.1.2 La revoca……..….....….….....47
2.2 La liberazione anticipata……..……...……48
2.3 La semilibertà……...…….....52
2.4 I permessi premio……....……54
2.5 Istituti esclusi al condannato all'ergastolo…….....56
2.6 Istituti di carattere umanitario applicabili al condannato all'ergastolo.....57
2.7 Natura penale delle misure extramurarie…….58
2.8 L'art. 4-*bis* OP: le leggi d'emergenza…...……...…..….....67
2.8.1 Dati statistici sull'art. 4-*bis* OP…….....72
2.8.2 L'art. 4-*bis* OP: divieti e modifiche……...….....74
2.8.3 Artt. 4-*bis* OP e 176 c.p. (un rinvio non scontato)……...…...….....83
2.8.4 Istituti esclusi dalle preclusioni *ex* art. 4-*bis* OP……...….....86
2.8.4.1 I permessi di necessità *ex* art. 30 OP…….…..……...88
2.8.5 I criteri per l'individuazione dei delitti *ex* art. 4-*bis* OP e l'in/scindibilità del reato continuato…….……...……...91
2.8.6 Segue. Le SU, 30 giugno 1999, Ronga: sull'in/scindibilità…….……96
2.9 La collaborazione *ex* art. 58-*ter* OP…….....100
2.9.1 La collaborazione irrilevante o impossibile……...…..……..103
2.9.2 Collaborazione impossibile per esposizione a gravi pericoli ed innocenza indimostrabile……..…….……...…….107
2.9.3 La relativizzazione della condizione collaborativa……...….....110
2.10 L'art. 4-*bis* OP e CEDU: profili d'incompatibilità (cenni)…….…....111
2.11 L'art. 7 DL 152/1991…….…….….....112
2.11.1 Le Sezioni Unite, n. 337 del 9 gennaio 2009.....114
2.12 Cenni. Le diverse "tipologie" di ergastolo in Italia…….....117
2.13 Ergastolo: dati statistici……...….....121

CAPITOLO TERZO

IL PRINCIPIO D'IRRETROATTIVITA'

3 Premessa…….…….…….125
3.1 Campo d"applicazione del principio d"irretroattività……..….....129
3.2 L"irretroatttività nell"esecuzione della pena. ……..…….....132
3.2.1 Segue. Irretroattività e art. 4-*bis* OP…….……...133
3.2.2 Segue. Irretroattività: la Corte costituzionale, «dal grado di ravvedimento raggiunto» al momento del reato?...…….....135
3.2.3 Segue. Irretroattività: la Corte EDU, i casi Kafkaris, Del Rio Prada e Contrada……140
3.2.3.1 Irretroattività: il caso *Kafkaris v. Cipro*……...……142
3.2.3.2 Irretroattività: il caso *Del Rio Prada v. Spagna*…….….….…….145
a) Dalla „portata della pena"……..147
b) Alla prevedibilità al momento del reato……...150
3.2.3.3 Irretroattività: il caso *Contrada v. Italia*……....…….…….152
3.3 Rapporti tra CEDU e diritto domestico…….…….....160
3.4 Il mutamento giurisprudenziale in Italia…….....164
a) L"avanguardismo delle Sezioni Unite……...165
b) E l"altolà della Consulta……...170
c) Un errore di prospettiva?.....175
3.5 Il principio d"(ir)retroattività: profili di diritto comparato…….…….....176
3.5.1 L"(ir)retroattività in Francia…….…..….…….179
3.5.2 L"(ir)retroattività in Germania……...……..……183
3.5.3 L"(ir)retroattività in Spagna……...…..…...…….189
3.5.4 L"(ir)retroattività in Inghilterra……...…..….……..196
3.5.4.1 I mutamenti di giurisprudenza e lo *stare decisis*……...……..201
3.5.4.2 *L"overruling*……...……...……204
3.5.4.3 La produzione di norme penali da parte della giurisprudenza…….....205
3.6 L"(ir)retroattività negli Stati Uniti…….....206
3.7 Conclusioni parziali...…….…...……...……..210

CAPITOLO QUARTO

LA (IL)LEGITTIMITA' DELLA PENA DELL'ERGASTOLO

4 Premessa: la pretesa punitiva dello Stato e sua legittimazione…..……..213
4.1 La pena: caratteri, tipologia e funzioni (teorie della pena)..…….....215
4.2 Polifunzionalità della pena e rieducazione……..……..…….219
4.3 Il carattere fisso dell"ergastolo……..……....……..225
4.4 Ergastolo e principio di umanità…….…….....227
4.4.1 Il principio di umanità nella giurisprudenza della Corte EDU…….....230
4.4.1.1 Il caso *Vinter e altri v. UK*……....…….…….....231
4.4.1.2 Il caso *Öcalan v. Turchia*…….....235
4.4.2 La disumanità dell"ergastolo……..…….....240
4.4.3 Conclusioni parziali sulla (il)legittimità dell"ergastolo…….....243
4.5 Il "decalogo del buon Legislatore": proposte *de iure condendo*…….....244
4.6 Conclusioni parziali…….....250

CAPITOLO QUINTO

L'"ERGASTOLO OSTATIVO"
UNA "CREAZIONE GIURISPRUDENZIALE"

5 Premessa……..…….…….....251
5.1 "Ergastolo ostativo giurisprudenziale": origini ed evoluzione…….....254
5.2 La *ratio decidendi* delle SU, 30 giugno 1999, Ronga……..…….....255
5.2.1 Segue. Rassegna della giurisprudenza di merito dal 1999 al 2010……..257
5.2.2 Segue. La giurisprudenza di legittimità……...……262
5.3 Il "mutamento giurisprudenziale": Cass. pen. sez. I, 2007, Saraceno
e Cass. SU, n. 337/2009…...…….……..……..264
5.4 Un criterio controverso. La reazione della giurisprudenza……...……..266
5.4.1 Segue. La Corte di Cassazione Sez. I, 4 giugno 2008, Amodei……..267

5.4.2 Segue. La Corte di Cassazione Sez. I, 9 maggio 2014, Parabita…….....268
5.5 Segue. Le perplessità del Tribunale di Sorveglianza di Venezia…….....271
5.6 Segue. Il caso concreto: "Conte" e "Lizzio" casi identici, trattati diversamente……...……..…….....273
5.7 Conclusioni parziali……..…….…….....….....277
5.8 Profili d"illegittimità: le presunzioni legali……..……...….....277
5.9 Proposte di modifica *de iure condendo* relative all""ergastolo ostativo"……...285

6 ***Conclusioni***…...……..……..…..….....291
Premessa all"Appendice.....295
Appendice……...…….…...…….....297

Bibliografia…….……...……..….....333
Indice della giurisprudenza …….……...……...…….....352
Indice delle fonti normative …….……..……..…….....358
Enti/Organismi internazionali…….....360
Emerografia…….……...…….….....360
Sitografia.…….……..……...360

Ringraziamenti……..362

Premessa

Il problema della pena dell'ergastolo è il problema della schiavitù. Antica e moderna. Lo Stato che la ammette pone (tutti) gli individui nella posizione di sudditi e non di cittadini, poiché dell'esercizio dei loro diritti si arroga la possibilità di ,de-privarli' e non solo ,limitarli' come stabiliscono le costituzioni.

Sudditi? Di tanto si diventa consapevoli quando s'inizia a ragionare intorno alla questione dell'ergastolo e la sua pena infinita, come concordano tutti i più grandi giuristi e filosofi che si sono confrontati con un monstrum *meta-giuridico che "non esiste in quanto esiste", o chi si trova a subirne gli effetti perché condannato.*

Una problematica che non è confinata al mondo giuridico, ma che coinvolge l'intera società e soprattutto attraversa la coscienza di tutti quanti.

"Una pena che non riesco ad immaginare", diceva Pietro Ingrao.

Chi scrive è in carcere ininterrottamente dall'età di diciannove anni, dal 1989. Fine Pena Mai. Sono trascorsi ventisette interminabili anni e da quel giorno la condizione penale in Italia è andata solo peggiorando.

La mia più grande scoperta è stata l'esistenza della Costituzione, il sapere di potersi appellare a qualcosa di "superiore", che mette sullo stesso piano e garantisce i diritti di tutti i cittadini, liberi o reclusi che siano, rispetto a quelle leggi che si mostrano ingiuste. Poiché per la Costituzione, lo Stato siamo tutti noi.

Introduzione

In questo studio non si metterà in discussione direttamente la pena dell'ergastolo, ma si descriveranno alcune delle sue declinazioni, tanto da poter parlare al plurale di "ergastoli", cercando di fare chiarezza sulla natura legale o "giurisprudenziale" degli stessi attraverso la loro esegesi.

In particolare si discuterà sui limiti costituzionali che tali istituti dovrebbero incontrare, in virtù del principio d'irretroattività delle leggi, ma soprattutto del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, che trova la sua maggiore espressione nella Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo.

Tenuto conto che l'"ergastolo ostativo giurisprudenziale" è una fattispecie multidisciplinare (codicisticamente penale e penitenziaria), derivante dalle preclusioni all'accesso ai cosiddetti benefici penitenziari, è stato necessario approfondire i profili penali delle misure extramurarie, per sostenere l'operatività del divieto di retroattività delle modifiche *in peius*.

Alla luce del succitato principio, sono state sviluppate alcune questioni, in parte inedite, riguardanti: i) l'inapplicabilità *in toto* della disciplina *ex* art. 4-*bis*.1 OP ai delitti precedenti al 2008, per i quali è seguita una condanna all'ergastolo, classificabile come "ergastolo ostativo giurisprudenziale"; ii) l'inapplicabilità delle preclusioni *ex* art. 4-*bis* OP a tutti i delitti precedenti al 1992; iii) l'inapplicabilità dell'art. 4-*bis* OP a tutti i delitti successivi al 1992 e precedenti al 1994, ma in relazione al solo istituto della liberazione condizionale. Queste sono le *Conclusioni* a cui si perviene alla fine di questo studio, che durante la stesura si è trovato nel bel mezzo del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, dopo la recen-

tissima sentenza dei giudici di Strasburgo, sul caso Contrada v. Italia dell'aprile 2015.

Le fasi descrittive si svilupperanno attraverso la genesi ed evoluzione di tali „istituti" (ergastoli), l'ambito applicativo, la disciplina, con un approfondimento sulla "rete di disposizioni" e loro interpretazione, disciplinanti la fase dell'esecuzione (Capitoli 1 e 2).

Il principio d'irretroattività sarà sviscerato sia nella dimensione nazionale che internazionale (Cap. 3).

Si esamineranno i diversi profili di il/legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo (Cap. 4) e delle presunzioni legali (Cap. 5).

Nel Capitolo Quinto, inoltre, si ricostruirà, attraverso una serie di ordinanze e sentenze, il mutamento giurisprudenziale che ha portato alla "creazione" della nuova fattispecie di "ergastolo ostativo giurisprudenziale".

L'Appendice contiene tutta la storia documentata del „caso Farina", condannato all'ergastolo per effetto del cumulo di due condanne superiori a ventiquattro anni (73 c.p.), che si è felicemente risolto anche grazie ad una serie di ricorsi preparati da chi scrive.

Le note, in alcune parti corpose, hanno la funzione di approfondimento o di immediato riscontro testuale, così come le citazioni nel testo, in specie quelle riguardanti il corpo di alcuni documenti giudiziari per evidenziare la *ratio decidendi* sottostante.

Le diverse citazioni degli autori nella bibliografia, oltre ad essere funzionali ad eventuali approfondimenti del lettore, sono anche un omaggio al contributo sempre valido di tanti giuristi soprattutto del passato, che messi un po' ai margini dal tempo e meno usati, sono stati pure i più facili da reperire e portare in carcere, dov'è stato realizzato questo scritto, per le consultazioni.

In calce alla bibliografia sono state riportate solo le sentenze ritenute più importanti, per l'argomento a cui si riferiscono.

Il presente è uno studio in parte compilatorio, che nella versione digitale[1] è arricchito da vari collegamenti ipertestuali al fine di rendere immediatamente disponibili le fonti documentali, in parte sperimentale, teleologicamente volto a fornire delle "chiavi" di accesso ai benefici penitenziari per quei tanti condannati all'ergastolo che ne sono esclusi e dovrebbero rimanere disumanamente in carcere „finché morte non sopraggiunga".

Un lavoro ispirato da un anelito di libertà.

Poiché la libertà è di tutti.

[1] La versione cartacea è accompagnata da un CD-rom (contenente la versione digitale), per facilitare la consultazioni di leggi o sentenze, reperite nell'attività di ricerca, queste sono contrassegnate da una sottolineatura nelle note, simbolo del collegamento ipertestuale.

CAPITOLO PRIMO
LA PENA DELL'ERGASTOLO

Sommario: - 1. Profili storici ed evoluzione dell'ergastolo. - 1.1 Il regime attuale dell'ergastolo: ambito applicativo ed esecutivo. - 1.1.1 L'art. 73.2 del codice penale. - 1.1.2 Riflessi della disciplina processuale relativa al rito abbreviato. - 1.1.3 Ambito di esclusione della pena dell'ergastolo. - 1.1.3.1 Segue. I minori. - 1.1.3.2 Segue. I militari. - 1.1.3.3 Segue. Le leggi di cooperazione internazionale. - 1.1.4 Le pene accessorie. - 1.1.5 Misure di prevenzione ed ergastolo (cenni). - 1.2 L'ergastolo "bianco". - 1.3 Il contenuto della pena dell'ergastolo. - 1.3.1 Gli stabilimenti. - 1.3.2 Il lavoro. - 1.3.3 Il lavoro all'aperto. - 1.3.4 L'isolamento notturno (22 c.p.). - 1.3.5 L'isolamento diurno (72 c.p.). - 1.3.6 Altre forme "mascherate" d'isolamento (41-*bis* e 14-*bis* OP). - 1.3.7 Perpetuità. - 1.4 Le cause di estinzione.

1. *Profili storici ed evoluzione dell'ergastolo.*

Per la ricostruzione storica dell'istituto della pena dell'ergastolo, si può procedere attraverso l'individuazione di alcuni caratteri fondamentali: il primo è rappresentato dalla „perpetuità" della pena (condanna a vita), il secondo attiene al contenuto della pena, ossia l'„obbligo del lavoro", a cui può essere collegata la parola e il suo concetto più antico: *ergastulum.*

L'ergastulum dell'antica Roma indicava il luogo (di lavoro forzato) dove un privato proprietario di schiavi teneva incatenati, per punizione, quelli che «giudicava infidi e incorreggibili»[2]. Oscuri invece restano gli

[2] Cfr., P. FIORELLI, *Ergastolo*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, Milano, 1966, pp. 223ss; Q. BOSIO – C. TIMO, *Art. 22 c.p.*, in G. MARINI – M. LA MONICA – L. MAZZA (a cura di), *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, p. 306. La parola ergastolo deriva dal sostantivo greco *έργαστήριον* dal verbo *έργάζομαι* cioè lavorare, poi tradotta in latino *ergastulum*.

ergastula destinati agli uomini liberi di vile condizione, dei quali si fa‟ cenno nelle costituzioni di Costantino del 319 o di Graziano e Teodosio del 380.

Con riguardo al contenuto, la pena *dell'ergastulum*, era assimilata alle pene di lavoro coatto pubbliche, come *l'opus publicum, l'opus metalli* ed il *metallum*.

Nel Medioevo caddero in disuso nome e istituto, causa l‟assenza di un‟organizzazione statale cui potesse essere funzionale.

Ricomparve nel XV sec. nella forma di condanna al *remo*, alle *galere*. «Dai criminalisti del tempo fu assimilato alle pene dell‟antica *damnatio ad metalla»*[3], istituti accomunati dal concetto di lavoro come pena, così era anche previsto nelle costituzioni federiciane del 1231 per il Regno di Sicilia.

Nel XVIII sec. si iniziò a parlare di „ergastolo‟ come luogo destinato alla reclusione in cui si era costretti a lavori di pubblica utilità. In tal senso si trova nella *Constitutio Criminalis Theresiana* del 1768 (art.7) ed in quello «di Pizzighettone, istituito nel 1782, oggetto di due interessanti consulte di Beccaria»[4].

Il termine in questo periodo fu utilizzato per indicare anche la pena.

> Dovendo i rei di gravi delitti rimanere in vita per compensare le loro opere malvagie con delle opere utili, ordiniamo che alla abolita pena di morte sia sostituita come ultimo supplizio per gli uomini la pena dei pubblici lavori, e per le donne dell‟ergastolo parimenti a vita.

Così decretò Pietro Leopoldo granduca di Toscana nella sua riforma criminale del 30 novembre 1786 (art.53), abolendo la pena di morte.

---

[3] Vedi, FIORELLI, *Ergastolo*, *cit*., p. 224.
[4] *Ibidem*.

Per il resto e fino all'Ottocento, come negli altri Stati italiani, di ergastolo si continuava a parlare con termini dai contenuti diversi, potendo essere a tempo od a vita, a seconda dei delitti sanzionati.

Se l'ergastolo nell'antica Roma era un luogo in cui si svolgeva il lavoro forzato, nel medioevo, in ambito ecclesiale, divenne luogo di ozio forzato, con modalità segreganti.

Con questo nuovo significato e funzione se ne trova traccia nelle fonti canoniche del *Concilio di Toledo* del 675 e del *Concilio di Trebur* dell'895[5].

Nell'epoca del rinascimento giuridico e „diritto comune", negli Statuti particolari, si preferiva la pena capitale. Il carcere, come pena, era un'eccezione. L'ergastolo poi era un'eccezione all'eccezione, poiché dai giureconsulti dell'epoca era considerato una cosa straordinaria, ritenendo il carcere a vita per un uomo libero al pari della sua riduzione in schiavitù[6].

Per i più tradizionalisti tale pena doveva essere eseguita non nelle prigioni vere e proprie ma in castelli o fortezze e per le donne in certi conventi.

Tra il Settecento e l'Ottocento le campagne riformatrici contro la pena di morte e i primi esperimenti d'abolizione costrinsero a ripensare il carcere a vita come alla più grave tra le pene che si potessero sostituire a quella capitale[7].

---

[5] Dov'era previsto che i «sacerdoti che abbiano emesso o eseguito condanne a morte o mutilazione, oppure per religiosi e religiose che siano venuti meno al voto di castità, fossero rinchiusi in ergastula a far penitenza delle loro colpe vita natural durante, avendo per unico conforto quello di potersi accostare alla comunione in punto di morte».

[6] In questi termini, FIORELLI, *Ergastolo, cit*, p. 224: «Il passo di Ulpiano per cui "*carcer... ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*" restò a fondamento delle dottrine elaborate dagli interpreti in questa materia».

[7] *Ivi*, p. 225; vedi anche, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973.

L'ergastolo come perpetua restrizione della libertà personale a carattere eliminativo trae i suoi precedenti storici dal codice delle Due Sicilie del 1819 (artt. 3 e 7), da quello toscano (artt. 13 e 15) e Stati estensi (artt. 10 e 16).

Fu introdotto nello Stato Unitario con il codice penale del 1889 (Zanardelli) per i delitti più gravi, prima puniti con la pena di morte o lavori forzati a vita. Fu prevista la sua esecuzione in stabilimenti dove il condannato all'ergastolo per i primi sette anni (o per i primi dodici, nell'ipotesi di concorso di reati), rimaneva in segregazione cellulare continua con l'obbligo al lavoro.

Successivamente veniva ammesso al lavoro in comune, permanendo l'obbligo del silenzio e la segregazione notturna.

Laddove il condannato si rendesse responsabile di altri delitti, riprendeva la segregazione cellulare, che a seconda della gravità del fatto, poteva estendersi da sei mesi a tutta la vita.

Con la condanna l'ergastolano diveniva interdetto legale e perdeva la capacità di testare con relativa invalidità se l'avesse redatto prima della condanna.

«La pena dell'ergastolano era imprescrittibile. Si estingueva con la morte del condannato oppure per grazia sovrana»[8].

La pena di morte, avversata da autorevoli voci[9] per il suo carattere eliminativo irreversibile, fu sostituita con quella dell'ergastolo perché ritenuta più feroce e quindi anche più efficace in funzione general preventiva[10]. Di tanto consapevoli, nel codice Zanardelli del 1889, fu esclusa

[8] T. PEDIO, *La voce Ergastolo*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, Milano, 1966, p. 225.

[9] Cfr., F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. II, Lucca, 1877, p. 661: esponente della Scuola Classica, nega legittimità alla pena di morte perché contraria alla "legge di natura" che tende alla conservazione della vita; sempre F. CARRARA, (scritti di), *Contro la pena di morte*, Milano, 2001, p. 238, teorizzò il concetto di legittima difesa, ammettendo la possibilità di uccidere se in pericolo sia un'altra vita umana.

[10] In tal senso, O. VACCA, *Evoluzione del pensiero criminologico sulla pena di morte (Da Cesare Beccaria al codice Zanardelli)*, Napoli, 1984, p. 283: che riferisce come anche Enrico Pessina, nella

per i minori di ventuno anni e sostituita con la reclusione massima ad anni venticinque-trenta; ed a venti anni di reclusione per i quattordici e diciottenni. L'ergastolo fu reintrodotto per entrambe le categorie col Codice fascista del 1930.

Nel 1931 fu riformato anche il *Regolamento* carcerario[11], prevedendo che, scontati tre anni di pena, l'ergastolano potesse svolgere attività in comune, fatta salva la possibilità di ulteriori periodi di isolamento, iniziali di tre mesi, disposti dal magistrato come eventuale misura disciplinare. Nel caso di condotta irregolare reiterata, il condannato poteva essere assegnato in una casa di rigore o in un manicomio giudiziale. Erano previsti colloqui una volta al mese e due volte la corrispondenza epistolare. L'ergastolano meritevole poteva essere proposto per la concessione della Grazia[12].

Nel 1944 abrogata la pena di morte[13], che era stata ripristinata nel 1930[14], fu "degnamente" sostituita con quella perpetua dell'ergastolo, con la quale, senza ricorrere all'uccisione del reo, si raggiungeva all'identico risultato socio-soppressivo.

Con l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948[15] si è posta la questione della conciliabilità di tale pena con i nuovi principi ordinamentali.

Una prima conferma in favore della compatibilità giunse dalla Suprema Corte di Cassazione[16] nel 1956, che fu duramente criticata[17].

Relazione per la commissione senatoria, ribadì il concetto espresso circa un secolo prima da Cesare Beccaria, sulla maggiore efficacia dell'ergastolo rispetto alla pena di morte.

[11] Cfr., Regio Decreto, n. 787 del 1931.

[12] Cfr., Regolamento per gli istituti di pena, del 1931, artt. 201, 232, 233, 234.

[13] Con il D.lg.lt., n. 244 del 10 agosto 1944 e dal d.l., 21 (art. 1) del 22 gennaio 1948. La pena di morte, che nell'ordinamento repubblicano era sopravvissuta per i militari in tempo di guerra, è stata abolita con la legge n. 589 del 13 ottobre 1994, mentre con legge costituzionale del 2 ottobre 2007 è stato modificato anche l'art. 27.4 Cost. che conservava tale previsione.

[14] Il codice penale tuttora in vigore è stato emanato con Regio decreto n. 1398 del 1930, pubblicato sulla G.U., n. 251 del 26 ottobre 1930, a firma del re Vittorio Emanuele, Benito Mussolini (Capo del governo) e Alfredo Rocco (Guardasigilli), in data 19 ottobre 1930.

[15] La Costituzione entra in vigore il 1° gennaio 1948, su deliberazione dell'Assemblea Costituente del 22 dicembre 1947 (G.U., n. 298 del 27 dicembre 1947).

[16] Cfr., Cass. pen. sezioni unite, del 16 giugno 1956, in *Ridp*, 1956, p. 485.

Tra gli abolizionisti e conservatori della pena perpetua si frapposero alcuni autori che indicarono come giusto compromesso l'esempio della legislazione svizzera, che prevedeva la liberazione condizionale dopo quindici anni di reclusione[18]. Uniformandosi a questo indirizzo il legislatore con la L. n. 1634 del 25 novembre 1962 estese l'istituto della liberazione condizionale all'ergastolo, stabilendo il fine rieducazionale anche per tale pena.

1.1 Il regime attuale dell'ergastolo: ambito applicativo ed esecutivo.

All'art. 17 del codice penale sono indicate le pene principali[19]. Con l'abolizione della pena di morte, l'ergastolo resta la pena detentiva più grave prevista dal nostro ordinamento[20], diversamente da molti paesi europei come la Norvegia, Portogallo, Spagna, Slovenia, Croazia, Bosnia Erzegovina, Serbia, Montenegro, Andorre, San Marino e Stato del Vaticano[21] che hanno optato per la pena massima della reclusione temporanea.

---

[17] La sentenza fu criticata per non aver opportunamente investito della questione la Corte costituzionale, avendo, in tal modo, esercitato un non previsto sindacato diffuso di costituzionalità; per aver limitato l'operatività del principio rieducativo solo ad una dimensione morale, di visione giusnaturalistica, contrastante col pensiero liberale e laico; ed in ultimo poiché nulla rileva che i costituenti non abbiano espressamente escluso l'ergastolo, come con la pena di morte, poiché non hanno nemmeno escluso la tortura, ma ciò non significa che sia ammissibile; cfr., P. CALAMANDREI, *Sulla nozione di «manifesta infondatezza»*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, p. 164ss.

[18] Vedi, l'art. 38 del Codice penale svizzero del 1937.

[19] In tali termini, l'art. 17 c.p. (Pene principali: specie) quelle stabilite per i delitti sono: 1) la morte (abrogata); 2) l'ergastolo; 3) la reclusione; 4) la multa. Per le contravvenzioni sono: 1) l'arresto; 2) l'ammenda.

[20] Cfr., F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 561.

[21] Fonte: statistiche SPACE I del Consiglio d'Europa del 2005: mentre è prevista solo in astratto, ma non è applicata in concreto in: Olanda, Polonia, Serbia, Albania, Ungheria. L'Italia, risulta il paese con il maggiore tasso di ergastoli "effettivi" in corso di esecuzione; inoltre nell'arresto Corte EDU, Deuxieme Section, Affaire *Öcalan c. Turquie* (No 2), (Requêtes nos 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07), Arret, 18 mars 2014, *Opinion partiellement dissidente du judge Pinto de Albuquerque*, § 7, si trova l'elenco dei paesi non europei in cui è stata abolita la pena dell'ergastolo: l'Angola (article 66 de la Constitution), le Brésil (article 5, XVVII, de la Constitution), la Bolivie (article 27 du code pénal), le Cap-Vert (article 32 de la Constitution), la Chine (article 41 du code pénal de la région autonome de Macao), la Colombie (article 34 de la Constitution), le Costa Rica (article 51 du code pénal), la République dominicaine (article 7 du code pénal), le Timor-Oriental (article 32 de la Constitution),

L'ergastolo è una pena speciale ed "eliminativa" rispetto a quella della reclusione, poiché determina la morte civile del condannato come si evince dalla lettura rovesciata dell'art. 38 c.p.[22] che stabilisce: «Il condannato alla pena di morte è equiparato al condannato all'ergastolo per quanto riguarda la sua condizione giuridica»[23].

I delitti punibili con la pena dell'ergastolo previsti dal Codice penale italiano sono:

- (Delitti contro la personalità internazionale dello Stato) artt. 241, 242.1, 243.2, 244.1, 247, 253.2, 255.2, 256.4, 257.2, 258.2-3, 261.3-4, 262.3, 263.2 e 265.3;
- (Delitti contro la personalità interna dello Stato) artt. 276, 280.4, 284.1-2, 285, 286, 287.3 e 289-*bis*.3;
- (Delitti contro gli Stati esteri e rappresentanti) art. 295;
- (Delitti contro l'incolumità pubblica) artt. 422, 438 e 439.2;
- (Delitti contro la persona) artt. 575-576 e 577;
- (Delitti contro il patrimonio) art. 630.3.

1.1.1 L'art. 73.2 del codice penale.

Tra i delitti punibili con la pena dell'ergastolo vi sono poi tutti quelli per i quali ai sensi dell'art. 73.2 c.p. dovrebbe infliggersi la pena della

---

l'Équateur (article 51 et 53 du code pénal), El Salvador (article 45 du code pénal), le Guatemala (article 44 du code pénal), le Honduras (article 39 du code pénal), le Mexique (article 25 du code pénal fédéral), le Mozambique (article 61 de la Constitution), le Nicaragua (article 52 du code pénal), le Panama (article 52 du code pénal), le Paraguay (article 38 du code pénal), Sao Tomé-et-Principe (article 37 de la Constitution) et l'Uruguay (article 68 du code pénal).

[22] Introdotto con R.D., n. 38 del 19 ottobre 1930 ed ancora in vigore.

[23] En mêmes terms, la loi new-yorkaise prévoit que « [t]oute personne condamnée à la réclusion à perpétuité est civilement morte » (code de New York, § 79-a) et la loi de Rhode Island que « [t]oute personne emprisonnée à vie dans un établissement carcéral pour majeurs est réputée, à l'égard de l'ensemble des droits de propriété, des liens conjugaux et des droits civils et des relations de quelque nature que ce soit, morte à tout point de vue, comme si elle était décédée de causes naturelles à la date de sa condamnation » (lois générales de Rhode Island, § 13-6-1 (2002)).

reclusione non inferiore a ventiquattro anni, nel caso di concorso di più delitti.

Recita, infatti, il comma 2: «Quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni, si applica l'ergastolo (22)».

È una disposizione poco discussa che suscita però molti dubbi sia riguardo al momento applicativo che per l'intrinseca indeterminatezza, poiché manca l'indicazione tassativa dei delitti soggetti a tale disciplina, ovvero la necessaria e tassativa corrispondenza tra fattispecie criminosa e pena.

L'art. 73.2 c.p. mostra anche tutti i caratteri dell'illegittima parificazione di situazioni diverse (es. morte del sequestrato e sequestro di persona senza decesso), in violazione del principio di proporzionalità; manca inoltre la ragionevole certezza e chiarezza della legge penale: la disposizione non consente la prospettazione delle conseguenze sanzionatorie della violazione della legge, né prima, né durante la commissione del reato, né al momento del processo, per l'alto contenuto di tecnicismo a cui è soggetta la disposizione.

Altre incertezze riguardano il momento applicativo, infatti, il tenore letterale «quando concorrono più *delitti*» (e non pene) per i quali «deve *infliggersi*» (e non già comminata) la pena, lascia pensare che la disposizione operi in sede di cognizione[24]. Mentre i pochi casi di applicazione

[24] In questi termini, P. di RONZA, *Diritto dell'Esecuzione penale e diritto penitenziario guida ragionata*, Cedam, 2006, p. 91: «Il caso previsto dall'art. 73cpv c.p. è stato qui illustrato perché non raro e spesso erroneamente ravvisato in ipotesi ove vi era concorso di pene temporanee non tutte di ventiquattro anni o più di reclusione. In realtà il principio di cui all'art. 73cpv c.p. sembra più propriamente previsto solo per il caso di un giudizio unico per più reati concorrenti, non ritenuti legati dal vincolo della continuazione (81cpv c.p.) per ciascuno dei quali la pena da "infliggere" non è inferiore ad anni ventiquattro di reclusione, e perciò la regola non vale nel caso di pene concorrenti derivanti da sentenze emesse da giudici diversi e in temi diversi; il concorso di pene in questi casi anche se ciascuna non inferiore ad anni ventiquattro di reclusione, trova la sua disciplina nei cumuli giuridici previsti dall'art.

hanno riguardato la fase dell'esecuzione[25], scardinando in tal modo due principi cardine del sistema processuale, quello dell'„intangibilità del giudicato" e quello della netta „distinzione di competenze funzionali" tra il giudice della cognizione e il giudice dell'esecuzione, restando a quest'ultimo preclusa la possibilità di valutare e *quantificare* i fatti in modo difforme da quanto ritenuto dal giudice di merito. Di più, a tale conversione peggiorativa (dalla reclusione all'ergastolo) si giunge attraverso un atto amministrativo, (il provvedimento di cumulo del solo procuratore *ex* artt. 655ss c.p.p., salvo impugnazione *ex* artt. 665ss e 670 c.p.p.), e non per un atto emesso dal Tribunale in composizione collegiale (Corte Assise) al qual è attribuita la competenza per delitti punibili con la pena dell'ergastolo.

Inoltre la dicitura: «Quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni», dovrebbe intendersi riferita a quei delitti per i quali, già singolarmente, sia prevista la pena massima dell'ergastolo. Diversamente ci troveremmo di fronte alla violazione del principio di determinazione della pena, nel duplice profilo, quello stabilito dal legislatore per ogni singola fattispecie e quello riconosciuto al giudice di cognizione *ex* art. 133c.p.[26].

---

78 c.p. (quintuplo della pena più grave o trent'anni di reclusione». Dalla lettera del disposto *ex* art. 73cpv c.p. si legge, infatti: «Quando concorrono più delitti» e non "più sentenze".

[25] La disposizione ha visto pochi casi di applicazione in sede esecutiva e quasi tutti per concorso di pene per sequestro di persona (630 c.p.), tra questi il caso "Mesina" (poi graziato) ed il caso "Farina" che tratteremo più approfonditamente.

[26] I dubbi e profili summenzionati sono stati sollevati da chi scrive in un caso (Farina) per il quale era stata applicata la disposizione in esame. Caso nel quale seppur è stato ottenuto l'annullamento del provvedimento applicativo dell'ergastolo, non tutti i dubbi posti hanno trovato risposta presso la Suprema Corte di Cassazione che si è limitata ad accogliere i primi motivi di annullamento sostenuti nel ricorso (inapplicabilità dell'art. 73.2 c.p., per la presenza di elementi di "*esternalità*": lo Stato italiano aveva richiesto l'estradizione solo per il residuo pena di otto anni, dell'intera di ventisette; e mancata corrispondenza dell'art. 73 c.p. nell'ordinamento australiano), ritenendo "assorbite" le collegate questioni di costituzionalità sostenute. In questa vicenda si sono approntati una serie "interminabile" di ricorsi, che alla fine hanno trovato accoglimento presso la Suprema Corte di Cassazione. Uno dei rari casi che ha trovato una soluzione positiva, ma altri condannati nella stessa condizione attendono di vedere riconosciuta l'illegittimità di tale pena che condanna a morire in carcere, essendo riferibile

1.1.2 Riflessi della disciplina processuale relativa al rito abbreviato sulla pena dell'ergastolo.

Se da una pena temporanea è possibile passare a quella dell'ergastolo (73 c.p.), nella fase processuale preliminare è possibile limitare la comminatoria ad una pena temporanea anche per delitti punibili con l'ergastolo, attraverso la scelta del rito abbreviato.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale nel 1989[27] era stata prevista la possibilità di accedere al rito abbreviato, che ai sensi dell'art. 442.2 stabiliva: «alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta». Disposizione poi ritenuta illegittima dalla Corte costituzionale per eccesso di delega[28].

La legge delega[29] al Governo, infatti, mancava dell'espressa inclusione anche dei delitti punibili con la pena dell'ergastolo tra quelli per i quali poteva prevedersi la diminuente del rito speciale.

Con la legge cosiddetta "Carotti" n. 479/1999, entrata in vigore il 2 gennaio 2000, il legislatore ha nuovamente reintrodotto tale possibilità. Ne sono seguiti tutta una serie di "aggiustamenti" prima col DL 82 del 7 aprile 2000[30], col qual è stato introdotto il regime transitorio[31], e poi col DL 341 del 24 novembre 2000 col quale si è ritenuto che l'interpretazione autentica dell'art. 442.2 c.p.p., deponeva nel senso che «la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e continuato, è sostituita con quella dell'ergastolo».

---

all'ergastolo cosiddetto "ostativo-legale" (artt. 22, 630 c.p. e 4-*bis* OP). Per chi volesse approfondire la vicenda processuale, si rinvia all'APPENDICE - FARINA.

[27] Cfr., DPR, n. 447 del 22 settembre 1988.

[28] Cfr., Corte cost., n. 176 del 23 aprile 1991.

[29] Cfr., L. 81/1987.

[30] Convertito in legge n. 144 il 5 giugno 2000.

[31] Il regime transitorio introdotto col DL 82/2000 consentiva di avanzare richiesta di abbreviato a coloro che avevano superato la fase preliminare, alla prima udienza utile se in primo grado o in appello (anche rescissorio) solo nel caso fosse stato riaperto il dibattimento. Restando escluse tutte le altre fasi processuali.

Disposizione interpretativa quest'ultima, censurata dalla Corte EDU (Scoppola v. Italia)[32] e di riflesso dalla Corte costituzionale con l'arresto n. 210/2013, che ha dichiarato l'illegittimità di tale disposizione interpretativa, mutando completamente il quadro normativo, con conseguenze di diritto più ampie di quelle derivate dalla pronuncia della Corte di Strasburgo.

La dichiarazione d'illegittimità della modifica peggiorativa per tutti gli imputati, che nel periodo di vigenza della *lex mitior*[33] avevano avanzato richiesta ed erano stati condannati alla pena maggiore, ha comportato il superamento dell'intangibilità del giudicato[34], rispetto alla pena dell'ergastolo comminata poiché divenuta illegittima[35], assegnando al giudice dell'esecuzione la competenza per la conversione a trent'anni di reclusione.

La Corte di Strasburgo con l'arresto Scoppola v. Italia, ha inoltre inaugurato un'interpretazione evolutiva dell'art. 7 CEDU[36], riaffermando il principio d'irretroattività, ma stabilendo anche quello di retroattività della legge più favorevole[37].

---

[32] Cfr., Corte EDU, Grande Camera, caso *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009 (Ricorso N. 10249/03).

[33] Dal 2 gennaio 2000 (entrata in vigore della legge n. 479/1999), fino al 22 novembre 2000: entrata in vigore del DL 341/2000 sull'interpretazione autentica dell'art. 442.2, che ha reintrodotto la pena dell'ergastolo in caso di applicazione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno per concorso di reati e di reato continuato.

[34] Cfr., Cass. pen. sezioni unite, del 24 ottobre 2013 n. 17 (dep. 7 maggio 2014), Ercolano; e Corte cost., n. 210/2013 ("I fratelli minori" di Scoppola), per le ipotesi di conversione/sostituzione di pena divenuta illegittima che consente il superamento dell'intangibilità della *res judicata*.

[35] Cfr., F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla corte EDU in Scoppola c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it; cfr., M. GAMBARDELLA, *I fratelli minori di Scoppola davanti al giudice dell'esecuzione per la sostituzione dell'ergastolo con la pena di trent'anni di reclusione*, in *Archivio penale*, n. 1, 2014 in www.archiviopenale.it; cfr., C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?,* in *Archivio penale*, n.1, 2013, in www.archiviopenale.it.

[36] Vedi, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con legge n. 848 del 4 agosto 1955 in esecuzione della Convenzione firmata a Roma il 4 novembre 1950 e protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

[37] Cfr., F. M. FERRARI, *L'estensibilità in sede esecutiva dei principi della sentenza Scoppola, tra flessibilità del giudicato penale ed osservanza della legalità convenzionale CEDU*, in www.europeanrights.eu

Se con le citate pronunce sono state sanate quelle situazioni relative ai c.d. "fratelli minori" di Scoppola, restano aperte quelle relative ai c.d. "cugini" di Scoppola, ossia i casi di coloro che si sono trovati esclusi dal regime transitorio precedente al DL n. 82 del 7 aprile 2000 ed in particolare per coloro che si trovavano con i procedimenti pendenti innanzi alla Corte di Cassazione[38].

Per questi ultimi la Corte costituzionale nella pronuncia di rigetto n. 235 del 23 luglio 2013 ha ritenuto:

la rilevanza della situazione dell'imputato che in cassazione abbia richiesto il giudizio abbreviato «alla prima udienza utile» successiva all'entrata in vigore della legge (...) e vi «sia stato un provvedimento di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato successivo alla legge n. 479 del 1999 sul quale si potesse esercitare il preteso sindacato»[39].

Tale importante anticipazione per il momento non sembra aver prodotto alcun risultato sul piano dell'esecuzione per quelle condanne che alla luce di tale pronuncia altro non possono rivendicare che d'essere "sospette" d'illegittimità.

Un diverso riscontro, invece, si è avuto per coloro che si erano trovati ad avanzare richiesta di rito abbreviato *post* udienza preliminare e *ante* appello, prima dell'entrata in vigore del regime transitorio col DL 82/2000, che avrebbe legittimato le richieste avanzate in queste fasi.

---

[38] Come nel caso di chi scrive (imputato e condannato nel procedimento "Gianfreda + 79"). Processo giunto innanzi alla Sezione penale II della Corte di Cassazione nell'udienza del 25 febbraio 2000. Su richiesta del Procuratore Generale, il processo fu rimesso alla Sezioni Unite, poiché vi era un conflitto d'interpretazione tra la Seconda sezione (favorevole all'ammissione al rito abbreviato) e la Prima sezione che si era pronunciata in senso contrario. Le Sezioni Unite non giunsero ad alcuna pronuncia, per effetto dell'intervento del DL 82/2000 (che introduceva il regime transitorio), che non includeva i procedimenti giunti in fase di Cassazione. La Seconda sezione, infine, rigettò le richieste di rito abbreviato avanzate "alla prima udienza utile", uniformandosi alla decisione della Prima sezione.

[39] Cfr., Corte cost., n. 235 del 7 luglio 2013, p.13.

Per tali casi i giudici dell'esecuzione investiti della questione, in virtù del principio di retroattività di legge più favorevole (introdotta dal regime transitorio), hanno operato la conversione delle condanne all'ergastolo in quelle a trent'anni di reclusione[40], ritenendo possibile una soluzione costituzionalmente orientata, che ha evitato le lungaggini ed il ricorso alla Consulta.

1.1.3 Ambito di esclusione della pena dell'ergastolo.

Ai minori di diciotto anni, ai militari e nell'ambito della cooperazione internazionale penale è previsto che per gli stessi delitti per i quali è prevista la pena dell'ergastolo, essa sia sostituita con la pena ad anni trenta di reclusione.

1.1.3.1 Segue. I minori

La Corte costituzionale con l'arresto n. 168/1994 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo previsto per i minori di anni diciotto e maggiori di quattordici, imputabili di delitti che prevedono tale sanzione. A tale sentenza si è giunti per effetto della lettura combinata degli artt. 27.3 e 31.2 della Costituzione, ossia dei principi di rieducazione e di „protezione della gioventù", che stabiliscono, in tali casi, una prevalenza, se non proprio un'esclusiva funzione rieducativa della pena rispetto alle altre finalità previste.

Sulla base della *ratio decidendi* espressa dalla Consulta nell'arresto citato, è stata sostenuta l'estensione di tali principi anche ai minori di venticinque o ventuno anni, sul presupposto che il concetto di "gioventù co-

[40] Vedi, Corte Appello di Milano, ord. n. 2014/635 S.I.G.E. del 22 gennaio 2015; Corte Assise Appello di Milano n. 9/14 REG. Ord., del 14 maggio 2014; Tribunale di Gela RG Es. Trib. 166/2011, del 19 dicembre 2013. Abbreviato - Giurisprudenza (clicca sopra) contiene giurisprudenza costituzionale/di legittimità/di merito su "I fratelli minori" e "cugini" di Scoppola.

stituzionale" non sia limitabile alla maggiore età di diciotto anni stabilita dal codice civile. Sia perché lo stesso legislatore riconosce all'art. 14 L. 354/1975 Ordinamento Penitenziario (OP) come „giovani" i minori di venticinque anni, sia perché nella Costituzione italiana non è specificata una soglia precisa che fissi il discrimine tra infanzia e gioventù, mentre è fissata tra gioventù ed età adulta in quella dei venticinque anni (artt. 56 e 58 in materia di diritto di voto passivo/attivo), oltre la quale è riconosciuto il pieno esercizio dei diritti politici, in considerazione di una raggiunta maturità psicologica e della personalità.

La maggiore obiezione che è opposta dalla giurisprudenza a tale estensione, è riferita alla legge civile che fissa a diciotto anni la maggiore età[41], con il «conseguimento di tutti i diritti, ma anche di tutti i doveri e responsabilità che ciò comporta»[42].

Tale posizione non tiene però conto che nel 1948, data di entrata in vigore della Costituzione, la maggiore età era fissata a ventuno anni e che il contenuto costituzionale di "*gioventù*" non può essere modificato da una legge ordinaria, se non nel senso favorevole, ossia di un riconoscimento di maggiori diritti (es. anticipazione della maggiore età a diciotto anni per consentire il matrimonio), ma non anche in senso sfavorevole, come quello di privare il "*giovane*" di una maggiore tutela penale. La questione dunque resta aperta[43].

1.1.3.2 Segue. I militari

L'ordinamento militare non contempla la pena dell'ergastolo, nel rispetto del principio rieducativo alla vita civile e militare.

---

[41] In tal senso, l'art. 2 del codice civile che ha fissato la maggiore età a diciotto anni con L. 39 del 10 marzo 1975, modificando la precedente disposizione che fissava la maggiore età a ventuno anni.

[42] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 18 gennaio 2006 n. 7337.

[43] La questione è stata posta anche da chi scrive, innanzi a diverse giurisdizioni nazionali, essendo stato condannato per delitti avvenuti all'età di diciannove anni, ma non ha ancora trovato accoglimento. Per un approfondimento (solo nella versione CD-rom) vedi, Conte infra25 (clicca sopra).

Il trattamento differenziato riguarda il militare che abbia conservato lo status di appartenente alle forze armate sia in servizio che in congedo illimitato, sempre che quest'ultimo sia stato condannato da un tribunale militare[44].

Per tale categoria la massima pena temporanea a trent'anni, è prevista anche per i gravissimi crimini di guerra o contro l'umanità, quali il genocidio.

1.1.3.3 Segue. Le leggi penali di cooperazione internazionale

Con l'art. 7.4 del DL 1993 n. 544 (conv. in L. 120/1994) «Disposizioni in materia di cooperazione con il Tribunale internazionale competente per gravi violazioni del diritto umanitario commesse nei territori dell'*ex* Jugoslavia»[45], disposizione replicata per la cooperazione col Tribunale internazionale per le violazioni in Ruanda (L. 181/2002), è stata prevista la pena massima di trent'anni di reclusione nel caso di esecuzione in Italia della condanna emessa dal Tribunale internazionale per l'*ex* Jugoslavia (o Ruanda) per crimini di guerra o genocidio, nonostante nello Statuto del Tribunale internazionale sia prevista e comminabile la pena dell'ergastolo.

Questa è stata una scelta unilaterale del nostro Paese, come si può leggere nell'introduzione al disegno di legge di conversione del DL 1993 n. 544: la collaborazione richiesta per la materiale esecuzione della pena

[44] In questi termini, S. GIAMBRUNO, *Il trattamento dei militari*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi, 2011, p. 396: «Esso non mira a creare un privilegio di casta, derivando da un'applicazione *ante litteram* del principio di rieducazione […] L'esclusione della pena perpetua da tale ordinamento è coerente con la funzione rieducativa della pena, giacché se fine ultimo della reclusione militare è il recupero del condannato alla vita militare, non avrebbe senso una pena militare perpetua».

[45] Recita, l'art. 7 DL 544/1993: «La Corte d'appello, quando pronuncia il riconoscimento, determina la pena che deve essere eseguita nello Stato. A tal fine converte la pena detentiva stabilita dal Tribunale internazionale nella pena della reclusione. In ogni caso la durata della pena non può eccedere quella di anni trenta di reclusione».

inflitta dal Tribunale internazionale avviene «secondo le leggi degli Stati che abbiano offerto in tal senso la propria collaborazione»[46].

Dalla lettura degli atti parlamentari non si è potuto appurare con certezza le ragioni della scelta di una pena massima a trent‟anni di reclusione. Si ritiene, dunque, che le stesse debbano ricercarsi nel rispetto del principio costituzionale della rieducazione, di cui l‟ergastolo è ontologicamente privo.

Ragioni che suscitano anche in questo caso non poche perplessità, poiché vede lo Stato italiano mostrarsi così rispettoso dei principi costituzionali in ambito internazionale, salvo poi lasciare in vita la pena perpetua nel proprio ordinamento, in quanto, si realizza un trattamento discriminatorio in base allo stauts dei soggetti coinvolti. Anzi per l‟assenza di particolari status, com‟è quello militare o „paramilitare‟, per i quali anche di fronte a crimini come il genocidio, il nostro ordinamento prevede una pena inferiore a quella dell‟ergastolo prevista per omicidio (o *ex* art. 73 per due delitti per i quali deve infliggersi una pena non inferiore a ventiquattro anni).

La diversità di trattamento è risolta dalla dottrina attraverso il principio di specialità della disposizione. Restano però intatte le perplessità derivanti dalla lesione del principio di proporzione (a reato più grave pena più grave), di uguaglianza (per evitare disparità di trattamento) e di coerenza dell‟ordinamento giuridico.

Né tale disarmonia può trovare giustificazione nel solo principio di specialità, un‟applicazione settoriale in una nuova forma di „particolari-

[46] V., Senato della Repubblica, Disegno di legge n. 1773, conversione del DL 544/1993, Atti parlamentari, p. 3.

smo giuridico"[47] che offende l'ordinamento di un qualsiasi Stato moderno.

1.1.4 Le pene accessorie.

Le pene accessorie sono sanzioni che si "aggiungono" sempre ad una pena principale[48], comminata in rapporto ad una o più determinate fattispecie attraverso clausole generali che collegano la pena accessoria a intere categorie di reati, individuate attraverso i caratteri strutturali delle fattispecie (es. l'abuso dei poteri pubblici o di una professione) o con riferimento alla loro gravità. Come accade nel caso dell'ergastolo che comporta automaticamente l'interdizione perpetua dai pubblici uffici (29 c.p.). Com'è stabilito dall'art. 20 c.p., le pene accessorie «conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali di essa».

Laddove la durata delle stesse non è perpetua e non sia determinata dalla legge o dal giudice, il legislatore ha risolto il problema stabilendo che essa ha durata uguale a quella della pena principale inflitta. Mentre il contenuto dev'essere oggetto del *dictum* del giudice.

Il contenuto delle pene accessorie è sostanzialmente di natura interdittiva.

All'art. 19 c.p. sono elencate le pene accessorie previste per i delitti (interdizione dai pubblici uffici[49], da una professione o arte, interdizione legale, da uffici direttivi delle persone giuridiche e imprese, incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione, estinzione del rapporto

---

[47] Cfr., A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. (Le fonti del pensiero giuridico),* Giuffrè, 1979: Fenomeno presente nelle strutture politico-sociali degli ordinamenti medievali, caratterizzato dalla mancanza di unità del diritto, nella quale coesistono un diritto comune (romano-canonico-feudale), un diritto regio o principesco e più diritti particolari.

[48] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, *cit.*, p. 567.

[49] Cfr., S. GIANPOLI, *L'interdizione dai pubblici uffici e la retribuzione dei lavoratori,* in *La scuola positiva*, 1966, p. 436: l'interdizione dai pubblici uffici, è la sanzione interdittiva più grave, che priva il condannato di tutti i diritti politici (elettorato), incarico di pubblico servizio, gradi e dignità accademiche, titoli e diritti onorifici (28 c.p.).

d"impiego o lavoro, decadenza o sospensione dell"esercizio della potestà genitoriale) e contravvenzioni (sospensione dall"esercizio di una professione, arte, uffici direttivi di un"impresa o persone giuridiche). Tra le stesse è prevista anche quella della pubblicazione della sentenza.

Le pene accessorie non possono comunque considerarsi in numero chiuso[50].

A secondo delle diverse specie rivelano una duplice funzione, „afflittiva", di stigmatizzazione sociale, per quanto riguarda quelle derivanti dalle originarie pene infamanti (perdita del diritto elettorale, dei gradi, delle dignità accademiche), palese nella pubblicazione della sentenza, come nel caso dell"ergastolo. Oppure „preventiva", per quanto riguarda quelle pene accessorie che si caratterizzano per omogeneità tra contenuto sanzionatorio e contenuto criminoso, come nel caso dell"interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche, per delitti commessi con abuso dei poteri inerenti all"ufficio (32-*bis*.2 c.p.).

Nel diritto moderno, tendono ad aumentare le pene accessorie impeditive ed a ridimensionarsi quelle stigmatizzanti.

1.1.5 Misure di prevenzione ed ergastolo (cenni).

Nei rapporti tra pena dell"ergastolo e misure di prevenzione personale la Corte di Cassazione ne ha ritenuto la compatibilità[51]. Anche se è stata messa in discussione dalla Corte costituzionale, che ha stabilito la necessità di un"approfondita verifica, nel caso in cui debbano essere applicate dopo lunghi periodi di detenzione[52].

---

[50] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 568; P. PISA, *Le pene accessorie: problemi e prospettive*, Milano, 1984.

[51] Cfr., Cass. pen., del 24 luglio 1996 n. 205590; Id., del 9 aprile 2001 n. 218631.

[52] Cfr., Corte cost., n. 291 del 2 dicembre 2013, che ha stabilito in materia misure di prevenzioni personali, la sospensione per l"esecuzione detentiva della pena e rivalutazione della pericolosità al momento della ripresa della misura.

1.2 L'ergastolo "bianco".

Le misure di sicurezza in considerazione della loro indeterminatezza rispetto alla durata massima, sono equiparate alla pena dell'ergastolo. E pongono le stesse riflessioni e dubbi. Meritano dunque un cenno all'interno della trattazione delle sanzioni caratterizzate dalla perpetuità.

Seppur non abbiano natura punitiva, sono annoverate tra le conseguenze „sanzionatorie", e sono concepite per fronteggiare la pericolosità di un soggetto non punibile (ma che ha compiuto un atto „rimproverabile"). Pericolosità ritenuta tale sulla base di un giudizio prognostico di tipo scientifico-naturalistico.

Si può sintetizzare sostenendo che, mentre il giudizio di colpevolezza "guarda al passato", quello di pericolosità «guarda al futuro»[53] (203 c.p.).

Presupposti per l'applicazione sono la pericolosità accertata in concreto dal giudice e la commissione di un fatto reato (o quasi reato)[54].

Il contenuto delle misure di sicurezza ha carattere essenzialmente curativo (se infermità mentale), educativo (se la pericolosità risiede nella personalità del minore) e rieducativo-trattamentale (per l'adulto sano di mente).

Sono applicabili sia ad imputabili che non imputabili.

Riguardo alla loro durata, essendo collegata alla permanenza della pericolosità del soggetto, il legislatore ne ha fissato solo la soglia minima, oltre la quale il giudice è tenuto alla verifica del persistere della pericolosità sociale, e laddove sia venuta meno, la revoca, che comunque può avvenire anche prima della scadenza del periodo prestabilito.

---

[53] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit.*, pp. 570-571.

[54] Figure di "quasi reato" sono: il reato impossibile (49.2-4 c.p.) od accordo per commettere un delitto ed istigazione a delinquere non accolta (115.2-4 c.p.).

Recentemente con L. 81/2014 è stato stabilito che la durata massima non può, comunque, superare quella stabilita per la condanna. Resta l'indefinibilità per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

L'art. 215 c.p. elenca le varie misure di sicurezza, che si distinguono in personali e patrimoniali. Le prime si differenziano a loro volta in misure detentive e non detentive.

Sono detentive: la colonia agricola o casa di lavoro, l'ospedale psichiatrico giudiziario ed il riformatorio giudiziario.

Sono, invece, misure di sicurezza non detentive: la libertà vigilata, il divieto di soggiorno in uno o più comuni o in una o più province, il divieto di frequentare osterie e spacci di bevande alcoliche e l'espulsione dello straniero dallo Stato.

Le misure di sicurezza risultano essere una categoria „aperta", anche se l'esperienza dimostra un generale declino, soprattutto di quelle personali. Per completezza, si dirà che le misure di sicurezza patrimoniali sono: la cauzione di buona condotta (257 c.p.) e la confisca (240 c.p.).

Le misure di sicurezza trovano legittimazione nel codice penale[55] e nella Costituzione[56], che conferiscono loro una compatibilità costituzionale, mancante alla pena dell'ergastolo che non è mai citata.

In questo ambito il principio d'irretroattività trova un'operatività parziale, poiché si applica la legge in vigore al momento dell'applicazione della misura[57] anche se divenuta meno favorevole da quella in vigore al momento del reato, sempre che la misura fosse già prevista.

---

[55] In questi termini, l'art. 199 c.p. dispone che: «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi stabiliti dalla stessa preveduti».

[56] In tal senso, l'art. 25 Cost. stabilisce che: «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi preveduti dalla legge».

[57] In tal modo, l'art. 200 c.p. stabilisce che: «Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione».

Tali previsioni sembrano confliggere con gli artt. 5 e 7 CEDU, in seguito alla decisione della Corte di Strasburgo, nel caso *M. v. Germania*[58], nel quale ha equiparato le misure di sicurezza detentive alla sanzione penale.

Nell'arresto appena citato il ricorrente ha sostenuto la violazione dell'art. 5 CEDU a causa della prosecuzione della sua detenzione preventiva oltre i dieci anni (massimi) previsti inizialmente dalla legge al momento dei reati. Ed ha lamentato la violazione dell'art. 7 CEDU, poiché gli era stata inflitta una sanzione più pesante (modificata *in peius* nel 1998), rispetto a quella applicabile al momento del reato.

Di rilievo che la Corte di Strasburgo, esaminando le legislazioni nazionali, proprio riguardo l'applicabilità temporale delle misure di sicurezza, esamini anche l'art. 200 del codice penale italiano (*M. v. Germania,* § 72).

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto violato l'art. 5 CEDU per l'assenza di un sufficiente nesso causale, tra la condanna del ricorrente a dieci anni di detenzione preventiva, decisa dal giudice in base alla legge dell'epoca, e la nuova previsione di detenzione illimitata.

In quanto, la nuova disciplina non era ragionevolmente prevedibile al momento dei fatti da parte del ricorrente (*M. v. Germania*, §§ 104 e 105).

E si è ritenuto altresì violato l'art. 7 CEDU, poiché la Corte ha ritenuto: «che la detenzione preventiva ai sensi del codice tedesco dev'essere qualificata come "penale"» *(M. v. Germania*, § 133), con relativo divieto di applicazione di legge più sfavorevole.

[58] Cfr., Corte EDU, Quinta sezione, caso *M. v. Germania* del 17 dicembre 2009 application n. 19359/04.

1.3 Il contenuto della pena dell'ergastolo.

Il contenuto della pena dell'ergastolo è indicato all'art. 22 del codice penale che recita:

> 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.

Completano il quadro normativo interno, la legge penitenziaria n. 354 del 1975[59] e il Regolamento di esecuzione n. 230 del 2000[60], che disciplinano gli aspetti relativi al contenuto e alle modalità di esecuzione della pena.

1.3.1 Gli stabilimenti.

La pena dell'ergastolo non è più espiata in stabilimenti distinti da quelli previsti per i condannati alla reclusione, come avveniva in passato. La legge penitenziaria n. 354 del 1975 ha risolto le differenze tra condannati confermandole solo tra condannati ed imputati. Ha stabilito altresì regole generali sulle caratteristiche degli edifici penitenziaria al Titolo I, Capo II (5ss) e al Titolo II, capo I (59ss) della legge, nei quali gli istituti sono classificati: in istituti di custodia preventiva; per l'esecuzione delle pene; per l'esecuzione delle misure di sicurezza e in centri di osservazione.

Gli istituti per l'esecuzione delle pene sono a loro volta distinti in case d'arresto e di reclusione. Sezioni di reclusione possono essere istituite presso le Case di custodia circondariali, ma si precisa all'art. 110.2 DPR

[59] Vedi, L. 354 del 26 luglio 1975, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (Suppl. ord. alla Gazzetta Ufficiale n. 212 del 9 agosto 1975)

[60] Vedi, DPR 230 del 30 giugno 2000, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure limitative della libertà* (Suppl. ord. alla Gazzetta ufficiale Serie gen. – n. 195 del 22 agosto 2000) ed *errata corrige* in Gazzetta Ufficiale Serie gen. – n. 27 del 2 febbraio 2001.

230/2000 (reg. es.), che ciò è possibile solo «per condanne non superiori a cinque anni o con residuo pena non superiore a cinque anni». Al comma 5 dello stesso articolo, infatti, è precisato che: «L'esecuzione della pena dell'ergastolo si effettua nelle case di reclusione», per la quale, dunque, non sono previste deroghe.

1.3.2 Il lavoro

L'obbligo del lavoro è previsto per tutti i condannati, anche all'ergastolo (20.3 OP e 50 reg. es.), con esclusione degli imputati, e non ha carattere afflittivo ed è remunerato (20.2 OP).

L'organizzazione ed i metodi devono riflettere quelli del lavoro all'esterno, onde agevolare il reinserimento sociale (20.5 OP e Regole penitenziarie europee)[61].

Sono in vigore le tutele costituzionalmente previste per ogni lavoratore e quelle stabilite dalle Regole minime per il trattamento dei detenuti di cui alla Risoluzione ONU del 30 agosto 1955 e del Consiglio d'Europa del 19 gennaio 1973, per cui sono garantiti il riposo feriale e assicurazioni sociali obbligatorie[62].

Nonostante l'importanza riconosciuta al lavoro in carcere, come dimostra l'evoluzione che lo ha caratterizzato negli anni (da costrizione-custodia a trattamento)[63], la più attenta dottrina ha evidenziato come si sia ancora di fronte ad uno iato tra il teorizzato e l'implementato[64]. Risul-

---

[61] In tal senso, Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Raccomandazione R (2006), Sulle Regole penitenziarie europee (RPE)*, art. 105: il lavoro se imposto al detenuto ritenuto idoneo, deve essere remunerato, essere conforme alle norme e controlli in uso all'esterno e contribuire al reinserimento sociale del condannato. Regole penitenziarie europee (clicca sopra).

[62] Cfr., G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi Editore, 2011, p. 105; cfr., PEDIO, *La voce Ergastolo, cit.*, p. 225.

[63] Cfr., G. RUSCHE – O. KIRCHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1978; cfr., D. MELOSSI – M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977.

[64] Cfr., M. PAVARINI, *La disciplina del lavoro dei detenuti*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994, pp. 193-194.

ta, infatti, troppo scarsa l"offerta (quantitativa e qualitativa) di lavoro a fronte alla domanda.

L"essenziale funzione risocializzante del lavoro[65], non solo nella fase esecutiva della pena[66], ma anche nella prevenzione delle cause di devianza, sostenuta ideologicamente, ha comunque mostrato tutti i suoi limiti con l"avvento di nuove forme di criminalità non collegabili all"esclusione del mercato del lavoro. Tali fenomeni hanno messo in discussione la panacea pedagogica del lavoro in funzione di inclusione sociale[67]. Anche se bisogna prendere atto come ancora oggi risulti uno degli elementi più condizionanti nel trattamento rieducativo.

Nel rapporto del lavoro carcerario, si distingue tra inframurario (cosiddetti „lavori domestici" alle dipendenze della Amministrazione penitenziaria) ed extramurario, od intramurario ma alle dipendenze di un privato[68].

La tutela per questi ultimi lavoratori è la stessa del lavoratore ordinario, mentre nel caso dei lavori cosiddetti „domestici", risaltano gli elementi di una specialità antinomica rispetto ai primi[69]: mercede ridotta[70], assenza del diritto alla permanenza nella qualifica o alla qualifica supe-

---

[65] Cfr., D. MELOSSI, *Oltre il Panopticon. Per uno studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventesimo secolo*, in *Quest. crim.*, 1980, pp. 277ss;

[66] Cfr., M. PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, pp. 1ss; cfr., M. PAVARINI, *«Concentrazione» e « diffusione» del penitenziario*, in *Quest. crim.*, 1978, pp. 39ss; cfr., M. PAVARINI, *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell"ossessione correzionale*, in *Delitti e delle pene*, 1986, pp. 251ss; cfr., CICCOLETTI - PITTAU, *Aspetti statistici della situazione lavorativa dei detenuti reclusi*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1986, p. 908.

[67] Cfr., PAVARINI, *La disciplina del lavoro dei detenuti, cit.,* p. 195; cfr., O. DE LEORNADIS, *Statuto e figure della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e sistema penale: note sociologiche*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, pp. 323ss; in altri termini, N. SICILIANI DE CUMIS, *Qualità del Lavoro e diritto a un lavoro gratificante*, in A. VISALBERGHI (a cura di), *Quale società? Un dibattito interdisciplinare sui mutamenti della divisione sociale del lavoro e sulle loro implicazioni educative,* Scandicci (Firenze), La Nuova Italia, 1985, pp. 196-211, che, tra l"altro, individua nel lavoro gratificante il nuovo orizzonte socio-integrativo.

[68] In tal senso, PAVARINI, *La disciplina del lavoro dei detenuti, ult. op. cit.,* p. 230, poiché svilisce il lavoro intramurario degradandolo «a modalità trattamentale penitenziaria».

[69] Cfr., ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro dietro le sbarre*, in *Pol. dir.*, 1974, pp. 205ss.

[70] Cfr., E. FASSONE, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p. 209.

riore[71], assenza di garanzie sindacali e del diritto di sciopero[72]. Un sotto-status avallato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 108 del 1988, che ha negato l'operatività delle garanzie *ex* artt. 3 e 36 della Costituzione al detenuto-lavoratore („domestico") inframurario.

A tanto si aggiunga la lunga assenza di un'effettiva tutela giurisdizionale, negata per l'assenza di poteri vincolanti in capo al giudice della sorveglianza, fino al riconoscimento da parte della Corte costituzionale della competenza al giudice del lavoro[73].

Da accennare come col DL 187 del 14 giugno 1993 (conv. L. 12 agosto 1993, n. 296) il legislatore abbia operato una scelta di fondo con la „privatizzazione" del lavoro in carcere, "aprendosi" agli attori del mercato libero e confidando nelle loro risorse. Da qualche autore è stato interpretato come un espediente, per chiamare in corresponsabilità il „libero mercato" in quello che si è risolto in un sostanziale fallimento[74].

Da rilevare come la parificazione delle tutele tra lavoratori ordinari e quelli detenuti che operano per un'impresa privata, abbia disincentivato il ricorso a questi ultimi, poiché l'impresa si trova a sopportare gli stessi oneri socio-previdenziali di un lavoratore ordinario[75].

La promozione del lavoro in carcere potrebbe, invece, passare attraverso la previsione o stipulazione di "contratti-a-misura" con retribuzioni inferiori e minori oneri previdenziali, pubblicizzando adeguatamente le

---

[71] Cfr., PESSI, *Il rapporto di lavoro del detenuto: a proposito della concessione in uso della manodopera dei detenuti ad imprese private appaltatrici*, in *Dir. lav.*, 1978, p. 113.

[72] In tal senso, M. PAVARINI, *La nuova disciplina del lavoro carcerario nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in BRICOLA e ZAGREBELSKY (a cura di), *Il carcere «riformato»*, Torino, 1984, p. 127; *ivi*, pp. 148ss: per l'art. 46.8 reg. es. che stabilisce quale unico limite del lavoratore detenuto quello imposto dal rispetto degli obblighi derivanti dalla restrizione della libertà personale, l'autore conclude a favore del diritto di esercitare anche all'interno dell'istituto qualsiasi diritto sindacale, compreso quello di sciopero.

[73] Così, la Corte cost., n. 341/2006, che ha dichiarato illegittima la disposizione che attribuiva competenza esclusiva al magistrato di sorveglianza sui reclami dei detenuti in materia di lavoro e mercede, per assenza di un procedimento equivalente a quello previsto per tutti i lavoratori, essendo consentito un contraddittorio puramente cartolare, senza la partecipazione del lavoratore-detenuto.

[74] Cfr., PAVARINI, *La disciplina del lavoro dei detenuti*, *cit.,* p. 234.

[75] *Ivi*, p. 257.

previste forme di agevolazione a carico dello Stato, che restano ai più sconosciute[76].

Un altro strumento di abbattimento dei costi del lavoro potrebbe inoltre venire dalla previsione di una riduzione della pena in proporzione al lavoro svolto e non retribuito, col duplice beneficio di abbreviare la pena e abbattere i costi di mantenimento in carcere.

Quanto alla particolare relazione ergastolo-lavoro, i relativi problemi di compatibilità sono stati ritenuti insussistenti dalla Corte costituzionale[77], anche se resta da verificarne la conciliabilità con l'art. 4 CEDU, laddove un diritto al lavoro si traduce sostanzialmente e formalmente in un "obbligo-perpetuo"[78], trasformando così la persona, privata solo della libertà personale, in uno "schiavo".

Sulla questione si è pronunciata la Corte Edu nel lontano 1982, ritenendo l'obbligo del lavoro carcerario, compatibile con la CEDU, ma solo se sia limitato ai condannati definitivi, non risulti disumano e operi in funzione special-preventiva[79].

1.3.3 Il lavoro all'aperto.

Recita l'art. 21 OP (rinnovellato dalle leggi 203/1991 e 94/2000), che l'assegnazione al lavoro all'esterno, nel caso dei condannati per delitti *ex* art. 4-*bis*.1, 1-*ter* e 1-*quater* OP, è prevista dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena e comunque non oltre cinque anni. Mentre per il condannato all'ergastolo può avvenire dopo l'espiazione di almeno dieci an-

[76] Le leggi 193/2000 e 407/1990 prevedono sgravi fiscali, agevolazioni per inizio attività e per l'assunzione di soggetti "svantaggiati" alle imprese che operano con detenuti in e fuori dal carcere.

[77] Cfr., Corte cost., n. 264/1974.

[78] Obbligo derivante dagli artt. 22 c.p. e 20.3 OP, il cui rifiuto è sanzionabile *ex* art. 77.3 DPR 230/2000.

[79] Cfr., Corte EDU, del 24 giugno 1982, v. nota di ORSA VERGIATI, *Note in tema di lavoro obbligatorio per i detenuti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 846.

ni «in condizioni idonee a garantire l'attuazione positiva degli scopi previsti dall'art. 15».

«Il provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno diviene esecutivo dopo l'approvazione» dell'autorità giudiziaria competente o del magistrato di sorveglianza (artt. 21.3-4 OP e 48.1-2 DPR 230/2000).

L'assegnazione al lavoro all'aperto è disposta dal direttore dell'istituto quando essa sia prevista dal programma individualizzato del trattamento, verificando, ai sensi della Circolare min. 30 maggio 1988 n. 3246/5695, l'esistenza formale e sostanziale dei presupposti di legge. Il direttore motiva la richiesta di approvazione al magistrato di sorveglianza, che compie un controllo riguardo i presupposti formali, sostanziali ed un esame di merito circa le modalità di ammissione e svolgimento dell'attività prevista, ai sensi dell'art. 48.4 del Regolamento di esecuzione.

Parte della dottrina ritiene l'autorizzazione del magistrato un provvedimento giurisdizionale incidente sulle modalità di esecuzione della pena detentiva, quindi ricorribile per cassazione *ex* art. 111 Cost., ma la giurisprudenza di legittimità dominante (*ex multis* Cass. pen. sez. I, 23 giugno 1993, Falcetta), assegna all'atto natura amministrativa, pertanto non impugnabile con i mezzi previsti dal codice di procedura penale[80]. Resta da verificare se tale orientamento possa conciliarsi con l'evoluzione dell'istituto, configurato originariamente come una modalità di esecuzione della pena, ma che a seguito delle leggi nn. 663/86, 203/91 e 356/92 si «è progressivamente modificata fino ad acquisire la natura di misura alternativa»[81].

[80] Cfr., BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati, cit.,* p. 103.

[81] Cfr., P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Milano, Cedam, 2010, p. 70; M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, Milano, 2001, p. 65.

Sotto il profilo dell'applicazione-concessione, i dati statistici dimostrano che si tratta di un istituto che ha svolto un'efficace funzione fino al 1982, per poi rimanere sostanzialmente inapplicato[82].

1.3.4 L'isolamento notturno (22 c.p.).

L'isolamento *notturno* previsto per la pena dell'ergastolo *ex* art. 22 c.p., è ritenuto (da una parte della dottrina) tacitamente abrogato dall'art. 6.2 OP che prevede la possibilità di pernottamento in «camere dotate di uno o più posti»[83].

La Corte di Cassazione configura l'isolamento notturno come una modalità di esecuzione della pena caratterizzata da una maggiore afflittività e non un diritto del condannato, che possa far valere mediante ricorso per cassazione[84].

Diversamente e quasi all'unanimità, invece, la giurisprudenza di merito ha ritenuto ancora in vigore la disposizione che prevede l'isolamento notturno *ex* art. 22 c.p., concordando con la giurisprudenza di legittimità solo sulla non configurabilità dello stesso come un diritto del condannato, ma come una modalità di esecuzione della pena. Rispetto alla quale l'amministrazione penitenziaria non ha alcuna discrezionalità, per derogarne l'esecuzione neanche in caso di sovraffollamento[85].

---

[82] Cfr., PAVARINI, *La disciplina del lavoro dei detenuti, cit.,* pp. 198-199: dai 786 detenuti ammessi al lavoro all'esterno nel 1981, si registra una caduta libera negli anni successivi fino a giungere ad 82 unità nel 1993. Per l'autore l'andamento negativo è da attribuire ad una Circolare ministeriale (n. 2906/ del 7 dicembre 1982), che impartì disposizioni più rigide per la concessione e la previsione di un parere consultivo dell'amministrazione centrale, che si rivelò vincolante e frenante per le amministrazioni periferiche. Non secondaria causa è però la modifica e le preclusioni *ex* art. 4-*bis*.1 OP intervenute nel 1992 anche in relazione a questo isitituto.

[83] Cfr., L. BROLI – F. KING, *Art. 22 c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Assago, Milanofiori, 2011, p. 312.

[84] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 25 febbraio 2011 n. 22072.

[85] Cfr., Ufficio di Sorveglianza (UDS) di Pavia, n. 40/2003 Reg. recl. gen., del 14 agosto 2003; UDS S. Maria C. Vetere, n. 5/04 reg. recl., dell'1 aprile 2004; UDS Viterbo, 102/02 R.O., del 26 maggio 2006; UDS Viterbo, n. 392/09 R.O., del 7 maggio 2009; UDS Padova, n. 2012/1543 ord., del 25 ottobre 2012, Isolamento - giurisprudenza (clicca sopra).

Dall'esame letterale della disposizione "di uno o più posti" (6.2 OP) e l'ordine stabilito dal legislatore, s'intravede però che la previsione principale sia "di un posto", mentre per "i più posti", è prevista una sorta di compatibilità col "bisogno" del detenuto. Ma l'esecuzione riguardante l'aspetto di una pena non può essere lasciata alla facoltà o compatibilità dei condannati. Tanto conferma l'interpretazione datane dalla giurisprudenza di merito sull'inderogabilità dell'art. 22 c.p..

Riguardo al mancato riconoscimento, da parte della Suprema Corte e dei giudici di sorveglianza, in capo al detenuto del potere di esercitare l'azione tutoria per l'ottenimento dell'esecuzione dell'isolamento notturno, tali posizioni sembrano non considerare le disposizioni contenute nella Raccomandazione R(2006) sulle Regole penitenziarie europee (RPE).

Queste, infatti, prescrivono il diritto di ogni detenuto al pernottamento in una cella singola[86] (5 RPE), salvo si consideri preferibile la condivisione con altri. "Preferibile" per la soddisfazione dei bisogni del detenuto non a suo danno, es. a causa di sovraffollamento carcerario, ipotesi per cui non è prevista alcuna deroga[87] (4 RPE).

Alla luce di tali disposizioni, si configura, in capo al detenuto, se non il diritto all'isolamento notturno certamente un diritto al pernottamento nella cella singola.

In *favor* milita la Racc. (2003) 23, richiamata nella succitata Raccomandazione R(2006), che fa' riferimento alla gestione da parte delle amministrazioni penitenziarie dei detenuti condannati all'ergastolo, per i

[86] In questi termini, Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Raccomandazione R (2006,) Sulle Regole penitenziarie europee* (RPE), art. 5: «Ogni detenuto deve poter disporre, di regola, durante la notte di una cella individuale, tranne quando si consideri preferibile per lui che condivida la cella con altri detenuti».

[87] In tal senso, all'art. 4 delle RPE (2006): «Il diritto interno deve prevedere meccanismi che garantiscano il rispetto di queste condizioni minime anche in caso di sovraffollamento carcerario». Regole penitenziarie europee (clicca sopra) contiene il testo integrale delle RPE R (2006).

quali, nell'approntamento del programma trattamentale, è previsto un regime e un'attenzione particolare[88].

1.3.5 L'isolamento diurno (72 c.p.).

Recita l'art. 72 c.p., che nel caso di concorso della pena dell'ergastolo con una pena temporanea superiore ai cinque anni o all'ergastolo, si applica la pena dell'isolamento diurno fino a tre anni.

I dubbi di costituzionalità in relazione al principio d'umanità delle modalità di detta sanzione, sono stati ritenuti infondati dalla Corte costituzionale italiana[89]. La dottrina, la più recente giurisprudenza di merito[90] ed il Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e trattamenti inumani e degradanti[91], invece, sono di diverso avviso, ravvisando un'incompatibilità con l'art. 3 CEDU. Ne derivano una serie di problemi di legalità convenzionale, tenuto conto che le disposizioni sovrannazionali risultano direttamente vincolanti (per alcuni autori addirittura costituzionalizzate *ex* art. 117 Cost.[92], mentre la Consulta le qualifica col rango subcostituzionale[93]).

L'espiazione dell'isolamento diurno, ritenuta una vera e propria sanzione penale[94] (e non una semplice modalità d'esecuzione della pena)[95],

---

[88] Così, all'art. 123.8 RPE (2006): «Un'attenzione particolare deve essere prestata al programma di trattamento dei condannati a vita o a pene lunghe».

[89] Vedi, Corte cost., n.115 del 22 novembre 1964, che ha ritenuto compatibile l'isolamento diurno col principio d'umanità.

[90] Cfr., F. FIORENTIN, *Isolamento diurno del condannato all'ergastolo e divieto di comunicazione con gli altri detenuti*, (a commento dell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di L'Aquila del 22 giugno 2012), in *Giuris*., 2012. Isolamento - giurisprudenza (clicca sopra).

[91] Cfr., Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura delle pene e Trattamenti inumani e degradanti (C.P.T.), parere del 21 novembre 2001.

[92] Cfr., F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., fasc. I, 2007, p. 42.

[93] In tal senso, Corte cost., n. 349/2007 ha stabilito che viola l'art. 117 Cost. il mancato rispetto delle norme convenzionali e in particolare della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, *cit*., determinando in tal modo la piena sindacabilità del giudice nazionale sulle norme incompatibili con la suddetta convenzione.

[94] Isolamento - giurisprudenza: in tal senso, Cass. pen. sez. I, del 13 maggio 2010 n. 18119, Cuccuru; Cass. pen. sez. I, del 21 marzo 2000 n. 2166: L'isolamento diurno è una vera e propria sanzione

comporta l'espiazione delle pene concorrenti che l'hanno determinato, con relativa declaratoria, nel caso ostino all'ammissione ai benefici penitenziari[96].

Le cause di estinzione dell'isolamento diurno sono le stesse previste per la pena principale. Allo stesso è applicabile anche l'indulto[97].

L'art. 184 c.p. regola le conseguenze relative all'estinzione delle pene concorrenti che hanno determinato l'isolamento[98] .

L'isolamento diurno è eseguito in apposite sezioni differenziate (isolate). Tuttavia, nella prassi si assiste all'esecuzione anche in sezioni comuni, in cella singola, per impedire la comunicazione con altri detenuti. Impedimento che recentemente è stato dichiarato illegittimo dalla giurisprudenza di merito[99].

*1.3.6 Altre forme "mascherate" d'isolamento (artt. 41-*bis *e 14-*bis *OP).*

Inoltre, a seconda del regime penitenziario a cui si è sottoposti, ci si può trovare ad espiare l'ergastolo in condizioni di fatto "segreganti" a tempo indefinito (come nel regime pre-riforma del 1931).

---

penale, non una semplice modalità d'esecuzione; cfr., G. LATTANZI, *Art. 72, codice penale: annotato con giurisprudenza*, Milano, 2008, p. 203.

[95] Cfr., G. ALTAVISTA, *L'isolamento diurno e la sua applicazione nel codice penale e nel regolamento penitenziario*, in *Rassegna studi penitenziari* 1952, p. 59.

[96] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 13 maggio 2010 n. 18119, Cuccuru: in caso di concorrenza di pena non ostativa all'ergastolo con pena ostativa temporanea (es. a trent'anni di reclusione), l'espiazione dell'isolamento diurno derivante *ex* art. 72 c.p., comporterà l'espiazione dell'intera pena temporanea, ai fini di accesso ai benefici penitenziari. Istanza di scorporo avanzabile solo con la richiesta di un beneficio.

[97] Cfr., Ufficio del GIP del Tribunale di Palermo, ord. del 16 maggio 2007. Isolamento - giurisprudenza (clicca sopra).

[98] Cfr., Cass. pen., del 29 maggio 1962: che ha stabilito, come la disciplina dell'art. 184 c.p., che regola le conseguenze relative all'estinzione delle pene concorrenti con l'ergastolo, sia applicabile anche in caso di commutazione, amnistia o condono delle pene aggiunte, quando l'isolamento sia stato espiato; cfr., G. L. GATTA, *Art. 184 c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, 2011, p. 2127; cfr., A. BOIDO, *Art. 184 c.p.*, in M. RONCO – R. BARTOLOMEO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012, p.1113.

[99] Cfr., F. FIORENTIN, *Isolamento diurno del condannato all'ergastolo e divieto di comunicazione con gli altri detenuti* (a commento dell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di L'Aquila del 22 giugno 2012), *ult. op. cit.*

Ciò avviene nel caso di assoggettamento al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* OP, dunque in particolari sezioni, con severissime limitazioni alle ordinarie regole di trattamento, i cui gruppi risultano composti da un massimo di cinque persone (limitabili a due persone, nelle cosiddette „aree riservate"). Una situazione di totale isolamento si realizza poi se si sovrappongono le altre restrizioni relative all'art. 14-*bis* OP.

Entrambi i regimi speciali, teleologicamente volti a garantire la sicurezza "esterna" il primo[100], e quella "interna" il secondo, hanno una durata teoricamente temporanea (quattro anni iniziali per il regime di cui all'art. 41-*bis* OP, prorogabili di due anni per volta; e sei mesi iniziali, prorogabili tre mesi per volta, per il regime di cui all'art.14-*bis* OP). Nella pratica però hanno una durata "arbitraria" potenzialmente infinita[101], avendo assunto la configurazione di istituti di prevenzione.

Se nessuna reale garanzia si è affermata in relazione alla loro durata, un'evoluzione in senso garantista si è sviluppata, invece, riguardo alle modalità di esecuzione del solo regime *ex* art. 14.*bis* OP.

Mentre forme sempre più afflittive continuano a essere imposte per il regime *ex* art. 41-*bis*[102]. L'ultimo "giro di vite" è stato realizzato con la L. 94/2009, che ha modificato *in peius* i presupposti per l'applicazione, la proroga, la durata dei decreti applicativi e le limitazioni interne. Un regime che ha trovato l'avallo anche della Corte di Strasburgo[103].

---

[100] Cfr., A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prvenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?,* Milano, 2012.

[101] È il caso di decine condannati all'ergastolo per delitti di mafia, che sono sottoposti al regime *ex* art. 41-*bis* OP ininterrottamente dal 1992 e per periodi più o meno lunghi anche al regime *ex* art. 14-*bis* OP.

[102] L'art. 41-*bis* OP prevede limitazioni poco giustificabili: 2ore d'aria, colloqui-familiari ridotti ad un'ora al mese con vetro divisorio, divieto di abbracciare per i dieci minuti consentiti i figli maggiori di dieci anni, limitazioni al vestiario, alla lettura di libri e periodici, obbligo del silenzio nella sezione, divieto di scambio di cibo tra detenuti dello stesso gruppo di sezione-passeggio ecc.

[103] Cfr., A. COLELLA, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 3 CEDU*, § 6.3, in www.penalecontemporaneo.it.

La giurisprudenza di merito, pur ritenendo compatibile la doppia applicazione (14-*bis* e 41-*bis* OP), ha però chiarito che l'applicazione dell'art. 14-*bis* OP non può comportare una condizione di isolamento di fatto, con l'esclusione dalle attività in comune. È inoltre intervenuta anche sulle singole limitazioni, stabilendo che non possono giustificarsi, in nome dell'ordine e la sicurezza dell'istituto, le restrizioni riguardanti l'acquisto di generi alimentari e loro cottura, la visione del televisore e possesso della radio. Con tali interventi ha connotato quest'ultimo regime come tipicamente „cautelare" e non „sanzionatorio", diversamente da com'era stato inteso precedentemente[104].

Entrambi i regimi si estinguono per scadenza del termine (salvo proroga) o revoca da parte dell'autorità giudiziaria (se ritenuto illegittimo), ovvero dall'autorità amministrativa (d'ufficio o previo ricorso amministrativo), anche prima della scadenza se risultano venuti meno i motivi che l'avevano giustificato. Da annotare come vi siano detenuti sottoposti ininterrottamente al regime *ex* art. 41-*bis* OP da oltre ventitrè anni[105].

1.3.7 Perpetuità

Il carattere che connota di *specialità* la pena dell'ergastolo è la *perpetuità*. Aspetto questo che l'ha posta in conflitto con i principi costituzionali di umanità e rieducazione fin dall'entrata in vigore della Carta costituzionale.

La compatibilità di tale pena con la Costituzione, è stata sostenuta dalla Suprema Corte di Cassazione, prima, e dalla Corte costituzionale poi, attraverso un graduale riconoscimento all'operatività del principio rieducativo. Inizialmente si è ritenuto che tale principio fosse riferibile alla so-

[104] Cfr., R. GRIPPO, *Nota a ord. Tribunale di sorveglianza di Bologna del 27-09-2011, imp. G.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

[105] Tra i tanti si citano, gli ergastolani Mario Tornese, Luigi Giannelli e Nunzio Emmanuello.

la dimensione morale[106] per poi estenderlo anche alla fase esecutiva della pena[107]. Operatività confermata dalle leggi che hanno temperato il carattere perpetuo della pena dell'ergastolo con la possibilità di accesso alla liberazione condizionale[108] e alle misure alternative alla detenzione[109], ritenendo, in tal modo, relegata all'„astratto" la perpetuità dell'istituto.

Nonostante alcune pronunce della Corte costituzionale (nn. 282/1989 e 313/1990), abbiano riconosciuto l'incidenza del principio rieducativo in tutte le fasi della pena, tale *ratio decidendi* non ha ancora travolto la previsione astratta dell'ergastolo che in quanto perpetuo risulta ontologicamente privo del principio rieducativo.

1.4 Le cause di estinzione

Le cause di estinzione operano rispetto al reato (150ss c.p.), con l'effetto di far venire meno la pretesa punitiva dello Stato, riguardo al processo e all'inflizione di una sanzione; ovvero operano con riferimento alla pena (171ss c.p.) con la conseguenza d'impedirne l'esecuzione e il verificarsi di tutti gli effetti, quando sia stata già comminata.

Nel caso dell'ergastolo non opera, per implicita esclusione[110], l'istituto della *prescrizione* del reato (157 c.p.) o della pena (172 c.p.), salvo il caso di comminazione di una pena temporanea per effetto del riconoscimento di una delle attenuanti previste *ex* artt. 62ss c.p..

Sono previste, invece, rispettivamente per l'estinzione del reato e della pena, le cause relative alla *morte del reo* (150 e 171 c.p.), *amnistia* del

---

[106] Il riferimento è al criticato arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 16 giugno 1956, che limitò l'incidenza del principio rieducativo alla sola "sfera morale" del reo, escludendone l'estensione ad un concreto reinserimento sociale.

[107] Corte cost., n. 264/1974 che ritiene operante il principio rieducativo anche alla fase esecutiva della pena.

[108] Vedi, L. 1634/1962

[109] Vedi, L. 354/1975

[110] Cfr., G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 383.

reato (151 c.p.), *indulto*[111], *grazia* dell'intera pena[112], o sua commutazione (174 c.p.).

Estingue, infine, la pena dell'ergastolo (e l'*ex* condannato è reintegrato nel godimento dei diritti civili di cui era stato privato *ex* art. 32 c.p.), il decorrere di cinque anni di libertà vigilata concessa a seguito della *liberazione condizionale*. Istituto introdotto con la legge del 25 novembre 1962, n. 1634, la cui concessione era inizialmente prevista dopo l'espiazione di ventotto anni, poi ridotti a venticinque anni per il condannato all'ergastolo (prima del rispristino delle attenuanti generiche *ex* art. 2 del D.lg. lt. 14 sett. 1944, n. 288), che abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento. Termine, infine, fissato a ventisei anni con l'art. 28 della legge del 10 ottobre 1986, n. 633.

La liberazione condizionale, com'è evidente già da questi primi cenni, gioca un ruolo fondamentale nella fase esecutiva della pena dell'ergastolo, alla sua sopravvivenza e compatibilità costituzionale.

---

[111] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 4 ottobre 2007 n. 39531. L'ergastolo in quanto pena detentiva perpetua, non è frazionabile e dunque condonabile in parte. Salvo non si preveda il condono dell'intera pena o sua commutazione.

[112] Cfr., A. FUSI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2013, p. 269.

CAPITOLO SECONDO
ERGASTOLO E BENEFICI PENITENZIARI

Sommario: - 2. Premessa. - 2.1 L‟istituto della liberazione condizionale *ex* art. 176 c.p. - 2.1.1 Ravvedimento: un nuovo criterio di accertamento. - 2.1.2 La revoca. - 2.2 La liberazione anticipata. - 2.3 La semilibertà. - 2.4 I permessi premio. - 2.5 Istituti esclusi al condannato all‟ergastolo. - 2.6 Istituti di carattere umanitario applicabili al condannato all‟ergastolo. - 2.7 Natura penale delle misure extramurarie. - 2.8 L‟art. 4-*bis* OP: le leggi d‟emergenza. - 2.8.1 Dati statistici sull‟art. 4-*bis* OP. - 2.8.2 L‟art. 4-*bis* OP: divieti e modifiche. - 2.8.3 Artt. 4-*bis* OP e 176 c.p. (un rinvio non scontato). - 2.8.4 Istituti esclusi dalle preclusioni *ex* art. 4-*bis* OP. - 2.8.4.1 I permessi di necessità *ex* art. 30 OP. - 2.8.5 I criteri per l‟individuazione dei delitti *ex* art. 4-*bis* OP e l‟in/scindibilità del reato continuato. - 2.8.6 Segue. Le S.U. del 30 giugno 1999, n. 14, Ronga: sull‟in/scindibilità. - 2.9 La collaborazione *ex* art. 58-*ter* OP. 2.9.1 La collaborazione irrilevante o impossibile. - 2.9.2 Collaborazione impossibile per esposizione a gravi pericoli e innocenza indimostrabile. - 2.9.3 La relativizzazione della condizione collaborativa. - 2.10 L‟art. 4-*bis* OP e CEDU: profili d‟incompatibilità (cenni). - 2.11 L‟art. 7 DL 152/1991. - 2.11.1 Le Sezioni Unite n. 337 del 18 dicembre 2008 - 9 gennaio 2009. - 2.12 Cenni. Le diverse "tipologie" di ergastolo in Italia. - 2.13 Ergastolo: dati statistici.

2. *Premessa.*

Nella fase dell‟esecuzione la pena dell‟ergastolo è interessata da una rete di connessioni normative (L. 354/1975) concernenti l‟accesso (e la preclusione) ad istituti "penalistici" extramurari, che, se applicati, consentono l‟estinzione di una pena diversamente perpetua (e pertanto incostituzionale).

2.1 L'istituto della liberazione condizionale ex *art. 176 c.p..*

L'istituto della liberazione condizionale è stato introdotto nell'ordinamento italiano dal codice penale Zanardelli del 1889 e conservato dal codice Rocco del 1930 (nel libro I, titolo VI, capo II) tra le cause estintive della pena. Anche se parte della dottrina tende a qualificarlo come causa di sospensione[113] di parte della pena principale, che la estingue col trascorrere di un tempo pari alla pena residua sospesa, o di cinque anni in caso di ergastolo, salvo che non sia intervenuta la revoca *ex* art. 177 c.p..

L'istituto presuppone che vi sia in corso l'esecuzione di una pena non breve. Esso si sostanzia nella possibilità di concludere la pena fuori dal carcere, in regime di libertà vigilata.

All'origine, con funzione deflattiva e di gestione politica della popolazione detenuta, il potere di concessione e revoca di tale „beneficio" erano attribuiti al Ministro di Grazia e Giustizia[114], previo parere del giudice dell'esecuzione.

Nel tempo l'istituto è stato declinato in chiave specialpreventiva[115], passando da "provvedimento grazioso" a strumento d'individuazione del

---

[113] Cfr., M. D'ONOFRIO – M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 293; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV edizione, Milano, Giuffrè, 1997, p. 788; cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.,* p. 84; cfr., MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale, cit.,* p. 631; cfr., P. CORSO, *Liberazione condizionale e processo*, Padova, Cedam, 1979, p. 63; cfr., U. CONTI SINIBILDI – A. JANNITTI PIROMALLO, *Esposizione critica della giurisprudenza sul codice penale nel primo decennio della sua attuazione*, Milano, vol. I, 1941, p. 524; cfr., G. SABATINI, *Manuale di diritto e procedura penale*, vol I, *Diritto penale,* Roma, 1939, p. 124. Il concetto della liberazione condizionale come modalità esecutiva della pena sopravvive sia pure sotto una diversa prospettiva in A. SANTORO, *Fondamenti della esecuzione penale*, Roma, 1931, p. 181; cfr., R. MESSINI, *voce Liberazione condizionale*, in *Nuovo dig. it*., vol. VII, Torino, 1938, p. 858.

[114] Cfr.,Corte cost., n. 204 del 27 giugno – 4luglio 1974, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 43 disp. att. c.p.p. 1930 nella parte in cui conferiva al ministro il potere di concedere la liberazione condizionale.

[115] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit.,* p. 612.

trattamento[116], configurandosi come un vero e proprio diritto[117] del condannato e dovere del giudice di applicarlo[118], laddove risultino soddisfatti i presupposti di legge.

Successivamente, l'attribuzione del potere di concessione è passata dal ministro alla corte d'appello, prima[119], e al tribunale della sorveglianza, poi[120].

---

[116] Cfr., G. LA GRECA, *La liberazione condizionale fra Corte costituzionale e legislatore*, in *Giur. cost*., 1974, p. 2154; N. D'ANGELO, *La nuova disciplina processuale della liberazione condizionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1976, p. 1227; G. VASSALLI, *La riforma della liberazione condizionale*, in *Rass. studi penit*., 1951, p. 1063. E dopo l'arresto della Corte cost., n. 204/1974 nessun dubbio circa il raccordo con il fine rieducativo della pena in A. PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, p. 113; in senso conforme, P. CORSO, *La liberazione condizionale dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 1974, pp. 3592ss; G. VASSALLI, *La liberazione condizionale dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *Giuris. cost*., 1974, pp. 3523ss; G. GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, pp. 454ss.

[117] In termini di diritto internazionale, judge PINTO DE ALBUQUERQUE, in Corte EDU, Deuxieme Section, Affaire Öcalan c. Turquie, *cit*., §§ 11-14; in senso di diritto, Corte cost., 204/1974: «Sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto del 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». Precedentemente visto solo come „semplice interesse"; M. MAZZANTI, *Liberazione condizionale*, in *Noviss. dig. it*., vol. IX, Torino, 1963, p. 838; A. PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria,* Bologna, Monduzzi, 2011, p. 255; in questi termini si esprime P. CORSO, *Liberazione condizionale e processo*, *cit.,* p. 84: «A fronte del convincimento che la liberazione condizionale è un diritto a cui corrisponde il dovere del giudice di concederla, una volta verificati i presupposti di legge (es. FOSCHINI, *La liberazione condizionale*, op. cit., p. 49), vi è la tesi che ravvisa il permanere di una facoltà nella concessione: in dottrina v. VENDITTI, *Vicenda Kappler e discrezionalità della liberazione condizionale*, in *Giur. it*., 1978, II, c. 237 e PADOVANI, *Profili d'incostituzionalità nell'applicazione e nell'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Indice pen.,* 1976, p. 229. Nel senso che il tenore letterale della normativa sostanziale non è argomento decisivo per escludere la configurabilità di un diritto alla liberazione condizionale cfr., dello scrivente [Corso], *Liberazione*, cit., p. 409; DANTE, *Discrezionalità «amministrativa» del giudice penale in tema di liberazione condizionale*?, in *Cass. pen. Mass. ann*., 1977, pp. 249ss, nonché Cass. pen., 16 marzo 1977, Magaro, in *Giust. pen*., 1978, III, c. 37, m. 24».

[118] In tal senso, CORSO, *Liberazione condizionale e processo, cit*., pp. 270ss: «Quello che appare inaccettabile è la configurazione di una discrezionalità "residua" dell'autorità giudiziaria di non concedere la liberazione condizionale, anche se posititivamente accertato la sussistenza dei requisiti legali di cui all'art. 176 c.p. e ne ha dato atto nella decisione»; cfr., Cass. pen., 16 marzo 1977, che ha statuito che l'istituto della liberazione condizionale non è più di applicazione facoltativa, cosicché la concessione è doverosa una volta verificati i presupposti di cui all'art. 176 c.p., a nulla rilevando gli altri elementi non previsti dalla legge; per l'obbligo della concessione, quale altra faccia del diritto soggettivo perfetto riconosciuto al condannato che si trova nella situazione prevista dall'art. 176 c.p., si veda, CORSO, *La liberazione condizionale dopo l'intervento della Corte costituzionale*, *cit*., pp. 3539ss; F. P. BONIFACIO, *Conferenza stampa tenuta il 20 gennaio 1975*, in *Giuris. cost*., 1974*i*, p. 692; CORSO, *Liberazione condizionale e processo, cit.,* p. 344, non ha ragion d'essere la conservazione dell'originaria natura clemenziale dell'istituto, a fronte del cogente precetto dell'art. 27.3 Costituzione. Resta il problema di quale «rieducazione» pretendere dal condannato; in questi termini, A. ACCATTATIS, *Il sistema carcerario tra repressione e mistificazione*, in A.A. V.V., *Crimini e Pace*, a cura di BASAGLIA e di BASAGLIA ONGARO, Torino, 1975, pp. 231ss, che: «sottolinea l'assurdo di una pena che rieduca attraverso l'emarginazione chi ha infranto la norma penale proprio perché già escluso dalla società».

La funzione specialpreventiva, può dedursi dal richiesto presupposto di un"evoluzione della personalità del reo e della sua pericolosità in senso favorevole. Tanto da rendere inconsistenti le esigenze retributive, che divengono addirittura illegittime per PierMaria Corso. Poiché «esigere l"espiazione integrale della pena da un soggetto rieducato significa applicare una pena che – per quella frazione da espiare – è per definizione non educativa»[121] e dunque incostituzionale[122].

D"altro canto, la liberazione condizionale si collega coerentemente con l"idea di trattamento progressivo[123] ed all"interno di tale sistema è configurata quale ultimo stadio nel percorso di risocializzazione del reo. Classificata dalla dottrina tra le misure alternative alla detenzione[124], Francesco Palazzo ne saggia le similitudini con la sospensione condizionale[125], uniche misure alternative alla detenzione prima della L. 354/1975. Fabio Fiorentin la indica come misura conclusiva trattamentale, all"interno di quel „sistema a progressione scalare" delle misure alternative alla detenzione introdotte con L. 354/1975 ed estese anche al con-

---

[119] Vedi, L. 6/1975.

[120] Vedi, L. 633/1986.

[121] Cfr., P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi, 2011, p. 10.

[122] Conformemente all"interpretazione fattane dalla Consulta con l"arresto del 1974.

[123] Cfr., A. CUSATELLI, *Condoni e liberazione condizionale*, in *Rass. studi penit.*, 1955, pp. 651ss; v., G. SABATINI, *La liberazione condizionale nel sistema dei mezzi di riadattamento progressivo del condannato alla vita sociale*, in *Riv. dir. pen.*, 1935, pp. 405ss; e CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 84.

[124] Cfr., PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione*, *cit.*, p. 262; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2010, p. 734; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.,* p. 84; V. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena",* Milano, 2008, p. 154; M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2006, p. 291; cfr., CORSO, *Liberazione condizionale e processo, cit.,* p. 345; in questi termini, D"ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.,* p. 290, che evidenziano l"unitaria attribuzione al tribunale di sorveglianza di tali istituti, come rappresenti anche un"alternativa alla detenzione e «quanto alla risocializzazione del reo l"art. 176 c.p. non richiede sia già avvenuto ma che il comportamento del condannato sia tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento»; cfr., ADRIANO MORRONE, *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, Padova, Cedam, 2003, pp. 83-84. *Contra*, invece, parte della giurisprudenza, Cass. pen. sez. I, 26 giugno 1995, Anastasio, che distingue la liberazione condizionale dalle misure alternative in quanto queste rappresentano modi alternativi di espiazione della pena, mentre la prima è causa di estinzione della pena *ope legis*, che presuppone la conclusione del processo di rieducazione con sicuro reinserimento sociale.

[125] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, *cit.*, p. 611.

dannato all'ergastolo[126]. Di rilievo l'arresto della Corte costituzionale n. 274 del 1983 sulla riduzione pena ai condannati all'ergastolo (in vista dell'accesso anticipato alla liberazione condizionale), poiché ribadisce per tutti il fine ultimo del reinserimento sociale perseguito dalla pena, senza esclusione alcuna[127].

L'art. 176 del codice penale (modificato con le leggi del 25 nov. 1962 n. 1634 e del 10 ottobre 1986 n. 663) prevede l'ammissione dei condannanti a tale istituto, solo dopo aver espiato almeno trenta mesi, o metà della condanna, ovvero ventisei anni in caso di ergastolo[128] (incluso il periodo di detenzione detratto per la liberazione anticipata[129], al netto delle pene espiate a vario titolo)[130], sempre che abbiano tenuto un com-

[126] Cfr., F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione, Liberazione condizionale*, Torino, 2012, p. 5.

[127] Cfr., Grasso, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale, cit*., p. 457.

[128] Diversi sono i termini per l'accesso alla liberazione condizionale nei paesi europei in cui vige ancora la pena dell'ergastolo, in Irlanda (sette anni reclusione), Olanda (quattordici), Norvegia (dodici), Svezia (a seguito di commutazione), Svizzera (quindici), Regno Unito (varie possibilità), Austria (quindici), Germania (quinddici), Belgio (dieci/quattordici), Cipro (dieci), Danimarca (dieci/dodici), Francia (quindici), Grecia (venti anni, ma dieci effettivi); critico L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»,* Fascicolo 2 | 2015, in www.Costituzionalismi.it, pp. 17-19, nella parte in cui evidenzia l'incompatibilità col principio personalista e la *ratio* espressa dalla Corte cost., n. 313 del 1990, con un'ingiustificata permanenza in carcere al fine di soddisfare un tetto di pena minimo stabilito legalmente, sacrificando il singolo ai bisogni collettivi di stabilità e sicurezza; cfr., Corso, *Liberazione condizionale e processo, cit.,* pp. 309ss, nel capitolo dedicato a *Profili di diritto comparato della liberazione condizionale* l'autore evidenzia la quasi parallela evoluzione dell'istituto in alcuni paesi (es. Francia, Germania, UK, USA) sotto il profilo processuale e sostanziale, con oscillazioni tra scelte giurisdizionali e amministrative riguardo la competenza e tra "graziosa concessione" e "diritto" riguardo la natura. Significativa (in tal senso) e compendiativa la pronuncia della C. EDU nella causa *Vinter ed altri v. UK* del 17 gennaio 2012.

[129] In tal senso, Corte cost., n. 274 del 21 settembre 1983, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 54 laddove non prevede l'applicabilità della liberazione anticipata anche agli ergastolani, per violazione degli artt. 3 e 27 della Costituzione. Con la L. n. 663 del 10 ottobre 1986 è stato poi previsto al comma 4 dell'art. 54 OP, che la liberazione anticipata si considera scontata per l'ammissione ai benefici penitenziari e che tale disposizione si applica anche ai condannati all'ergastolo.

[130] Cfr., Presutti, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario, cit*., p. 123. Inoltre per consolidata giurisprudenza il parametro di riferimento deve essere non la pena inflitta con la sentenza, bensì quella concretamente eseguibile, a seguito delle detrazioni dipendenti da cause estintive della pena (amnistia o indulto), così la prevalente giurisprudenza, Cass., 29 gennaio 1976, Casula; Id., 13 febbraio 1976, Rossano, in *Cass. pen. mass. ann*., 1977, 83, m. 78; Id., 14 ottobre 1982, Cecchinetti, *ivi*, 1984, p. 546, m. 398; Id., 28 aprile 1983, Nisi, *ivi*, 1984, p. 1562, m. 1129; cfr., G. CAMERINI, *La grazia, la liberazione condizionale e la revoca delle misure di sicurezza,* Padova, 1967, p. 77; D'Onofrio - Sartori, *Le misure alternative alla detenzione, cit*. p. 294; M. PAVARINI, *L'esecuzione della pena,* in *Codice penale. Parte generale,* in F. BRICOLA – V. ZAGRELBESKY (a cura di) collana *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, Utet, 1996, p. 185; C. CESARI, *Ordinamento penitenziario ed*

portamento tale da far ritenere sicuro il ravvedimento e adempiuto alle obbligazioni civili derivanti dal reato. Salvo dimostrino di trovarsi nell"impossibilità di adempierle. Quanto a quest"ultimo presupposto, la dimostrazione dell"impossibilità ad adempiere, rappresenta per il condannato solo un onere relativo. Poiché l"obbligo di dimostrare l"esistenza di tali obbligazioni ricade sull"organo giurisdizionale chiamato a decidere sulla concessione di tale beneficio[131]. Pertanto è sufficiente che il condannato provi che «nei limiti delle sue possibilità economiche si sia adoperato seriamente per adempiere le obbligazioni civili, consistenti nel risarcimento del danno e spese processuali»[132].

Seguendo la dottrina[133], i criteri di accertamento utilizzati per ritenere sicuro il ravvedimento[134] del condannato, consistono in indicatori esterni

---

esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, artt. 4bis, 58ter, 58quater ord. pen., artt. 176, 177 c.p., in *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Vol. I (a cura di B. GUAZZALOCA), Torino, Utet, 2002, p. 390. *Contra*, SABATINI, *La liberazione condizionale nel sistema dei mezzi di riadattamento progressivo del condannato alla vita sociale, cit.,* p. 414.

[131] In tal senso, D"ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*, p. 297, che distinguono tra impossibilità assoluta (indigenza o miseria) e relativa, riconducibili sempre a impedimenti oggettivi non imputabili al detenuto. Per provare l"impossibilità ad adempiere la giurisprudenza non richiede la dimostrazione dell"indigenza, ritenendo significative oltre alle dichiarazioni reddituali, le attestazioni e le certificazioni degli uffici delle entrate e dei registri immobiliari (Cass. pen. sez. I, 29 novembre 1985, Di Lao, RP, 1986, 916); in questi termini, Cass. pen. sez. I, 21 febbraio 1989, n. 83- Pesce: «Il rigetto della domanda di ammissione alla liberazione condizionale non può essere motivato dal mancato assolvimento, da parte del condannato, dell"onere probatorio in ordine all"impossibilità di adempiere le obbligazioni civili nascenti da reato, che va accertata *ex officio**»; ancora, Cass. pen., sez. I, 30 maggio 1989, n. 1028 (c.c. 14 aprile 1989), Portogallo: «Ai fini dell"incidenza sull"ammissione del condannato alla liberazione condizionale, le obbligazioni civili nascenti dal reato non devono costituire soltanto l"oggetto di una pretesa virtuale, ma devono risultare da un provvedimento formale del giudice penale o civile che le renda coercibili (…) con relativo onere ai danneggiati di esercitare le opportune azioni volte ad ottenere le spese sostenute»; in tal senso, CORSO, *Liberazione condizionale e processo, cit.*, p. 349: significativo che l"art. 4 ult. comma L. 12 febbraio 1975, n. 6, preveda che se la liberazione condizionale sia negata per un motivo diverso dal mancato ravvedimento il condannato possa rivolgersi alla corte d"appello «in ogni tempo», ond"evitare che un eliminabile elemento ostativo di carattere oggettivo come l"inadempimento o i ventisei anni espiati, potesse sacrificare in qualche misura l"ansia di libertà e il diritto di verifica dei presupposti *ex* art. 176 c.p.; in questi termini, *ivi*, 354 (nota 152), «Non è vietata per quanto concerne gli accertamenti personologici, la possibilità per l"instante di valersi di un consulente tecnico»; cfr. GREVI, *Magistratura di sorveglianza*, p. 134 e F. CORBI, *Problemi della prova nel procedimento di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 476.

[132] Cfr., PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., p. 260.

[133] Cfr., MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 633.

[134] In tal senso, PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario, cit.*, p. 117: la liberazione condizionale da strumento di conformità a mezzo di crescita sociale da quando la fattispecie di merito del sicuro ravvedimento ha sostituito la "buona condotta" e nella sua valutazione sono state escluse valutazioni di tipo extra giuridico e viene a dipendere dalla risposta al trattamento da parte del

ed oggettivi: «partendo dalla regolare condotta e continuando attraverso la partecipazione all'opera di rieducazione e la "progressione nel trattamento", si conclude appunto con il sicuro ravvedimento»[135]. La giurisprudenza prende in esame gli stessi indicatori, ossia la partecipazione alle attività trattamentali (di studio, di lavoro), il rapporto non conflittuale con la società e le istituzioni, i rapporti familiari costruttivi e iniziative a carattere solidaristico[136], in quanto sintomatici di una compiuta revisione critica del trascorso deviante. Non rileva, per la giurisprudenza prevalente, la mancata ammissione di responsabilità o proclamata estraneità ai fatti di condanna[137], quando oltre alla buona condotta, il condannato abbia tenuto comportamenti positivi e sintomatici come quelli indicati nell'art. 71 del regolamento di esecuzione penitenziaria[138]. È richiesto

---

condannato. Innovazione avuta con la L. 1634 del 25 novembre 1962, che ha esteso la fruibilità anche ai condannati all'ergastolo ed ai sottoposti alla misura di sicurezza detentiva, oltre a introdurre il presupposto di sicuro ravvedimento, avvicinando il nostro ordinamento alle concezioni più moderne che vedono la liberazione condizionale preceduta da un trattamento penitenziario volto alla risocializzazione del reo in forma individualizzata, così VASSALLI, *Funzione rieducativa della pena e liberazione condizionale,* in *Scuola pos*., 1964, p. 406.

[135] Cfr., PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.*, p. 261; D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.*, p. 299; in tal senso CESARI, *Ordinamento penitenziario ed esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, artt. 4bis, 58ter, 58quater ord. pen., artt. 176, 177 c.p., cit.*, pp. 392-393: aldilà della sola buona condotta è necessaria una valutazione «sulla sua assiduità al lavoro e all'apprendimento, i suoi buoni rapporti di correttezza col personale di custodia e gli altri detenuti, sintomatici non solo di un'evoluzione della personalità improntata al recupero del senso di responsabilità e delle proprie determinazioni e alla revisione delle motivazioni che lo avevano indotto a scelte criminali, ma anche al definitivo abbandono dei disvalori su cui tali scelte si fondavano e quindi al suo sicuro ravvedimento». Per la giurisprudenza, l'accertamento del sicuro ravvedimento non implica «opinabili indagini di tipo soggettivistico volte ad apprezzare l'avvenuta modificazione ideologica o psicologica, della personalità», ma deve muovere dall'osservazione dei concreti comportamenti tenuti durante l'esecuzione della pena, che consentano «il motivato apprezzamento della compiuta revisione critica delle scelte criminali in vita anteatta»; in termini di certezza o di elevata probabilità «la formulazione di un serio affidabile e ragionevole giudizio prognostico» di reinserimento nel tessuto sociale di non recidivanza vedi in Cass. pen. sez. I, 10 maggio 2007, P. G. in proc. B.B., in Riv. pen. 2007, II, pp. 1244ss, con nota di V. RISPOLI, *Liberazione condizionale e finalità rieducative. Limiti ed estensione del concetto di «sicuro ravvedimento» alla luce della lettura costituzionalmente orientata della pena*, ivi, p. 1247; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*, p. 84.

[136] Cfr., Cass. pen., sez. I, 27 febbraio 2009, Mambro.

[137] Cfr., D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., p. 300; cfr., Cass. pen. sez. I, 11 marzo 1997, Rodio, GP, 1998; RP, 1997, 927; Id. 31 ottobre 1991, Cosentino, CP, 1993, 827; Id., 5 giugno 1990 n. 1392, Pevinati; Cass. pen. sez. I, 8 giugno 1993 n. 1907, Dijabuskji: la cui ammissione di colpevolezza potrebbe essere insincera e del tutto strumentale.

[138] In questi termini l'art. 71 reg. es., che stabilisce la possibilità di «assegnare a singoli detenuti, che dimostrino particolari attitudini a collaborare per il proficuo svolgimento dei programmi d'istituto,

però che il condannato, che si proclami innocente, fornisca comunque la prova di aver compreso il significato antisociale del delitto per cui è stato condannato[139].

Posizioni critiche si rilevavano in passato quanto all'indeterminatezza degli indici di valutazione del sicuro ravvedimento[140].

A completamento della disciplina sulla liberazione condizionale, l'art. 682.2 c.p.p stabilisce che in caso di diniego per difetto del requisito del sicuro ravvedimento, la richiesta non possa essere riproposta prima di sei mesi dall'irrevocabilità del provvedimento di rigetto[141].

2.1.1 Ravvedimento: un nuovo criterio di accertamento.

Per effetto dell'art. 2 del DL 13 maggio 1991, n. 152 anche la disciplina della liberazione condizionale ha subito degli irrigidimenti[142] in relazione ai presupposti richiesti per i condannati per delitti di cui all'art.

---

mansioni con compiti di animazione nelle attività di gruppo, di carattere culturale, ricreativo e sportivo, nonché di assistenza nelle attività di lavoro in comune».

[139] Cfr., Cass. pen., dell'11 marzo 1997, n. 1065 – Rodio; PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.,* p. 261.

[140] In tal senso, PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario, cit.,* p. 118, nei quali si evidenzia la ritenuta insufficienza della sola buona condotta, ma anche l'anacronistica concezione etica «di processo interiore di accettazione della espiazione, intesa come mezzo di riscatto morale dal delitto» o anche come sereno e volonteroso assoggettamento alla pena come mezzo di redenzione ritenuto dalla giurisprudenza (cfr., Cass. pen. del 15 ottobre 1976, Scruci; Cass. pen, del 20 gennaio 1976 Casula; Id., 17 aprile 1978 Andretta); in questi termini, CORSO, *Liberazione condizionale e processo, cit.*, p. 342: critico e perplesso sull'utilità delle indagini sulla gravità del reato, il mancato perdono degli offesi o impressione che produrrebbe il ritorno in libertà ai fini del giudizio del sicuro ravvedimento. Parametri previsti dalle superate circolari ministeriali del 1890 «quasi che fossero ancora in vigore» (rif. alle circolari illustrative del r.d. 1° dicembre 1889, n. 6509); in tal senso, D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., p. 302: il «perdono dell'offeso o talune vittime o dei familiari di queste, non costituisce un elemento determinante poiché non è indicato dalla norma e renderebbe la liberazione condizionale uno strumento sostanzialmente legato all'arbitrio dello stesso offeso», in senso conforme, Cass. pen. sez. I, 5 novembre 1984, Nanni, RP, 1985, p. 728, Cfr., Cass. pen. sez. I, 11 maggio 1993, Zanetti, RP, 1994, p. 547.

[141] Cfr., D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., p. 303.

[142] Cfr., ADRIANO MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit*., in *Diritto penale e processo*, 11/2014, p. 1351; GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale, cit*., p. 458; D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*. p. 295; cfr., Corte cost., n. 135/2003, con la quale è stata ritenuta la compatibilità delle preclusioni *ex* art. 4-*bis* OP applicate alla liberazione condizionale in relazione al principio rieducativo *ex* art. 27.3 Cost., poiché la scelta inerente la condizione collaborativa richiesta per l'accesso, è affidata al condannato.

4-*bis* OP. Anche se *"solo"* nel 2001 la Corte costituzionale ha stabilito che la condizione collaborativa *ex* art. 58-*ter* OP, introdotta nel 1992 nell'art. 4-*bis* OP, non ha modificato i presupposti sostanziali della liberazione condizionale *ex* art. 176 c.p., ma ha solo aggiunto un nuovo criterio legale di accertamento del presupposto relativo al „sicuro ravvedimento", ragione per cui non opererebbe il principio d'irretroattività della legge meno favorevole[143].

Un'affermazione che, alla luce dei principi CEDU sull'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, pone nuove questioni per l'applicabilità della norma a tutti i delitti precedenti al 1992.

Un altro profilo rilevante afferisce all'assenza di quelle necessarie disposizioni di coordinamento tra liberazione condizionale e art. 4-*bis* OP, per le modifiche successive al 1991 e precedenti al 2009[144] (*infra,* § 2.8.3).

Muovendo da queste ultime premesse, si potrebbe legittimamente sostenere che la disciplina più rigorosa non potrebbe essere applicata ai fini dell'accesso alla liberazione condizionale, per delitti precedenti al 1994,

---

[143] Cfr., Corte cost., n. 273/2001, la Corte costituzionale investita della violazione del principio di irretroattività dell'art.4-*bis* OP applicato anche ai condannati per delitti *ex* art. 630 c.p. precedenti al 1992, ha stabilito che la condizione aggiuntiva (collaborazione) posta dall'art. 4-*bis* OP, non avesse modificato i presupposti sostanziali dell'art. 176 c.p., ma solo i criteri di accertamento, e dunque non operasse il divieto di irretroattività della legge meno favorevole; cfr., MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. pen.*, *cit.*, p. 1355.

[144] In questi termini, CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*, pp. 84-85: «In forza dell'esplicito richiamo contenuto nel primo comma dell'art. 2 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, così come modificato dall'art. 2 comma 28 della legge n. 94 del 2009, l'accesso a tale beneficio per i condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. é ammesso solo in presenza dei presupposti e delle condizioni richiesti dai commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dello stesso art. 4-*bis* ord. pen.»; cfr., V. MANZIONE, *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (D.L. 152/91 e l. 203/91): uno sguardo d'insieme*, in *Legisl. Pen.*, 1992, p. 859; C. CESARI – G. GIOSTRA, *Commento all'art. 4-bis*, in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 60; FILIPPI - SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2007, p. 209; nel senso di rinvio mobile, Corte cost., n. 39/1994; e Cass. pen. sez. I, del 20 gennaio 1993, Mura, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 938; Cass. pen. sez. I, del 18 febbraio 1993, Strangio, *ivi,* p. 1529; Cass. pen. sez. I, dell'8 maggio 1995, Zito, in Ced. Cass. n. 202082; Cass. pen. sez. I, del 20 gennaio 1999, Piras, in Ced. Cass. n. 212630; *contra,* ossia nel senso di rinvio fisso, A. MACCHIA, *Liberazione condizionale e art. 4*-bis *ord. pen.: rinvio formale o recettizio?,* in *Cass. pen.*, 1995, pp. 1785-1787; conforme, Cass. pen., del 13 novembre 92, Paiano, in *Cass. pen.* 1993, p. 2835; Prestipino, *Giust. pen.* 1993, II, p. 252.

data in cui la Corte costituzionale ha aderito alla natura di „rinvio mobile" dell'art. 2 del DL 152/1991 poi L. 203/1991, mettendo una parola dirimente tra le diverse posizioni giurisprudenziali che si registravano a tal proposito fino a quel momento. Tenuto anche conto che costante giurisprudenza di legittimità aveva sempre interpretato il presupposto del „sicuro ravvedimento" (176 c.p.), prescindendo dal requisito della collaborazione *ex* art. 4-*bis*.1 OP[145]. Condizione introdotta nel 1992, ma rimasta priva di un'espressa disposizione di collegamento con l'istituto della liberazione condizionale.

Quest'ulteriore precipua e limitata inapplicabilità della modifica dell'art. 4-*bis* OP del 1992 alla liberazione condizionale, per assenza di una norma coordinatrice, si giustifica con i principi espressi dalla Corte EDU in materia d'irretroattività dell'interpretazione sfavorevole o di mancanza di chiarezza e prevedibilità della legge esistente al momento del reato[146]. Situazione configurabile nel caso di specie, come dimostra-

[145] In tal senso una consolidata giurisprudenza, anche successiva alla modifica dell'art. 4-*bis* OP 1992, che implicitamente aderisce al "rinvio fisso" della disposizione *ex* art. 2 DL 152/1991, v. Cass. pen. sez. I, dell'8 giugno 1993 n. 1907, Dijabuskji, per la quale è addirittura «ammessa la mancata ammissione delle proprie responsabilità, che non può essere indice del mancato ravvedimento»; ed ancora, Cass. pen. sez. I, del 5 giugno 1990 n. 1392, Pevinati: «al fine della concessione della liberazione condizionale, il ravvedimento del condannato non può ritenersi escluso per il solo fatto che quest'ultimo continui a proclamare la sua estraneità ai fatti, qualora risulti che egli, oltre a mantenere una buona condotta, abbia tenuto comportamenti positivi e sintomatici, in riferimento ai quali sono orientativi, quelli indicati nell'art. 71 del Regolamento di Esecuzione dell'Ordinamento Penitenziario»; in tal senso anche, Cass. pen sez. I, del 25 gennaio 1991 n. 4369; Id., 18 luglio 1990 n. 2042; Id., 13 ottobre 1984 n. 1826; Id., 14 dicembre 1983, n. 1777; oltre alla citata giurisprudenza che aderisce espressamente alla natura di rinvio fisso, Cass. pen., del 13 novembre 1992, Paiano, in *Cass. pen.* 1993, p. 2835; Prestipino, Giust. pen. 1993, II, p. 252.

[146] In questi termini, Corte EDU, Grande Camera, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, del 21 ottobre 2013 *(ricorso n. 42750),* §§ 54, 57, 64, 80, 91, 93, 99, 103, 111, 112, «Questo cambiamento nel sistema di applicazione delle riduzioni di pena era il risultato dell'allontanamento della legislazione. Ciò premesso, resta da stabilire se la nuova interpretazione delle pertinenti disposizioni del Codice Penale del 1973, molto tempo dopo che i reati sono stati commessi e il ricorrente condannato […] è stata ragionevolmente prevedibile per la ricorrente», la risposta è negativa poiché l'unico precedente rilevante era quello della Corte Suprema del 1994 che era a favore, mentre quello opposto si avrà nel 2006; § 115, «Inoltre la Corte non può accettare la tesi del Governo secondo la quale l'interpretazione della Corte Suprema era prevedibile perché era in linea con la lettera del Codice penale del 1973. La Corte ribadisce che il suo compito non è quello di determinare come le disposizioni di questo codice dovrebbero essere ragionevolmete interpretate, nel diritto interno, ma piuttosto di verificare se la nuova interpretazione era ragionevolmente prevedibile per la ricorrente ai sensi della "legge" applicabile al momento dei fatti. Quale "legge" - nel senso sostanziale in cui il termine è usato nella Convenzione,

no i diversi orientamenti della Cassazione, che si sono confrontati fino al 1994, prevalendo poi quello *in peius*.

2.1.2 La revoca.

Come scritto, la liberazione condizionale estingue la pena, salvo revoca della stessa da parte del tribunale di sorveglianza, in presenza della commissione di un delitto o contravvenzione della stessa indole del reato di condanna o se si trasgrediscono gli obblighi imposti dalla libertà vigilata ai sensi dell"art. 177 c.p..

La Corte costituzionale (n. 418/1998) ha ritenuto illegittimo l"automatismo della revoca *ex* art. 177.1 c.p., attribuendo al tribunale di sorveglianza il potere di valutare se la gravità della condotta sia tale da comportare la revoca del beneficio.

Allo stesso modo, la Corte costituzionale (n. 161/1997) ha ritenuto illegittimo l"art. 177.1 ultimo periodo, nella parte in cui non consente di riammettere alla liberazione condizionale il condannato all"ergastolo, a cui sia stato revocato il beneficio suddetto, poiché tale preclusione determinerebbe una pena perpetua effettiva, in contrasto con l"art. 27.3 della Costituzione. Tale decisione, del resto, è stata preceduta dalla declaratoria d"incostituzionalità (n. 282/1997) della disposizione che non prevede, in caso di revoca, di tener conto delle restrizioni subite nel periodo in libertà condizionale nella rideterminazione della pena da espiare[147].

In tal modo, si è realizzato un accostamento tra la disciplina della revoca della liberazione condizionale a quella dell"affidamento in prova[148],

---

che include la legge non scritta o la giurisprudenza - sia stata applicata in modo coerente per molti anni»; conforme, sul concetto di prevedibilità e divieto di mutamento giurisprudenziale sfavorevole, anche la Corte EDU, Quarta Sezione, caso *Contrada v. Italia*, del 14 aprile 2015 (ricorso n. 66655/13).

[147] Cfr., S. 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. 161/1997)*, Estratto, Cass. pen., Anno XLI fasc. 4-2001, p. 1373.

[148] Cfr., PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.,* p. 263.

istituti da sempre accomunati anche in ragione dell'effetto estintivo della pena che comportano.

2.2 La liberazione anticipata.

Annoverata tra le misure alternative[149], la liberazione anticipata è mezzo finalizzato alla risocializzazione del condannato. Elemento costante nei programmi legislativi fin dalla sua introduzione[150] nell'ordinamento giuridico. Essa è ancorata alle concrete opportunità trattamentali offerte, che non possono mai essere soppresse in quanto necessarie all'osservazione e trattamento individualizzato, che dev'essere garantito anche nel più radicale dei regimi differenziati[151] (Corte cost. nn. 306/93, 349/93, 351/96, 376/97).

Dell'istituto è stata segnalata l'ambiguità della sua funzione promozionale per l'origine di mezzo disciplinare[152].

Un ampio dibattito si è avuto intorno alla valutazione frazionata o globale per la concessione della stessa, prevalendo la prima, dopo un'iniziale affermazione della seconda[153], poiché più rispondente allo

---

[149] Cfr., PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario, cit*., pp. 93ss; GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale, cit.,* p. 435. *Contra*, PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.*, p. 248, che la ritiene una semplice riduzione della pena per comportamento meritevole con effetto anticipativo della liberazione.

[150] Ibidem; GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale, cit.,* p. 436; GREVI, *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, in Riv. it. dir. e proc. pen. 1978, p. 68; E. FASSONE, *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della «pena costituzionale»*, *ivi*, 1984, p. 810 che sottolineano il ruolo basilare delle riduzioni di pena nell'ambito trattamentale.

[151] Cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit*., pp. 98-90: Istituto operante anche per i condannati per taluno dei delitti *ex* art. 4-*bis* OP e qualunque sia il regime detentivo (anche *ex* art. 41-*bis* OP).

[152] Cfr., PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario, cit.,* pp. 93-94: che riferisce di come fosse stata originariamente introdotta dagli inglesi nelle colonie dell'Australia e Nord America, nel Tennessee, con legge del 1836, attribuendo al governatore la facoltà di concedere la riduzione di due giorni di pena per ogni mese di buona condotta del condannato; cfr., G. BARONE, *La liberazione condizionale tra clemenza e rieducazione*, in *Indice pen*., 1977, p. 55, nota 5, che sottolinea lo scopo di ottenere, attraverso la promessa di un "premio", una migliore disciplina dei detenuti.

[153] Cfr., Corte cost., n. 276 del 23-31 maggio 1990: il giudizio frazionato del periodo detentivo sottoposto a valutazione discende dalla più corretta interpretazione del disposto del primo comma dell'art. 54 OP; *contra*, una remota giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., del 1° luglio 1981, Varone, in *Rass. pen. e crim*., 1981, p. 525, che sostiene come l'istituto sia uno «strumento per la progres-

scopo e volontà del legislatore, ossia quello di un «incentivo periodico». La concessione è prevista quasi automaticamente per ogni singolo semestre in relazione all'impegno profuso dal condannato nell'adesione al trattamento[154]. Tanto è concesso anche in funzione propedeutica e anticipatoria per l'accesso alle altre misure alternative alla detenzione.

L'ambito applicativo presuppone lo stato detentivo, con le eccezioni dell'affidato in prova ai servizi sociali e del liberato condizionalmente[155]. Nessuna questione si pone per la valutazione di quei periodi alternati da stato detentivo e libero, come nel caso di periodi in custodia cautelare[156] seguiti da scarcerazione o sospensione pena per motivi di salute[157].

La riduzione opera come pena espiata (c.d. «presunzione di espiazione»)[158]. Tale meccanismo, introdotto con l'ultimo comma dell'art. 54 della legge 663/1986, è stato esteso anche ai condannati all'ergastolo. Estensione inzialmente esclusa dalla Corte di Cassazione per la natura

---

sione del trattamento penitenziario, inteso a suscitare l'adesione del condannato all'opera di rieducazione e finalizzato al reinserimento sociale» ma si esclude che si «presti ad un'indiscriminata applicazione frazionata»; cfr., PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., pp. 250-251; GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale, cit.*, pp. 445ss; cfr., D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., p. 273, che aderiscono alla tesi c.d. "atomistica" ed al possibile riverbero degli effetti negativi del semestre inficiato nei successivi per fatti d particolare gravità, proiezione poi negata dagli stessi autori a pag. 275.

[154] Cfr., PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario, cit*., p. 98; V. GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella L. 10 ottobre 1986 n. 663*, *cit*., pp. 52ss.

[155] Cfr., GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale, cit.,* p. 440.

[156] Cfr., *ivi*, p. 441; cfr., Cass. pen., del 3 marzo 1986, Celani, in *Riv. pen*., 1986, p. 176; Id. 16 aprile 1986, Balbarotto, *ivi*, p. 366; Id. 6 maggio 1986, Candura, *ivi*, p. 493; Id. 26 novembre 1985, Sciuto, *ivi*, p. 918; *contra*, Cass. pen., del 13 maggio 1983, Trombetta, in *Rass. penit. crimin*., 1983, pp. 888ss.; in tal senso, Grevi, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella L. 10 ottobre 1986 n. 663, ult. op. cit.,* p. 56: è consentita la valutazione dei periodi di pena presofferti ond'evitare grosse disparità dei condannati che avessero subito lunghi periodi di custodia cautelare.

[157] Cfr., GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale, cit*., p. 441; F. ALBEGGIANI, *Attualità dello stato detentivo e ammissibilità dell'istanza di liberazione anticipata*, in *Foro it*., 1989, II, c. 316ss; G. ROMEO, *Nota* in *Cass. pen*., 1991, I, 1953; cfr., Cass. pen., 1990, I, 1378, m. 1136; Id. 18 luglio 1990, Accettola, *ivi*, 1992, p. 160, m. 133. *Contra*, Cass. 28 ottobre 1988, Buzzi, in *Foro i*t., 1989, II, c. 316; Id. 16 aprile 1991, Monfredin, in *Cass. pen*., 1992, p. 2465, m. 1370; Cass. pen. sezioni unite, del 18 luglio 1991, Sacchetto, *ivi*, 1991, I, p. 1955, m. 1430; Id. 18 luglio 1991 Argento, *ivi*, 1991, I, p. 1953, m. 1429.

[158] Cfr., PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.,* p. 253; GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale, cit*., p. 437 che evidenzia come tale riduzione anticipi il definitivo ritorno alla libertà del condannato ma consenta anche di anticipare i termini previsti per l'accesso ai benefici c.d. premiali.

perpetua della pena che, secondo la Corte, non consentiva alcuna riduzione[159]. Per completezza bisogna riferire che tale orientamento era stato sovvertito dalla Corte costituzionale nel 1983[160] e tradotto legislativamente con la succitata legge del 1986. In tal modo la liberazione anticipata è stata prevista anche per i condannati all'ergastolo per l'accesso anticipato ai permessi premio, alla semilibertà oltre che per la liberazione condizionale[161].

La riduzione originariamente prevista[162] dalla L. 354/1975 era pari a venti giorni per semestre, ampliata poi a quarantacinque giorni con la L. 663/1986. Per finire alla „liberazione anticipata speciale" introdotta dall'art. 4 del DL 146/2013 (conv. L. 10/2014). Una misura provvisoria operante per il periodo compreso tra il 1° gennaio 2010 al 24 dicembre 2015, che consiste in una detrazione di pena pari a settantacinque giorni per semestre, ossia trenta giorni in più, rispetto ai quarantacinque giorni previsti ordinariamente[163].

Tale misura emergenziale è stata introdotta per affrontare l'annoso e strutturale problema del sovraffollamento delle carceri, per il quale lo Stato italiano è stato condannato dalla Corte di Strasburgo a rimediare

---

[159] Cfr., Cass. pen. sez. I, 24 maggio 1977, in *Giustizia penale*, 1977, II, c. 553.

[160] In tal senso, Corte cost., n. 274 del 21 settembre 1984, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 54 OP nella parte in cui non preveda la possibilità di concessione della riduzione pena anche al condannato all'ergastolo, per contrasto con gli artt. 3 e 27.3 della Costituzione, in quanto tale istituto stimola la partecipazione all'opera di rieducazione e sull'altro presupposto che la finalità del reinserimento è perseguita dall'ordinamento penitenziario, in attuazione del principio costituzionale, per tutti i condannati a «pena detentiva», inclusi i condannati all'ergastolo.

[161] Ne dà ampiamente conto GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella L. 10 ottobre 1986 n. 663, ult. op. cit*., pp. 57ss., sottolineando come la legge del 1986 implementi i principi di umanizzazione e rieducazione della pena che non possano trovare esclusioni, anche in virtù della sentenza della Corte costituzionale 271/1983 che oltre ad ammettere alla riduzione pena gli ergastolani traccia delle linee guida per il legislatore in materia di rapporti tra pena dell'ergastolo e benefici penitenziari che passano attraverso le tappe lungo le quali si sviluppa il percorso del trattamento rieducativo per qualunque condannato. Sistema nel quale il meccanismo delle riduzioni di pena appare idoneo a svolgere quella funzione trainante – sul terreno dell'adesione all'attività rieducativa – che l'ordinamento penitenziario gli assegna in via generale, secondo la logica della progressione nel trattamento.

[162] Cfr., GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale, cit.,* p. 436.

[163] Cfr., A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it.

entro un anno dalla sentenza, pena, in caso contrario, dell"accoglimento di un altissimo numero di ricorsi pedenti aventi lo stesso oggetto[164].

Da sottolineare come al momento di conversione del DL 146/13 (L. 10/2014) sia stata eliminata la disposizione che consentiva anche ai condannati ex art. 4-bis, 1° comma, di fruire della liberazione anticipata speciale[165].

La liberazione anticipata è uno di quegli istituti che fino alla legge di conversione n. 10/2014 non aveva mai subito restrizioni. Finanche, come più avanti si vedrà, con le leggi d"emergenza e l"introduzione dell"art. 4-*bis* OP, che ha fatto salvo tale istituto premiale[166].

La liberazione anticipata può essere revocata, nel caso di condanna definitiva per delitto non colposo commesso durante l"esecuzione della pena (non in postumo stato di libertà)[167] «successivamente alla concessione del beneficio» (54.3 OP)[168]. La revoca non agisce in modo automatico, com"era previsto inizalmente, ma previa valutazione del tribunale di sorveglianza. Tale garanzia si è affermata grazie all"intervento moderatore della Corte costituzionale n. 186 del 23 maggio 1995[169].

---

[164] Cfr., Corte EDU, Seconda Sezione, caso *Torreggiani e altri v. Italia*, dell"8 gennaio 2013n(ric. nn. 43517/09, 46882/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10).

[165] Recitava il Dl 146/13 all"art. 4 comma 4, eliminato dalla legge di conversione: «Ai condannati per taluno dei delitti prrevisti dall"art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 la liberazione anticipata può essere concessa nella misura di settantacinque giorni, a norma dei commi precedenti, soltanto nel caso in cui abbiano dato prova, nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità», mentre dopo la conversione si legge: «Ad esclusione dei condannati per taluno dei delitti previsti dall"art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354».

[166] Cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*,pp. 88ss.

[167] Cfr., PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., p. 254; Cass. pen., del 17 febbraio 1979, Critelli; *contra* Cass.pen., del 4 febbraio 1994, n. 4133, Inserra;

[168] Cfr., PRESUTTI, *Profili premiali dell"ordinamento penitenziario, cit*., p. 108; GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale, cit.,* pp. 450ss, su irrevocabilità per delitto commesso anteriormente alla concessione del beneficio.

[169] Cfr., PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., p. 253.

2.3 La semilibertà.

Inizialmente prevista nelle forme di semilibertà obbligatoria (49 OP, abrogato)[170] per le pene brevi conseguenti alla conversione di pene pecuniarie, e facoltativa (50.2 OP) per le pene più lunghe. Essa si è rivelato l'istituto di natura premiale di maggior successo sotto il profilo applicativo e per i risultati conseguiti[171]. Poiché, lo stesso, avalla i risultati positivi del trattamento e stimola l'assunzione di un preciso modulo comportamentale[172], favorendo il reinserimento sociale del condannato[173].

Ai sensi dell'art. 48 OP[174], il regime della semilibertà, per la cui concessione è competente il tribunale di sorveglianza, consiste nel dare la possibilità al condannato di trascorrere una parte del giorno fuori dall'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o utili al suo reinserimento sociale.

Si ritiene che tale misura incida sulle modalità di esecuzione della sanzione penale[175].

Dalla dottrina sono stati rilevati alcuni fattori frenanti e taluni meccanismi di svuotamento dell'istituto. Uno dei quali, per esempio, è quello riconducibile alla vaghezza della formula per designare il criterio di me-

---

[170] L'art. 49 OP è stato abrogato dagli artt. 102, 103, 107 e 108 L. 689/1981 che ha previsto la conversione della pena pecuniaria in quelle della libertà controllata o del lavoro sostitutivo; cfr., PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.*, p. 240.

[171] *Ibidem*, p. 237; Sulle varie forme di semilibertà previste („alternativa" e surrogatoria") vedi, D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., pp. 239ss. Per la verifica del fallimento anche di questo istituto, basterà confrontare il dato al 31 dicembre 2014, da cui risultano ammessi alla semilibertà solo 745 detenuti su un totale di 34.033 (ossia il 2,1% del totale). Fonte: www.giustizia.it – sezione statistica.

[172] Cfr., PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario, cit.,* p. 81.

[173] Cfr., D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., p. 236.

[174] Recita l'art. 48 OP: «Il regime della semilibertà consiste nella concessione al condannato di trascorrere parte della giornata fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale». Al 4° comma dell'art. 50 OP si legge: «L'ammissione al regime di semilibertà è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al regime di semilibertà dopo aver espiato almeno venti anni di pena».

[175] Cfr., D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., p. 236; cfr., M. RADA, *Ordinamento penitenziario ed esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, artt. 47-ter, 48, 50, 51, 51-bis, 51-ter, 56*, in *Codice commentato dell'esecuzione penale*, vol. I (a cura di) GUAZZALOCA B., Torino, Utet, 2002, p. 149.

ritevolezza per la concessione, tenuto conto anche della scarsità delle strutture di supporto alle attività di rieducazione[176].

Altri fattori di segno negativo, evidenziati dalla dottrina, sono stati quelli relativi ai vincoli della pena minima da espiare previsti legislativamente[177]. Si criticano poiché non sono ancorati alle esigenze ed al grado di rieducazione individuali del condannato. Per ovviare a tale incongruenza, la giurisprudenza, fin dalla comparsa dell'istituto con la legge del 1975, ha utilizzato criteri flessibili per la determinazione del requisito della metà pena, stabilendo che *ex* art. 50.2 OP si deve far riferimento:

> non alla pena inflitta nella sentenza, bensì a quella da espiare in concreto, così che dal computo vanno escluse le pene irrogate, ma sospese condizionalmente ovvero estinte per cause estintive parziali[178].

In caso di cumulo di pene per reati ostativi e non *ex* art. 4-*bis*.1 OP, in applicazione del principio del *favor rei*, si procede allo scioglimento fittizio del cumulo, calcolando espiata per prima la pena per la quale opera l'ostatività *ex* art. 4-*bis*.1OP.

Sull'unitarietà ai fini del computo della pena espiata, per l'accesso al beneficio, si rilevano orientamenti contrastanti in giurisprudenza[179].

---

[176] Cfr., PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario, cit.*, pp. 82-86.

[177] L'art. 50 OP stabilisce che possono essere espiati in regime di semilibertà la pena dell'arresto e della reclusione non superiore a sei mesi, e fuori dei casi appena visti, l'ammissione può avvenire solo dopo l'espiazione di almeno metà della pena, ovvero se si tratta di condannati per taluno dei delitti *ex* art. 4-*bis* OP di almeno due terzi di essa e venti anni per il condannato alla pena dell'ergastolo. Mentre per i casi previsti *ex* art. 47, se mancano i presupposti per l'affidamento in prova e non si tratta di condannato per delitti *ex* art. 4-*bis*.1 OP, può essere ammesso anche prima dell'espiazione di metà pena.

[178] Cfr., Cass. pen., del 2 giugno 1978, Toscano, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1980, p. 251, m. 284; Id. 5 giugno 1978, Sirchia, *ivi*, 1979, p. 1622, m. 1575; Id., 23 gennaio 1978, Lacchini; cfr., D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, cit., p. 240.

[179] Cfr., D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.*, p. 244; cfr., Cass. pen. sez. I, del 6 novembre 2002, Agostino, *GP*, 2003, II, p. 307, che ritiene illegittimo operare una ricomposizione dello stesso cumulo sciolto al fine del raggiungimento del limite pena previsto per l'ammissione alla semilibertà; in altri termini, Cass. pen. sez. I, del 15 maggio 2003, n. 2377/03, Sibio, per la quale «il rapporto esecutivo mantiene la sua unitarietà e quindi, una volta espiata la pena per il reato ostativo, per gli altri compresi nel cumulo il calcolo del momento iniziale per il raggiungimento della quota della pena inflitta che occorre avere espiato per potere ottenere il beneficio peni-

Facendo un passo indietro nel tempo, deve darsi conto dell'iniziale esclusione, da parte della Consulta, del condannato all'ergastolo dal beneficio della semilibertà, per l'indeterminabilità della metà pena. Un'esclusione che però restava irragionevole[180]. Così anche per tale istituto la legge del 10 ottobre 1986, n. 663 ha opportunamente esteso tale possibilità anche agli ergastolani, dopo venti anni di pena espiata (50.5 OP), connettendo tale misura in quel fenomeno propedeutico per l'accesso alla liberazione condizionale[181].

2.4 I permessi premio.

L'istituto del permesso premio (30-*ter* OP)[182], introdotto con la L. 663/1986, è previsto anche per il condannato all'ergastolo.

---

tenziario deve farsi decorrere dal primo giorno di carcerazione […] e non già dalla data di scadenza della pena eseguita per il reato ostativo». Cfr., Cass. pen. sez. I, decisa il 13 gennaio 2010, Finocchiaro. Chi scrive aderisce a quest'ultimo orientamento non solo per la ritenuta operatività del principio del *favor rei*, ma anche per l'irrazionalità a cui conduce l'orientamento avverso, come dimostra l'ipotesi di due condanne cumulate una pari a ventotto anni per delitto c.d. "ostativo" e un'altra a trent'anni, per la quale sono necessari quindici anni per l'accesso al beneficio. Con la conseguenza che espiati i primi ventotto anni di pena sarebbe necessario espiarne altri quindici anni, per un totale di quarantatre anni di pena espiata per accedere ad un beneficio che richiede solo venti anni. Complessivi quarantatrè anni che andrebbero a collidere con i venticinque anni di pena massimi previsti dalla Corte EDU nel caso *Vinter e altri v. UK* nel 2012, *cit.*, entro i quali il condannato ha il diritto di veder rivista la sua pena per un rilascio anticipato, per non incorrere nella violazione dell'art. 3 CEDU.

[180] F. DELLA CASA – V. FANCHIOTTI – P. PISA, *Le misure alternative alla detenzione: problemi di applicazione pratica e di concorrenza con altri istituti*, in *Temi*, 1967, p. 537, giudicano clamoroso il dualismo tra questi due istituti; in tal senso, Corte cost., n. 274 del 27 settembre 1983, che investita della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 50.2 OP ha dichiarato inammissibile la questione sulla premessa che il suo accoglimento implicando una «integrazione» della norma denunciata, avrebbe comportato una scelta discrezionale estranea ai poteri della corte; per una sua valutazione positiva, G. PIGHI, *Trattamento progressivo in semilibertà e pena dell'ergastolo*, in *Rass. pen. e crim.*, 1982, pp. 670ss; atteggiamento della corte criticato da L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale sulla applicabilità delle riduzioni di pena ai condannati all'ergastolo*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 105, per la quale «l'aver fatto leva su un'ipotetica usurpazione dei poteri appare, dunque, come un vero e proprio *escamotage* adottato per non pronunciarsi sulla questione».

[181] Cfr., M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Milano, 2004, p. 228; PALAZZO, *Semilibertà e trattamento penitenziario*, in AA. VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, 1982, p. 90; O. ZECCHINO, *Problemi interpretativi nella prima fase di applicazione delle misure alternative*, in IP 1978, p. 49; PIGHI, *Trattamento progressivo in semilibertà e pena dell'ergastolo*, *cit.*, p. 707; PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario, cit.,* p. 87.

[182] Stabilisce l'art. 30-*ter* OP: «Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del successivo comma 8 e che non risultano socialmente pericolosi, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore, può concedere permessi premio di durata non superiore per volta a quindici giorni […]. L'esperienza dei permessi premio è parte integrante del programma di trattamento e deve essere seguita dagli educatori e assistenti sociali penitenziari in collaborazione con gli operatori sociali del territorio. La concessione ai permessi è ammessa: (…) d) nei confronti dei condannati all'ergastolo, dopo

È un beneficio "concesso" dal magistrato di sorveglianza al detenuto che abbia tenuto regolare condotta in istituto, non manifesti pericolosità sociale ed abbia espiato una parte di pena (nell'ordine 1/4, metà o dieci anni in caso di ergastolo, eccetto che per i condannati a meno di tre anni di pena per arresto/reclusione).

Può avere una durata non superiore a quindici giorni, per complessivi quarantacinque giorni l'anno, ed è finalizzato a consentire la coltivazione di interessi affettivi, culturali o di lavoro[183].

Di natura e valenza anche premiale[184], è parte integrante del trattamento individualizzato e non si fonda su aspetti di sola umanizzazione della pena, come per il permesso di necessità. Ma come ha evidenziato la Corte costituzionale, ha un ruolo decisivo e incentivante all'interno della «progressione rieducativa del reo»[185] in funzione specialpreventiva.

È definito dalla dottrina un «istituto polivalente» a carattere «plurifunzionale»[186].

Se l'esperienza premiale ha esito positivo, il tempo trascorso in permesso è computato come pena espiata, diversamente avviene nel caso di

---

l'espiazione di almeno dieci anni. La condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali».

[183] *Ivi*, p. 27.

[184] *Ivi*, p. 282.

[185] Cfr., Corte cost., n. 227 del 6 giugno 1995, DPeP, 1995, 1300; GP, 1995, I, p. 230; cfr., C. cost., nn. 137/99; 296/97; 235/1996; in tal senso, GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella L. 10 ottobre 1986 n. 663, ult. op. cit., pp*. 32ss, che sottolinea la funzione incentivante verso forme di condotta ritenute dal legislatore meritevoli di incoraggiamento, la natura «spiccatamente trattamentale» del permesso premio, mettendo in guardia dal rischio del loro utilizzo a fini disciplinari o di tipo clemenziale; cfr., BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati, cit.*, p. 139.

[186] Cfr., D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.*, p. 282; F. FABRIZIO, *Ordinamento penitenziario ed esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, artt. 30, 30bis, 30ter, 55 ord. pen.*, in *Codice commentato dell'esecuzione penale*, vol. I (a cura di) GUAZZALOCA B., Torino, Utet, 2002, p. 77; G. LA GRECA, *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994, p. 247 che evidenzia la controversa prevalenza assegnata all'istituto ora premiale ora rieducativa.

mancato rientro o gravi comportamenti, sempre previo provvedimento del tribunale di sorveglianza (53-*bis*.1 OP)[187].

Il provvedimento di concessione del beneficio è stato inizialmente ritenuto dalla Suprema Corte di natura amministrativa, avente oggetto questioni inerenti il regime carcerario e non concernenti la libertà personale. Successivamente sulla scia delle pronunce della Corte costituzionale[188], la giurisprudenza di legittimità ha mutato orientamento, riconoscendo a tali provvedimenti natura giurisdizionale e, pertanto, la ricorribilità in Cassazione del provvedimento di rigetto del reclamo, deciso dal tribunale di sorveglianza[189].

Di conseguenza, ai procedimenti relativi ai permesso premio, si applica la disciplina camerale *ex* artt. 666 e 678 c.p.p., prevista per le misure alternative alla detenzione.

2.5 Istituti esclusi al condannato all'ergastolo.

In considerazione del carattere perpetuo della pena, che non consente di determinare la pena residua da scontare, non è previsto l'accesso del condannato alla pena dell'ergastolo alle seguenti misure: dell'affidamento in prova ai servizi sociali (47 OP)[190], anche se terapeu-

---

[187] Cfr., Corte cost., n. 53/1993; cfr., BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati, cit.,* p. 142; LA GRECA, *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario, cit.,* pp. 266-267.

[188] Cfr., Corte cost., nn. 349/93 e 227/95.

[189] Sulla natura amministrativa Cass. pen. sez. I, del 13 dicembre 1995, Borile, GP, 1996, III, p. 540; cfr., Id. 4 dicembre 1987, Montanari, CP, 1989, p. 287; sulla natura giurisdizionale Corte cost., n. 53/1993; Cass. pen. sez. I, dell'11 marzo 1996, Bandoli, RP, 1996, p. 1144; Id., 21 febbraio 1996, Resica, RP, 1996, p. 1144. D'ONOFRIO – SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., p. 286; LA GRECA, *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario, cit*., pp. 266-267 che cita il giudice delle Leggi (n. 53/1993) sull'obbligo del legislatore, derivante dalla legge delega, di assicurare una tutela giurisdizionale nella fase dell'esecuzione, con riferimento ai provvedimenti su pene e misure di sicurezza, mancante in relazione all'impugnabilità del reclamo avverso lo scomputo dei giorni di permesso, poiché tale periodo «concerne certamente la pena in un suo aspetto essenziale (la durata) e quindi attiene direttamente al tema della libertà personale».

[190] L'affidamento in prova ai servizi sociali (47 OP), introdotto con la riforma del 1975, consiste nell'affidamento del condannato per un periodo uguale a quello da scontare in assegnazione al servizio sociale, fuori dall'istituto di pena. È concesso dal tribunale di sorveglianza, per pene inferiori a tre anni, anche residuo di maggiore (Corte cost., n. 386/1989 e poi dall'art. 14-*bis* DL 306/92), da espiare in concreto. Nel caso di pena inflitta inferiore a tre anni, è possibile la concessione anche senza il pas-

tico (94 DPR 309/90)[191], della detenzione domiciliare (47-*ter* OP) e delle altre forme di esecuzione presso il domicilio per pene inferiori a diciotto mesi[192]. L'ergastolano resta, naturalmente, escluso anche dalla misura della sospensione condizionata dell'esecuzione per pene non superiori a due anni[193].

2.6 Istituti di carattere umanitario applicabili al condannato all'ergastolo.

Discorso a parte merita la misura dell'affidamento in prova per soggetti affetti da AIDS o HIV (47-*quater* OP)[194], poiché la concessione di essa prescinde dall'entità della pena, trattandosi di un istituto umanitario, e nulla osterebbe all'applicazione anche ai condannati alla pena dell'ergastolo che si trovassero in tali condizioni.

Analoga conclusione può estendersi alla detenzione domiciliare speciale *ex* art. 47-*quinquies*, inserito con la L. 40/2001.

---

saggio in detenzione, la prognosi di non pericolosità è desunta dal reato e dalle condotte tenute all'esterno. Restano esclusi i condannati per delitti *ex* art. 4-*bis* OP, salvo collaborazione ed assenza di collegamenti con la criminalità , oltre che l'osservazione scientifica per i *sex offenders*; in tal senso S. SARTARELLI, *Misure alternative (Dir. Pen.), Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, p. 3689: l'affidamento in generale si conclude con l'esito positivo della prova che estingue la pena ed ogni altro effetto penale o con la revoca per comportamento contrario alla legge o sopravvenuto titolo di esecuzione pena detentiva che comporti il superamento dei limiti prescritti.

[191] Cfr., SARTARELLI, *Misure alternative, ult. op. cit.,* p. 3688; e ZANOTTI, *Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio*, in *Indice pen*., 2000, p. 715, l'"affidamento in prova in casi particolari", è quello previsto *ex* art. 94 dpr 309/90 per i tossicodipendenti e alcooldipendenti condannati a pene detentive inferiori a quattro anni (o debbano ancora scontarla), che in cambio dell'esperienza detentiva si chiede un impegno a partecipare o proseguire in un programma di recupero e riabilitazione.

[192] V., art. 1.2 lett. a) L. 199, del 26 novembre 2010 c.d. "sfollacarceri".

[193] V., art. 1.3 lett. a) L. 207, del 1° agosto 2003.

[194] In tal senso, CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.,* pp. 80-81: affidamento in prova per soggetti affetti da AIDS o HIV *ex* art. 47-*quater* OP. Per l'applicazione dell'istituto si prescinde dai limiti di pena e grado di reinserimento raggiunto, essendo un istituto umanitario, rileva esclusivamente lo stato di salute e l'attuabilità del programma di cura e assistenza. Per gli stessi è prevista anche la detenzione domiciliare. Si ritiene operi una preclusione solo relativa per i condannati per delitti *ex* art. 4-*bis* OP, restando in capo al tribunale l'obbligo di acquisire dettagliate informazioni dal Cpos o dal Questore come previsto *ex* artt. 2, 2-*bis* e 3 dello stesso articolo. Osta all'applicazione della misura la circostanza se l'interessato ne abbia fruito e sia stata revocata da meno di un anno (47-*quater*.5 OP).

In base a tale novellazione, possono godere della detenzione domiciliare le madri (o padri, se deceduta o impossibilitata la madre) di prole di età non superiore a dieci anni, quando: non vi siano le condizioni *ex* art. 47-*ter* OP, sia escluso il pericolo di reiterazione dei reati e si ravvisi la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, previa espiazione di almeno un terzo della pena o quindici anni in caso di condanna all'ergastolo.

Ai summenzionati istituti, possono aggiungersi il permesso di necessità (30 OP) e la sospensione condizionale della pena per motivi di salute (146 e 147 c.p.).

2.7 Natura penale delle misure extramurarie.

La descrizione degli istituti del permesso-premio, della liberazione anticipata, della semilibertà e della liberazione condizionale (accessibili al condannato alla pena dell'ergastolo)[195], è stata una necessaria premessa per affrontare la questione relativa alla "natura" degli stessi e verificarne l'assoggettabilità al principio d'irretroattività a cui tende questo studio.

La dottrina assegna natura giuridica di misure alternative alla detenzione agli istituti dell'affidamento in prova ai servizi sociali, (considerata una "sanzione autonoma")[196], della detenzione domiciliare (47-*ter* OP) e della liberazione condizionale[197].

---

[195] Come scritto, nel paragrafo precedente (§ 1.1.13) restano escluse al condannato alla pena dell'ergastolo le altre misure alternative alla detenzione, le uniche ritenute in senso stretto, ossia quelle della detenzione domiciliare (47-*ter* OP) e dell'affidamento in prova ai servizi sociali (47 OP); mentre l'affidamento in prova a scopo terapeutico (94 dpr 309/90) non è incluso nel Capo VI OP.

[196] In questi termini, Cass. pen. sez. V, del 5 aprile 1989, Di Malta, GI, 1990, p. 314: «L'affidamento in prova non può considerarsi una misura alternativa alla pena, ma una pena essa stessa, alternativa alla detenzione, priva tuttavia del carattere di omogeneità con quest'ultima, svolgendosi al di fuori dell'istituzione carceraria. In caso di affidamento in prova, infatti, il pubblico ministero non può emettere un ordine di carcerazione e, se carcerazione vi è stata, il detenuto deve essere scarcerato».

[197] In tal senso, D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.,* pp. 608-9 e 635ss: laddove si analizzano le profonde analogie tra liberazione condizionale e affidamento in prova ai servizi sociali, ovvero tra la semilibertà e la liberazione condizionale, la prima propedeutica all'accesso della seconda, nell'ottica della progressione del trattamento rieducativo; in questi termini,

Invece, nella ricerca di una natura penalistica delle disposizioni riferibili alle misure extramurarie, efficacemente e sinteticamente potremmo sostenere che, non essendo „processuali" sono pertanto „sostanziali", in quanto non esiste un terzo genere di norme.

Sovviene in tal senso Antonino Pulvirenti, che precisa come:

> La dottrina, meno formalmente, ritiene che le leggi penali alle quali si riferisce l'art. 25 co. 2 Cost. siano, non solo le norme incriminatrici, ma tutte quelle che, a prescindere dalla fase in cui intervengono incidono sull'entità e sulle modalità esecutive della pena detentiva. Aderendo a questa impostazione, dovrebbero distinguersi nel testo dell'art. 4-*bis* una «parte sostanziale», ad efficacia irretroattiva, e una «parte processuale», ad efficacia retroattiva. La prima, sarebbe quella riportata nel primo periodo del primo comma, che, subordinando categoricamente la concessione dei benefici penitenziari alla «collaborazione processuale», incide sulla «flessibilità» della durata della sanzione detentiva. Il testo rimanente costituirebbe la «parte processuale», in quanto, più che introdurre nuove condizioni restrittive, disciplina l'onere probatorio di un elemento (il collegamento attuale con la criminalità organizzata)[198].

Tanto premesso e tenuto conto che l'art. 4-*bis*.1 OP, elenca tutte le misure extramurarie, con esclusione della *liberazione condizionale*, sulla cui natura penale (176 c.p.) concordano dottrina, giurisprudenza di legittimità e costituzionale[199].

È opportuno iniziare a precisare che la natura penale della liberazione condizionale è fatta discendere non solo dalla sua collocazione nel codi-

---

Cass. pen. sez. I, del 1° ottobre 1996, Gabrieli, RP, 1997, p. 425: «Le misure alternative alla detenzione non sono inquadrabili nella legislazione premiale bensì tra i trattamenti penitenziari, in quanto hanno lo scopo di evitare al condannato l'inutile sofferenza della detenzione nei casi in cui la sua rieducazione e il suo recupero sociale possano essere ottenuti attraverso modalità meno afflittive rispetto al regime detentivo. Tali misure pertanto, prescindono da profili di meritorietà, dovendo essere applicate ogni volta che possa ritenersi la loro idoneità ad assolvere le finalità della pena».

[198] A. PULVIRENTI, *Codice penitenziario commentato*, Napoli, Ed. Giur. Simone, 2000, p. 27.

[199] In questi termini, Corte cost., n. 264/1974: «il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale […]; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale»; conformi Corte cost. nn. 204 del 1974 e 375 del 2001.

ce penale, ma anche dagli effetti estintivi della pena che la stessa determina, in particolare per quella dell'ergastolo (*supra,* § 2.1).

Diverso discorso deve farsi per le altre misure extramurarie, per le quali non vi è mai stato un unanime riconoscimento sulla natura penale delle stesse[200], anche se nel tempo alcuni passi in tal senso sono stati fatti.

Come per la *liberazione anticipata* (54 OP), alla luce della pronuncia della Grande Camera EDU nel caso *Del Rio Prada v. Spagna* del 21 ottobre 2013[201], che ne ha riconosciuto la natura sostanziale con relativa operatività delle garanzie *ex* art. 7 CEDU.

La Corte EDU svincolata da classificazioni legislative „domestiche", ha fondato la pronuncia guardando agli effetti prodotti dall'istituto sulla prevedibilità della „portata della pena" al momento del reato.

Come si è potuto costatare (*supra,* § 2.2), inizialmente la dottrina distingueva la „liberazione anticipata" dalle misure alternative (identificate nell'affidamento in prova al servizio sociale e nella detenzione domiciliare), limitandosi a parlare di un semplice beneficio di natura premiale che si risolveva in una riduzione di pena, per poi riconoscere che le modifiche intervenute, a partire dalla legge "Gozzini", hanno inciso sulla sua «natura giuridica rendendo il beneficio concretamente alternativo al-

[200] In tal senso, L. CARACENI – C. CESARI, *L'art. 4-bis*, in DELLA CASA – GIOSTRA (a cura di), *L'ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 90: «Per giurisprudenza costante, tuttavia, si ritiene che le disposizioni inerenti all'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non abbiano carattere di norme penali sostanziali, con la conseguenza che le disposizioni *de quibus* "soggiacciono al principio *tempus regit actum* e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo" (C s.u., 30-5-06, Aloi, A. n. proc. pen. 07, 249; di recente, C 5-2-13, Schirato, *Giust. pen*. 13, III, 636)».

[201] Corte EDU, (clicca sopra): contiene le sentenze citate della Corte EDU.

la pena detentiva»[202], anche se non si è mai giunti a sostenere la natura sostanziale.

Discorso analogo per certi versi può farsi per la *semilibertà* (*supra*, § 2.3), anche se parte della dottrina ha trovato difficoltà nel classificare l'istituto, in considerazione della pluralità di scopi e varietà delle sue forme. All'unanimità, comunque, è riconosciuta come una speciale modalità di esecuzione della pena[203], alla quale potrebbe riconoscersi natura penale per gli effetti qualitativi, in termini di afflittività.

Riguardo al *permesso premio* presente al Capo III (escluso dalle misure alternative indicate al Capo VI dell'ordinamento penitenziario), deve rilevarsi, che la Corte costituzionale si è pronunciata in favore dell'operatività del principio d'irretroattività su tale istituto[204]. Giungendo, in tal modo, all'auspicato intervento confermativo sollecitato dalla dottrina un po' di anni prima[205].

Dottrina che nel frattempo (*supra*, § 2.4), ha riconosciuto all'istituto in parola una funzione pedagogico-propulsiva per l'accesso alle misure al-

---

[202] Cfr., D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.,* pp. 235-7; cfr. CASAROLI, *La semilibertà in teoria e pratica del diritto*, in AA VV, *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario, legge 10 ottobre 1986, n. 633* (a cura di) FLORA G., Milano, 1987, p. 274; GUAZZALOCA e PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, in BRICOLA F. – ZAGRELBESKY V. (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, Utet, 1995, p. 134.

[203] Cfr., D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.,* p. 15; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*,p. 81; cfr., L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Commento all'art. 47quater*, in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 630.

[204] Cfr., Corte cost., n. 280/2001.

[205] In questi termini, LA GRECA, *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario, cit.*, p. 267: «considerato tra l'altro che il *thema decidendum* affrontato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 53/93, ovvero la computabilità nella detenzione del periodo trascorso in permesso premio, concerne certamente la pena in un suo aspetto essenziale (la durata) e quindi attiene direttamente al tema della libertà personale. Non altrettanto può dirsi del permesso premio, la cui portata è ben più limitata e che si colloca nel novero di una serie di vantaggi o benefici ancora interni al rapporto di detenzione, così come determinato dal provvedimento adottato dal giudice in sede giurisdizionale. La concessione del permesso premio non incide infatti sulla pena nella sua specie o durata, né comporta l'instaurarsi di un regime penitenziario alternativo a quello detentivo (come avviene con l'affidamento in prova e la semilibertà). Prima di trarre dalla sentenza n. 53 del 1993 conclusioni riguardanti l'intera materia dei permessi, per giunta con i riflessi che ciò può avere su altri provvedimenti attribuiti alla magistratura di sorveglianza, conviene dunque attendere la Corte costituzionale di qualche ulteriore verifica».

ternative[206], di carattere „plurifunzionale", premiale e di reinserimento sociale[207] in funzione specialpreventiva, ossia, se si riflette, una di quelle funzioni assegnate alla pena, non alle modalità della pena.

Condividendo quella dottrina che attribuisce natura penale alle misure extramurarie (e tralasciando l'istituto della liberazione condizionale sulla quale vi è riconoscimento unanime), non può negarsi come alcuni istituti incidano sulla „qualità" della pena detentiva, mutandola in "semi-detentiva" nel caso della semilibertà (48 e 50 OP), oppure in una libertà "temporanea", nel caso del permesso premio (30-*ter* OP)[208], o "totale", anticipandone la fine con la riduzione pena, incidendo sulla „quantità" (54 OP).

Pertanto, nonostante i diversi termini descrittivi utilizzati, non può sostenersi che tali istituti non incidano direttamente sulla qualità o quantità della pena. Certo è che non operano sotto un profilo processuale, se non per minima parte laddove rinviino alle varie competenze giurisdizionali, per restare alla premessa bi-classificazione: processuale o sostanziale.

Ed appunto, proiettando su tali istituti il previsto carattere giurisdizionale dei procedimenti di concessione (non solo di revoca), ne discende un altro argomento favorevole all'affermazione della natura „sostanziale" degli stessi. Non può sfuggire che a suo tempo nel processo di giurisdizionalizzazione del procedimento concessivo della liberazione condizio-

---

[206] In questi termini, IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, p. 439; V. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, *cit.*, p. 154, che evidenzia una funzione "pedagogico propulsiva" perché agevola la progressione rieducativa del condannato e una funzione sperimentale, perché consente al magistrato di sorveglianza di valutare la possibilità di ulteriori più ampi benefici penitenziari.

[207] Cfr., Corte cost., n. 188 del 4 aprile 1990, in *Giurs. cost.*, 1990, p. 1116; cfr., LA GRECA, *Commento all'art. 30ter*, in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 359; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*, p. 71.

[208] In tal senso, D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.*, p. 15, ritengono che costituisca una particolare modalità di fruizione della pena detentiva o un periodo di "pausa" nel trattamento sanzionatorio.

nale uno degli argomenti utilizzati è stata la materia *de libertade* dell'istituto[209].

Mutatis mutandis non è "campato in aria" sostenere che laddove il legislatore in ambito penitenziario abbia previsto un procedimento interamente giurisdizionalizzato, si può presumere che si sia di fronte a diritti soggettivi. E nell'individuazione di quelli che possono afferire a tali istituti, non si può che prendere atto di come questi attengano alla libertà personale.

Parafrasando Corso, si può concludere che: come «in termini sostanziali, la liberazione condizionale cessa di essere un beneficio discrezionale per divenire un diritto di chi si trova nelle "condizioni prestabilite"»[210], allo stesso modo tutte i cosiddetti „benefici premiali", soddisfatte le condizioni legalmente previste, rilevano come un „diritto", attinente alla materia della libertà personale.

Un altro elemento, che può soccorrere in favore della natura „sostanziale" degli istituti di cui ci si occupa, è il „principio di progressività" trattamentale o il cosiddetto „sistema scalare" che connette gli istituti in parola alla liberazione condizionale. Senza i primi non vi può essere

[209] In questi termini, CORSO, *Liberazione condizionale e processo, cit.*, pp. 81ss: «L'incidenza della Costituzione in materia penale è profonda, ed anche per quanto concerne la liberazione condizionale (…). La libertà personale non può essere ristretta "se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria" (13 cost.). Da qui, se per un verso esce confermata la scelta giurisdizionale in tema di "revoca" della liberazione condizionale, motivi di perplessità vengono a concentrarsi sulla competenza di un provvedimento di incidenza notevole sulla libertà personale, in quanto idoneo a protrarre la durata della pena al di là del momento in cui la legge consentirebbe, con la concessione del beneficio, di porvi termine. Neppure è soddisfatta, alla luce del dettato costituzionale, l'obiezione secondo cui la concessione non è un diritto, disconoscendo il quale vi è sempre una limitazione della libertà: infatti quand'anche limitazione non vi sia, pur sempre la decisione appare integrare un provvedimento "sulla libertà personale"»; nel senso di diritto del condannato anche la Corte cost., n. 264/1974: «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».

[210] Cfr., *ivi*, pp. 140ss; in termini di diritto alla liberazione condizionale, riconosciuto internazionalmente, judge PINTO DE ALBUQUERQUE, *Opinion partiellement dissidente*, in Deuxieme Section, Affaire Öcalan c. Turquie, *cit.*, §§ 11-14.

l‟ultima. E se si considera la natura sostanziale della liberazione condizionale, non può non riconoscersi una "parentela" a quegli istituti teleologicamente e sostanzialmente integrati con la stessa, in un *unicum* inscindibile.

In quest‟ultimo senso la dottrina è unanime. Vittorio Grevi evidenzia tali connessioni individuando già nella liberazione anticipata una «sorta di volano moltiplicatore dei benefici acquisibili»[211] prefigurati dal sistema penitenziario in quella «non casuale concatenazione che definiscono le cadenze del trattamento penitenziario in *progress*»[212], che si «conclude con la liberazione condizionale», chiosa Fiorentin. Benefici che, richiamando ancora Corso:

> «s‟inseriscono nel fine ultimo e risolutivo della pena» (quello della rieducazione: art. 27.3 cost); risolvendosi in una «vera e propria rinuncia, sia pure sottoposta a condizioni prestabilite, da parte dello Stato all‟ulteriore realizzazione della pretesa punitiva»[213].

Lo Stato rinuncia alla sua pretesa punitiva „quantitativamente‟ (in termini di durata con la liberazione anticipata e, in caso di esito positivo, con la liberazione condizionale) o „qualitativamente‟ (in termini di afflittività, col permesso-premio, detenzione domiciliare, semilibertà e liberazione condizionale), a fronte del raggiungimento di un risultato in termini rieducazionale da parte del condannato.

Prima di concludere, è da sottolineare come anche il legislatore, allo stesso modo della Consulta (nn. 273 e 280/2001) e della dottrina, appare orientato a riconoscere la natura penale degli istituti in esame. Tale at-

---

[211] Cfr., GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella L. 10 ottobre 1986 n. 663, ult. op. cit.*, p. 54.

[212] *Ivi*, pp. 55ss.

[213] Cfr., CORSO, *Liberazione condizionale e processo, cit.,* p. 139, in relazione alla sentenza della Corte cost. n. 204/1974.

teggiamento si riscontra quando il legislatore si trova ad intervenire sui presupposti sostanziali degli stessi, premurandosi di rispettare i principi di diritto penale, come quello di escluderne espressamente l"applicazione retroattiva di leggi *in peius*. Un esempio è dato dall"art. 4 del DL 152/1991, col quale si stabilisce l"irretroattività degli artt. 1 e 2 dello stesso decreto legge, in relazione agli innalzamenti delle soglie di pena da espiare per l"accesso ai benefici penitenziari *ex* art. 4-*bis* OP e per la liberazione condizionale[214], conformandosi al precetto dell"art. 25.2 della Costituzione[215].

Laddove il legislatore non ha previsto tali garanzie, è incappato nella (parziale) censura della Corte costituzionale, come avvenuto per la prevista retroattività delle modificazioni peggiorative ai sensi del comma 2 dell"art. 15 della L. 356/1992. Disposizione dichiarata illegittima dalla Consulta con l"arresto n. 306/1993, nella parte in cui stabiliva la revocabilità dei benefici a quei condannati per taluno dei delitti *ex* art. 4-*bis* OP che non si trovavano nelle condizioni previste dall"art. 58-*ter* OP[216].

Altro esempio legislativo informato al rispetto dell"art. 25.2 Cost. in materia penitenziaria, è dato dall"art. 4 (disposizioni transitorie) della

---

[214] L"art. 4 del DL 152/91 conv. L. 203/91 recita: «Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 2, 3, lettera c), e 4, e all'articolo 2, comma 2, nonché le disposizioni di cui all'articolo 58-*quater*, comma 4, della legge 26 luglio 1975, n. 354, si applicano esclusivamente nei confronti dei condannati per delitti commessi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto». Le disposizioni di cui all'articolo 58-*quater*, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354, si applicano ai condannati nei confronti dei quali il provvedimento di revoca è stato adottato dopo la data di entrata in vigore del presente decreto.

[215] In tal senso, A. MACCHIA, *Liberazione condizionale e art. 4-bis ord. pen.: rinvio formale o recettizio?, cit.*, p. 1787: commentando l"art. 4.1 DL 152/91 che fissa l"irretroattività «lasciando così trasparire come nell"ottica dello stesso legislatore, norme introduttive di preclusioni dovessero, in *subiecta materia*, porsi in linea con il precetto sancito dall"art. 25 Cost.».

[216] L"art. 15.2 L. 356/1992 recita(va): «Nei confronti delle persone detenute o internate per taluno dei delitti indicati nel primo periodo del comma 1 che fruiscano, alla data di entrata in vigore del presente decreto, delle misure alternative alla detenzione o di permessi premio, o siano assegnate al lavoro all"esterno, l"autorità di polizia, ove lo ritenga, comunica al giudice di sorveglianza competente che le persone medesime non si trovano nella condizione per l"applicazione dell"art. 58-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354. In tal caso, accertata l"insussistenza della suddetta condizione, il tribunale o il magistrato di sorveglianza dispone la revoca della misura alternativa alla detenzione o del permesso premio. Analogo provvedimento è adottato dalla competente autorità in riferimento all"assegnazione al lavoro all"esterno».

legge n. 279/2002[217]. Con tale disposizione transitoria si stabilisce l'irretroattività delle modificazioni preclusive *ex* art. 4-*bis*.1 OP, per quei delitti commessi con finalità terroristica, prima collocati nella più favorevole „seconda fascia" dell'articolo citato, e per le nuove fattispecie, prima non previste (600, 601 e 602 c.p.), ricondotti nella „prima fascia", e dunque soggetti a nuove stringenti condizioni per l'accesso ai benefici penitenziari.

Naturalmente queste riflessioni vogliono essere un "sasso lanciato nello stagno" del diritto penitenziario, che rischia d'imputridire nella sua pretesa autorefenzialità orientata dalle sempreverdi emergenze italiane.

La disintegrazione delle fonti da una parte e l'avanzamento delle tutele individuali di origine soprannazionale dall'altra, devono rappresentare uno stimolo, una sfida da raccogliere, invece, che un preteso attacco da cui difendersi. Il riferimento è chiaramente alla Corte di Strasburgo ed alle sue pronunce evolutive in materia di tutela dei diritti nella fase dell'esecuzione della pena. Non può ignorarsi come in Italia i peggioramenti apportati alla disciplina riguardante le modalità esecutive della pena, abbiano di fatto inciso sulle legittime aspettative presenti al momento del reato o della condanna in modo imprevedibile, determinando un aumento quantitativo e afflittivo delle condanne in espiazione senza modificare „formalmente" la pena. L'"ergastolo ostativo" ne è l'emblema più significativo. Ma anche per le pene temporanee potrebbe sostenersi legittimamente lo stesso discorso, laddove si riflettesse sulla *ratio* espressa dalla Grande Camera nella causa *Del Rio Prada v. Spagna*[218], trattandosi

[217] L'art. 4 della L. 279/2002 recita: «1. Le disposizioni di cui all'art. 1 non si applicano nei confronti delle persone detenute o internate per i delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602 del codice penale ovvero per delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico che fruiscano, alla data di entrata in vigore della presente legge, delle misure alternative alla detenzione o di permessi premio, o siano assegnate al lavoro all'esterno, ovvero che alla medesima data abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, salvo che sia stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata».

[218] Corte EDU (clicca sopra).

di un caso relativo ad una condanna a pena temporanea: trent"anni di reclusione che sarebbero rimasti sempre tali formalmente, non sostanzialmente, se fosse passato il nuovo sfavorevole metodo di computo della riduzione pena su ogni singola condanna invece che su quella cumulata.

*2.8 L'art. 4-*bis *OP: le leggi d'emergenza*[219].

Se le leggi 354/1975 e 663/1986 (c.d. legge "Gozzini") rappresentavano il compendio di quelle ideologie riformatrici rispettose della Costituzione e delle fonti internazionali[220] che attribuivano alla pena una funzione risocializzante, fin dalla sua previsione astratta[221], attraverso un programma trattamentale individualizzato, l"art. 4-*bis* OP introdotto con

[219] 4bis OP - Legislazione (clicca sopra): contiene i lavori preparatori dei DL 152/1991 (conv. in L. n. 203/91); DL 306/1992 (conv. L. 356/92); L. 279/2002 e L. 94/2009.

[220] In questi termini, l"art. 27.3 Cost. stabilisce che: «Le pene non devono consistere in trattamenti contrari al senso d"umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»; la Dichiarazione universale dei diritti dell"uomo, approvata dall"Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, prevede (art. 5) che «nessun individuo potra essere sottoposto a tortura o a trattamenti o a punizioni crudeli, inumani o degradanti»; la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell"uomo e delle libertà fondamentali, adottata il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con legge del 4 agosto 1955 n. 848 (art. 3) stabilisce che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»; il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato dall"Assemblea delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 e ratificato con L. 881 del 25 ottobre 1977, stabilisce all"art. 10 comma 3 «Il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale»; tra le Regole minime per il trattamento dei detenuti assunta con Risoluzione ONU del 30 agosto 1955 al § 58 è stabilito che «scopo e giustificazione delle pene e misure privative della libertà sono, in definitiva, la protezione della società contro il delitto. Tale scopo non sarà raggiunto se il periodo di privazione della libertà non sarà utilizzato per ottenere, nei limiti del possibile, che il delinquente, una volta liberato, sia non soltanto desideroso, ma anche capace di vivere nel rispetto della legge e di provvedere a se stesso». Analogalmente il Consiglio d"Europa ha previsto nel 1973 le Regole minime per il trattamento dei detenuti con la risoluzione R (73) 5 e poi con la Raccomandazione R (87) 3 sulle Regole penitenziarie europee del 12 febbraio 1987 e con la Raccomandazione R (2006) 2 sulle Norme penitenziarie europee, adottata l"11 gennaio 2006 dal Comitato dei Ministri del consiglio d"Europa. Da aggiungere la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall"Assemblea ONU, il 10 dicembre 1984 (ratificata con L. 489 del 3 novembre 1988) e la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, sottoscritta il 26 novembre 1987 e resa esecutiva con L. del 2 gennaio 1989 n. 7, che oltre a riprendere i criteri della Convenzione ONU crea un meccanismo di sorveglianza, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, chiamato a verificare il rispetto dei criteri dettati dalla Convenzione. Anche nella Carta dei diritti fondamentali dell"Unione Europea approvata dal Consiglio europeo a Nizza il 7 dicembre 2000, si afferma il divieto della tortura e delle pene inumani o degradanti (v., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*, pp. 25-26).

[221] In tal senso, Corte cost., n. 313/1990, con cui afferma «l"incidenza del principio costituzionale di rieducazione sulle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l"accompagnano da quando nasce nell"astratta previsione normativa fino a quando in concreto si estingue».

il DL 152/1991 diventerà l'emblema della „controriforma", introducendo esclusioni per intere categorie di condannati.

Le leggi di riforma, pur se criticate per la funzione decarcerizzante[222] che avevano assunto (più che di recupero sociale del condannato), lasciavano il posto a un'ideologia custodialistica imperniata su una serie di preclusioni che si disinteressavano dell'individuo e della sua promozionalità[223]. Si finì, in tal modo, nel 1991, per agire su categorie indeterminate (condannati per delitti gravi o „associativi"), con la maggiorazione dei limiti di pena (e l'introduzione di una „prova diabolica" sull'assenza di collegamenti con le organizzazioni criminali)[224], per l'accesso ai benefici penitenziari.

Una risposta alla magistratura di sorveglianza, che veniva criticata per la concessione con spirito «clemenziale»[225] delle misure introdotte dalla riforma.

Una polemica strumentale considerato che, da una parte, le statistiche dimostravano come meno dell'uno per cento di coloro che avevano fruito di tali benefici era risultato immeritevole e, dall'altra, si era riscontrato una diminuzione della recidiva rispetto a coloro che invece erano rimasti esclusi dall'opportunità di un graduale reinserimento sociale. La recidiva

---

[222] Cfr., PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario, cit.,* p. 36, si troverà un'approfondita analisi dell'autrice sulla funzione assunta dalla L. 354/1975: il fine rieducativo attraverso un ambiguo e antinomico sistema punitivo-custodiale.

[223] Sulla funzione promozionale del diritto in generale, vedi N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, p. 13 intesa come «uno degli aspetti rilevanti nella teoria generale del diritto, delle nuove tecniche di controllo sociale, che caratterizzano l'azione dello stato sociale dei nostri tempi e la distinguono profondamente da quella dello stato liberale classico: l'impiego sempre più diffuso delle tecniche d'incoraggiamento in aggiunta o in sostituzione di quelle tradizionali di scoraggiamento» e l'altra opera *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, 63ss.

[224] Per le critiche sul concetto generico di "criminalità organizzata" vedi gli *Atti parlamentari* al Senato nella legge di conversione n. 203/91. Ed i dubbi delle opposizioni sull'inversione dell'onere di una prova indimostrabile, com'è quella di provare la non-esistenza di collegamenti: Senato, 531 Seduta, 19 giugno 1991, pp. 5-6.

[225] R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi, 2011, p. 166.

per questi ultimi si aggirava intorno al 69%, mentre per i primi si attestava intorno al 13%, percentuali che si sono confermate nel tempo[226].

Un "trionfo" che irragionevolmente non veniva "digerito" da quelle forze controriformiste pronte a strumentalizzare le singole vicende di cronaca nera che si consumavano all'esterno e da soggetti liberi.

Vanamente voci autorevoli[227] si sono levate non solo a salvaguardia dello spirito della Riforma penitenziaria[228] e dei pregevoli risultati raggiunti, ma anche contro la reintroduzione di una disciplina premiale per i cosiddetti „pentiti", memori delle vicende consumatesi durante il fenomeno terroristico e successivamente, come nel caso "Tortora". Un "male antico" ma necessario per alcuni, segno dell'incapacità statuale per altri[229].

L'involuzione custodialistica per decreti portava i segni di un'incostituzionalità strisciante, per la varietà delle materie compresenti e l'assenza dei motivi d'urgenza richiesti *ex* art. 77 della Costituzione. Lo stesso DL 152/1991 altro non era, infatti, che il frutto emendale di ben quattro precedenti decreti che non erano stati convertiti[230]. Prassi ben presto censurata dalla Corte costituzionale e già vietata dalle leggi in discussione al parlamento[231].

---

[226] Percentuali rimaste relativamente immutate nel corso del tempo. In particolare l'abbattimento al 13% della recidiva è stato rilevato da un monitoraggio dell'istituto di pena di Bollate, nel quale l'esperienza delle misure alternative è ampiamente sperimentato. V. quadro complessivo in aggiornamento su www.giustizia.it; www.associazioneantigone.it; V. CALDERONE, *Le inutili galere*, in (a cura di) L. MANCONI *et Alii*, *Abolire il carcere,* Milano, Chiarelettere, 2015, pp. 54ss.

[227] Cfr., al Senato, *Seduta 531* del 19 giugno 1991, 7 – legge di conversione 203/91.

[228] V., L. 354/1975 e 663/1986.

[229] In tal senso, L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Questione giust.*, 1982, p. 211 che già nel periodo del fenomeno terroristico, sottolinea «l'incapacità del nostro legislatore a concepire strumenti normativi di divisione e recupero alla vita civile dei terroristi pentiti che non siano quelli della collaborazione dell'imputato con l'attività istruttoria della pubblica accusa»; nello stesso senso, A. BERNARDI, *Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di terrorismo*, 1982, p. 9.

[230] V., Decreti legge n. 324 del 1990, n. 5 del 1991 e n. 76 del 1991,

[231] In questi termini, il sen. CORLEONE, *Atti parlamentari*, seduta del 19 giugno, Resoconto stenografico, p. 15: denuncia i profili d'incostituzionalità per inemendabilità e irreteirabilità del decreto: «è una vergogna metodologica, politica, costituzionale e contenutistica perché è stato scritto con l'inchiostro della menzogna continua e della diffamazione delle leggi votate dal parlamento, da parte

La svolta controriformatrice si completò con le leggi di emergenza del 1992, con le quali si introdusse un «doppio binario» trattamentale[232]. L'obiettivo: provocare la disgregazione delle organizzazioni criminali con un regime segregativo-afflittivo da una parte, e premiale dall'altro, per chi avesse collaborato[233].

In tale sistema la collaborazione, oltre che a prevedere una disciplina premiale processuale[234], diveniva *condicio sine qua non* per non essere esclusi dai benefici penitenziari.

---

di certa stampa. […]. La prima stesura del decreto-legge è stata presentata il 13 novembre scorso ed è la quarta volta che viene non più iterato ma reiterato. Ebbene vorrei volgere una domanda alla maggioranza e ai parlamentari. Si sta affrontando attualmente la questione della non emendabilità e della non ripresentazione dei decreti legge. Ora se già fosse prevista l'inemendabilità dei decreti-legge, quello in esame sarebbe bocciato o approvato? È una questione che crocianamente riguarda la coscienza di ognuno».

[232] Cfr., F. DELLA CASA, *Le recenti modifiche dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»,* in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, p. 116; D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, *cit*., p. 310; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*, p. 21; G. CASAROLI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto penale*, III, Torino, Utet, 1994, p. 15; B. GUAZZALOCA, *Criterio del «doppio binario», utilizzo della «premialità» e «degiurisdizionalizzazione» del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. GIOSTRA - G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 141.

[233] V., il Quotidiano "LA REPUBBLICA", 22 settembre 2013, "Cronaca", p. 17, la vicenda di Vincenzo Scarantino, costretto ad accusare sette persone nel processo per la strage "Borsellino", condannate all'ergastolo cosiddetto ostativo ai benefici penitenziari, riconosciuti innocenti solo dopo diciotto anni di "carcere duro", ha riacceso la polemica sul fenomeno del pentitismo, Magazine (clicca sopra); cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.,* p. 35: sulle insidie delle normative premiali e i rischi delle "verità a pagamento"; *ivi*, p. 33: «l'esecuzione della pena risulta unicamente afflittiva e punitiva, mentre un trattamento diverso, di favore, viene riservato non a chi abbia mostrato significativi progressi nel piano di recupero, ma a chi abbia collaborato. Il principio della finalità rieducativa e socializzante della pena *ex* art. 27.3 cost. pare rinnegato, o comunque estremamente sacrificato, dalla normativa penitenziaria dettata per i delitti di criminalità organizzata»; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, ESI, 1997, pp. 175ss; V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, *ult. op. cit.,* p.10, sulla strategia legislativa del pentitismo e come l'art. 4-*bis*.1 OP diventi norma di manifesta incentivazione a comportamenti collaborativi.

[234] Art. 8 DL 152/1991 il cui contenuto si ispira alla legislazione premiale sul terrorismo (artt. 4-5 DL 15 dicembre 1979, n. 625 – conv. L. 6 febbraio 1980, n. 15; articoli 1-3 della legge 29 maggio 1982, n. 30; articolo 1 L. 18 febbraio 1987, n. 34) che assicura un trattamento processuale-penale e penitenziario più favorevoli, consentendo l'ammissione ai benefici penitenziari sotto la soglia di pena ordinariamente prevista (58-*ter* OP), applicabile nei casi di delitti di tipo mafioso. La disposizione prevede, per l'imputato che si adopera a evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o aiuti concretamente l'autorità giudiziaria nella ricostruzione dei fatti e individuazione o cattura degli autori dei reati «la pena dell'ergastolo è sostituita con una pena edittale da dodici a venti anni di reclusione e le altre pene diminuite da un terzo alla metà» (8 .1 DL 152/1991); cfr., L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, *cit*., p. 211; BERNARDI, *Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di terrorismo*, *cit*., p. 9.

La Corte costituzionale ha avallato tale regime differenziato, col limite di non sconfinare nella figura del „tipo d"autore" (306/1993)[235]. La compatibilità di tale regime è stata giustificata con la polifunzionalità assegnata alla pena e l"impossibilità di prestabilire la prevalenza di una di esse, ma col divieto di non obliterarne interamente alcuna.

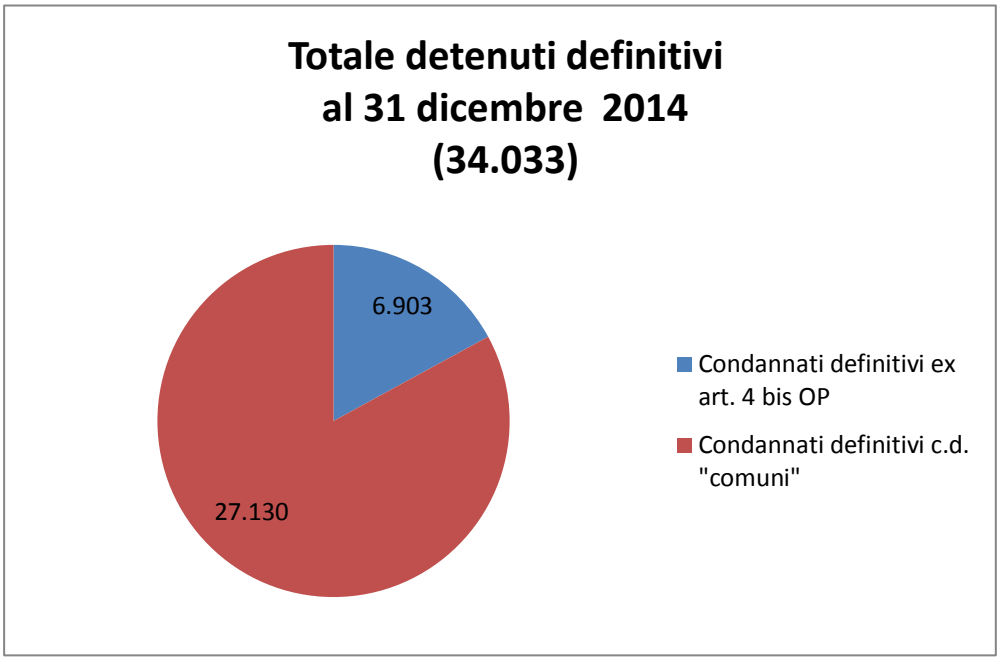
Il DL 306/1992 aveva, inoltre, stabilito la revoca dei benefici a chi già ne fruiva, in assenza della prevista collaborazione. Ma come scritto la Consulta è intervenuta, dichiarando l"illegittimità della disposizione, ond"evitare una brusca interruzione del percorso trattamentale *in itinere*, affermando, in tal modo, il diritto alla progressione trattamentale in caso di successione di leggi penali sfavorevoli nel tempo[236].

[235] In tal senso, CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit*., pp. 39 e 43: limite sconfinato, poiché la conseguenza di tale legislazione è stata quella di creare, appunto, dei "tipi d"autore"; in tal senso anche, C. CESARI - G. GIOSTRA, *Sub Art. 4-bis*, in V. GREVI - G. GIOSTRA - F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2011, p. 53: «l"ingresso nell"ord. pen. dell"art. 4-*bis* ha segnato l"inizio di una nuova stagione per la struttura, per la funzione, per le stesse ideologie ispiratrici della normativa penitenziaria»; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d"emergenza in materia penitenziaria,* in *Dei delitti e delle pene, 3/1992*, p. 130; CARACENI – CESARI, *L"art. 4-bis, cit*., p. 49;

[236] DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, cit., pp. 168ss.

*2.8.1 Dati statistici sull'art. 4-*bis *OP.*

Le persone condannate definitivamente per taluno dei delitti *ex* art. 4-*bis*.1 OP al 31 dicembre 2014 risultano pari a 6.903 (su 34.033), ossia il 20,28 dell'intera popolazione detenuta con sentenza irrevocabile. Mentre il totale dei detenuti, compresi i cosiddetti giudicabili (coloro che non hanno ancora subito una condanna in via definitiva), è di 53.623.

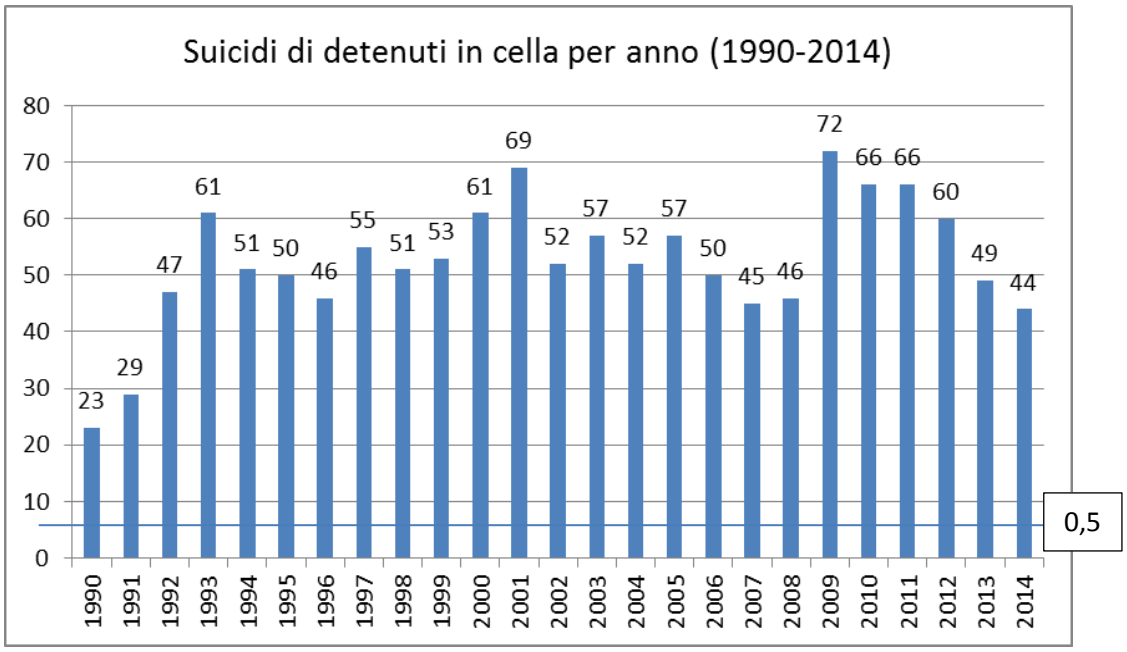


(Tab. 1).

Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Ufficio per lo sviluppo e la ge-stio-ne del sistema informativo automatizzato statistica ed automazione di supporto diparti-men-tale – Sezione Statistica – www.giustizia.it.

Tasso di suicidi ogni 10.000 detenuti: 1203 sono i suicidi avvenuti nell'arco temporale che va dal 1990 al 2014

(Tab. 2).



Fonti: Corriere della Sera, 22 luglio 2015, p. 21. La media Italia: 0,5 su 10.000 (tasso suicidi nella popolazione italiana).

Dai dati si rileva che il tasso dei suicidi dei detenuti è in media di 7 (su 10.000), rispetto allo 0,5 della media Italia, ossia 14 volte in più.

Un altro dato interessante è che vi è stata una crescita inarrestabile a partire dal 1992, anno della controriforma penitenziaria con il decreto-legge 306/1992 (leggi d'emergenza: art. 4-*bis* OP).

L'apice è stato raggiunto nel 2009, in coincidenza con l'ennesimo intervento carcerocentrico, il cosiddetto "pacchetto sicurezza" (DL 11/2009, conv. L n. 38/2009), una spirale securitaria che sembra non avere fine, ma soprattutto non avere efficacia se non nell'aumento dei suicidi.

Secondo i dati forniti dalla redazione "Ristretti orizzonti"[237], i detenuti sottoposti al „carcere duro" o all'ergastolo si suicidano con una frequenza 4,45 volte superiore al resto della popolazione detenuta[238].

Nel 2006-7, dopo l'indulto, i suicidi registrano la più significativa delle diminuzioni, per poi ricrescere nel 2009.

*2.8.2 L'art. 4-*bis *OP: divieti e modifiche.*

Come anticipato, simbolo della controriforma è l'art. 4-*bis*[239] OP, introdotto con l'art. 1 del DL 152/91 (conv. con L. 203/1991), che ha previsto rispetto alla L. 663/1986 degli aggravamenti di pena da espiare per l'accesso al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alle misure alternative indicate nel capo VI della legge penitenziaria, esclusa la liberazione anticipata[240]. La disposizione intriduce altresì, il divieto di concessione dei benefici per i delitti di „prima fascia", laddove non sia dimostrata l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata. Mentre per i delitti di „seconda fascia" l'onere di dimostrazione dell'esistenza di tali collegamenti resta in capo agli organi investigativi[241].

Per verificare l'assenza o la presenza dei collegamenti di cui sopra, è previsto (4-*bis*.3 OP) che, per l'acquisizione delle dettagliate informazioni, il giudice della sorveglianza ha l'obbligo di richiedere il parere del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica (Cposp), competente in relazione al luogo di detenzione[242]. Parere poi divenuto non

---

[237] www.ristrettiorizzonti.it

[238] Da "Amministrazione in cammino" – Centro ricerca sulle amministrazioni pubbliche - "Vittorio Bachelet".

[239] Cfr., CESARI – GIOSTRA, *Sub Art 4-bis*, *cit*., pp. 47ss.

[240] In tal senso, Corte costituzionale (n. 306/93), che ha ritenuto compatibile l'art.4-*bis* OP con il principio rieducativo proprio grazie alla possibilità del condannato di fruire di tale beneficio. Restano intatte le perplessità relative al condannato alla pena dell'ergastolo, poiché in tal caso la liberazione anticipata è solo virtuale ed è finalizzata all'accesso ai benefici penitenziari di cui però è escluso.

[241] 4bis OP - Legislazione (clicca sopra): contiene il DL 152/1991.

[242] Il Comitato è presieduto dal prefetto al quale può partecipare anche il direttore del carcere in cui il condannato è ristretto. Figura introdotta col DL 152/1991.

vincolante a seguito dell'intervento della Corte costituzionale[243], che ha considerato e valorizzato la presenza nella legge del significativo termine di trenta giorni[244] oltre il quale il giudice in ogni caso decide (4-*bis*.2 OP).

Di tutt'altra natura è l'informativa del procuratore nazionale antimafia o dalle varie direzioni distrettuali antimafia (comma 3-*bis*) che loro sponte possono intervenire in un procedimento di sorveglianza.

Si discute in giurisprudenza e dottrina se tale intervento-parere, abbia valore vincolante o possa essere superato dal giudice di sorveglianza attraverso altre risultanze.

Si riflette inoltre se l'informativa debba essere dettagliata o possa imporre gli effetti preclusivi anche se formulata genericamente.

Sul punto si è concluso per la non vincolabilità del giudice e la necessaria specificità del contenuto dell'informativa[245].

È esclusa l'applicazione del comma 3-*bis* alla liberazione condizionale, poiché quest'ultima non è elencata all'interno delle misure alternative alla detenzione del Capo VI OP, al quale il comma 3-*bis* si rivolge specificatamente; né l'art. 2.1 DL 152/1991 (disposizione di coordinamento

---

[243] Cfr., Corte cost., n. 271/1992.

[244] Prorogabili di altri 30gg laddove il Comitato ritenga sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti interessino ambiti extranazionali, al fine di acquisire le informazioni da parte di tali organi (comma 3 art. 4-*bis* OP).

[245] In tal senso, CARACENI – CESARI, *L'art. 4-bis, cit.*, pp. 86-89: in cui si dà conto delle varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali, con le conclusioni sopra riportate: «esse non potranno essere considerate "alla stregua di un parere obbligatorio e vincolante" (tra le più recenti, C 27-2-08, Gagliardi, R. pen. 09, 209; C 9-1-09, Calcagnile, *ivi* 09, 1469; C 16-5-13, Spiritoso, 258413; C 5-6-13, Lombardi, 257532) e dovranno essere fondate su "precisi riscontri fattuali" (C 10-2-93, Palladino, C. pen. 93, 2385; cfr. C 27- 9-93, Lombardozzi, *Giust. pen*. 94, II, 176; C 11- 1-94, Fortunato, *ibidem*, III, 427; C 13-1-94, Ricciardi, cit.; *contra* C 1°-3-93, Catanzaro, C. pen. 94, 1651; C 11-3-93, Mezzatesta, *ibidem*, 1357). Alla procura antimafia si estende talora l'obbligo di fornire informazioni "dettagliate", specificandone i dati fattuali ed indicandone le fonti (C 9-3-93, D'Ignoti, 194688; C 6-5-93, Li Vigni, *C. pen*. 94, 1649, concernente una fattispecie relativa a comunicazione del procuratore distrettuale antimafia che si limitava ad attestare: il richiedente "risulta attualmente collegato con la criminalità organizzata"; C 9-1-09, Calcagnile, cit.)»; conformemente concludono anche, DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria, cit.*, p. 173; GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzione di pena e liberazione condizionale, cit.,* p. 445.

con l"art. 4-*bis*.1 OP per la liberazione condizionale), fa" alcun rinvio al suddetto comma 3-*bis* dell"art. 4-*bis* OP[246] .

Di tutta evidenza l"intento del legislatore (con l"introduzione di tali „automatismi" di esclusione basati su „presunzioni legali" di pericolosità sociale), di sostituirsi al giudice della sorveglianza al quale la legge demandava il giudizio per la prognosi di pericolosità sociale, peraltro da sempre *condicio sine qua non* per l"ammissione a qualunque istituto premiale[247].

Nel corso degli anni, l"art. 4-*bis* OP ha assunto la funzione di «norma contenitore»[248], soggetta a diverse modifiche.

Quanto alla tipologia dei condannati, si discute in giurisprudenza e in dottrina sulla figura dei delitti tentati, «poiché costituiscono una figura a se stante di reato»[249] non prevista *ex* art. 4-*bis* OP, per alcuni autori, superata con interpretazione estensiva, per altri[250].

---

[246] Cfr., CARACENI - CESARI, *L"art. 4-bis, cit.*, pp. 86-87.

[247] Cfr., ANDREA MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001, pp. 194ss.; G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, pp. 210 ss.; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, § 2.2; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in Giur. cost. 2012, pp. 4909ss.; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali, Voce per "Il libro dell"anno Treccani 2014*", 2014, in www.penalecontemporaneo.it; E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI - M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli 2014, pp. 85ss. e, infine, L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, 2014, in www.gruppodipisa.it, che evidenzia come l"operare congiunto dei due elementi dati dalle presunzioni e dagli automatismi perseguono il preciso scopo di riservare all"attore politico le scelte di politica criminali escludendo qualsiasi altro operatore, come il giudice e il suo potere discrezionale di accertamento, che in qualche modo possa renderle inefficaci.

[248] Cfr., DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria, cit.,* p. 275.

[249] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 23 luglio 1993 n. 2417 (c.c. 20 maggio 1993), Scialpi; cfr., Cass. pen. sez. II, del 10 luglio 2001 n. 28765 (c.c. 13 giugno 2001), PM in proc. Di Dio.

[250] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 22 aprile 2004, Lo Baido, in Ced. Cass. n. 228134; cfr., DELLA CASA, *Le recenti modifiche dell"ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario», cit.*, pp. 96-97; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*, p. 44; CARACENI – CESARI, *L"art. 4-bis*, *cit.*, § 4, p. 65.

Nella versione originaria del DL ***152/1991***, il comma 1 comprendeva e distingueva due *categorie* di condannati, quelli per delitti di „prima fascia"[251], facenti parte della criminalità organizzata e quelli per delitti di „seconda fascia"[252], autori di reati di elevata gravità, ma non direttamente collegati alla criminalità organizzata, ponendo il requisito dell"assenza/esistenza di collegamenti con la stessa per l"ammissione ai benefici penitenziari.

Nel ***1992*** con il DL n. ***306*** i delitti distinti in "due fasce" vengono ordinati in "tre gruppi" (o periodi).

Nel "primo gruppo" sono inseriti i condannati (ma anche imputati e internati) per delitti già indicati nella „prima fascia" (ma con l"esclusione di quelli commessi per finalità di terrorismo o eversione).

Con tale intervento legislativo è introdotta la condizione della "collaborazione" con la giustizia per l"ammissione ai benefici penitenziari, concretando un comportamento rilevante ai sensi dell"art. 58-*ter* OP.

Condizione superabile solo con le ipotesi alternative di collaborazione impossibile per integrale accertamento dei fatti di condanna o per il ruolo marginale, che non permettono un utile apporto collaborativo, elaborate inizialmente dalla Corte costituzionale[253].

Resta intonso l"ulteriore criterio dell"assenza di collegamenti con la criminalità organizzata per l"ammissione al beneficio richiesto.

Nel "secondo gruppo" sono ricompresi quei condannati per i delitti di „prima fascia" ai quali è stata riconosciuta una delle circostanze attenuanti del risarcimento del danno (62 c.p.), anche se avvenuto dopo la con-

[251] Nei delitti di "prima fascia" erano compresi i delitti commessi per finalità di terrorismo o per l"eversione dell"ordinamento costituzionale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall"art. 416-*bis* c.p. o al fine di agevolare associazioni mafiose, delitti di associazione a delinquere di tipo mafioso, sequestro di persona a scopo di estorsione (630 c.p.), associazione a delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (74 DPR 309/1990).

[252] Nei delitti di "seconda fascia" erano compresi, tra gli altri, i delitti di omicidio volontario, rapina aggravata, produzione e traffico illecito in quantità ingente di stupefacenti.

[253] Corte cost., nn. 306/1993; 357/1994; 68/1995; 137/1999.

danna; della minima partecipazione (114 c.p.) e del reato più grave da quello voluto (116.2 c.p.), i quali possono accedere ai benefici anche se la collaborazione offerta risulti oggettivamente irrilevante, sempre che siano esclusi in maniera certa i collegamenti con la criminalità organizzata.

Nel "terzo gruppo" sono collocati i delitti per finalità di terrorismo o eversione, omicidio (575 c.p.), rapina aggravata (628.3 c.p.), estorsione aggravata (629.2 c.p.), produzione e traffico di sostanze stupefacenti (73 DPR 309/90) aggravati dall'ingente quantitativo (80.2 DPR 309/90). Per questo gruppo l'esclusione dai benefici richiede la prova dell'esistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva, per i quali le dettagliate informazioni previste sono richieste non al Cpsop ma al Questore.

Nel ***1993,*** con il DL n. ***187***, si prevede che anche per i soggetti compresi nel "secondo gruppo" il parere non sia più richiesto al Cpos, ma al Questore del luogo dove il condannato è detenuto.

Si deve alla legge n. ***92*** del ***2001***, l'ampliamento del novero dei delitti assoggettabili alla disciplina *ex* art. 4-*bis* OP[254].

Una nuova rinnovellazione dell'art. 4-*bis* OP si ha nel ***2002*** con la legge n. ***279***. A seguito della recrudescenza del fenomeno del terrorismo internazionale, i delitti di terrorismo o eversione ritornano a essere collocati nel "primo gruppo". Sono introdotte, inoltre, accanto alle ipotesi di collaborazione irrilevante, quelle di collaborazione impossibile per inte-

[254] Così nel "primo gruppo" sono inseriti i detenuti e internati per reati associativi finalizzati al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (291-*quater* DPR 43/1973); nel "secondo gruppo" invece, sono inseriti i condannati per reati di contrabbando di tabacchi lavorati esteri (291ter DPR 43/1973) e per associazione a delinquere (416 c.p.) finalizzata a commettere i delitti indicati al Libro II, Titolo XII, Capo III, Sez. I e dagli artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinques* e 609-*octies* c.p..

grale accertamento o limitata partecipazione ai fatti di condanna, già elaborate dalla giurisprudenza costituzionale[255].

Nel ***2009*** col DL ***n. 11*** (conv. L. 38/09), l'art. 4-*bis* si amplia ulteriormente con l'inserimento nel "primo gruppo" dei reati a sfondo sessuale[256].

Il DL n. 11 del 2009 ha il merito di aver riordinato, in „quattro commi", i „quattro periodi" dell'unico comma originario *ex* art. 4-*bis* OP, modificato nel tempo.

Così al nuovo comma 1 sono indicati i condannati per delitti ostativi all'ammissione ai benefici penitenziari indicati al Capo VI, al lavoro all'esterno, ed ai permessi premio, con esclusione della liberazione anticipata[257].

Per questi delitti la collaborazione *ex* art. 58-*ter*, è condizione essenziale per l'accesso ai benefici.

Al comma 1-*bis* sono indicate le ipotesi alternative di collaborazione irrilevante (in presenza di circostanze attenuanti) e impossibile (per integrale accertamento o limitata partecipazione), per i condannati per delitti indicati al 1° comma. Per queste ipotesi, per accedere ai benefici, è inoltre necessario che il condannato provi l'assenza di collegamenti con il gruppo criminale di appartenenza.

---

[255] Cfr., Corte cost., nn. 306/1993, 357/1994, 68/1995.

[256] E più precisamente, i reati di: induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile (600-*bis*.1 c.p.), pornografia minorile (600-*ter*.1-2 c.p.), violenza sessuale non attenuata (609-*bis* e 609-*ter* c.p.), atti sessuali con minori (609-*quater* c.p.), violenza sessuale di gruppo (609-*octies* c.p.). fattispecie già contemplate nel "terzo periodo" del comma 1, escluse quelle *ex* artt. 600-*bis*.2-3, 600-*ter*.3, 600-*quinques* e 600-*quater*.2 c.p., fattispecie queste ultime introdotte nel 2009.

[257] Ossia: delitti commessi per finalità di terrorismo anche internazionale o eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; associazione di tipo mafioso anche straniera (416-*bis* c.p.); delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l„attività di associazioni di tipo mafioso; il sequestro di persona a scopo di estorsione (630 c.p.); delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù (600 c.p.); tratta di persone (601 c.p.); acquisto e alienazione di schiavi (602 c.p.); induzione alla prostituzione minorile o suo favoreggiamento o sfruttamento (600-*bis*.1 c.p.); alcune ipotesi di pornografia minorile (600-*ter*.1-2 c.p.); sequestro di persona (630 c.p.); associazione a delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (74 DPR 309/1990).

Al comma 1-*ter* sono indicati quei reati per i quali non è prevista la collaborazione *ex* art. 58-*ter* OP[258].

Per questi ultimi, il divieto di concessione dei benefici opera solo laddove sia provata la sussistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata da parte del pubblico ministero.

Il comma 1-*quater* del DL n. 11 del 2009 oltre ad una funzione riordinatrice introduce la condizione aggiuntiva dell'osservazione scientifica della personalità, oltre all'assenza di collegamenti con la criminalità, per i delitti *sex offenders*[259].

L'inserimento di tali fattispecie nell'art. 4-*bis* pone diversi dubbi, poiché si tratta di reati commessi da singoli e sovente con disturbi della personalità, per i quali i collegamenti con la criminalità organizzata risultano improbabili[260]. È il segnale inequivocabile dello snaturamento teleologico dell'orginaria disposizione penitenziaria, che ormai ha assunto molteplici funzioni, con profili di intrinseca irrazionalità.

La L. ***94/2009,*** con riferimento al delitto *ex* art. 609-*octies* c.p., ha soppresso le parole «qualora ricorra anche la condizione di cui al comma

[258] Ossia, l'omicidio (575 c.p.); la prostituzione minorile (600-*bis*.1-2 c.p.); distribuzione o diffusione di materiale pedopornografico (600-*ter*.3 c.p.); organizzazione di viaggi turistici volti allo sfruttamento della prostituzione sessuale minorile (600-*quinques* c.p.); rapina aggravata (628.3 c.p.); estorsione aggravata (629.2 c.p.); contrabbando di tabacchi lavorati esteri aggravato (291ter DPR 43/1973); produzione e traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (73 DPR 309/1990) nelle ipotesi gravate (80 DPR 309/1990); associazione a delinquere *ex* art. 416.1-6 c.p. (introdotte con l'art. 15.6, L. 99 del 23 luglio 2009) finalizzata alla contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli disegni (473 c.p.); introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (474 c.p.); associazione per delinquere (416 c.p.) finalizzata a delitti contro la personalità individuale previsti dal Libro I, Titolo XII, Capo III, Sez. I e contro la libertà sessuale (609-*bis*; 609-*quater*; 609-*octies* c.p.); l'associazione a delinquere finalizzata ai delitti sull'immigrazione (dlgs 286/1998).

[259] Reati di violenza sessuale (609-*bis* c.p.), violenza sessuale aggravata (609-*ter* c.p.), atti sessuali con minorenni (609-*quater* c.p.), volenza sessuale di gruppo (609-*octies* c.p.). L'osservazione scientifica prevista deve durare almeno un anno e dev'essere svolta dall'equipe trattamentale con l'integrazione dei pareri di esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica. Si prescinde nel caso di violenza sessuale attenuata dalla minore gravità (609-*bis* ultimo comma), ovvero nel caso di soggetti reclusi per violazione degli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p., in conseguenza del loro inserimento nell'*ex* "seconda fascia", per i quali era sufficiente l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata o terroristica; per un approfondimento, v., A. DELLA BELLA, *Accesso ai benefici penitenziari per gli autori di reati sessuali*, in S. CORBETTA – A. DELLA BELLA – G. L. GATTA, *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, Milano, 2009.

[260] Cfr., DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria, cit.,* p. 178.

1-*quater*»[261]. Considerata la ricorrenza di tale fattispecie (609-*octies* c.p.) sia al comma 1 che al comma 1-*quater*, si ritiene che si debbano soddisfare cumulativamente le condizioni ivi previste e dunque quelle relative alla collaborazione, osservazione scientifica ed assenza di „collegamenti" per l"ammissibilità al beneficio richiesto.

L'art. 2.27 lett. b) della L. 94/2009 opera un collegamento necessario tra l"originario 1° comma ed i nuovi commi 1, 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, ricomprendendo in tal modo gli istituti del lavoro all"esterno (21.1 OP), permesso premio (30-*ter*.4 lett. c OP), semilibertà (50.2 OP), semilibertà nel caso di recidivi (50-*bis*.1 OP), collaboratori di giustizia (58-*ter* OP), divieto di concessione di benefici (58-*quater* OP).

Mentre, con *l'art. 2.28* (L. 94/2009) si è operato il "discusso" rinvio[262] all"art. 2.1 DL 152/91 per assoggettare la liberazione condizionale (176 c.p.) al rinnovellato art. 4-*bis* OP.

Con la L. ***172*** del 1° ottobre ***2012***, conseguente all"entrata in vigore della Convenzione di *Lanzarote,* che tutela a livello mondiale i minori dall"adescamento e sfruttamento sessuale, si è nuovamente ampliata la categoria dei delitti *ex* art. 4-*bis* OP[263].

L"ennesima espansione, per fronteggiare l"ennesima emergenza, si è avuta recentemente con il DL 7/***2015*** (d.l. antiterrorismo) convertito con L. 43 /2015, che, con l"art. 3-*bis*, ha incluso nei delitti di „prima fascia" quelli elencati nell"art. 12.1-3 del Dlgs 286/1998 (T.U. immigrazioni),

[261] Parole soppresse dall"art. 2 comma 27 lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

[262] Testualmente la L. 94/09, art. 2 comma 28: «all"art. 2, comma 1, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, le parole: "per i delitti indicati nel comma 1" sono sostituite dalle seguenti: "per i delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater"*» v., 4bis OP - Legislazione: Aula terza lettura, Senato, Allegato A, 1 luglio 2009, p. 64.

[263] Sono stati introdotti dei nuovi delitti nel comma 1-*quater* ed un nuovo comma 1-*quinquies* che consente al magistrato, per i condannati per delitti indicati al comma 1-*quater*, di superare le preclusioni ivi previste attraverso la positiva valutazione dell"attiva partecipazione allo specifico programma trattamentale ed all"osservazione scientifica della personalità *ex* art. 13-*bis* OP.

ossia favoreggiamento dell'immigrazione clandestina a scopo di lucro (12.3 T.U.).

Il fenomeno emergenziale è stato analizzato e stigmatizzato da molti autori, che evidenziano una «cronicizzazione e normalizzazione dell'emergenza»[264] continuamente evocata e utilizzata per la prevenzione di rischi di ogni tipo[265]. Anche grazie ad una Corte costituzionale disattenta, che ha permesso lo sviluppo di una «"logica" sua propria in cui l'anomalia si fa' normalità e viceversa»[266], nella quale l'emergenza si configura come «l'espediente tecnico» per liberare «le scelte dei pubblici poteri dalle strette maglie dei controlli di sistema»[267], alimentando prassi di «dissociazioni del potere dalle regole del suo democratico esercizio»[268].

D'altra parte non è una "scoperta" che l'art. 4-*bis* OP, da un lato, sia il simbolo di una riforma contro i principi costituzionali e, dall'altro, si atteggi sempre più come un "calderone" caratterizzato da eterogeneità di scopi e categorie di condannati, accomunati da null'altro che un „doppio binario" differenziato sotto il profilo trattamentale extra e inframurario, che ha condotto, per molti versi, il principio del reinserimento sociale su un "binario morto".

---

[264] PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit.*, p. 11.

[265] Cfr., M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 82. In tal senso, A. BARAK, *Lectio magistralis. I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza,* Napoli, 2009, p. 42, mette in evidenza come decisioni, le quali per far fronte alla situazione di emergenza, si pongano fuori dal principio di legalità possano incidere «sull'orientamento della giurisprudenza anche dopo che la crisi è passata».

[266] Cfr., M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, p. 191; in tal senso, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, il quale lucidamente mette in evidenza come lo stato di eccezione, da sospensione dell'ordine giuridico provvisoria e straordinaria, stia diventando un paradigma normale di governo.

[267] Cfr., Pace, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit.*, § 4, p. 11; cfr. F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 3007.

[268] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 232.

*2.8.3 Artt. 4-*bis *OP e 176 c.p. (un rinvio non scontato).*

Stabilisce l"art. 2.1 del DL 152/1991:

I condannati per i delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici ivi indicati. Si osservano le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354[269].

La disposizione evidenzia il necessario rinvio all"art. 4-*bis* OP per applicare le relative restrizioni alla liberazione condizionale, che non è annoverata tra le misure extramurarie richiamate nell"art. 4-*bis* OP.

Disposizione di coordinamento che non è stata più prevista, come può rilevarsi dalla lettura dei vari interventi legislativi successivi al 1991[270] rinnovellanti l"art. 4-*bis* OP, che hanno ampliato le categorie di delitti o aggiunto ulteriori condizioni (collaborazione *ex* art. 58-*ter* OP). Tale lacuna si è protratta fino alla legge n. 94 del 2009, con la quale il legislatore si è premurato di effettuare tale coordinamento, attraverso il succitato comma 28 dell"art. 2.

Di tale "dimenticanza" si discute in dottrina e giurisprudenza, senza arrivare a una posizione unanime, tra chi ritiene si tratti di un rinvio mobile (o formale) e chi fisso (o recettizio).

---

[269] 4bis OP - Legislazione, integralmente, l"art. 2.1 del DL n. 152/1991 stabilisce: «1. I condannati per i delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici ivi indicati. Si osservano le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354. 2. Fermi restando gli ulteriori requisiti e gli altri limiti di pena previsti dall'articolo 176 del codice penale e fatto salvo quanto stabilito dall'articolo 8 della legge 29 maggio 1982, n. 304, i soggetti di cui al comma 1 non possono comunque essere ammessi alla liberazione condizionale se non hanno scontato almeno due terzi della pena temporanea. 3.La disposizione del comma 2 non si applica alle persone indicate nell'articolo 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354».

[270] DL n. 306/92 (L. 356/92); L. 92/2001; L. 279/2002; DL 11/2009.

Per i primi non è necessario alcun intervento legislativo, poiché il raccordo tra le disposizioni avviene automaticamente alle modificazioni apportate. Mentre i sostenitori del rinvio fisso giungono a conclusioni opposte, previa lettura costituzionalmente orientata della disposizione.

Dottrina e giurisprudenza di legittimità discutono[271] sull"applicabilità dell"art. 4-*bis* OP alla liberazione condizionale, sulla base dell"originario richiamo *ex* art. 2 DL 152/91. In tal senso si è espressa anche la Corte costituzionale (n. 39/1994), che lo ritiene un rinvio meramente formale, con relativo adeguamento automatico alle modifiche successive. Invece, per chi ritiene che si tratti di un rinvio recettizio, gli unici aggravamenti per l"accesso ai benefici restano solo quelli dell"originario art. 4-*bis* OP del 1991 (aumento soglie per l"accesso ai benefici e assenza di collegamenti).

Questi ultimi criticano la posizione assunta dalla Corte costituzionale (n. 39/1994)[272], poiché svuoterebbe di significato la previsione che eleva i tetti per l"accesso ai benefici (che, appunto, non opera per i collaboratori). E colliderebbe anche con l"immodificato art. 4.4 DL 152/91 che stabilisce[273] l"inoperatività dei nuovi tetti di pena *ex* art. 4-*bis* OP (1991)

[271] Cfr., CARACENI – CESARI, *L"art. 4-bis, cit.*, pp. 58-59 in cui si citano i diversi orientamenti della Corte, cfr., Cass. pen., del 20 gennaio 1993, Mura, *Cass. pen*. 1994, p. 938; Cass. pen., del 18 febbraio 1993, Strangio, *ibidem*, p. 1529; Cass. pen., del 18 maggio 1995, Zito, *Giust. pen*. 96, II, p. 106; cfr., G. BARONE, *Liberazione condizionale*, in *Dig. Dis. pen.*, *VII*, Torino, 1993, p. 415. *Contra,* cfr., Cass. pen., del 13 novembre 1992, Paiano, in *Cass. pen*. 93, p. 2835; Prestipino, *Giust. pen*. 93, II, p. 252.

[272] In questi termini, Corte cost., n. 39 del 7 febbraio 1994, in verità una sentenza di rigetto nella quale senza alcuna motivazione autonoma aderisce a tale orientamento: «Tale opzione interpretativa deve essere condivisa perché, pur se inizialmente contrastata da un'isolata pronuncia della Corte di cassazione, è stata poi fatta propria dalla successiva giurisprudenza della medesima Corte ed è suffragata dalla dottrina».

[273] V., art. 4 del DL 152/1991: «1. Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 2, 3, lettera c), e 4, e all'articolo 2, comma 2, nonché le disposizioni di cui all'articolo 58-*quater*, comma 4, della legge 26 luglio 1975, n. 354, si applicano esclusivamente nei confronti dei condannati per delitti commessi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto. 2. Le disposizioni di cui all'articolo 58-*quater*, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354, si applicano ai condannati nei confronti dei quali il provvedimento di revoca è stato adottato dopo la data di entrata in vigore del presente decreto. 3. Per i reati commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della legge 26 giugno 1990, n. 162, i riferimenti, contenuti nell'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, ai delitti di cui agli articoli 73, 74 e 80 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzio-

per l‟accesso ai benefici penitenziari, ond‟evitare pregiudizi, a quei condannati che avessero già avviato un percorso rieducativo per reati commessi da minorenni nell‟ambito della criminalità organizzata.

Poiché le conseguenze si diversificano. Infatti, laddove si ritenesse mobile il rinvio, la deroga verrebbe annullata ed il minore condannato resterebbe escluso dai benefici penitenziari, in contrasto con i prevalenti principi *ex* artt. 31 e 27.3 della Costituzione, invece:

> se si dovesse interpretare, *secundum Constitutionem*, come rinvio recettizio il richiamo all‟art. 4-*bis* operato dall‟art. 4.4 DL 152/91, l‟identico criterio dovrebbe valere per il medesimo richiamo che compare nell‟art. 2 del decreto, posto che sarebbe davvero paradossale far leva su criteri ermeneutici diversi per qualificare due richiami della stessa disposizione enunciati nel corpo del medesimo testo normativo […]. È conseguenza dell‟evidente scoordinamento normativo la novella introdotta dal decreto Scotti - Martelli, ove si è totalmente obliterato e svilito il tema della liberazione condizionale e la stessa disciplina dei tetti di pena introdotta col precedente decreto 152/91[274].

Ne discende, comunque, ai fini dell‟applicazione delle relative restrizioni, anche laddove si accolga l‟ipotesi del rinvio formale, che gli effetti aggravati potranno essere applicati solo ai condannati per delitti commessi successivamente, non alle modifiche operate nel 1992, bensì dalla pronuncia della Corte costituzionale (n. 39/1994). Decisione che se non dirime completamente la questione, certamente stabilisce un punto di

---

ne, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 , si intendono effettuati alle corrispondenti fattispecie della legge 22 dicembre 1975, n. 685 , nel testo vigente anteriormente alla data di entrata in vigore della legge 26 giugno 1990, n. 162. 4. Le disposizioni del presente capo *non si applicano nei confronti dei condannati per reati commessi durante la minore età*, fatta eccezione di quanto previsto dall'articolo 4-*bis*, commi 1 e 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354».

[274] A. MACCHIA, *Liberazione condizionale e art. 4-bis ord. pen.: rinvio formale o recettizio?*, *cit*, pp. 1785-1787.

„ragionevole prevedibilità"[275] delle disposizioni in esame, la loro interpretazione e le conseguenze sanzionatorie rispetto alla pena. Di conseguenza restano esclusi dalle relative preclusioni tutti i delitti avvenuti precedentemente a tale pronuncia, ossia al 23 febbraio 1994, data di pubblicazione della sentenza[276].

2.8.4 Istituti esclusi dalle preclusioni ex *art. 4*-bis *OP.*

Le disposizioni relative all'art. 4-*bis* OP non si applicano alla liberazione anticipata (54 OP), ai permessi di necessità (30 OP); alla sospensione condizionale della pena per motivi di salute (146-7 c.p.); all'affidamento in prova nei confronti dei tossicodipendenti e degli alcool dipendenti (94 del DPR 9 ottobre 1990, n. 309), alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei tossicodipendenti (90 del DPR 309/90), all'affidamento in prova al servizio sociale e la detenzione domiciliare ordinaria ai soggetti affetti da AIDS conclamata (47-*quater*.9 OP), fermi gli accertamenti previsti dai commi 2, 2-*bis* e 3 dell'art. 4-*bis* OP[277].

Per gli aspetti relativi alla liberazione anticipata (54 OP) si rinvia a quanto scritto (*supra* § 2.2).

Comunque, appare opportuno segnalare l'iniziale esclusione, da parte della giurisprudenza di merito, della liberazione anticipata anche per i collaboratori di giustizia. La disposizione in sostanza era interpretata come esclusione totale per tutti i condannati per delitti *ex* art. 4-*bis*.1 OP, collaboratori inclusi. La Corte costituzionale (n. 306/1993) ha escluso tale interpretazione, chiarendo come l'"esclusione" dovesse intendersi, in-

[275] Cfr., Corte EDU, *ex multis* casi *Contrada v. Italia* e *Del Rio Prada v. Spagna, citati*.
[276] Cfr., Corte cost., n. 39, Camera di Consiglio del 15 dicembre 1993, Decisione del 7 febbraio 1994, Deposito del 17 febbraio 1994, Pubblicazione in G. U. 23 febbraio 1994.
[277] Cfr., Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.,* p. 91.

vece, dalle preclusioni ivi previste per gli altri benefici in assenza di collaborazione.

Resta l‟irragionevolezza di tale concessione, tenuto conto delle preclusioni previste per gli altri benefici penitenziari in virtù di una presunzione legale di pericolosità sociale determinata dal tipo di reato che, illogicamente, non è fatta valere anche per la liberazione anticipata. Tenuto conto che per la stessa situazione si concede un beneficio maggiore (com‟è la riduzione pena) mentre se ne esclude uno minore (come il permesso premio o la semilibertà).

Tale irrazionalità si manifesta doppiamente nel caso del condannato alla pena dell‟ergastolo, per il quale, la liberazione anticipata ha la sola ed esclusiva funzione di abbreviare i termini per l‟accesso a quei benefici di cui però è escluso.

Gli altri istituti sopra menzionati si caratterizzano per un profilo strettamente umanitario, correlato a particolari condizioni di salute, e non essendo richiamati in alcun modo dall‟art. 4-*bis* OP prescindono dai presupposti richiesti dallo stesso articolo per la loro concessione. Pertanto può essere concesso il «differimento obbligatorio o facoltativo dell‟esecuzione della pena» (*ex* artt. 146 e 147 c.p.), ricorrendo le condizioni ivi previste.

Allo stesso modo accade per l‟istituto dell‟affidamento in prova previsto dall‟art. 94 DPR 309/90, che può essere concesso ai condannati dipendenti da alcool o sostanze stupefacenti, che abbiano in corso un programma di recupero o intendano sottoporsi ad esso. La non operatività dell‟art. 4-*bis* OP, con riferimento a tale istituto (già sostenuto dalla giu-

risprudenza)[278], è stato poi espressamente previsto con la legge 49 del 21 febbraio 2006. Con tale intervento si è modificato l"art. 94 DPR 309/90 e si è prevista la concessione di tale misura anche ai condannati per delitti ostativi *ex* art. 4-*bis* OP, in espiazione di pena (anche residua), non superiore a quattro anni. Mentre per i condannati per delitti non ostativi, il limite è di sei anni di pena.

Ammessa è anche la „sospensione dell"esecuzione della pena detentiva" nei confronti dei tossicodipendenti *ex* art. 90 DPR 309/90, per condannati per delitti *ex* art. 4-*bis* OP. In tali casi, il tribunale può sospendere una pena (anche residua) non superiore a quattro anni di reclusione, per cinque anni, se sia accertato che il condannato si è sottoposto con esito positivo ad un programma terapeutico e socio riabilitativo.

Allo stesso modo, non operano le preclusioni *ex* art. 4-*bis* OP per le „misure dell"affidamento in prova al servizio sociale" e della „detenzione domiciliare" applicabili (dal tribunale di sorveglianza), anche oltre i limiti di pena previsti dalla legge, per i condannati "affetti da AIDS" conclamata o da grave deficienza immunitaria *ex* art. 47-*quater*.9 OP. Restano fermi gli accertamenti previsti *ex* art. 4-*bis* comma 2, 2-*bis* e 3 OP.

2.8.4.1 I permessi di necessità ex *art. 30 OP.*

Discorso a parte, dev"essere fatto, per il permesso di necessità, un istituto anch"esso caratterizzato da un profilo umanitario[279], non richiamato, come i precedenti, dall"art. 4-*bis* OP. Poiché nel tempo e soprattutto

[278] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 23 settembre 2005, p.g. in Pennisi, in *Ced. Cass*. n. 23217; Id. Cass. pen. sez. I, del 2 dicembre 2004; p.g. in proc. Carta, in *Ced. Cass*. n. 230073; Id. Cass. pen. sez. I, del 15 dicembre 1998, Pontillo, in *Ced. Cass*. n. 212263; *contra*, Cass. pen. sez. I, del 14 febbraio 1997, Longo, in *Ced. Cass*. n. 207213.

[279] In tal senso, LA GRECA, *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario, cit.,* p. 244: prima del 1975 non esisteva alcuna previsione normativa che consentisse al detenuto di lasciare il carcere, ciò avveniva in via di fatto, su iniziativa dell"amministrazione penitenziaria, per gravi ragioni familiari.

nell'ambito dell'"ergastolo ostativo", tale istituto, ha assunto una posizione "privilegiata" in funzione umanizzatrice della pena e, in alcuni casi, anche per non obliterare del tutto la funzione rieducativa della stessa[280].

Quasi un ritorno alle origini dell'istituto, quando prima delle riforme *in peius*, svolgeva anche una funzione „trattamentale", resa possibile dalla flessibilità dell'espressione «gravi e accertati motivi» che attribuiva alla magistratura di sorveglianza un'ampia discrezionalità. L'allarme suscitato dal nuovo istituto introdotto con la Riforma del 1975, portò il legislatore a ridurre la sua portata con la L. 450 del 20 luglio 1977, introducendo la più rigida formulazione «eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità», ed assegnando la funzione "premiale" alla nuova figura del permesso premio (30-*ter* OP), introdotto con L. 633/1986.

La concessione del permesso di necessità, fino ad un massimo di cinque giorni (oltre al viaggio), se necessario con l'uso della scorta, è prevista in caso di «imminente pericolo di vita» di familiari e conviventi o «eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità».

Per la prima ipotesi prevista dalla legge, si parla di un vero e proprio diritto del detenuto ad essere ammesso al beneficio[281].

Sul carattere di "eccezionalità", prevista nella seconda ipotesi, inerente a eventi riguardanti la famiglia, si assiste, da parte della giurisprudenza, a diverse posizioni interpretative[282].

---

[280] Cfr., E. ORLANDI, *Il permesso di «necessità» nell'ordinamento penitenziario*, in *Giur, merito*, fasc. 2, 2013, pp. 3ss.

[281] Cfr., BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati, cit*., p. 137.

[282] V., Cass. pen. sez. I, del 26 novembre 2008, Rannesi; TDS Torino, 21 febbraio 2007; UDS-Vercelli, 10 giugno 2006. In senso più elastico UDS Milano, 20 febbraio 2006; UDS Messina, 19 maggio 2005: nel senso che la "particolare gravità dell'evento familiare […] possa ricomprendere al proprio interno non solo eventi strettamente drammatici, ma anche eventi di straordinario significato per la vita del detenuto e proprio nucleo familiare"; UDS Nuoro, N. SIUS 2014/1348: concessione per partecipare a rappresentazione teatrale come culmine di percorso di positiva riflessione.

Come anticipato, l'istituto in questione si presta ad essere utile strumento di umanizzazione della pena detentiva[283], laddove non possano essere in altro modo salvaguardati i risultati rieducativi raggiunti dal condannato, in particolare, per i condannati all'ergastolo cosiddetto ostativo. In tal senso sono stati concessi permessi di necessità liberi nella persona, per consentire la partecipazione ad „eventi eccezionali" che si riflettono anche nella vita familiare (cerimonie religiose, discussione di tesi di laurea o partecipazione ad eventi culturali)[284].

Situazioni definite „eccezionali" per le quali si è assegnata alla misura in esame anche una funzione trattamentale, laddove essa non possa essere "fisiologicamente" svolta per un qualche motivo dai permessi premio (es. insufficienza del requisito temporale o sbarramento dell'ostatività *ex* art. 4-*bis* OP: così UDS Torino del 2 febbraio 2012, per sostenere un esame universitario).

Analogamente il tribunale di sorveglianza di Milano (ord. del 14 settembre 2005), in cui afferma che i permessi *ex* art. 30 OP possono essere concessi anche per consentire al detenuto di partecipare ad iniziative eccezionali di carattere trattamentale, volte a realizzare finalità rieducative prodromiche al futuro reinserimento sociale[285].

---

[283] Cfr., D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit*., p. 280; cfr., FABRIZIO, *Ordinamento penitenziario ed esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, artt. 30, 30bis, 30ter, 55 ord. pen., in Codice commentato dell'esecuzione penale, cit.*, p. 62.

[284] Cfr., tutte in senso conforme, TDS Perugia, ord. n. 359/2012 del 12 aprile 2012, recl.; TDS Alessandria, decreto 29 marzo 2012, Est. Vignera. Ric D.L.; UDS Torino, 2 febbraio 2012 n. 2011/1138 RG perm.; TDS Perugia, 11 maggio 2011; TDS Perugia, ord. n. 91/2011, del 3 febbraio 2011 recl. Spada G.; TDS Perugia, ord. n. 2008/372 del 19 giugno 2008; UDS Livorno, giugno 2008; UDS Alessandria, del 20 febbraio 2008, G. mer. 08, 1662, con nota di Fiorentin; TDS Sassari, del 20 aprile 2006; UDS Spoleto, ottobre 2006; TDS Milano, 20 febbraio 2006, *ibidem*, 468, cfr. TDS Milano, del 14 settembre 2005, F. ambr, 05, 337; UDS Cosenza, ord. n. 2015/2175 SIUS del 19 maggio 2015, Carannante e n. 2015/2174 SIUS del 19 maggio 2015, Barnoffi: Art. 30 OP - Giurisprudenza.

[285] Cfr., F. FIORENTIN, *Permessi straordinari per la tutela del legame parentale tra minore e genitore detenuto: un'interpretazione secundum constitutionem*, in *Giur. merito*, fasc. 6, p. 1664.

Prima della concessione, l'autorità competente[286], assume informazioni dalle autorità di PS del luogo in cui l'istante intende recarsi e ne accerta la pericolosità sociale. In tal senso possono risultare utili le indicazioni fornite dall'équipe penitenziaria, anche per eventuali cautele aggiuntive come la scorta, qualora emergano elementi di rischio.

Il giudice concede il permesso con decreto motivato e impartisce le relative prescrizioni. Il provvedimento di concessione può essere impugnato (entro ventiquattro ore, a pena d'inammissibilità, e con i motivi a sostegno), al tribunale di sorveglianza o corte d'appello, se di concessione dal PM, il cui reclamo, in caso di imminente pericolo di vita, non sospende il permesso, ma obbliga alla scorta (30-*bis*.8 OP)[287].

Se il provvedimento è di rigetto può essere reclamato, nei medesimi termini e condizioni, dal condannato o dall'imputato.

Avverso la decisione relativa al reclamo è consentito il ricorso in Cassazione, ritenendo ormai lo stesso una misura incidente sulla libertà personale tutelabile *ex* art. 111.7 della Costituzione[288].

2.8.5 I criteri per l'individuazione dei delitti ex *art. 4-*bis *OP e l'in/scindibilità del reato continuato.*

Anche quest'altro profilo che sta per essere esaminato, di là dell'apprezzamento relativo all'esegesi di tale disposizione, è prodromico alle questioni che verranno affrontate rispetto al principio d'irretroattività ed al "momento" di "creazione" dell'"ergastolo ostativo

[286] Il magistrato di sorveglianza per i condannati definitivi e l'autorità giudiziaria competente per gli imputati (il presidente della corte d'appello se in Cassazione). In caso di doppia veste condannati/imputati è sufficiente la pronuncia del giudice del processo per Cass. pen. sez. I, del 14 maggio 1998, Di Martino, e doppia pronuncia per la giurisprudenza minoritaria.

[287] Cfr., BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati, cit*., p. 137; *contra*, LA GRECA, *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario, cit.*, p. 244 che riconosce al reclamo del pm potere sospensivo.

[288] Cfr., Cass. pen. sez. I, dell'11 marzo 1996, Bandoli; Id., 21 febbraio 1996, Resica; *contra* la giurisprudenza precedente, ritenendo l'istituto riferibile solo alle modalità di esecuzione della pena: Cass. pen. sez. I, del 13 dicembre 1995, Borile; Id., 17 novembre 1993, Pitò.

giurisprudenziale" nella versione "formale" e nella versione "sostanziale" (*infra*, §§ 2.12; 5.1).

L"aspetto più rilevante è il momento in cui il criterio formale è stato integrato o sostituito imprevedibilmente dal criterio sostanziale per l"individuazione dei delitti *ex* 4-*bis*.1 OP (*infra*, §§ 5.2.1; 5.3).

Poiché da quel momento si potrà sostenere sia l"irretroattività dell"applicazione delle condizioni più sfavorevoli (siano esse di fonte legale o giurisprudenziale), sia l"imprevedibilità di tale evoluzione interpretativa.

Si rammenta che al 1° comma dell"art. 4-*bis* OP sono elencati una serie di delitti di „prima fascia", per i quali sono previsti una serie di aggravamenti o divieti.

Nella versione del 1991 tali erano i delitti commessi per finalità di terrorismo o eversione, l"art. 74 DPR 309/90, l"art. 416-*bis* c.p. ed i «delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo».[289]

Con riferimento a queste ultime fattispecie la giurisprudenza di legittimità[290] e di merito[291], fin dal 1991, hanno ritenuto "ostativi" di „prima fascia", oltre ai delitti nominalmente ivi indicati, solo quelli individuabili col criterio formale dell"art. 7 DL 152/1991.

---

[289] Più estensivamente recita l"art. 4-*bis*.1 OP: I «delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonchè per i delitti di cui agli articoli 416-*bis* e 630 del codice penale e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309».

[290] In tal senso, Cass. pen. sezioni unite, del 30 giugno1999 n. 14, Ronga che ha ritenuto scindibili i delitti non/ostativi anche se collegati finalisticamente ai delitti formalmente ostativi, e in tal modo implicitamente negando l"estensibilità della collaborazione.

[291] 4bis OP- Giurisprudenza, cfr., TDS L"Aquila, n. 11/03 RGT,11 febbraio 2003, Furnari; TDS Perugia, n. 600/03, 15 aprile 2003, Mariano; UDS L"Aquila, 740/10 SIUS, 17 dicembre 2010, R.S.G.; GIP-Lucca, n. 13/2000 Es., del 26 gennaio 2001, Musumeci; UDS L"Aquila, n. 38/01 Recl., del 12 giugno 2001, Piacente.

Tant‟è che la Corte Suprema a Sezioni Unite con l‟arresto n. 337 del 9 gennaio **2009**, ha esteso l‟applicabilità di tale aggravante anche ai delitti punibili con l‟ergastolo, prima esclusi *ex lege*[292], proprio per «*la sua efficacia a fini diversi dalla determinazione della pena*» (SU n. 337/2009, § 5.4)[293]. Decisione che diversamente non avrebbe avuto senso, poiché tra i motivi giustificativi di tale estensione invero non si può annoverare (com‟è stato fatto) l‟ipotesi dell‟indulto, del quale l‟ergastolo è escluso a priori (*infra*, § 2.11.1).

Con tale estensione, viene alla luce, la nuova fattispecie di "ergastolo ostativo giurisprudenziale" (versione "formale").

Il rapporto formale con l‟art. 7 DL 152/1991, per l‟individuazione di quei delitti commessi con le "modalità o per agevolare le associazioni mafiose", è giustificato da un preciso legame con la *voluntas legis*. Negli Atti parlamentari n. 2808, *Relazione* introduttiva del sen. Casoli si legge, infatti, un espresso riferimento in tal senso[294].

La stretta connessione di rinvio tra l‟art. 7 DL e l‟art. 4-*bis* OP è spiegata anche dalla circostanza della contestuale introduzione col DL 152/1991, ed entrambi con l‟identica formula contenutistica relativa alle

[292] V., art. 7: Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà.

[293] Cfr., Cass. pen. sezioni unite, del 18 dicembre 2008 - 9 gennaio 2009 n. 337.

[294] 4bis OP - Legislazione, Atto n. 2808, Senato. Infatti, negli Atti parlamentari, p. 5, è possibile leggere: «L‟individuazione delle categorie di condannati per le quali opera la nuova previsione è stata effettuata tenendo conto della "rassegna" già operata dall‟art. 1 dei decreti-legge n. 324 del 1990, n. 5 del 1991 e n. 76 del 1991, e degli emendamenti approvati dalla Camera in sede di conversione: gli accertamenti stabiliti dall‟articolo 4-*bis* della legge n. 354/1975, introdotto dall‟art. 1 del decreto-legge, sono, infatti, richiesti – con le differenze già evidenziate – nei confronti dei condannati per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell‟ordinamento costituzionale; per delitti in ordine ai quali ricorrono le medesime condizioni o finalità previste dalla nuova figura di aggravante stabilita dall‟art. 7 del presente decreto-legge; per delitti di cui agli articoli 416-*bis*, 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 del codice penale, nonché per le più gravi violazioni stabilite dalla legge in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope».

fattispecie sopra sottolineate, come conferma il professor Franco Della Casa già nel 1994[295].

Parallelamente all'estensione dell'art. 7 L. 203/91 ai delitti punibili con l'ergastolo da parte delle precitate Sezioni Unite (n. 337/2008-2009), la giurisprudenza sviluppava un "nuovo secondo" filone interpretativo relativo alla medesima *quaestio*.

Così intorno al 2007-2009 al "criterio formale" venne ad aggiungersi il "criterio sostanziale" (Cass. pen. sez. I, 9 aprile 2008, Sanfilippo; Id., sez. I, 11 luglio 2007, Saraceno), per attrarre, nei delitti di „prima fascia", anche quei delitti non gravati dall'art. 7 del DL 152/1991, e che per tal motivo ne rimanevano esclusi.

Le appena citate e più "antiche" sentenze della Cassazione (Saraceno, 2007 e Sanfilippo, 2008), emesse a distanza di diciotto anni dal DL 306/1992, sono la dimostrazione dell'assenza di precedenti significativi in tal senso e confermano implicitamente l'allontanamento dall'interpretazione formale e più garantista degli anni precedenti (v. *infra*, 5.2.1).

Tale *escamotage* ermeneutico è stato ritenuto necessario soprattutto per i delitti puniti con l'ergastolo, come l'omicidio di „tipo mafioso", per il quale non si era potuto contestare l'art. 7 DL 152/1991 (escluso *ex lege*) ed essendo collocato nella „seconda fascia" *ex* art. 4-*bis*.1 OP, sfuggiva alla più rigorosa disciplina preclusiva prevista per i delitti di „prima fascia" (SU n. 337/2009, § 5.3).

"Nasce" in tal modo l'altra nuova fattispecie di "ergastolo ostativo giurisprudenziale" (versione "sostanziale").

Le citate sentenze (Cass., 2008, Sanfilippo; 2007, Saraceno), rappresentano anche l'indiretto riscontro avverso quelle ordinanze impugnate

[295] Cfr., DELLA CASA, *Le recenti modifiche dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario», cit.*, p. 97.

che iniziavano a discostarsi dal consolidato orientamento ultradecennale che aderiva al criterio formale ed ai principi tracciati dalle SU n. 14/99, 15/97 e dalla Corte cost. n. 361/94 (v. TDS L'Aquila, n. 11/03 RGT, 11 febbraio 2003, Furnari; TDS Perugia, n. 600/03, 15 aprile 2003, Mariano; UDS L'Aquila, 740/10 SIUS, 17 dicembre 2010, R.S.G.; GIP-Lucca, n. 13/2000 Es., del 26 gennaio 2001, Musumeci; UDS L'Aquila, n. 38/01 Recl., del 12 giugno 2001, Piacente). Prima di tale periodo non si assiste ad impugnazioni, da parte dei condannati, delle ordinanze dei giudici di sorveglianza in Cassazione, poiché ammettevano o non ai benefici penitenziari sulla base di non contestati e consolidati criteri formali.

Il nuovo criterio sostanziale si concretizza, invece, nella possibilità del giudice della sorveglianza di "leggere il contenuto della sentenza" per dedurre il contesto entro cui è maturato il delitto. In dottrina si parla della «possibilità, per il magistrato di sorveglianza, di rivalutare il contenuto della sentenza di condanna, al fine di un diversa qualificazione giuridica del fatto di reato»[296].

La *querelle* interpretativa suscitata dall'adozione del criterio sostanziale è stata segnalata dalla dottrina[297] ed è fortemente criticata da una parte della giurisprudenza di legittimità (*infra*, §§ 5.4.2 e 5.4.1)[298].

---

[296] Cfr., DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria, cit.,* p. 182.

[297] *Ibidem*; cfr., CARACENI – CESARI, *L'art. 4bis, cit.*, § 3, pp. 64-65; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.,* pp. 43-44; a favore MANZIONE, *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (D.L. 152/91 e l. 203/91): uno sguardo d'insieme, in Legisl. Pen., cit.*, p. 856; *contra*, DELLA CASA, *Le recenti modifiche dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario», cit.*, p. 97: che ritiene necessario ai fini dell'applicabilità dell'art. 4-*bis*.1 OP che il collegamento tra il delitto associativo e l'ulteriore delitto ad esso collegato sia evidenziato in termini inequivoci, nella sentenza di condanna: ad esempio tramite l'addebito «dell'aggravante dell'art. 7 comma 1° DL 152/91, la quale risultando espressa negli stessi identici termini della formula impiegata nell'art. 4-*bis* ord. penit., costituisce al riguardo un'indicazione di ineguagliabile significatività».

[298] In tal senso, Cass. pen. sez. I, n. 31636 del 9 maggio 2014, Parabita; Cass. pen. sez. I, n. 25954 del 27 giugno 2008: la reazione autorevole a questo *escamotage* ermeneutico per il pericolo di uno scivolamento in una visione sostanziale del reato, si è avuta con la *ratio* espressa dalla Prima Sezione penale della Cassazione, che ha evidenziato la violazione di principi cardine come quelli della *res iu-*

Un "rischio" già paventato e condannato dal sen. Battello (in sede di discussione per la conversione in legge dell'art. 1 del DL 152/1991) che metteva in guardia dal rischio che tale norma potesse divenire «un contenitore di categorie in relazione alle quali la discrezionalità del giudice, che per altri versi qui si vuole limitare, può diventare prepotente»[299].

2.8.6 Segue. Le SU del 30 giugno 1999, n. 14, Ronga: sull'in/scindibilità.

La svolta interpretativa rappresentata dall'adozione del criterio sostanziale, oltre a dover fare i conti con il vincolante "dato interpretativo" espresso nella *Relazione* introduttiva all'atto di conversione del decreto-legge n. 152/91, confligge, inoltre, con l'insuperata pronuncia delle Sezioni Unite n. 14 del 1999 che, stabilendo la scindibilità dei delitti ostativi e non in caso di concorrenza[300] per l'ammissione ai benefici penitenziari «anche se finalisticamente collegati», sembra stabilire la preferenza del criterio formale per l'individuazione dei delitti assoggettabili alla disciplina preclusiva *ex* art. 4-*bis* OP.

Poiché laddove si riconosce la scindibilità del cumulo giuridico comprendente delitti ostativi e non „finalisticamente collegati", si è di fronte a delitti teleologicamente connessi. D'altra parte se la Corte a Sezioni

---

dicata e del potere d'azione del PM; in questi termini, Cass. pen., del 23 aprile 2010, Conte, R. pen. 11, 452: « in relazione a imputazione riferita genericamente all'art. 416 c.p. senza alcun richiamo ai co. 1° e 3° indicati nell'art. 4-bis co. 1°-ter, cui non può sopperire la menzione del ruolo di organizzatore e partecipe dell'associazione a delinquere contenuto in sentenza con riguardo al condannato»; *contra*, le già citate, Cass. sez. I, 9 aprile 2008, Sanfilippo, in *Ced. Cass*. n. 240005; Cass. sez. I, 11 luglio 2007, Saraceno, in Ced. Cass. n. 237295; Cass. sez. I, 27 giugno 2001, Mammoliti, in *Ced. Cass*. n. 219593.

[299] Cfr., 4bis OP - Legislazione, *Atti*, Senato, 531° Seduta del 19 giungo 1991, p. 12; in tal senso, CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit*., p. 37: che a distanza di circa venti anni, prende atto di come le «ipotesi criminose definite attraverso clausole estensive di carattere generale e di difficile interpretazione» sono capaci di dilatare oltremodo il modello derogatorio. Sulla difficoltà di un'autonoma definizione giuridico penale di criminalità organizzata, che si riflette sulla delimitazione dell'ambito di operatività del complesso di norme eccezionali volte a contrastarla, si veda la presentazione agli *Atti della giornata di studio*, Macerata 13 maggio 1993, raccolti nel volume *Lotta alla criminalità organizzata*: gli strumenti normativi, XI.

[300] Cfr., PULVIRENTI, *Codice penitenziario commentato, cit.,* p. 29; CARACENI – CESARI, *L'art. 4bis, cit*., pp. 65-66.

Unite si è occupata di dirimere proprio la controversia tra chi sosteneva l'inscindibilità dei delitti "non ostativi", ma finalisticamente collegati a quelli "ostativi" (ed estensione della collaborazione anche ai non ostativi), e chi sosteneva la scindibilità, l'accoglimento del secondo orientamento e la *ratio* sottostante non dovrebbero lasciare dubbi[301].

Ed in tal senso, tale sentenza, è stata interpretata costantemente dai giudici di merito (gip o uffici e tribunali di sorveglianza), in occasione della richiesta scindibilità tra delitto ostativo e pena all'ergastolo[302].

La giurisprudenza di merito ritiene (o meglio riteneva) "ostativi" solo i delitti formalmente individuabili (escludendo l'omicidio, pure ritenuto in continuazione col delitto associativo), tanto che giungeva alla revoca del regime speciale *ex* art. 41-*bis* OP, previo scorporo del reato associa-

[301] In tal senso, Cass. pen. sezioni unite, del 30 giugno 1999 n. 14, Ronga, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 570ss: si è risolto un conflitto tra due orientamenti contrastanti, ossia tra chi sosteneva che per i reati riuniti sotto il vincolo della continuazione era esclusa la scindibilità del cumulo ed estendeva l'obbligo della collaborazione oltre al reato ostativo ai benefici, sino a ricomprendere tutti i delitti finalisticamente collegati col medesimo (Sez. I, 23 marzo 1994 <M> n. 198823; Sez. I, 12 novembre 1996 <L> n. 205998), e chi invece contrariamente riteneva possibile la scindibilità e relativa ammissibilità ai benefici per i reati anche finalisticamente collegati (Sez. I, 9 novembre 1992 CED n. 192414; Sez. I, 18 settembre 1997 <M> n. 208512). Con tale decisione le Sezioni Unite hanno censurato il primo ed accolto quest'ultimo orientamento perché più favorevole e rispondente ai principi costituzionali, già tracciati (a Sezioni Unite 26 novembre 1997, n. 15, Vernelli e Corte cost., del 27 luglio 1994 n. 361 in *Giur. cost.*, 1994, pp. 2943ss con nota di commento di FIORIO, *"Composizione sulla pena" e benefici penitenziari, ivi*, p. 3214). Appare pleonastico, ma a questo punto necessario, precisare che se è stata ammessa la possibilità di scindere e accedere ai benefici penitenziari ai delitti finalisticamente collegati a quelli ostativi, ciò conferma come non sia sufficiente "l'esame della sentenza" per stabilirne l'ostatività. Poiché è chiaro che per stabilire che siano delitti finalisticamente collegati, lo si stabilisce attraverso l'esame della sentenza o dei fatti di causa; CARACENI – CESARI, *L'art. 4-bis, cit.,* § 5, pp. 65-68; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*, p. 45: la giurisprudenza aveva inizialmente affermato l'inscindibilità del cumulo nel quale le singole pene perdono autonomia e rilevanza. «Si negava dunque la possibilità di procedere allo scioglimento, sia pur fittizio, del cumulo qualora si trattasse di valutare la pericolosità del soggetto al solo scopo di stabilire se siano stati recisi i legami con la criminalità organizzata. La soluzione interpretativa era stata tuttavia censurata dalla Corte costituzionale, secondo la quale collegare il permanere della pericolosità soggettiva al dato contingente di un rapporto esecutivo in atto significa configurare in modo differente il regime dei presupposti per l'applicazione delle misure alternative in forza di circostanze meramente casuali […] con conseguente violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevole discriminazione di situazioni tra loro assimilabili».

[302] 4bis OP- Giurisprudenza, TDS L'Aquila, n. 11/03 RGT, 11 febbraio 2003, Furnari; TDS Perugia, n. 600/03, 15 aprile 2003, Mariano; UDS L'Aquila, 740/10 SIUS, 17 dicembre 2010, R.S.G.; GIP-Lucca, n. 13/2000 Es., del 26 gennaio 2001, Musumeci; UDS L'Aquila, n. 38/01 Recl., del 12 giugno 2001, Piacente.

tivo (espiato) dal reato omicidiario per il quale era stata comminata la pena all"ergastolo ancora in esecuzione.

Sulla scindibilità della pena inflitta per delitto ostativo concorrente con la pena dell"ergastolo per l"accesso ai benefici penitenziari, si è espressa anche la Corte di Cassazione[303].

Significativo il corollario (in caso di concorrenza di diverse pene ostativa e non), sull"unanime priorità assegnata alla pena espiata, imputata prioritariamente al reato cosiddetto ostativo scisso[304]. Discutendo poi, sul *dies a quo*, se decorrente dal giorno di arresto[305], ovvero dal momento di scadenza della pena ostativa scissa (e non dal momento di inizio detenzione)[306]. Confermativa, in tal senso, è la vicenda narrata dal magistrato Elvio Fassone, nel suo *Fine pena: ora*, al quale si rinvia[307].

Altra questione postasi a seguito dell"affermazione della scindibilità di reati ritenuti finalisticamente collegati, è quella relativa alla quantificazione del reato minore ostativo (ritenuto in continuazione) al momento della scissione dalla pena principale non ostativa. La giurisprudenza ha respinto la soluzione che individua tale quota nella pena concretamente

[303] Cass. pen sez. I, del 2 marzo 2010 n. 18119, Cuccuru; Cass. pen. sez. I, dell"11 febbraio 2000, Fusaro, in *Riv. pen*., 2000, p. 703.

[304] Cfr., Cass. pen. sez. I, dl 15 febbraio 2000, Sileno (inclusa la liberazione anticipata); cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.,* pp. 47-48.

[305] Cfr., Cass. pen. sez. I, decisa il 13 gennaio 2010, Finocchiaro, la vicenda evidenzia come nonostante il detenuto fosse condannato all"ergastolo per omicidi mafiosi, per i quali aveva subito la condanna all"ergastolo, per il TDS di Firenze, solo l"associazione per traffico di stupefacenti e quella mafiosa, risultavano ostativi ai benefici penitenziari. Il TDS di Firenze, infatti, riteneva ammissibile la richiesta di semilibertà, a patto che oltre ai 16 anni di reclusione inflitti per il traffico di stupefacenti e associazione mafiosa, fossero espiati anche i 20 anni di reclusione necessari per la pena dell"ergastolo (totale 36 anni). Mentre fruiva di regolari permessi, concessi dal MS, avendo espiato 16+10 anni di reclusione. La Cassazione ha accolto il ricorso, ritenendo che le pene cumulate, dovessero intendersi come pena unica e pertanto il *dies a quo* da computare per l"accesso al beneficio richiesto, doveva essere la data iniziale di decorrenza pena del cumulo; cfr., Cass. pen. sez. I, del 14 novembre 2001, Caroppo, in Ced Cass. n. 220374.

[306] Cfr., Cass, pen. sez. I, del 7 ottobre 2003, Rizzo.

[307] E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, Sellerio, 2015, pp. 104ss.

inflitta in sentenza a titolo di aumento, accogliendo quella del ripristino della pena edittale, calcolata nel minimo, prevista per il reato ostativo[308].

Ne consegue che (per il tema in discussione: adottabilità del criterio sostanziale per l‟individuazione dei delitti *ex* art. 4-*bis*.1 OP), non può ammettersi la scindibilità per l‟accesso ai benefici penitenziari, salvo poi richiedere per i reati scissi la collaborazione, vanificandone gli effetti. Poiché è lapalissiano che attraverso la lettura della sentenza laddove si tratti di delitti „collegati finalisticamente‟ non potranno che risultare sostanzialmente "ostativi".

Si può opporre a questa interpretazione che le Sezioni Unite nel 1999 si siano espresse su una questione relativa a reati di traffico di stupefacenti (ostativo) e spaccio di stupefacenti (non ostativo) finalisticamente collegati. Per i quali manca all‟interno dell‟art. 4-*bis*.1 OP, quella formulazione aperta "e delitti commessi avvalendosi del/ o per agevolare/ l‟associazione mafiosa", che oggi legittima l‟adozione del criterio "sostanziale" per ritenere l‟ostatività anche in assenza dell‟art. 7 L. 203/1991. Ma si andrebbe a discutere di altra questione. Poiché s‟ignorerebbero le premesse di fondo, ossia che anche la "formula aperta" succitata per operare, nel 1999, abbisognava dell‟appiglio formale dell‟art. 7 citato.

A ciò s‟aggiunga che la *ratio decidendi* espressa nel 1999 dalle SU (n. 14/1999), è stata interpretata all‟unanimità dalla giurisprudenza di merito[309] e di legittimità[310] per la scindibilità tra delitti associativi e omicidiari puniti con l‟ergastolo (proprio per l‟ammissione ai benefici penitenzia-

[308] Cfr., Cass. pen. sez. I, dell‟11 febbraio 2000, Fusaro, in *Riv. pen*., 2000, p. 703; cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*, p. 47.

[309] 4bis OP- Giurisprudenza, cfr., TDS L‟Aquila, n. 11/03 RGT,11 febbraio 2003, Furnari; TDS Perugia, n. 600/03, 15 aprile 2003, Mariano; UDS L‟Aquila, 740/10 SIUS, 17 dicembre 2010, R.S.G.; GIP-Lucca, n. 13/2000 Es., del 26 gennaio 2001, Musumeci; UDS L‟Aquila, n. 38/01 Recl., del 12 giugno 2001, Piacente.

[310] Cfr., Cass. pen sez. I, del 2 marzo 2010 n. 18119, Cuccuru.

ri), dunque al di là dei delitti relativi al "traffico e spaccio di sostanze stupefacenti".

Argomenti questi sufficienti a neutralizzare opinioni che tendono a "limitare" l'operatività della *ratio decidendi* espressa dalle Sezioni Unite (n. 14/99).

E ciò che comunque rileva, in questa sede, è l'interpretazione costante derivata da tale *ratio* o l'affidamento che tale interpretazione ha confermato nei consociati e fino al "mutamento" del 2007-2009.

Sulla scindibilità dei delitti finalisticamente collegati, Corte costituzionale[311] e Sezioni Unite sono uniformi[312]. Ciononostante ancora oggi si assiste a comportamenti non univoci da parte della Cassazione[313].

Atteggiamenti poco canonici tenuto conto che il superamento di una pronuncia a Sezioni Unite non potrebbe avvenire per intervento di una singola Sezione della Suprema Corte, poiché *ex* art. 618 c.p.p., è prevista la restituzione della questione alle Sezioni Unite[314].

2.9 La collaborazione ex *art. 58*-ter *OP.*

Con l'originaria introduzione dell'art. 4-*bis* OP, è stata posta, per la concessione dei benefici penitenziari, solo la condizione dell'assenza dei

---

[311] Cfr., Corte cost., 27 luglio 1994, n. 361 in *Giur. cost.* 1994, pp. 2943ss, con nota di commento di FIORIO, "*Composizioni sulla pena" e benefici penitenziari*, *ivi*, p. 3214.

[312] In tal senso, DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria, cit.,* p. 183: laddove dà conto dell'ulteriore *querelle* interpretativa in ordine all'operatività del divieto *ex* art. 4-*bis*.1 OP nel caso di concorrenza di pluralità di reati, alcuni solo dei quali c.d. ostativi. Concludendo, come l'inscindibilità non sia conforme a Costituzione e come le SU abbiano posto termine a tali oscillamenti interpretativi con l'arresto del 30 giugno 1999 – Ronga.

[313] In tal senso, CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit*., pp. 44ss: Anche dopo che la Corte costituzionale aveva censurato, per la «violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevole discriminazione di situazioni tra loro assimilabili» l'orientamento che affermava l'inscindibilità, parte della giurisprudenza seguitava in tal senso (cass. pen. sez. I, del 12 gennaio 1995, Manna), addirittura confutando le argomentazioni della Consulta. Né è valso l'intervento delle Sezioni Unite 14/1999 (e 15/1997), che ha ritenuto scindibile il vincolo della continuazione, con un orientamento improntato al favor poiché ancora si assiste a pronunce in senso contrario (Cass. sez. I, del 9 gennaio 2009, Saponaro, in *Ced cass*. n. 242842).

[314] Così, l'art. 618 c.p.p.: «1. Se una sezione della corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite (att. 170, 172, 173.3)».

collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva, oltre a soglie maggiori di pena da espiare.

Tra i delitti di „prima fascia" e quelli di „seconda fascia", nel 1991, la differenza consisteva nella diversa modalità di accertamento della assenza dei collegamenti, necessitando la prova positiva dell'assenza per i primi, mentre restava sufficiente la prova negativa per i secondi.

Attualmente, invece, il maggior discrimine tra i condannati per delitti di „prima fascia" e tutti i restanti, consiste nella condizione della collaborazione con la giustizia *ex* art. 58-*ter* OP richiesta solo ai primi.

La condizione collaborativa afferma un inedito principio secondo il quale *in executivis* non è più rivendicabile il generale diritto al silenzio "*nemo tenetur se detergere*", stabilendo al contrario l'operatività del «l'incivile broccardo *carceratus tenetur alios detergere*»[315], per il qual è necessaria la collaborazione con la giustizia in relazione ai fatti di condanna, per accedere ai cosiddetti benefici penitenziari. Una costrizione che pone seri dubbi di costituzionalità in relazione agli artt. 13.4[316], 24, 111 Cost., 3 e 6 CEDU[317].

Coloro che collaborano *ex* art. 58-*ter* OP[318] (categoria eterogenea anche questa)[319] non solo non subiscono i divieti posti dall'art. 4-*bis* OP,

---

[315] Cfr., FILIPPI - SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 237; D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.*, p. 313.

[316] Vedi, l'art. 13.4 Cost.: «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni della libertà».

[317] In questi termini, nell'opinione dissenziente il giudice spagnolo della Corte EDU, Grand Chamber, case of *Kafkaris v. Cyprus* (Application no. 21906/04) del 12 february 2008 (n. 21906/04), *Partly dissenting opinion of judge Borrego Borrego*, §§ 7ss: definisce tortura la condizione collaborativa proposta per l'accesso al rilascio anticipato; in tal senso, G. VARRASO, in *Giust. Pen.*, 2004, I, p. 86, la presunzione assoluta così congegnata confliggerebbe con gli art. 24 e 111 della Costituzione e dell'art. 6 CEDU che vogliono neutra la scelta dell'imputato di non collaborare e il suo diritto di difesa.

[318] In tal senso, l'art. 58-*ter* OP, introdotto con l'art. 1 comma 5 del DL 152/91 che considera collaboratori di giustizia «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 raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati» (comma 1).

[319] Cfr., A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, 1995; C. RUGA RIVA, *Il premio per la col-*

ma se sottoposti allo «speciale programma di protezione»[320] *ex* L. 82 del 15 marzo 1991 possono essere ammessi ai benefici penitenziari anche sotto la soglia di pena minima ordinariamente prevista[321], ed in teoria, finanche senza la partecipazione all'opera rieducativa[322].

Per la giurisprudenza, la collaborazione non comporta necessariamente l'ammissione di responsabilità[323], ma deve avere ad oggetto i fatti ed i reati di condanna per cui si chiede il beneficio e può ricomprendere anche i reati finalisticamente collegati[324].

Qualche incertezza si registra in ordine alla competenza per l'accertamento *ex* art. 58-*ter* OP, seppur in prevalenza, valorizzando il dato letterale, si ritiene spetti al tribunale di sorveglianza[325]. Di contro v'è anche una parte della dottrina e della giurisprudenza che, facendo leva sull'assenza di norme che regolino il rapporto tra tribunale e magistrato di sorveglianza, sostengono che spetti all'organo competente di volta in volta a decidere sul beneficio[326]. Lacuna rimasta anche a seguito

---

laborazione processuale, Milano, 2002; A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*., 1994, p. 871.

[320] Il programma di protezione è riservato a coloro che per effetto della collaborazione, relativamente ai delitti previsti dall'art. 380 c.p.p., sono esposti a grave ed attuale pericolo. Competente a deliberare l'ammissione al programma di protezione, contenuto e durata, su proposta del procuratore della Repubblica, è una commissione composta da un sottosegretario di Stato che la presiede, due magistrati e cinque funzionari e ufficiali esperti del settore. La commissione è sentita dalla magistratura della sorveglianza in ordine alla concessione si benefici penitenziari.

[321] Così, l'art. 13-*ter*.2 della legge 82/91 stabilisce che per tali condannati, l'ammissione ai benefici può avvenire "anche in deroga alle vigenti disposizioni, ivi comprese quelle relative ai limiti di pena di cui agli artt. 21, 30-*ter*, 47, 47-*ter* e 50 OP.

[322] Cfr., PULVIRENTI, *Codice penitenziario commentato, cit*., p. 24; GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva di emergenza in materia penitenziaria*, *cit*., p. 127.

[323] Cfr., Cass. pen. sez. I, dell'11 gennaio 1996, Lepanto.

[324] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 6 maggio 1997, Battisti.

[325] Sulla competenza esclusiva del TDS, cfr., DELLA CASA, *Le recenti modifiche dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario», cit.,* p. 109, che si piega al senso letterale dell'art. 58-*ter*, ferme le perplessità sulla diversa competenza funzionale dei due organi; cfr., A. BERNASCONI, *Indissolubile il legame tra collaborazione con la giustizia e benefici penitenziari?*, in *Cass. Pen*., 1997, n. 3579, nt. 27; F. P. C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità. Brevi note sul d.l. 13 maggio 1991, n. 152 convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 445; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, IIa ed. Torino, 2011, p. 313; D'ONOFRIO - SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione, cit.*, p. 314.

[326] Cfr., DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria, cit.*, p. 181; CANEPA – MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, 9° ed., Milano, 2010, p. 494, per i quali tribunale di sorveglianza è da

dell‟intervento della giurisprudenza costituzionale che si è occupata della materia ma sotto altri profili[327].

La questione si è posta poiché mentre l‟art. 4-*bis* OP nel tempo ha subito vari correttivi, l‟art. 58-*ter* OP è rimasto invariato[328], invece, d‟essere ricalibrato in modo da prevedere espressamente l‟attribuzione della competenza funzionale al tribunale della sorveglianza sia per l‟accertamento della condotta collaborativa che per quelle ipotesi sopravvenute di collaborazione impossibile o inesigibile[329].

2.9.1 La collaborazione irrilevante o impossibile.

L‟art. 4-*bis* comma 1-*bis* OP prevede alcune ipotesi alternative alla collaborazione *ex* art. 58-*ter* OP[330] ai fini dell‟accesso ai benefici penitenziari per i condannati per delitti di „prima fascia‟.

La prima ipotesi afferisce ad una forma di collaborazione attenuata, offerta dal detenuto, nei casi in cui sia stata riconosciuta almeno una delle circostanze attenuanti *ex* artt. 62 n. 6, 114 o 116.2 c.p.. La stessa consente l‟accesso ai benefici penitenziari, sempre che sia stata esclusa l‟attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, anche laddove la collaborazione offerta risulti oggettivamente irrilevante.

Nel caso di attenuante per risarcimento del danno (62 n. 6 c.p.), questo può avvenire prima o dopo il processo, in modo integrale o in relazione

---

intendersi magistratura di sorveglianza; cfr., UDS Napoli, SIUS n. 2013/13430, Bonanno; in tal senso, TDS Napoli, n. 2012/250, Campisi, che rinvia all‟UDS per «l‟accertamento di collaborazione impossibile per integrale accertamento dei fatti», v. in 4bis OP- Giurisprudenza (v. cartella su Competenza 58-*ter* - contiene le ordinanze citate).

[327] Cfr., Corte cost., nn. 357/1994 e 68/1995; cfr., A. RICCI, *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L"ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo"*, s.l., Cedam, 2013, p. 78.

[328] Recita il comma 2 dell‟art. 58-*ter* OP: «Le condotte indicate nel 1° comma, sono accertate dal tribunale di sorveglianza, assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione».

[329] Cfr., RICCI, *Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L"ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo", cit*., pp. 77ss.

[330] Le ipotesi in trattazione sono state introdotte nell‟art. 4-*bis* OP con L. 356 del 7 agosto 1992, la collaborazione attenuata, mentre quelle di collaborazione impossibile o inesigibile sono state introdotte con L. 279/2002.

alle condizioni economiche dell"autore del reato. La valutazione circa la congruità della condotta riparatoria postuma è rimessa al tribunale di sorveglianza o all"arbitrio delle parti[331].

Il risarcimento dev"essere attuato spontaneamente, può essere valutato come indice di ravvedimento ed è rilevante ai fini dell"ammissione ai benefici, quali che siano i motivi sottostanti[332].

Nel caso di attenuante *ex* art. 116.2 c.p., per reato diverso più grave di quello voluto o nel caso si realizzi quello voluto e quello non voluto (ostativo), le preclusioni dell"art. 4-*bis* OP sono neutralizzate dal riconoscimento dell"attenuante.

Mentre nel caso di attenuante (114 c.p.) concessa per il ruolo limitato del condannato nel fatto criminoso, è proprio la limitatezza partecipativa a giustificare un regime più attenuato per il superamento dei divieti *ex* art. 4-*bis*.1 OP.

Le altre ipotesi previste al comma 1-*bis ex* art. 4-*bis* OP, si riferiscono:

> ai casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l"integrale accertamento dei fatti e responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un"utile collaborazione con la giustizia.

In tali casi si parla di collaborazione „impossibile" o „inesigibile".

Gli aspetti più problematici delle suddette ipotesi, nell"attuazione pratica, si rivelano nel momento in cui è necessario determinare le due fattispecie, nei criteri valutativi adottabili e in rapporto a quali fatti storici debba articolarsi la valutazione[333].

---

[331] Cfr., Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit*., p. 56.
[332] *Ibidem*.
[333] Cfr., RICCI, *Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L"ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo", cit.,* p. 34, autore al quale si rinvia per una trattazione approfondita delle tematiche accennate; cfr., Cass. pen. sez. I, del 13

La fattispecie d"inesigibilità di un"utile collaborazione è stata introdotta con la L. 279/2002. Traducendo la *ratio* espressa dalla Corte costituzionale (68/1995, 357/1994 e 306/1993)[334] che ha esteso in via interpretativa il concetto di collaborazione oggettivamente irrilevante all"ipotesi di integrale accertamento dei fatti e responsabilità. Ossia quei casi in cui il processo «abbia posto definitiva chiarezza su quanti e chi sono i responsabili dei fatti di reato»[335] e renda inesigibile la collaborazione o

maggio 1994 n. 2231: "Il giudizio di accertamento di collaborazione impossibile costituisce un semplice dato storico da accertare sulla base della sentenza di condanna, che è pervenuta a quel giudizio a seguito delle risultanze probatorie acquisite"; negli stessi termini, Corte cost., n. 68/1995: Ne consegue che (come per quello di collaborazione), «deve avere ad oggetto esclusivamente i reati per i quali il soggetto ha riportato sentenza di condanna in via definitiva»; in tal senso, TDS-Venezia 17 dicembre 2014 n. 2014/3552 ord. n. SIUS 2014/3482: «e non per reati per i quali il soggetto non è stato indagato, assolto o prosciolto»; allo stesso modo, Cass. pen. sez. I, 19 dicembre 1997 n. 7183: «Il principio di scioglimento del cumulo ormai affermatosi nella giurisprudenza impone ai fini del presente accertamento, di tener conto unicamente dei reati di cui è tuttora in corso di espiazione, e di accogliere l"istanza nel caso in cui per alcuni dei reati inclusi nel cumulo non sia sussistente la fattispecie della collaborazione impossibile, purché per tali reati la pena risulti interamente espiata»; in questi termini, TDS Roma, 25 settembre 2009 n. 3802/2009, 814/09 SIUS; in questi termini, TDS Venezia 17 dicembre 2014 n. 2014/3552: la «declaratoria di non/avvenuta collaborazione non è necessaria per quella porzione di pena che risulta espiata», dichiarata anche previo scorporo pena, poiché lo scioglimento del cumulo può avvenire ogni qualvolta è di pregiudizio al condannato (Cass. pen. sezioni unite, del 30 giugno 1999 – Ronga e Corte cost. 361/1994); in questi termini, Corte cost., n. 386/1989: Poiché «nessuna rilevanza può assegnarsi a una pena (o parte di essa) che era venuta meno per la causa principale di consumazione della pena: l"espiazione»; *contra*, Cass. pen., 2014 n. 43391; in altri termini, TDS Catanzaro, n. 2014/2508 RG Sius del 14 maggio 2015, Mariano: «l"accertamento della utile collaborazione *ex* art. 58-*ter* […], non può essere limitato ai delitti ostativi a tale concessione, ma deve venire esteso a tutti i delitti che siano con questi finalisticamente collegati, in quanto l"unicità del reato continuato postula un giudizio globale sulla personalità del condannato e del suo concreto ravvedimento, con riferimento a tutti i fatti e le responsabilità oggetto del processo sfociato nella sentenza definitiva. (Fattispecie in cui la corte ha giudicato corretta la decisione impugnata laddove aveva ritenuto la necessità della collaborazione anche con riferimento a reati non ostativi oggetto di condono o coperti da prescrizione)»: 4bis OP- Giurisprudenza.

[334] In questi termini, Corte cost., n. 306/1993, §11: «All'ipotesi in cui vi sia offerta di collaborazione oggettivamente irrilevante nei risultati può infatti agevolmente assimilarsi, per identità di *ratio*, quella in cui un'utile collaborazione non sia possibile perché fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati o perché la posizione marginale nell'organizzazione non consente di conoscere fatti e compartecipi pertinenti al livello superiore».

[335] Cfr., Cass. pen., 2012 n. 652; in tal senso, TDS Venezia, SIUS 2014/3482 del 17 dicembre 2014: «L"integrale accertamento dei fatti e responsabilità non necessariamente corrisponde ad un riconoscimento di responsabilità penale per tutti gli imputati coinvolti poiché la norma non presuppone che, in relazione ad uno specifica contestazione il giudizio di merito sia approdato necessariamente ad una sentenza di condanna nei confronti di tutti gli imputati essendo sufficiente che l"accertamento giudiziale abbia posto definitiva chiarezza su quanti e chi sono i responsabili dei fatti di reato»; cfr. Cass. pen. sez. I, del 16 febbraio 2012 n. 14281: 4bis OP- Giurisprudenza.

perché la limitata partecipazione al fatto criminoso rende impossibile un‟utile collaborazione con la giustizia[336].

In entrambe le fattispecie rileva l‟imprescindibile criterio dell‟"utilità", che opera anche nel senso di delimitare il perimetro dei fatti da verificare. Escludendo da essi tutti i casi in cui si pervenisse ad un risultato „inutile‟ (es. prescrizione del reato, ovvero di sentenza assolutoria, per l‟operatività del divieto di *bis in idem*). Anche se parte della giurisprudenza è di diverso avviso[337], sostenendo come nei casi di delitti finalisticamente collegati «l‟unicità del reato postula un giudizio globale sulla personalità del condannato e del suo concreto ravvedimento».

Orientamento quest‟ultimo che confligge ad un atto comparativo con la fattispecie di collaborazione inesigibile per integrale accertamento dei fatti di condanna. Per quest‟ultima ipotesi, infatti, non rileva in alcun modo il „concreto ravvedimento‟, ma solo l‟„impossibilità‟ derivante dall‟„inutilità‟ della collaborazione offerta.

Pertanto l‟orientamento che ritiene possibile la collaborazione anche se „concretamente inutile‟ mostra i segni di un‟irragionevole e ingiustificabile disparità di trattamento.

Quanto alla competenza per l‟accertamento di collaborazione irrilevante, inesigibile o impossibile, considerato che, per le presenti ipotesi, il legislatore non si è posto in alcun modo la questione procedimentale (essendosi limitato ad introdurre nell‟ordinamento penitenziario solo le fattispecie "sostanziali"), per analogia, deve ritenersi adottabile la relativa disciplina sulla competenza prevista per l‟accertamento della collaborazione *ex* art. 58-*ter* OP, con le relative incertezze già esaminate ed alle quali si rinvia (*supra* § 2.9).

[336] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 16 febbraio 2012 n. 14281; cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*, p. 59.
[337] Cfr., Cass. pen., 2014 n. 43391, *citata*.

2.9.2 Collaborazione impossibile per esposizione a gravi pericoli e innocenza indimostrabile.

L'art. 4-*bis*.1 OP del 1992 ha introdotto la condizione della collaborazione come presupposto essenziale per l'accesso alle misure extramurarie. La relazione collaborazione-benefici è fondata su una presunzione assoluta (o legale) di pericolosità sociale fondata sul titolo di reato che può essere vinta solo dalla condotta collaborativa.

Questo nesso ontologico è stato eroso dalla giurisprudenza costituzionale con diverse pronunce[338] con le quali è stato relativizzato il binomio inversamente proporzionale collaborazione/pericolosità. Anzitutto ciò è avvenuto per i casi di revoca delle misure extramurarie previsti con la L. 356/1992. Successivamente con la previsione delle ipotesi di collaborazione impossibile o inesigibile. Ed infine, con l'affermazione del principio d'irretroattività legato ai progressi trattamentali rieducativi del condannato. Questi ultimi sono stati ritenuti sufficienti a superare la presunzione legale in discussione, sempre che sia dimostrata l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

In precedenza si sono esaminate le ipotesi alternative alla collaborazione: attenuata-irrilevante, inesigibile e impossibile (*supra* § 2.9.1). Le ultime due, come scritto, originate dalla Corte costituzionale, sono state poi tradotte in legge nel 2002 (n. 279).

Ma la Corte costituzionale già nel 1993 (n. 306), in occasione della declaratoria parziale d'illegittimità costituzionale della L. 356/1992 nella succitata parte in cui prevedeva la revocabilità delle misure extramurarie, ha stabilito che:

> la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere frutto di incolpevole impossibilità di prestarla, ovvero es-

[338] Corte cost., nn. 306/1993; 357/1994; 68/1995; 504/1995; 445/1997; 137/1999.

sere conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio, l'esposizione a gravi pericoli per sè o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare[339].

Ipotesi quest"ultima, che nonostante sia stata espressa dalla Corte contestualmente a quelle di collaborazione impossibile ed inesigibile[340], irragionevolmente non è stata poi tradotta in legge come le ipotesi "gemelle".

Nell"occasione la Corte era stata chiamata a pronunciarsi anche sull"ipotesi del condannato innocente. Ma in ordine a tale questione ha concluso che non poteva farsi rientrare in quella di collaborazione impossibile, «giacché tale evenienza può assumere giuridica rilevanza solo a seguito di apposita procedura di revisione» (n. 306/1993, §12).

Naturalmente tale posizione non considera la possibilità dei casi di innocenza indimostrabile e la doppia ingiustizia che si trova a subire l"innocente che oltre alla perdita della libertà, se condannato alla pena dell"ergastolo cosiddetto ostativo, subisce una pena finché morte non sopraggiunga[341]. In tal caso, infatti, il condannato sarebbe assolutamente

---

[339] Cfr., Corte cost., n. 306 dell"11 giugno 1993, § 13; alcuni autori si sono chiesti per quale motivo tali cause valgano per impedire la revoca e non anche per la concessione del beneficio, in tal senso, A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 494: «I principi di colpevolezza, individualizzazione e di proporzionalità, la cui violazione, infatti, ha determinato l"incostituzionalità della revoca automatica, vengono violati anche negando l"accesso ai benefici penitenziari a quel detenuto che non ha collaborato con la giustizia».

[340] In questi termini, Corte cost., n. 306/1993, n. 306, § 11 (parte motiva): «ben può essere estesa, in via interpretativa, la disposizione aggiuntiva introdotta con la legge di conversione. All'ipotesi in cui vi sia offerta di collaborazione oggettivamente irrilevante nei risultati può infatti agevolmente assimilarsi, per identità di *ratio*, quella in cui un'utile collaborazione non sia possibile perché fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati o perché la posizione marginale nell'organizzazione non consente di conoscere fatti e compartecipi pertinenti al livello superiore»; cfr., in *Cass. pen.* 1994, 837, con nota di A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 861; cfr., commenti di FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la «collaborazione» come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.* 1993, p. 2505 e M. MARGARITELLI, *I limiti applicativi della liberazione anticipata all"esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1993, pp. 2511ss.

[341] Uno degli ultimi casi più eclatanti, riguarda i 7 innocenti, condannati all"ergastolo per la strage "Borsellino", scoperti tali dopo diciotto anni di carcere e che erano destinati a morire in carcere, poiché si era in presenza di ergastolo c.d. ostativo e non potevano offrire alcuna collaborazione. Magazine (clicca sopra).

impossibilitato a prestare collaborazione, come nell'occasione rilevavano i giudici rimettenti.[342] e come sostiene la dottrina[343].

Non soddisfa la soluzione prospettata dalla Corte, poiché in tale ipotesi, la „revisione", assumerebbe una rilevanza giuridica solo per la scarcerazione dell'innocente, non per l'accesso alle misure extramurarie.

In ambito penitenziario, invece, è necessario prevedere dei rimedi, nell'astratta eventualità d'innocenza indimostrabile, sulla falsa riga dell'art. 643 c.p.p., in tema di errore giudiziario, che rendano possibile l'accesso ai c.d. benefici penitenziari. Una soluzione potrebbe essere quella di prevedere, che nei casi di condanne non fondate su elementi di prova incontrovertibili, la proclamazione d'innocenza del condannato possa essere valutata unitamente ad altri elementi significativi per il superamento della condizione collaborativa *ex* art. 58-*ter*. Procedendo in tal modo nel solco della relativizzazione della presunzione assoluta (4-*bis*.1 OP), prospettata dalla dottrina (*infra*, § 5.9) e già avviata dalla Corte costituzionale con le ipotesi alternative alla collaborazione summenzionate.

---

[342] In questi termini, Corte cost., n. 306/1993, § 4.1.1: «fino ad arrivare al caso, estremo ma pur sempre possibile (stante la previsione normativa dell'errore giudiziario: artt. 643 ss. cod. proc. pen.), di chi non sia responsabile del delitto per cui è stato condannato e non possa perciò prestare alcuna collaborazione. Inoltre, quanto più ci si distacca dal momento dei fatti, tanto più la collaborazione può risultare non verificabile o non praticabile: sicchè la norma impugnata, applicandosi indifferentemente a tutte le situazioni, comprese quelle in cui la collaborazione è impraticabile, si risolve in una inammissibilità pura e semplice al sistema di interventi penitenziari alternativi alla detenzione».

[343] Cfr., A. PUGIOTTO, *La dubbia Costituzionalità degli ergastoli. Finalità, costituzione della pena e illegittimità dell'ergastolo in particolare ostativo*, atti del convegno tenutosi a Padova Carcere "Due Palazzi", 15 novembre 2013, consultabile su www.ristrettiorizzonti; in tal senso, D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in www.archiviopenale.it, 2015, 5, la quale scrive «e se nessuno ha da denunciare altri al posto proprio? O, se il condannato non si sente di barattare la propria vita con quella di un altro, che, magari, intanto, ha cambiato, rifondandola, la sua esistenza in nome di valori riappropriati (come dice l'ergastolano Carmelo Musumeci a proposito della sua scelta) o se collaborare significa mettere in pericolo la vita di familiari, che verrebbero possibilmente esposti a ritorsioni, o, ancora, se l'errore giudiziale c'è stato veramente e quindi non c'è proprio niente da confessare, nessun nome da rivelare? In queste situazioni, l'innocenza, il non avere nomi da fare o, al limite da volere fare, diventa, nel caso dell'ergastolano ostativo, paradossalmente la colpa».

2.9.3 La relativizzazione della condizione collaborativa.

Sul versante relativizionista della «regola presuntiva collaborazione/assenza di collegamenti con la criminalità»[344], come appena accennato, la Corte costituzionale ha, in diverse occasioni, stabilito come tale presunzione possa essere vinta sia per impedire la revoca dei benefici penitenziari (n. 306/1993), sia per la concessione di ulteriori permessi premio (n. 504/1995) ed infine anche per l'ammissione ai permessi premio, nel caso le condizioni fossero già presenti prima dell'entrata in vigore della legge preclusiva (n. 137/1999).

Dall'altra, sempre la Consulta (nn. 357/1994, 68/1995 e 445/1997), ha chiarito come allo stesso risultato (ossia all'affermazione dell'assenza di collegamenti con la criminalità e dunque al superamento della condizione collaborativa), possa pervenirsi laddove la condotta penitenziaria e il grado rieducativo raggiunto, siano tali da consentire una prognosi di pericolosità sociale favorevole[345].

Pertanto l'originario sistema di presunzioni delineato dall'art. 4-*bis*.1 OP, risulta fortemente ridimensionato dagli interventi del Giudice delle Leggi, che evidentemente, invece, di dichiarare l'illegittimità *tout court* della disposizione controriformatrice, ha tentato un incompatibile intreccio con l'ordito costituzionale[346].

---

[344] Pace, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit*., p. 25, nota 22.

[345] *Ibidem*: «La Consulta in un'altra occasione (Corte cost. sentenza n. 445 del 1997) affermerà molto chiaramente che agli identici risultati – vale a dire la dimostrazione dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata –«non può non pervenirsi ove sia stata la stessa condotta penitenziaria a consentire di accertare il raggiungimento di uno stadio del percorso rieducativo adeguato al beneficio da conseguire». Poiché, però, la regola presuntiva, collaborazione/assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, è ritenuta valida, in caso di mancata collaborazione sarà necessario un accertamento sull'esistenza o meno di collegamenti con la criminalità e quindi sulla sussistenza o meno della sua pericolosità, che dovrà essere compiuto dal giudice. In altre decisioni (cfr. le sentt. nn. 357 del 1994 e 68 del 1995), la Corte chiaramente ha affermato la necessità del controllo del giudice, non risultando di per sé idonei gli indici legislativi previsti».

[346] L. EUSEBI, *L'ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4–bis co. 1 Ord. penit. e i benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?,* in *Cass. pen., 2012,* pp. 1220-1221.

*2.10 L'art. 4-*bis *OP e CEDU: profili d'incompatibilità (cenni).*

Il regime *ex* art. 4-*bis*.1 OP, che determina un regime differenziato per talune categorie di condannati, ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale (306/93), con i limiti di cui si è scritto nei capitoli precedenti.

L'ordinamento nazionale è però integrato in un sistema di fonti anche sovranazionale. Ed è legittimo chiedersi quale riscontro riceverebbe tale regime differenziato alla luce di alcuni principi affermati dalla Corte EDU.

Nel caso *Clift v. UK* del 13 luglio 2007[347], ad esempio, la Corte ha ritenuto che violasse gli artt. 5 e 14 CEDU[348] un sistema differenziato di liberazione anticipata per condannati a pene di lunga durata rispetto a quelli a pene brevi o all'ergastolo, non oggettivamente giustificato e dunque discriminante.

Cosicchè, la differenziazione trattamentale, tra il condannato per delitti di partecipazione ad associazioni *ex* art. 416-*bis* c.p. o *ex* art. 74 DPR 309/90 (delitti di „prima fascia" con una pena edittale massima di anni dodici di reclusione), rispetto ai condannati per omicidio volontario premeditato ex artt. 575-577 c.p. (punibile con l'ergastolo, ma collocato nella „seconda fascia" e privo delle preclusioni previste per i primi), è anch'essa una scelta di politica criminale voluta dal legislatore italiano, sulla base della ritenuta gravità dei reati. Ma tale identica giustificazione prospettata dal governo inglese è già stata censurata dalla Corte EDU:

---

[347] Cfr., Corte EDU., caso *Clift v. UK*, del 13 luglio 2007 n. 7205/07 .

[348] Recita testualmente l'art. 5 CEDU: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato dalla sua libertà eccetto che nei casi seguenti e per via legale: condanna di un tribunale, custodia cautelare con provvedimento del giudice, motivi sanitari, immigrazione clandestina»; mentre l'art. 14 CEDU stabilisce: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere garantito, senza alcuna distinzione, fondata soprattutto sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o altre opinioni, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, sui beni di fortuna, nascita o ogni altra condizione».

la tesi del governo inglese, secondo la quale il regime differente è giustificato dalla gravità del reato e dal sistema che impone condizioni meno rigorose per la liberazione anticipata dei detenuti condannati all‟ergastolo, statisticamente più pericolosi, e condizioni più rigorose per i detenuti che scontano pene a tempo determinato superiori a quindici anni, manca di giustificazione oggettiva.

Le similitudini sono troppe per non ritenere censurabile anche il „doppio binario‟ presente in Italia, almeno per quei delitti puniti "meno gravemente" da quelli per cui è prevista la pena dell‟ergastolo.

2.11 L'art. 7 DL 152/1991.

Come evidenziato, (*supra,* § 2.8.5) nella *Relazione* introduttiva del sen. Casoli all‟atto di conversione in legge del DL 152/91, tale intervento legislativo ha introdotto (con l‟art. 1) contestualmente l‟art. 4-*bis* OP e l‟art. 7 che prevede:

Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà[349].

L‟introduzione di tale disposizione non è stata condivisa da tutte le forze politiche presenti in parlamento, tant‟è che nei lavori al Senato con l‟emendamento 7.3 ne era stata richiesta la soppressione[350].

---

[349] Recita integralmente l‟art. 7 DL 152/1991 conv. L. 203/1991: «1. Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà. 2. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante», 4bis OP - Legislazione.

[350] Senato, 532° seduta pomeridiana, 19 giugno, 1991, *Resoconto* stenografico, pp. 40ss., a firma dei Sen. BOATO, CORLEONE, STRIK LEVIERS, MODUGNO (col voto favorevole della sen. SALVATO), 4bis OP - Legislazione.

Con tale circostanza aggravante è stato previsto un aumento di pena in relazione ai delitti che «con larga approssimazione, si potrebbe dire essere stati realizzati per "finalità mafiose"»[351]. La *ratio* sottostante è da individuarsi all'interno di quel più generale intervento repressivo nei confronti della criminalità organizzata da parte dello Stato.

La palese natura penale della stessa ha reso superfluo l'affermazione d'irretroattività. Diversamente da quanto puntualizzato nell'art. 4 del decreto-legge, laddove l'irretroattività è stata calibrata su quegli aspetti più "penalistici" della disposizione penitenziaria novellata (4 DL 152/91)[352].

L'art. 7 DL oltre a introdurre un aumento di pena, è stato ritenuto funzionale all'individuazione di quella categoria di delitti per i quali avrebbe operato l'art. 4-*bis* OP, com'è stato precisato nella citata *Relazione* dal sen. Casoli e come costantemente è stato interpretato dalla giurisprudenza e dottrina (*supra,* § 2.8.5).

Sennonché l'esclusione di tale aggravante per i delitti punibili con la pena dell'ergastolo ad un certo momento ha comportato dei problemi applicativi. La mancata contestazione formale dell'art. 7 DL, infatti, escludeva i condannati alla pena dell'ergastolo dalla sfera di operatività dell'art. 4-*bis*.1 OP, poiché, come scritto, la magistratura di sorveglianza era unanime nel ritenere "ostativi", oltre ai delitti nominalmente indicati

[351] Relazione introduttiva del sen. CASOLI, Senato, *Atti parlamentari*, 2808, p. 11, 4bis OP - Legislazione.

[352] Recita testualmente l'art. 4 DL 152/1991: «1. Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 2, 3, lettera c), e 4, e all'articolo 2, comma 2, nonché le disposizioni di cui all'articolo 58-*quater*, comma 4, della legge 26 luglio 1975, n. 354, si applicano esclusivamente nei confronti dei condannati per delitti commessi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto. 2. Le disposizioni di cui all'articolo 58-*quater*, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354, si applicano ai condannati nei confronti dei quali il provvedimento di revoca è stato adottato dopo la data di entrata in vigore del presente decreto. 3. Per i reati commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della legge 26 giugno 1990, n. 162, i riferimenti, contenuti nell'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, ai delitti di cui agli articoli 73, 74 e 80 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si intendono effettuati alle corrispondenti fattispecie della legge 22 dicembre 1975, n. 685, nel testo vigente anteriormente alla data di entrata in vigore della legge 26 giugno 1990, n. 162. 4. Le disposizioni del presente capo non si applicano nei confronti dei condannati per reati commessi durante la minore età, fatta eccezione di quanto previsto dall'articolo 4-*bis*, commi 1 e 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354», 4bis OP - Legislazione.

nella disposizione preclusiva, solo quelli rispetto ai quali era stata riconosciuta formalmente l"aggravante in trattazione.

D"altra parte i criteri ermeneutici che legavano l"art. 4-*bis* OP all"art. 7 DL 152 si fondavano non solo sulla *voluntas legis* espressa nei lavori preparatori (*supra,* § 2.8.5), ma anche sul principio di tassatività, a cui dovrebbero essere soggette le disposizioni che in un modo o l"altro incidono sulla libertà personale.

L"esclusione dei delitti puniti con la pena dell"ergastolo dal novero di quelli ritenuti ostativi *ex* art. 4-*bis*.1 OP determinava situazioni (apparentemente)[353] irrazionali, rendendo in sede esecutiva pene più severe per delitti meno gravi, in ragione dell"assoggettamento alle preclusioni *ex* art. 4-*bis*.1 OP (SU 337/2009, § 5.3).

2.11.1 Le Sezioni Unite n. 337 del 18 dicembre 2008 - 9 gennaio 2009.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sono state chiamate a rispondere al quesito «se la circostanza aggravante prevista dall"art. 7 L. 203/1991 sia applicabile ai delitti punibili in astratto con la pena dell"ergastolo, quando venga inflitta, in concreto, una pena detentiva diversa dall"ergastolo»[354]. Su tale interrogativo si sono contrapposti due orientamenti. Il primo ritiene inapplicabile *tout court* la suddetta aggravante, qualora sia prevista la pena edittale dell"ergastolo, «a nulla rilevando l"entità della sanzione inflitta in concreto»[355]. L"opposto e prevalente orientamento sostiene, invece, che l"aggravante può essere vali-

[353] "Apparentemente", in quanto col senno del poi, l"esclusione dei delitti punibili con la pena dell"ergastolo dall"art. 7 DL e quindi anche dall"art. 4-*bis*.1 OP, evitava le problematiche relative alla pena perpetua e sua legittimità (ergastolo c.d. ostativo) eplose successivamente.
[354] Cfr., Cass. pen., sezioni unite, del 18 dicembre - 9 gennaio 2009 n. 337.
[355] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 14 maggio 2002 n. 28418, Erra.

damente contestata e «in concreto operare solo se, di fatto, venga inflitta una pena detentiva diversa dall'ergastolo» [356] (SU 337/2009, § 5).

La Sezioni Unite hanno accolto quest'ultimo indirizzo interpretativo, salvo poi, con un salto logico, rimasto senza motivazione, prevedere l'estensibilità anche nel caso che sia stata inflitta concretamente la pena dell'ergastolo (SU 337/2009, §§ 5 e 5.4).

Le SU motivano l'adesione al secondo orientamento, muovendo da una lettura delle linee logico-sistematiche (del diritto sostanziale/processuale) entro la quale s'iscrive la *ratio* aggravatrice della disposizione.

> Occorre premettere che, attesa la centralità e la proiezione funzionale dell'atto imputativo nel processo penale, il fatto storico, quale emerge dagli atti e dalle fonti di prova, va contestato dalla pubblica accusa nella sua interezza, a tutela del contraddittorio e del pieno rispetto del diritto di difesa (SU 337/2009, § 5.1).

Aprendo una parentesi sulla necessità della contestazione formale dell'art. 7 L. 203/1991, nella fase di cognizione, a garanzia delle tutele sopra evidenziate, tale posizione evidenzia una contrarietà rispetto alla sostenuta possibilità, nella fase dell'esecuzione, del giudice di sorveglianza di riqualificare giuridicamente il fatto reato per attrarlo nella sfera operativa dell'art. 4-*bis* OP (in assenza di contestazione di tale aggravante in fase di cognizione). Posizione che conferma le motivazioni di quella parte della giurisprudenza che avversa tale possibilità al giudice di sorveglianza.

Ma continuando nelle ragioni che portano i giudici delle SU ad aderire al secondo filone interpretativo, ossia contestabilità dell'aggravante nel

[356] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 10 gennaio 2002 n. 29499, Ferraioli, rv. 221443; *ex multis* Cass. pen. sez. V, del 16 maggio 2008 n. 32555, De Gregorio.

caso che in concreto non sia comminata la pena dell‟ergastolo. Tali ragioni sono individuate, oltre alla *ratio* repressiva legislativamente sottesa alla disposizione: a) sul versante delle indagini, nell‟attribuzione della competenza alla DDA e GIP-distrettuale, nei termini di durata delle indagini preliminari, nella proroga e divieto di sospensione nel periodo feriale, nei criteri di scelta e durata massima della custodia cautelare e al regime delle intercettazioni; b) sul terreno del dibattimento, nelle particolari regole di acquisizione della prova dichiarativa; c) sugli effetti patrimoniali, nella condanna (confisca *ex* art. 12-*sexies* DL 306/92); ed infine d):

> sull‟esecuzione della pena detentiva, quanto al divieto di sospensione della stessa (art. 656.9 lett. a c.p.p), al trattamento penitenziario differenziato (artt. 4-*bis*, comma 1, 21, comma 1, 30-*ter*, comma 4, 41-*bis*, 47-*ter*, 50, comma 2, 58-*ter*, 58-*quater* L. 354/1975; artt. 37, comma 8 e 39, comma DPR 230 del 2000) ed all‟esclusione dai benefici della sospensione condizionata dell‟esecuzione – c.d. "indultino" – (art. 1, comma 3 lett. a L. 207 del 2003) e dell‟indultino (art. 1, comma 2 lett. d, L. 241 del 2006) (v. SU 337/09, § 5.2).

L‟opzione rifiutata aprirebbe, secondo i giudici delle SU, a conseguenze prive di logica razionalità e situazioni di disuguaglianza, come nell‟ipotesi in cui non sopravvivano quelle circostanze che determinavano l‟astratta previsione della pena dell‟ergastolo. Con la conseguenza che delitti meno gravi punibili con pena diversa dall‟ergastolo, per effetto della contestabilità dell‟aggravante in esame, potrebbero subire un trattamento più severo sia nella pena, che per l‟accesso ai vari benefici penitenziari in sede di esecuzione della pena (SU 337/2009, § 5.3).

Conclude, infine la Corte, con un "salto logico" che supera la *quaestio iuris* sulla quale era stata chiamata a pronunciarsi:

Occorre inoltre precisare che «anche nel caso in cui venga inflitta in concreto la pena dell‟ergastolo, l‟aggravante prevista dall‟art. 7 DL 152 del 1991, pur rimanendo inerte nella determinazione della pena, va tuttavia contestata e presa in considerazione dal giudice nel suo significato di disvalore del fatto, si da esplicare la sua efficacia ai fini diversi dalla determinazione della pena» (SU 337/09, § 5.4).

Parte quest‟ultima rimasta priva di una motivazione che sarebbe stata più che necessaria, considerato che la legge vieta espressamente la contestabilità in tali ipotesi e tale disposizione è tuttora in vigore e non è stata, né poteva essere dichiarata illegittima dalla Corte di Cassazione, anche a Sezione Unite, poiché tale potere è riservato alla Corte costituzionale.

Ma è un‟estensione che permetterà di attrarre nell‟art. 4-*bis* OP anche i delitti puniti con la pena dell‟ergastolo, che prima restavano esclusi.

2.12 (Cenni). Le diverse "tipologie" di ergastolo in Italia.

Dall‟esame delle discipline relative agli artt. 22 c.p., 4-*bis* OP e 7 L. 203/91 se ne deduce che dalla lettura combinata, imposta in alcuni casi, ne deriva un regime differenziato con importanti riflessi sulle modalità di esecuzione della pena, della sua „afflittività‟ e „quantità‟ (l‟esclusione dalle misure extramurarie rendono l‟ergastolo una pena perpetua).

A tal proposito si possono distinguere diverse tipologie di ergastolo:

- ergastolo ordinario: *ex* art. 22 c.p. (non combinato con l‟art. 4-*bis*.1 OP);
- "ergastolo ostativo legale": *ex* artt. 22 c.p., 4-*bis*.1 OP (630 c.p.);
- "ergastolo ostativo giurisprudenziale": *ex* art. 22 c.p. ed interpretazione estensiva degli artt. 4-*bis* OP ovvero 7 L. 203/91 (rinvio *infra*, §§ 2.8.5; 2.11.1 e 5ss).

Si definisce *ergastolo ordinario* la pena che durante l‟esecuzione non si combina con le preclusioni previste dalla legge penitenziaria, ossia quei delitti punibili con la pena dell‟ergastolo che non sono indicati tra quelli del 1° comma dell‟art. 4-*bis* OP.

Sono tali: a) quei delitti puniti con l‟ergastolo ma esclusi totalmente dall‟art. 4-*bis* OP, per i quali non operano gli aggravamenti di pena da espiare né la verifica sui collegamenti con la criminalità organizzata (es. omicidi con moventi "passionali"); b) i delitti (575-577 c.p.) indicati al comma 1-*ter* dell‟art. 4-*bis* OP, ossia quelli per i quali si può ritenere solo un qualche collegamento con la criminalità organizzata e per i quali opera solo l‟aumento di soglia di pena per l‟accesso alle misure extramurarie ed è richiesto che sia provata la presenza di collegamenti con la criminalità organizzata (*infra,* § 2.8.2).

L'"ergastolo ostativo legale": è l‟unica fattispecie di "ergastolo ostativo" previsto dalla legge fin dal 1992. Lo stesso deriva dalla lettura combinata degli artt. 22 c.p., 630 c.p. e 4-*bis*.1 OP. L‟art. 630 c.p. è l‟unico delitto formalmente indicato nell‟elenco *ex* art. 4-*bis.*1 OP. Passibile della pena dell‟ergastolo, nell‟eccezionale caso di concorso di pene non inferiori a ventiquattro anni di reclusione, *ex* art. 630 c.p. (*infra*, § 1.1.1).

Di fatto ostativo viene ritenuto anche l‟ergastolo comminato ai sensi del 3° comma dell‟art. 630 c.p., che il principio di tassatività avrebbe suggerito di indicare espressamente nell‟art. 4-*bis*.1 OP, invece, del generico art. 630 c.p..

Tale mancata specificazione, lascerebbe intendere come l‟opzione legislativa mirasse a colpire solo i condannati a pena temporanea ai sensi del 1° comma, 630 c.p..

Ciò si deduce anche dall‟assenza nei lavori parlamentari di discussioni sulle conseguenze che tali preclusioni avrebbero comportato in caso di condannati alla pena dell‟ergastolo.

Da rilevare come tutta la giurisprudenza costituzionale registrata in materia di "ergastolo ostativo"[357], dal 1992 ad oggi, ha interessato solo tale fattispecie "legale", essendo quella dell‟"ergastolo ostativo giurisprudenziale" una "creazione" relativamente recente (*infra,* §§ 2.8.5; 2.8.6; 5.1) sulla quale la Consulta non si è mai pronunciata.

L'"ergastolo ostativo giurisprudenziale" (versione "sostanziale" e "formale"): è una nuova fattispecie di "creazione giurisprudenziale" che si è imposta da pochi anni, come dimostrano le recenti decisioni della Cassazione (2007-2009).

Esso è il risultato della lettura combinata dell‟art. 22 c.p., e l‟interpretazione estensiva della "formula aperta" contenuta all‟interno dell‟art. 4-*bis*.1 OP[358]. Tale interpretazione estensiva è stata ottenuta attraverso la recente adozione del criterio sostanziale, per l‟individuazione dei delitti ostativi di „prima fascia" (*infra,* §§ 2.8.5; 2.8.6). Pertanto si definisce questo: "ergastolo ostativo giurisprudenziale" "sostanziale".

Invece, si definisce: "ergastolo ostativo giurisprudenziale" "formale", la versione derivata, questa volta, dall‟interpretazione estensiva dell‟art. 7 L. 203/1991, fattane dalle Sezioni Unite n. 337 nel 2009 (*infra*, § 2.11). Pronuncia con la quale si è estesa la contestabilità dell‟art. 7 citato ai delitti punibili con l‟ergastolo, prima esclusi dalla stessa legge. Tanto consente l‟attrazione dei delitti puniti con l‟ergastolo nella sfera preclusiva

[357] Cfr., Corte cost., nn. 306/1993, § 2.2 e 135/2003.

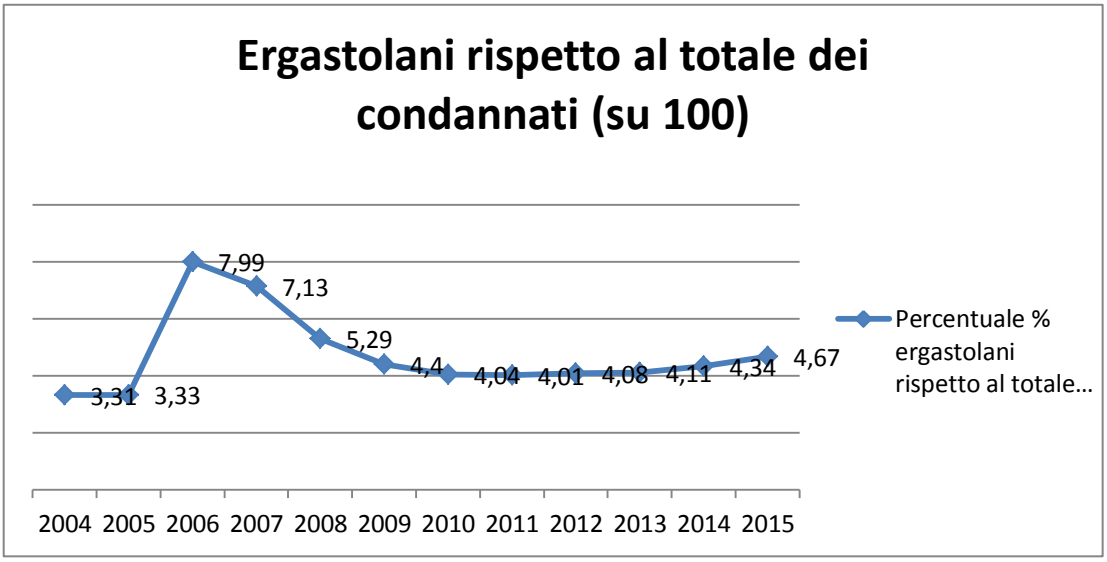
[358] Il riferimento è alla "formula aperta" contenuta dal 1° comma dell‟art. 4-*bis* OP che testualmnte recita: «delitto di cui all‟art. 416-*bis* del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste».

dell‟art. 4-*bis* OP, attraverso il criterio formale rappresentato, appunto, dall‟art. 7 citato.

Per la descrizione dell‟evoluzione di queste fattispecie (nelle due versioni formale e sostanziale), si rinvia al Capitolo Quinto (*infra*, § 5).

2.13 Ergastolo: dati statistici.

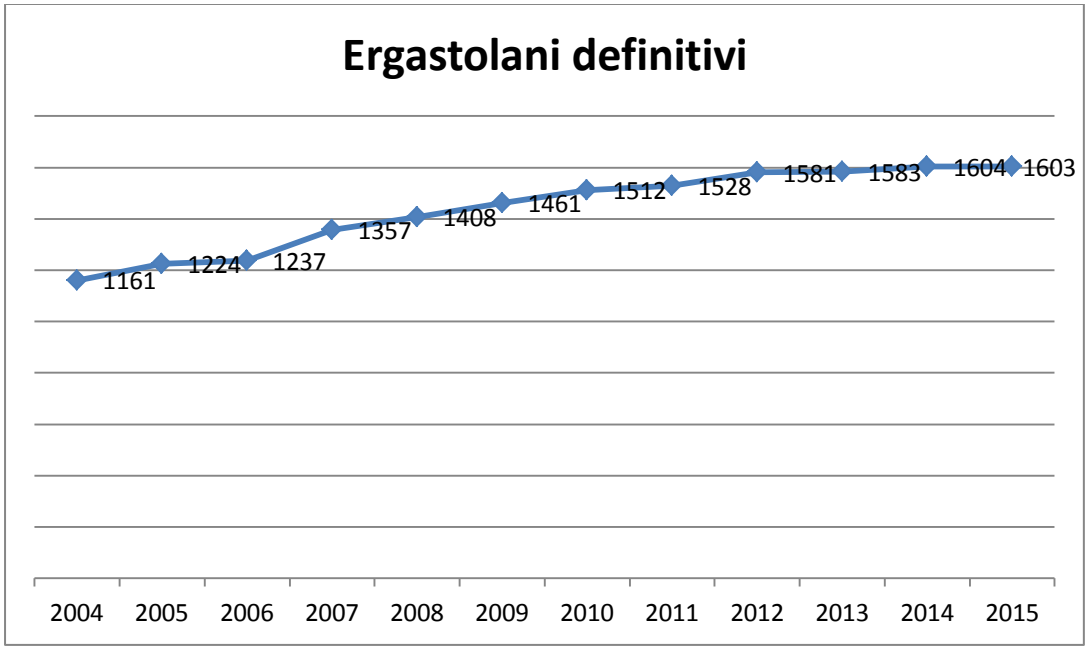
Grafico sull"andamento di ergastolani definitivi nell"arco di dieci anni. Nel 2006 si raggiunge l"apice massimo, quasi l"8% di tutta la popolazione detenuta (Tab. 3).



Dati forniti dal Dipartimento dell"Amministrazione Penitenziaria – Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato – Sezione statistica - www.giustizia.it.

Lo sbalzo nel 2006 è dovuto all"indulto (L. 241/2006) che ha ridotto la percentuale di condannati definitivi a pena diversa da quella all"ergastolo, che invece non ha registrato alcuna flessione.

Andamento annuale di ergastolani condannati con sentenza definitiva al 30 giugno 2015 (Tab. 4).



Dati forniti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria – Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato – Sezione statistica (www.giustizia.it).

Da questo grafico è possibile verificare che il numero di ergastolani, negli anni 2004-2015, è un dato in crescendo, fino alla cifra di 1603.

Nel 1984 gli ergastolani erano 226.

L'esponenziale crescita dal 1984 ad oggi delle condanne all'ergastolo è un dato che conferma la tesi di chi sostiene che tale pena non ha alcun effetto deterrente in funzione general-preventiva.

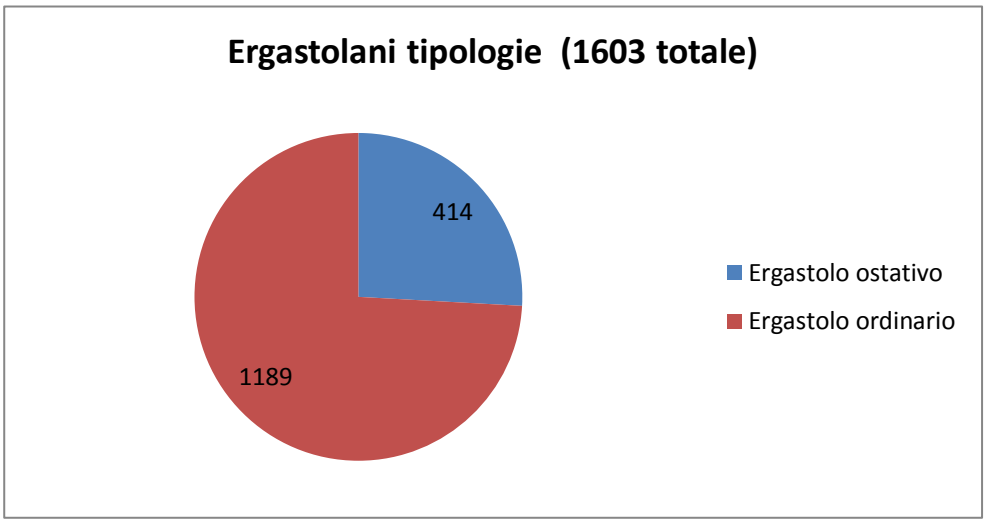
Da fonti statistiche SPACE I del Consiglio d'Europa del 2005, l'Italia risulta (tra i 48 paesi che ne fanno parte), lo Stato con il maggiore tasso di ergastoli "effettivi" in esecuzione, in relazione alla popolazione.

Nel Regno Unito i condannati all'ergastolo risultano 4.400, ma di questi solo 41 sono esclusi da ogni beneficio penitenziario (c.d. *whole life*

order[359], che tra l'altro è inapplicabile ai minori di ventuno anni)[360], fattispecie quest'ultima equiparabile all'"ergastolo ostativo" italiano, i cui condannati raggiungono la cifra "presuntiva" di 414 (rispetto ai 41 del Regno Unito).

Ergastolani divisi in tipologie al 30 giugno 2015.

Totale ergastolani: 1603 (- 1 rispetto al 2014), di cui *presuntivamente*[361] 414 condannati all'"ergastolo ostativo" e 1189 all'ergastolo ordinario (Tab. 5).



Dati forniti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria – Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato – Sezione statistica (www.giustizia.it, sez. statistiche).

[359] Dati aggiornati al 28 aprile 2011 forniti dal Governo inglese e rilevabili dalla sentenza della Corte EDU (Quarta sezione), *caso Vinter e altri v. UK*, 2012., *cit*.

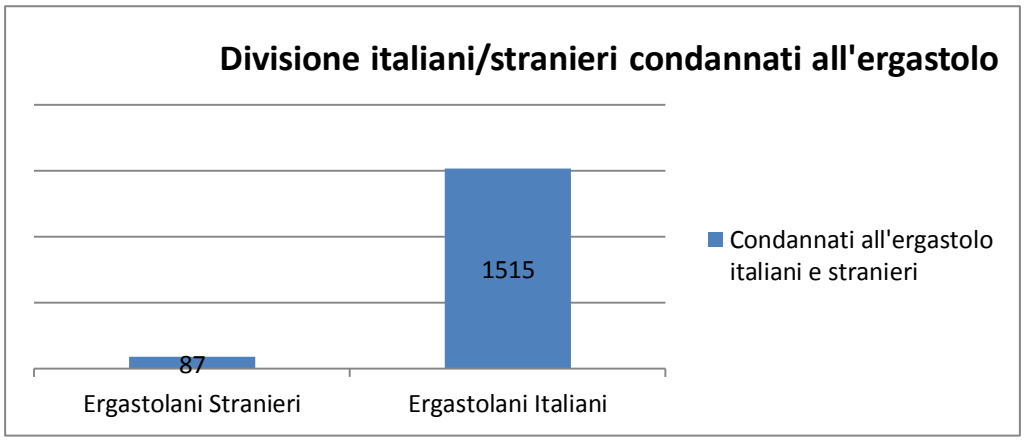
[360] Vedi, D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, 19 febbraio 2014, FASCICOLO 3 | 2013, in Costituzionalismo.it, p 9.

[361] I dati relativi alla divisione per tipologia, non ha carattere esauriente, poiché nessuna indagine completa è stata mai fatta, inoltre i dati rilevati sono soggetti a continue oscillazioni dovute all'incertezza dei criteri utilizzati per la loro classificazione. Il dato dunque è presuntivo e messo in discussione da diverse associazion

i per i diritti civili che monitorano il fenomeno. I dati reali si attestano probabilmente nell'ordine invertito. Se si considerano il numero di ergastolani a regime *ex* art. 41-*bis* OP (oltre 300) e quelli confinati nei circuiti AS1 ed AS3, il numero dovrebbe aggirarsi intorno alle mille unità (per difetto). Di circa mille condannati all'"ergastolo ostativo", parla anche U. VERONESI, *Il mestiere di uomo*, Torino, Einaudi, 2014, p. 120; mentre di ben 1162 ergastolani ostativi su 1567 al 22 settembre 2014, parla V. CALDERONE, *Decalogo per l'abolizione immediata del carcere*, in (a cura di) L. MANCONI *et Alii, Abolire il carcere*, Milano, Chiarelettere, 2015, p. 89.

Condannati all'ergastolo italiani e stranieri detenuti in Italia. Aggiornata all'8 agosto 2015.

Su un totale di 1602 ergastolani, gli stranieri sono 87, circa il 5.42% del totale, mentre gli ergastolani italiani risultano essere 1515, ossia il 94,58% (Tab.6).



Dati forniti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria – Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato – Sezione statistica (www.giustizia.it, sezione statistiche).

Il dato altalenante di 1602 ergastolani all'8 agosto 2015 (meno 2) rispetto ai 1604 definitivi rilevati al 2014, è dovuto alle nuove condanne ma anche alle revoche intervenute nell'ultimo anno per l'applicazione retroattiva della diminuente del rito abbreviato a seguito della sentenza della Corte EDU, caso Scoppola v. Italia[362], con la quale la Corte di Strasburgo ha dichiarato, per la prima volta, che l'art. 7 CEDU è comprensivo del principio di retroattività della legge più favorevole, oltre al canonico principio d'irretroattività di leggi e mutamento giurisprudenziale sfavorevoli.

[362] Al momento non si hanno dati precisi su quante condanne all'ergastolo siano state sostituite con quella della reclusione a trent'anni, per effetto della diminuente relativa al rito abbreviato riconosciuto a seguito della sentenza Scoppola anche ai condannati definitivi. Si presume un qualche centinaio di casi.

CAPITOLO TERZO
IL PRINCIPIO D'IRRETROATTIVITA'

Sommario: - 3 Premessa. - 3.1 Campo d'applicazione del principio d'irretroattività. - 3.2 L'irretroattività nell'esecuzione della pena. - 3.2.1 Segue. Irretroattività e art. 4-*bis* OP. - 3.2.2 Segue. Irretroattività: la Corte costituzionale, «dal grado di ravvedimento raggiunto» al momento del reato? - 3.2.3 Segue. Irretroattività: la Corte EDU, i casi *Kafkaris*, *Del Rio Prada* e *Contrada*. - 3.2.3.1 Irretroattività: il caso *Kafkaris v. Cipro*. - 3.2.3.2 Irretroattività: il caso *Del Rio Prada v. Spagna*. - 3.2.3.3 Irretroattività: il caso *Contrada v. Italia*. - 3.3 Rapporti tra CEDU e diritto domestico. - 3.4 Il mutamento giurisprudenziale in Italia. - 3.5 Il principio d'(ir)retroattività: profili di diritto comparato. - 3.5.1 L'(ir)retroattività in Francia. - 3.5.2 L'(ir)retroattività in Germania. - 3.5.3 L'(ir)retroattività in Spagna. - 3.5.4 L'(ir)retroattività in Inghilterra. - 3.5.4.1 I mutamenti di giurisprudenza e lo *stare decisis*. - 3.5.4.2 L'*overruling*. - 3.5.4.3 La produzione di norme penali da parte della giurisprudenza. - 3.6 L'(ir)retroattività negli Stati Uniti. - 3.7 Conclusioni parziali.

3. Premessa.

Nullum crimen, nulla poena, sine previa lege, recita l'antico broccardo che introduce il principio d'irretroattività della legge penale incriminatrice, uno dei corollari del più generale principio di legalità, unitamente a quelli di riserva, tassatività e determinatezza della legge. Mentre questi ultimi interessano più la fonte di produzione della legge, il primo attiene alla necessità della preesistenza della norma incriminatrice alla commissione del fatto, per poter fondare un qualunque giudizio di colpevolezza.

Le fonti di questo principio nell‟ordinamento italiano sono rappresentate:

dall‟art. 11 Preleggi del codice civile, che esprime il principio generale secondo il quale «la legge non dispone che per l‟avvenire: essa non ha effetto retroattivo», principio questo derogabile per ragionevoli motivi dal legislatore ordinario.

Dall‟art. 25.2 della Costituzione laddove afferma, per la materia penale, che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», principio inderogabile al legislatore ordinario.

E dall‟art. 2 c.p. che nei vari commi stabilisce nell‟ordine: il principio d‟irretroattività di nuove norme incriminatrici; quello di retroattività di legge penale favorevole che abroga un fatto previsto come reato «e se vi sia stata condanna ne cessano l‟esecuzione e gli effetti penali» (2° comma) e laddove le leggi «del tempo in cui fu commesso il fatto e quelle posteriori siano diverse, si applicano le più favorevoli salvo non sia intervenuta sentenza irrevocabile» (3° comma); principio quest‟ultimo che non si applica «se si tratta di leggi eccezionali o temporanee» (4° comma ed art. 14 Prel.); ed infine regola gli effetti in caso di decadenza del decreto-legge o conversione in legge[363].

In sintesi, dall‟art. 2 c.p. si evince che il principio opera nella doppia direzione d‟irretroattività in caso di legge sfavorevole e di retroattività in caso di legge favorevole.

[363] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 153: a) per i fatti commessi precedentemente al decreto-legge non convertito questi non produrrà alcun effetto perché perde efficacia *ex tunc*, come non fosse mai esistito, dunque non troverà mai applicazione: se sfavorevole perché peggiorativo-irretroattivo, se favorevole per l‟effetto della decadenza *ex tunc*; b) laddove i fatti siano stati commessi durante la vigenza del decreto legge non convertito: se sfavorevole non troverà applicazione per la caducazione *ex tunc*, se favorevole il fatto non potrà sanzionarsi in modo peggiore del trattamento previsto al momento del fatto (periodo di vigenza della *lex mitior*).

Alle esigenze soddisfatte dal principio d'irretroattività della norma sfavorevole, se ne possono contrapporre altre di giustizia sostanziale che suggerirebbero la sua derogabilità. Ciò non è mai ammesso in materia penale, non solo in virtù dell'art. 25.2 Cost. ma anche per i limiti posti da fonti consuetudinarie internazionali positivizzate, come l'art. 7 della CEDU, l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dalla Costituzione europea (II.109).

Aldilà delle fonti, il principio d'irretroattività è riconducibile ad esigenze «endopenalistiche»[364]. Il fondamento più importante è da rinvenirsi nella funzione di garanzia contro gli abusi o arbitri del legislatore in materie che incidono sulla libertà personale[365].

Motivo per cui il cittadino deve essere messo nelle condizioni di «decidere» consapevolmente e liberamente se assoggettarsi o meno alle conseguenze previste per un comportamento vietato.

Qui a differenza del rapporto irretroattività-colpevolezza, «la calcolabilità delle conseguenze giuridiche esprime prima di tutto una relazione ideologica tra Stato e cittadino»[366], ovvero in una parola: «è il riconoscimento della libertà di autodeterminazione individuale all'interno dell'obbligatorietà della legge penale»[367]. Corollario di tale principio è la „prevedibilità", una qualità della legge che si esaminerà più avanti,

[364] In tal senso, PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., pp. 146ss: l'irretroattività è riconducibile alla base del funzionamento della sanzione criminale stessa, al principio di colpevolezza, ossia della "rimproverabilità" che per essere imputata deve presupporre la consapevolezza del disvalore giuridico realizzato con la condotta tenuta. Diversamente si vanificherebbe anche quella funzione general-prevenitiva assegnata alla disposizione incriminatrice, poiché laddove non conosciuta non può esprimere alcuna efficacia.

[365] In questi termini, G. VASSALLI, *La voce «nullum crimen, nulla poena sine lege»,* in *DPP*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 285: «Esso [il principio di irretroattività] intende soprattutto costituire una barriera contro gli abusi di ispirazione politica che caratterizzano i regimi totalitari ed oppressivi e contro le ricorrenti tentazioni di regimi che comunque subentrano in modo antagonistico ad un diverso regime precedente. […] Indubbio è pertanto il suo collegamento con il carattere democratico di uno Stato e con l'osservanza di principii di giustizia»; cfr., T. PADOVANI, *Diritto Penale,* 10a edizione, Milano, 2012, p. 17.

[366] PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 148.

[367] *Ibidem*.

nell'alveo degli ordinamenti di quei paesi europei e della giurisprudenza della Corte EDU, dov'è maggiormente sviluppata.

Il fondamento della retroattività della legge penale favorevole (2.2-3 c.p.), sia che si tratti di *abolitio criminis,* sia nel caso della cosiddetta successione semplicemente modificativa (col limite della condanna irrevocabile), è parte di uno stesso principio che trova fondamento normativo nell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nell'art. II.109 della Costituzione europea, nell'art. 7 CEDU e nell'art. 11 Preleggi, ma non nell'art. 25.2 della Costituzione[368], che stabilisce solo il principio d'irretroattività della legge sfavorevole.

In Italia un fondamento costituzionale della retroattività favorevole è stato individuato nel „principio di uguaglianza" (3 Cost.)[369], da ritenersi inderogabile per effetto dell'art. 7 CEDU[370] parimenti al principio d'irretroattività („formula di *Radbruch*" a parte)[371]. Assimilazione non

[368] *Ivi*, p. 149.

[369] Ossia nell'ingiustizia che si determinerebbe nel lasciare espiare una pena per un fatto che non esprime più un disvalore (fatto prima vietato poi permesso); per la riconducibilità all'art. 3 della Costituzione si dichiara gran parte della dottrina, cfr., Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 150; Scaccianoce, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale*?, *cit*., p. 1; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6a ed., Milano, 2009, pp. 86ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, *ult. op. cit.,* pp. 81ss.; cfr., MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale, cit.,* pp. 101ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4a ed., Torino, 2011, pp. 613ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, *ult. op. cit*., pp. 38ss.; G. VASSALLI, *Abolitio criminis e principi costituzionali, ult. op. cit*., pp. 377ss. Per un'analisi comparatistica v. M. SCOLETTA, *Principe de retroactivité favorable et illegitimité de la lex mitior dans la perspective européenne,* in A. ZAPATERO – N. MARTIN, *European Criminal Law: An Overview,* 2010, pp. 337ss. È invece favorevole alla riconducibilità del principio *ex* art. 2, co. 4, c.p., all'art. 25, co. 2, Cost., ARDIZZONE, *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, *cit*., pp. 208ss.

[370] Cfr., SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale*, *cit*., p. 8, che evidenzia come a seguito dell'intervento della Corte EDU, caso *Scoppola v. Italia*, *cit*., l'art. 7 CEDU ha incorporato il principio della retroattività favorevole, riflettendosi nel nostro ordinamento come nuovo valore inderogabile; F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc*., 2012, p. 1174.

[371] In questi termini (sulla in/derogabilità del comma 2 dell'art. 7 CEDU), L. BIN, *«Formula di Radbruch», Principio di irretroattività e lex mitior. Nota a C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, in www.penalecontemporaneo.it., 2013, pp. 6-7: la c.d. "formula di Radbruch" tenta di risolvere il conflitto tra diritto positivo e diritto naturale, facendo cedere la certezza del diritto innanzi all'ingiustizia manifesta, intollerabile come quella delle leggi naziste, che in quanto arbitrarie e discriminatorie devono ritenersi non-diritto. Tale formula «prevede che la regola dell'irretroattività della legge penale non debba ostare alla punizione di fatti che al momento della loro commissione costituivano crimini alla luce dei principi generali di diritto

accolta dalla Corte costituzionale che si attesta su posizioni di „ragionevole giustificata" derogabilità[372].

Il principio in esame non si applica alle leggi eccezionali o temporanee, per non vanificare la funzione general-preventiva delle relative sanzioni, poiché i consociati potrebbero preventivamente contare sulla scadenza della cessazione dell'efficacia della legge per adottare comportamenti ad essa contrari.

3.1 Campo d'applicazione del principio d'irretroattività.

Poiché il nostro studio volge su materie penali inerenti la libertà personale il principale riferimento oltre all'art. 25.2 della Costituzione è il più dettagliato art. 2 del codice penale.

Nulla *quaestio* riguardo all'operatività dei principi espressi per tutte le norme penali sull'*an*, *quantum* e al *quomodo*, ossia riferibili al reato, forme di manifestazione e conseguenze punitive.

Alcune incertezze si rinvengno, invece, per tutte quelle norme che seppur non penali in senso proprio, sono ad esse strettamente collegate

---

riconosciuti dai paesi civili». Formula trasfusa nel comma 2 dell'art. 7 CEDU e che la Corte EDU nel caso *Maktouf* respinge, circoscrivendone l'operatività ai crimini commessi dai nazisti, sui presupposti: del momento storico (Seconda Guerra Mondiale), ingiustizia intollerabile e riconoscimento internazionale del crimine; mentre l'autore evidenzia come sia stata applicata in alcuni casi recenti come in *S.W. v. Regno Unito* del 1995 e *Streletz, Kessler e Krenz v. Germania* del 2001: in quest'ultimo la Corte ha ritenuto inammissibile il ricorso presentato da tre alti esponenti militari della Germania Est, rei di concorso nell'omicidio di diversi soggetti che tentavano di oltrepassare il muro di Berlino, poiché le norme applicate per punirli non erano affatto successive e imprevedibili, ma coperte da discriminanti poi venute meno; tra gli altri il caso *Kononov v. Lettonia* del 2010 , decisione criticata, in questi termini da VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, p. 113: per la ritenuta prevedibilità del crimine dal diritto internazionale anche non scritto, poiché nel caso di un ampliamento ancorato ai diritti umani come delineati dalla CEDU «l'irretroattività penale degraderebbe a principio meramente informatore, rinunciabile ogni qualvolta si tratta di proteggere/ristorare la vittima di una violazione delle libertà convenzionali»; con la discussa sentenza Corte EDU, *caso Touvier v. Francia* del 1997, la deroga *ex* 7.2 CEDU è stata estesa ai crimini contro l'umanità. Per una visione d'insieme delle varie posizioni odierne si rinvia a E. NICOSIA, *Art. 7, Par. XVI,* in BARTOLE – DE SENA - ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 289-290.

[372] Cfr., Corte cost., n. 236 del 2011; cfr., F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 22; in tal senso, O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?,* in www.penalecontamporaneo.it, p. 17: «la retromarcia nella corsa verso il maximum standard delle garanzie», imposta dalla Consulta con la sentenza n. 236 del 2011.

ed il cui «contenuto condizionano la posizione del soggetto e finanche la sua libertà»[373].

Queste riguardano le disposizioni processuali, che sono strumenti volti ad accertare la colpevolezza del soggetto e possono indirettamente incidere sulla libertà.

Altre sono le disposizioni relative all'esecuzione penitenziaria che:

> concretizzano la pena detentiva prevista dalle norme penali, in quanto stabiliscono in dettaglio in che cosa consiste effettivamente, individuando i confini della residua libertà del detenuto e prevedendo gli istituti alternativi all'esecuzione carceraria[374].

Queste ultime, per una parte della dottrina, non sono soggette al principio d'irretroattività[375].

Divieto, invece, previsto espressamente per le misure di sicurezza e di prevenzione dall'art. 25.4 Cost., limitatamente però alle norme sfavorevoli non esistenti al momento del reato o indizianti di pericolosità.

Altri problemi, per stabilire l'operatività del principio d'irretroattività, discendono dal *tempus commissi delicti* del reato e le varie ipotesi di reato permanente ed abituale. Nel silenzio della legge si ritiene che tale *momento* sia quello della condotta tipica del reato e non dell'evento (se previsto); se la condotta è omissiva, quello di scadenza del termine, come per il reato permanente , mentre per quello abituale, quello del primo atto ripetitivo.

---

[373] PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 153; tali disposizioni riguardano: le misure di sicurezza (199 ss. c.p.); le misure di prevenzione *ante delictum* (v.d. leggi speciali nn. 1423, del 27 dicembre 1956; 575, del 31 maggio 1965; 646, del 13 settembre 1982); le norme processuali e quelle disciplinanti l'esecuzione penitenziaria (n. 354 del 26 luglio 1975).

[374] *Ivi*, p. 154.

[375] *Ibidem*: l'irretroattività non opera nei casi di «legge successiva disciplinante una nuova misura di sicurezza o di prevenzione ovvero la loro esecuzione, così una legge modificativa dell'esecuzione penitenziaria o della disciplina processuale alle situazioni in atto nonostante sia più sfavorevole».

Altre incertezze discendono dal caso che una nuova legge incida solo indirettamente la norma incriminatrice e direttamente una norma richiamata da questa.

Come criterio si è inizialmente utilizzato quello dell'incidenza sulle caratteristiche concrete del fatto d'incolpazione, successivamente si è adottato quello incidente sul contenuto del disvalore del fatto. Ma la grande incertezza derivatane ha suggerito l'elaborazione di una diversa soluzione, più coerente con i principi di eguaglianza e di garanzia del nostro ordinamento, al di là dell'aspetto formale (rapporto d'integrazione) o del criterio sostanziale (permanenza del disvalore nel fatto). Per tale nuovo criterio «ciò che sembra essere davvero essenziale è la differenza di trattamento giuridico-penale che per lo stesso fatto consegue alla modifica legislativa seppure "mediata"»[376].

Altra questione è quella di delimitare le reciproche interferenze applicative relative al secondo comma (*abolitio criminis*) e terzo comma (successione solo modificativa) dell'art. 2 c.p.[377].

Si è accettato infine il più accreditato criterio elaborato dalle Sezioni Unite[378], che si fonda sul «rapporto strutturale» tra le due fattispecie astratte in successione. Per la quale una «successione meramente modificativa (terzo comma) vi è tutte le volte in cui il fatto storico risulti essere previsto da due fattispecie tra loro in rapporto di specialità»[379]. La Corte raccomanda massima cautela, specie quando, in via interpretativa, si perviene alla conclusione che il legislatore abbia preferito l'*abolitio criminis* della fattispecie precedente.

---

[376] *Ivi*, p. 156.

[377] Per la soluzione si è passati dal criterio del c.d. fatto concreto, per il quale il disvalore resta tale sia per la vecchia che nuova legge (successione meramente modificativa), ipotesi a cui trova applicazione il terzo comma dell'art. 2 c.p., al criterio della c.d. continuità del tipo di illecito, che mostra punti di criticità circa l'imprecisione applicativa al pari dei criteri valutativi di natura sostanziale.

[378] *Ivi*, p. 158.

[379] *Ibidem*.

In quest'ambito si collocano anche le problematiche relative alla successione solamente modificativa afferente non il fatto reato ma la sanzione. In tal caso, per la dottrina, occorre raffrontare i risultati derivanti dall'applicazione di una delle due leggi al caso concreto, non essendo sufficiente la comparazione tra norme astratte delle diverse discipline succedute nel tempo, rendendosi necessaria una «valutazione in concreto»[380].

3.2 L'irretroattività nell'esecuzione della pena.

Se con riferimento al momento applicativo della norma incriminatrice ci sono alcune incertezze, la situazione si complica nella fase dell'esecuzione della pena, laddove si intendano stabilire l'operatività del principio d'irretroattività ed i criteri per l'individuazione del momento applicativo.

Il legislatore si è mostrato consapevole del rapporto tra norme penitenziarie e principio d'irretroattività, tant'è che in occasione di alcuni interventi legislativi ha cercato di limitare espressamente la retroattività

[380] Concorda la dottrina italiana sulla necessità di una valutazione in concreto: cfr., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, cit.,* pp. 68-70; C. PODO, *Voce «successioni di leggi penali»,* in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, Torino, 1982, pp. 675ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, pp. 134-136, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 88; *contra*, VANNUCCHI, «*La legge più favorevole» e il comma terzo dell'art. 2 del codice penale*, in *Foro Italiano*, 1932, II, pp. 361ss.; più recentemente G. MARINI, *Lineamenti di diritto penale*, Torino, 1993, pp. 121-123, e, parzialmente, proponendo una sintesi tra i due criteri, M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987, pp. 124-125. La valutazione in concreto è criterio consolidato anche in giurisprudenza fin dagli anni '50, cfr., per tutte Corte d'Appello di Torino 1 dicembre 1954, in *Giustizia penale*, 1954, II, p. 725. Anche la necessità che la valutazione in concreto vada intesa in senso oggettivo e non secondo le preferenze soggettive dell'imputato è parimenti fuor di dubbio, cfr., FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale*, *ult. op. cit.,* 2009, pag. 92; nello stesso senso PODO, *Voce «successioni di leggi penali»*, *cit*., p. 676: «Adottando un criterio «astratto» […] non si saprebbe il più delle volte come individuare la legge più favorevole. […] non si vede in base a quale metro risolvere il problema qualora una norma aumenti il minimo della pena e contemporaneamente diminuisca il massimo, o viceversa […]. In tali ipotesi, secondo la corrente dominante, il giudice dovrà rispettivamente accertare se al reo, nel caso concreto, sia applicabile il minimo o il massimo della pena […], e decidere in conseguenza a norma della legge che permette il trattamento più mite»; concorda BIN, *«Formula di Radbruch», Principio di irretroattività e lex mitior. Nota a C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina , cit.,* pp. 4-5.

delle modifiche peggiorative. Il riferimento, nel presente caso, è all'art. 4 del DL 152/91, oppure all'art. 4 della legge n. 279/2002, entrambi afferenti l'introduzione e la modifica dell'art. 4-*bis* OP. Disposizione quest'ultima, che nel presente studio, assume un'economia particolare sotto diversi profili, oltre ad essere un tema propedeutico ai successivi capitoli. Motivo per cui tale disposizione verrà presa in esame per verificarne i riflessi alla luce del principio d'irretroattività.

*3.2.1 Segue. Irretroattivtà e art. 4-*bis *OP.*

Come accennato le leggi d'introduzione e modifica dell'art. 4-*bis* OP, nell'ordine la legge 203/1991 e 279/2002[381] all'art. 4 disciplinano entrambe il regime transitorio col quale si stabilisce: nella L. 203/1991 l'irretroattività parziale dell'art. 4-*bis* OP nella parte in cui prevede degli aumenti di pena per l'accesso alle misure extramurarie[382]; mentre nella legge n. 279/2002 si stabilisce l'inapplicabilità delle preclusioni *ex* art. 4-*bis*.1 OP, ai nuovi delitti ivi inclusi (*infra,* 2.8.2) ed a quelli già consumati al momento della legge con finalità terroristiche che, nell'occasione, dal novero dei delitti di „seconda fascia" sono stati collocati in quelli di „prima fascia"[383] (v. *infra*, §§ 2.7 e 2.8.2).

---

[381] 4bis OP - Legislazione (clicca sopra).

[382] Testualmente, l'art. 4 DL 152/1991: «1.Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 2, 3, lettera c), e 4, e all'articolo 2, comma 2, nonché le disposizioni di cui all'articolo 58-*quater*, comma 4, della legge 26 luglio 1975, n. 354, si applicano esclusivamente nei confronti dei condannati per delitti commessi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto. 2. Le disposizioni di cui all'articolo 58-*quater*, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354, si applicano ai condannati nei confronti dei quali il provvedimento di revoca è stato adottato dopo la data di entrata in vigore del presente decreto. 3. Per i reati commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della legge 26 giugno 1990, n. 162, i riferimenti, contenuti nell'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, ai delitti di cui agli articoli 73, 74 e 80 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si intendono effettuati alle corrispondenti fattispecie della legge 22 dicembre 1975, n. 685, nel testo vigente anteriormente alla data di entrata in vigore della legge 26 giugno 1990, n. 162. 4. Le disposizioni del presente capo non si applicano nei confronti dei condannati per reati commessi durante la minore età, fatta eccezione di quanto previsto dall'articolo 4-bis, commi 1 e 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354».

[383] In tal senso, Corte cost., n. 108/2004: ha stabilito che non vi è disparità di trattamento tra i condannati per i quali è stata prevista l'irretroattività e quelli esclusi (ossia condannati prima dell'entrata

Anche dagli *Atti parlamentari* del 1991, si coglie questa sensibilità, come dimostrano i forti contrasti e dubbi d'incostituzionalità[384] registrati nella discussione, per scongiurare l'applicazione retroattiva dei peggioramenti introdotti col DL 152/1991[385].

Buona parte della dottrina, diversamente dalla giurisprudenza di legittimità che ritiene applicabile il principio *tempus regit actum*, come per le norme processuali[386], sostiene l'assoggettabilità all'art. 25.2 Cost., non solo le norme incriminatrici ma anche quelle che incidono sull'entità o sulle modalità esecutive della pena detentiva[387].

Pertanto se ne deduce che sia il legislatore, sia la dottrina si mostrano "tendenzialmente" orientate a ritenere che i principi espressi dall'art. 25.2 Cost. operino anche nel caso di norme relative alle modalità esecutive della pena.

---

in vigore dell'art. 4-*bis* OP per i delitti inclusi nella disposizione nel 1991-2), ritenendo tale scelta nel potere discrezionale del legislatore. Il giudice remittente aveva evidenziato come si trattasse di reati egualmente gravi ma trattati diversamente.

[384] In questi termini, Senato della Repubblica, *Resoconto* stenografico, 19 giugno, p. 5, conversione in legge 203/1991 del DL 152/1991: «Poi vi sono, in questo decreto, una serie di norme assolutamente pericolose dal punto di vista costituzionale. In una parola, signor Presidente, onorevoli colleghi, quello che non ci piace di questo decreto legge è quel voler infierire su persone che già sono state condannate e si trovano nelle strutture carcerarie, o comunque nella condizione di vigilanza da parte degli organi dello Stato, il voler drammaticamente maggiorare le pene ed impedire l'attuazione di provvedimenti – come del resto è nello spirito generale dello Stato – al recupero del condannato».

[385] 4bis OP - Legislazione (clicca sopra).

[386] Cfr., Cass. pen. sez. I, del 13 gennaio 1993, n. 4716; Cass. pen. sez. I, del 19 gennaio 1994, n. 4013; Cass. pen. sez. I, del 27 ottobre 1994, n. 3789, che ritengono inapplicabile il principio d„irretroattività alle norme che disciplinano l'esecuzione della pena e le misure a questa alternative, ivi comprese le condizioni per la loro applicazione, che pertanto è applicabile il principio generale *tempus regit actum*, indipendentemente dal momento del reato.

[387] In questi termini, PULVIRENTI, *Codice penitenziario commentato, cit*., pp. 25-27: «Aderendo a questa impostazione, dovrebbero distinguersi nel testo dell'art. 4-*bis* una «parte sostanziale», ad efficacia irretroattiva, e una «parte processuale», ad efficacia retroattiva. La prima, sarebbe quella riportata nel primo periodo del primo comma, che, subordinando categoricamente la concessione dei benefici penitenziari alla «collaborazione processuale», incide sulla «flessibilità» della durata della sanzione detentiva. Il testo rimanente costituirebbe la «parte processuale», in quanto, più che introdurre nuove condizioni restrittive, disciplina l'onere probatorio di un elemento (il collegamento attuale con la criminalità organizzata)»; *contra*, cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 154.

3.2.2 Segue. Irretroattività: la Corte costituzionale, «dal grado di ravvedimento raggiunto» al momento del reato?

La Corte costituzionale seppur non sia mai arrivata a pronunciarsi espressamente sull'operatività del principio d'irretroattività sull'intero «quadro normativo» relativo alle misure extramurarie, come pur auspicato dai numerosi giudici remittenti, non ha potuto fare a meno di fissare alcuni "paletti" a tal riguardo, sotto un profilo soggettivo, in relazione alla «progressività trattamentale»[388], e sotto un profilo oggettivo, "avvisando" dell'inapplicabilità della legge sfavorevole, laddove incidesse sui presupposti sostanziali delle misure extramurarie[389].

Giova premettere, come le pronunce più rilevanti in materia hanno riguardato soprattutto l'art. 4-*bis* OP, che, come scritto, rappresenta l'emblema della controriforma nel campo dell'esecuzione penitenziaria (*infra*, §§ 2.8 e 2.8.2), collidente con le leggi di riforma e di conseguenza con i principi costituzionali, che le stesse sono state chiamate ad implementare.

Si è già scritto (*infra*, § 2.7) come ogni istituto premiale rappresenti un *unicum* inscindibile di un sistema scalare nel percorso trattamentale informato al principio di progressività, nel quale i risultati positivi raggiunti dal condannato generano un nuovo diritto ad accedere alla «scala degli istituti»[390] della risocializzazione.

Orbene, approfondendo l'analisi del principio d'irretroattività in relazione al profilo soggettivo, si è affermato che non possono ammettersi disposizioni incidenti sul trattamento che «provocano una regressione non addebitabile al detenuto, impedendo lo sviluppo di un percorso già

[388] Cfr., Corte cost., nn. 306/1993; 68/1995; 504/1995; 445/1997; 137/99; 79/2007; 257/2006; cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit*., p. 297.
[389] Cfr., Corte cost., nn. 273 e 280 del 2001.
[390] CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit*., p. 297.

iniziato e consolidato»[391]. La dottrina ha evidenziato come la Corte costituzionale:

> ond"evitare una brusca interruzione ha affermato il «diritto alla progressione trattamentale in caso di successione delle leggi» penali sfavorevoli nel tempo (Corte cost. 445/1997; 79/2007; 257/2006), che porrebbero «nel nulla le positive esperienze già raggiunte ed ostacola il raggiungimento della finalità rieducativa della pena prescritta dalla Costituzione» (Corte cost. n. 137/1999). Poiché in tal modo «l"opzione repressiva finisce per relegare nell"ombra il profilo rieducativo […] al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti» (Corte cost., n. 257/2006)[392].

Come anticipato, la Consulta, anche a salvaguardia del principio d"irretroattività, è intervenuta dichiarando l"incostituzionalità dell"art. 15.2 L. 7 agosto 1992, n. 356, che prevedeva la revoca delle misure extramurarie «nei confronti dei detenuti non collaboranti anche quando non fosse accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata»[393]. Poiché è irragionevole la revoca di un beneficio, per la condizione posta da una legge peggiorativa sopravvennuta, rispetto al principio di colpevolezza (27.1 Cost.) che informa le fasi dell"irrogazione e dell"esecuzione della pena.

Si afferma, pertanto, il principio che la revoca è possibile solo se giustificata e proporzionata ad una condotta addebitabile al reo, secondo i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena impliciti nei commi 1° e 3° dell"art. 27 della Costituzione[394].

---

[391] *Ibidem*.

[392] DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria, cit.,* p. 168.

[393] Corte cost., n. 306/1993; cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.,* p. 297.

[394] Cfr., Corte cost., n. 306/93; in tal senso, CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.,* p. 298: La Corte costituzionale è stata chiara nell"affermare che «dall"assenza di collaborazione non può ricavarsi la presunzione della persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, dunque, esclusa l"esistenza dei collegamenti e concessa la misura alternativa appare irragionevole revocarla per mancanza di collaborazione e non per demerito del detenuto».

La *ratio* implicita nel diritto di non regressione trattamentale, ha portato la Corte ad affermare l'ulteriore diritto alla continuità di fruizione dei permessi premio anche in assenza di collaborazione, laddove non sia accertata l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, in virtù della «riscontrata […] assenza di pericolosità sociale in conseguenza della regolare condotta in istituto, dimostrata dalla concessione di precedenti permessi premio»[395]:

è considerata dalla Corte «situazione del tutto omologa, proprio per il profilo di progressività del trattamento che qualifica il beneficio, alla revoca delle misure alternative alla detenzione già ritenuta non conforme alla Costituzione dalla sentenza n. 306 del 1993»: il permesso premio, pur non rientrando tra le misure alternative alla detenzione riveste una «funzione pedagogico-propulsiva» e rappresenta uno «strumento cruciale ai fini del trattamento», in quanto consente un iniziale reinserimento del detenuto nella società […]. Interrompere il trattamento premiale a causa della mancata collaborazione con la giustizia e quindi impedire la progressione nella premialità, risulta irrazionale anche in rapporto alla funzione rieducativa della pena e quindi con il dettato degli artt. 3 e 27 Cost.[396].

Sul solco tracciato dalla sentenza n. 306/1993, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1 nella parte in cui non prevede la concessione dei benefici, nel caso specifico, la semilibertà (Corte cost. 445/1997) e permesso premio (Corte cost. 137/1999), a quei detenuti che prima delle modifiche apportate *ex* art. 15 DL 306/1992 «abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata»[397].

---

[395] Corte cost., n. 504 dell'11 – 14 dicembre 1995, in *Giur. cost.,* 1995, p. 4272.

[396] CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit*., pp. 298-9; cfr., Corte cost., n. 504/1995, *ivi*, p. 4272.

[397] Corte cost., n. 137 del 14-22 aprile 1999, in *Giur. cost*. 1999, pp. 1067ss; PULVIRENTI, *Codice penitenziario commentato, cit*., p. 25.

La Corte costituzionale, dunque, è arrivata a parificare le posizioni di chi non ha fruito dei benefici, ma aveva già realizzato le condizioni per fruirne, ai casi di revoca, in quanto, anche in questo caso l'esclusione non sarebbe addebitabile alla condotta colpevole del condannato e l'esclusione determinerebbe un ingiustificato arresto nel percorso trattamentale. Ed in tal modo, frustrando la funzione rieducativa, violerebbe il principio di uguaglianza con un'irragionevole disparità di trattamento tra detenuti, a seconda che sia o meno stato emesso un provvedimento concessivo prima della disciplina peggiorativa[398].

In tal modo la Consulta ha, da un lato, affermato il principio d'irretroattività nella progressione trattamentale, dall'altro ha ridimensionato il ruolo assegnato alla collaborazione, risaltando quello relativo all'accertamento dei collegamenti con la criminalità organizzata (parametro di misura per stabilire la pericolosità sociale), misurabile a sua volta attraverso il percorso di rieducazione realizzato dal condannato, «individuando la condotta penitenziaria come unica e imprescindibile prova di valutazione del progresso o regresso trattamentale»[399] del detenuto.

Su tale impostazione concorda la dottrina[400].

Arrivati alla conclusione dell'esame del principio d'irretroattività legato ad un profilo soggettivo, lo studio non è concluso, poiché la Corte

[398] Corte cost., del 28 aprile 2010, n. 162; Corte cost. 16-30 dicembre 1997, n. 445, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 3934ss, con nota di FIORIO, *Brevi note sull'ennesimo vaglio di costituzionalità dell'art. 4bis ord. pen.*, ivi, p. 3942; cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*, pp. 299-300.

[399] CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.,* pp. 300-301; cfr., FIORIO, *Brevi note sull'ennesimo vaglio di costituzionalità dell'art. 4bis ord. penit.*, cit., p. 3945.

[400] Cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit.*, p. 301; CESARI - GIOSTRA, *Commento all'art. 4bis*, *cit.*, p. 91; in questi termini, ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, *cit.*, p. 866: «gli argomenti sostenuti dalla Corte costituzionale a fondamento della declaratoria di incostituzionalità della norma sulla revoca delle misure premiali valgono anche con riguardo alla concessione dei benefici, essendo diversamente violati i principi di colpevolezza, individualizzazione e proporzione della pena affermati anche in materia penitenziaria».

costituzionale è arrivata ad esprimersi anche sotto un altro profilo, quello oggettivo, che esprime un approccio ontologico all'operatività del principio d'irretroattività, che naturalmente si misura sulla natura "penale" della norma penitenziaria.

Il riferimento è alle pronunce della Corte costituzionale in materia di liberazione condizionale (n. 273/2001) ed in materia di permessi premio (n. 280/2001).

Nelle quali il giudice remittente sosteneva l'inapplicabilità della disciplina *ex* art. 4-*bis*.1 OP a quei condannati in modo irrevocabile, precedentemente, all'entrata in vigore della legge peggiorativa.

La Consulta ha ritenuto che non vi sia stata violazione dell'art. 25.2 Cost., sol perché la disciplina impugnata (4-*bis*.1 OP) non ha inciso i presupposti sostanziali degli istituti richiamati, ma solo i criteri legali di accertamento di tali presupposti (com'è considerata la condizione collaborativa). Riconoscendo implicitamente che laddove tali modifiche peggiorative avessero interessato i presupposti sostanziali sarebbe risultato violato il principio d'irretroattività.

Tali pronunce[401] appaiono rilevanti per due ordini di motivi: il primo per l'implicito "riconoscimento" alle misure extramurarie (permesso premio e liberazione condizionale), dell'operatività del principio d'irretroattività[402]; il secondo motivo è nel rilevare che tale principio non operi solo sulla base di un criterio soggettivo (grado di rieducazione raggiunto), ma anche oggettivo, ossia legato agli istituti premiali così come risultano disciplinati al momento della condanna o del reato.

---

[401] Cfr., Corte cost., 5-20 luglio 2001, n. 273 e 5-23 luglio 2001, n. 280.

[402] Sul problema dell'irretroattività si vedano: FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario*, cit., p. 2510; CESARI - GIOSTRA, *Commento all'art. 4bis, cit*., p. 91; N. G. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione*: *ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4bis ord. pen*., in *Cass. pen*., 1997, p. 1265; cfr., CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit*., pp. 302-303.

Anche se la Corte non giunge fino a tali affermazioni, non può ignorarsi che l'ordinanza del giudice remittente era così posta, né poteva essere altrimenti.

Altro "punto debole" di tali pronunce è nel loro essere „interpretative di rigetto" e non di accoglimento. Ma anche per quest'aspetto, non può disconoscersi, trattandosi di ben due pronunce, il dato "vincolante" che le stesse rappresentano.

3.2.3 Segue. Irretroattività: la Corte EDU, i casi Kafkaris*,* Del Rio Prada *e* Contrada.

Il principio d'irretroattività in ambito CEDU è stabilito all'art. 7, che nell'interpretazione fatta dalla Corte di Strasburgo, deputata all'interpretazione delle norme convenzionali[403], ricomprende oltre al divieto di retroattività di legge e mutamento giurisprudenziale sfavorevole[404], anche il principio di retroattività di legge favorevole[405].

Riguardo alle norme assoggettabili a tale principio, la Corte EDU ha più volte chiarito che non al *nomen iuris* deve aversi riguardo quanto agli effetti che la stessa produce[406]. Ed in tal modo, ha ritenuto „norme pena-

[403] Vedi, l'art. 32, § 1, CEDU.

[404] Cfr., Corte EDU, Quarta Sezione, caso *Contrada v. Italia, cit.*; in questi termini, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna, cit.,* §§ 91 e 115: «91. Quando si parla di "legge" l'articolo 7 allude al concetto stesso come quello a cui la Convenzione si riferisce altrove quando si usa questo termine, un concetto che *comprende la legge statuaria, nonché la giurisprudenza* e implica requisiti qualitativi, in particolare quelli di accessibilità e prevedibilità (v. *Kokkinakis*, citato sopra, §§ 40-41, *Cantoni*, già citata, § 29; *Coeme* e Altri, sopra citato, § 145, e *E.K. v. Turchia*, n. 28496/95, § 51, 7 febbraio 2002). Tali requisiti qualitativi devono essere soddisfatti per quanto riguarda sia la definizione di un reato che la pena cui il reato conduce» e «115. Inoltre, la Corte non può accettare la tesi del governo secondo la quale l'interpretazione della Corte Suprema era prevedibile perché era più in linea con la lettera del Codice Penale del 1973. La Corte ribadisce che il suo compito non è quello di determinare come le disposizioni di questo Codice dovrebbero essere interpretate nel diritto interno, *ma piuttosto di verificare se la nuova interpretazione era ragionevolmente prevedibile per la ricorrente ai sensi della "legge" applicabile al momento dei fatti*»; conforme, Corte EDU, *caso Pessino v. Francia* del 10 ottobre 2006.

[405] Cfr., Corte EDU, la Grand Chambre, ha riconosciuto il principio di retroattività della legge favorevole *ex* art. 7 CEDU, nel *caso Scoppola v. Italia*, *cit.*, confermato dalle singole Sezioni nelle successive pronunce del 27 aprile 2010, *Morabito v. Italia* e del 7 giugno 2011, *Agrati ed altri v. Italia*.

[406] In questi termini, Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, *cit.*, § 81, 82, 88, 89, 90: «(b) Il concetto di "sanzione" e il suo ambito di applicazione. 81. Il concetto di "sanzione" di cui all'art. 7 § 1 della convenzione […], un concetto autonomo della Convenzione. Per rendere efficace la

li" sia le misure di sicurezza detentive[407], sia le norme riferibili alla fase dell'esecuzione della pena o alle modalità di esecuzione della pena[408].

Riguardo al "momento" rilevante per l'operatività del principio d'irretroattività, al fine di garantire una „ragionevole prevedibilità" del reato e sue conseguenze intese in senso ampio (incluse le eventuali „concrete" possibilità di *conditional release*), la Corte ha fissato tale momento a quello del reato[409] o inizio della pena[410].

Criteri CEDU per la qualificazione della norma.

---

garanzia offerta dall'articolo 7, la corte deve essere libera di seguire e valutare autonomamente se una determinata misura costituisce in sostanza una "sanzione" nel significato di questa disposizione (v. Welch, citata sopra, § 27, e Jamil, già citata, § 30)»; cfr., Corte EDU, Grand Chamber, case of *Vinter and Others v. the United Kingdom* (Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10) JUDGMENT Strasbourg, 9 July 2013.

[407] Cfr., Corte EDU, Quinta Sezione, *M. v. Germania*, *cit*.

[408] In questi termini, Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, *cit*., § «57. Nella sentenza del 10 luglio 2012 la Camera ha ammesso che c'era stata una violazione dell'art. 7 della Convenzione. 58. […]. Essa ha concluso che *nel momento in cui i reati erano stati commessi* e al momento in cui la decisione di combinare le pene era stata adottata (il 30 novembre 2000), il relativo Diritto spagnolo, considerato nel suo complesso, compresa la giurisprudenza, era stato formulato con sufficiente precisione per consentire al ricorrente di discernere in modo ragionevole lo scopo della pena inflitta *e le modalità della sua esecuzione* (§ 55 della sentenza, con un riferimento, invece, a *Kafkaris v. Cipro* [GC], no. 21906/04, § 150, CEDU 2008)»; Corte EDU, CGJ, *caso Vinter v. UK, cit*., § 122; Corte EDU, Deuxième Section, affaire *Öcalan c. Turquie*, *citè*, en, *Opinion partiellement dissidente du judge Pinto de Albuquerque*, §§ 11-14.

[409] In questi termini, Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna, cit.,* §§ 57, 58, 103, 111 e 112), concorda con la Terza Sezione della Corte Edu (1° grado del 10 luglio 2012), § 58: «[…] Essa ha concluso che *nel momento in cui i reati erano stati commessi* e al momento in cui la decisione di combinare le pene era stata adottata, il relativo diritto spagnolo, considerato nel suo complesso, compresa la giurisprudenza, era stato formulato con sufficiente precisione per consentire alla ricorrente di discernere in modo ragionevole lo scopo della pena inflitta e le modalità della sua esecuzione» e «103. Alla luce di quanto precede, la Grande Camera ritiene, come la Camera, che *nel momento in cui il ricorrente ha commesso i reati* che hanno portato alla sua accusa e quando la decisione di unire le sentenze e fissare una durata massima di detenzione è scattata, la legge spagnola in materia, intesa complessivamente, compresa la giurisprudenza, è stata formulata con precisione sufficiente da consentire alla ricorrente di discernere, ad un livello che era ragionevole in quelle circostanze, il campo d'applicazione della sanzione inflitta su di lei, tenendo conto il termine massimo di trent'anni di cui all'articolo 70.2 Codice Penale del 1973 e le riduzioni di pena per il lavoro svolto in detenzione previste dall'articolo 100 del Codice stesso» e «115. […], ma piuttosto di *verificare se la nuova interpretazione era ragionevolmente prevedibile per la ricorrente ai sensi della "legge" applicabile al momento dei fatti*». Stabilendo, in tal modo, che le aspettative legittimamente tutelabili, riguardo alla pena e modalità di esecuzione della pena, sono quelle ragionevolmente prevedibili al momento del reato.

[410] In questi termini, Corte EDU, CGJ, *caso Vinter. v. UK*, *cit*., § 122: «Tuttavia un condannato a vita ha diritto di conoscere, *fin dalla sua condanna,* ciò che egli deve fare *perché sia esaminata una sua possibile liberazione e quali siano le condizioni applicabili*».

Aprendo una parentesi "domestica", sulla ritenuta natura penale (Corte cost. 204/1974) della liberazione condizionale (176 c.p.) e su quali effetti avrebbe tale riconoscimento nazionale innanzi ai giudici di Strasburgo, è da sottolineare, come la Corte EDU nel qualificare la disposizione, tenga comunque in rilievo (tra gli altri criteri) proprio la «sua caratterizzazione in base al diritto nazionale» (caso *Kafkaris v. Cipro*, § 142)[411], come ribadito nel caso *Del Rio Prada v. Spagna*. Pertanto nel caso italiano, la liberazione condizionale sarebbe ritenuta dalla Corte EDU come norma penale, anche tenuto conto che, nel caso della pena dell'ergastolo, la liberazione condizionale in Italia opera sia come condizione costituzionalmente legittimante della stessa pena, altrimenti perpetua, sia quale causa di estinzione.

3.2.3.1 Irretroattività: il caso Kafkaris v. Cipro.

Nel caso *Kafkaris v. Cipro*[412], il ricorrente condannato alla pena dell'ergastolo per pluriomicidio, lamentava diverse violazioni. Quella dell'art. 3 CEDU (divieto di torture e trattamenti disumani), in quanto, la condanna a vita senza il diritto alla liberazione anticipata è perpetua e pertanto disumana; violazione dell'art. 5 CEDU, in quanto, non era stato scarcerato dopo l'espiazione di venti anni di reclusione, periodo temporale al quale era equiparata la durata della pena dell'ergastolo dal Rego-

[411] In tal senso, L. ANCONA, *Corte europea e diritti dell'uomo. La Corte riconosce la violazione dell'art. 7 CEDU per indeterminatezza sotto il profilo quantitativo, della pena cipriota dell'ergastolo, (Nota a margine della sentenza C. EDU Kafkaris v. Cyprus del 12 febbraio 2008), Nota di*, in www.progettoinnocenti.it., p. 7, nella versione tradotta della sentenza *Kafkaris*: «141. […] Altri fattori che possono essere presi in considerazione come rilevante in questo contesto sono la natura e lo scopo della misura in questione, la sua caratterizzazione in base al dirito nazionale, le procedure necessarie per la realizzazione e l'attuazione della misura; e la sua gravità (cfr. *Welch*, citata sopra, p. 13, § 28; e *Jamil*, già citata, pp. 27-28, § 31). A causa di un probabile refuso, nel testo originale tale affermazione non si trova nel § 141, citato dall'Autrice ma nel § «142. […] Other factors that may be taken into account as relevant in this connection are the nature and purpose of the measure in question; its characterisation under national law; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity (see *Welch*, cited above, § 28, and *Jamil*, cited above, § 31)», rimane esatta la traduzione.

[412] See, Corte EDU, CGJ, case of *Kafkaris v. Cyprus, cited.*

lamento di esecuzione cipriota del 1981 (modificato nel 1987); violazione dell'art. 7 CEDU (divieto di punizione senza legge), che riteneva violato: i) con riferimento alla qualità della legge applicabile; ii) all'applicazione retroattiva di pene più severe, per la mancanza di revisione della condanna all'ergastolo che comportavano, e in relazione all'art. 14 CEDU, per il divieto di discriminazione ritenuto violato.

Il ricorrente premetteva come il tribunale, al momento della condanna nel 9 marzo 1989, non aveva chiarito il significato di „ergastolo", dichiarandosi incompetente. E successivamente aveva ottenuto dall'autorità carceraria il certificato di detenzione che determinava la pena da eseguire in venti anni di reclusione, ma che all'atto di tale scadenza non era stato scarcerato.

Il governo cipriota, di contro, ha sostenuto che la condanna all'ergastolo era da considerarsi a vita, poiché in tal modo era stata sempre intesa dal Codice penale cipriota in vigore al momento del delitto e condanna.

La Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso, rilevando che al momento del delitto e della condanna la normativa fosse formulata in maniera tanto imprecisa sul «*quantum*» della pena dell'ergastolo, da non consentire di valutarne la portata e le modalità applicative[413].

Per la Corte la legge non possedeva quella chiarezza e non assicurava quella ragionevole prevedibilità che rappresentano delle qualità impre-

[413] In this terms, Corte EDU, CGJ, case of *Kafkaris v. Cyprus, cit.*, § 140: «140. Furthermore, the term "law" implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability (see, among other authorities, *Cantoni v. France*, 15 November 1996, § 29, Reports 1996-V; *Coëme and Others*, cited above, § 145; and *E.K. v. Turkey*, no. 28496/95, § 51, 7 February 2002). These qualitative requirements must be satisfied as regards both the definition of an offence and the penalty the offence in question carries (see *Achour*, cited above, § 41)»; cfr., ANCONA, *Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte riconosce la violazione dell'art. 7 CEDU per indeterminatezza, sotto il profilo quantitativo, della pena cipriota dell'ergastolo*, *citato*.

scindibili per la legittimità di una legge. Principio ribadito in numerose pronunce[414].

All'interno di quest'analisi del diritto europeo, si apre un'altra parentesi relativa al diritto domestico, per sottolineare come tali qualità (ragionevole *prevedibilità* e *chiarezza*) della legge e sua interpretazione, godono di un'autonoma e costituzionale rilevanza anche nell'ordinamento italiano[415]. Aspetto questo che assumerà una sua importanza, quando si andrà ad affrontare il tema della ragionevole prevedibilità del mutamento giurisprudenziale o dell'interpretazione estensiva dell'art. 4-*bis* OP da cui è derivato l'"ergastolo ostativo giurisprudenziale".

Tornando alla sentenza *Kafkaris*, è da evidenziare come questa si caratterizzò per le molte opinioni dissenzienti (ben sette su diciassette) dei giudici membri.

Alcune di tali opinioni furono durissime, come quella del giudice spagnolo *Borrego Borrego*, che ha stigmatizzato il rifiuto della Corte di affermare la disumanità di tale pena, o di riconoscere "il diritto" alla liberazione condizionale (prevista solo come atto clemenziale), o la violazione del principio d'irretroattività. Lo stesso ha criticato la maggioranza della Corte che si era limitata ad accogliere il ricorso solo per mancanza di alcune qualità della legge (chiarezza e prevedibilità).

La spaccatura all'interno della Corte e le posizioni dei giudici dissenzienti, hanno preparato il terreno per le successive e più incisive pronun-

[414] Cfr., Corte EDU, Quarta Sezione, caso *Contrada v. Italia, cit.*; in questi termini, Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna, cit.,* §§ 91, 115: «91. Quando si parla di "legge" l'articolo 7 allude al concetto stesso come quello a cui la Convenzione si riferisce altrove quando si usa questo termine, un concetto che comprende la legge statuaria, nonché la giurisprudenza e implica requisiti qualitativi, in particolare quelli di accessibilità e prevedibilità (v. *Kokkinakis*, citato sopra, §§ 40-41, *Cantoni*, già citata, § 29; *Coeme e Altri*, sopra citato, § 145, e E.*K. v. Turchia*, n. 28496/95, § 51, 7 febbraio 2002)»; cfr., Corte EDU, caso *Pessino v. Francia* del 10 ottobre 2006.

[415] In tal senso, Corte cost., n. 364/1998, sull'art. 5 c.p., in cui la scusante dell'*ignorantia legis* è stata accostata al *prospective overruling*: entrambi modi di riconoscimento della rilevanza della prevedibilità dell'esito giudiziario, in chiave garantista.

ce su quei profili relativi all'esecuzione della pena[416], che nel caso Kafkaris sono rimasti ignorati[417].

3.2.3.2 Irretroattività: il caso Del Rio Prada v. Spagna.

Nel procedimento *Del Rio Prada v. Spagna,* la Grande Camera della Corte europea di Strasburgo il 21 ottobre 2013 ha stabilito l'irretroattività delle modifiche peggiorative (della legge e giurisprudenza) di norme „sostanziali" riguardanti l'esecuzione della pena. Con particolare riguardo ai metodi di computo della liberazione anticipata[418].

La ricorrente (detenuta dal 1987) è stata condannata come esponente dell'ETA, per stragi e altri atti di terrorismo a tremila anni di carcere (ultima condanna nel 2000), ridotti alla massima pena di trent'anni di reclusione, come stabilito dal *Code Penal* spagnolo del 1973, che tra l'altro prevedeva una riduzione di pena pari a un giorno ogni due di lavoro (esclusa in caso di cattiva condotta o nuovi crimini).

Nell'aprile 2008 l'autorità penitenziaria fissa il fine pena al 2 luglio 2008 (CGJ, § 16), ma il 19 maggio 2008 *l'Audiencia Nacional* (giudice che controlla l'esecuzione) rigetta e fissa il fine pena al 2017, applicando un nuovo metodo per la computazione dello sconto pena, non più sul cumulo a trent'anni di reclusione ma su ogni singola pena precumulo. Tanto avviene, per effetto del nuovo orientamento („dottrina *Parot*")[419]

---

[416] See since, Corte EDU, CGJ, case of *Vinter and others v. UK*, *cit.*; to, Corte EDU, Former Fifth Section, case of *Trabelsi v. Belgium* (Application no. 140/10) JUDGMENT This version was rectified on 7 October 2014 under Rule 81 of the Rules of Court. Strasbourg, 4 September 2014, Final 16/02/2015; cfr., C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU. Nota a C. eur. dir. uomo, sez. V, 4 settembre 2014, Trabelsi c. Belgio, ric. n. 140/2010*, 3 Novembre 2014, in www.penalecontemporaneo.it.

[417] Cfr., D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, *cit.*, §§ 7-8.

[418] Cfr., Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna, citato*.

[419] Che ritiene irrazionale «ridurre una lunga serie di condanne ad una sola nuova sentenza di trent'anni, con l'effetto che un individuo che ha commesso un unico reato sarebbe trattato, senza alcuna gustificazione, nello stesso modo di qualcun altro condannato per reati multipli» (CGJ, § 39); l'eco di tali motivazioni lo ritroveremo nella nostrana sentenza della Cass. pen., n. 337/2009 delle S.U. che estende l'art. 7 della L n. 203/1991 ai delitti punibili con la pena dell'ergastolo: «conseguenze prive di

espresso dalla Corte Suprema il 28 febbraio 2006, attraverso la reinterpretazione delle disposizioni del *Code Penal* del 1973 (CGJ, §§ 17, 18 e 39).

La Grande Camera, muovendo da tali premesse, ha stabilito che nonostante siano norme applicate durante l‟esecuzione della pena, queste devono garantire le aspettative che il condannato poteva avere già al momento della commissione del delitto (CGJ, §§ 111ss), in questo caso nel 1987. Dunque aspettative tutelabili non solo in ordine alla pena, ma anche in relazione alle sue conseguenze nella fase dell‟esecuzione.

La ricorrente, al momento del reato, poteva prevedere che avrebbe scontato dei trent‟anni di pena (massimi previsti) solo venti anni, per effetto degli sconti di pena per il lavoro che avrebbe svolto, date le leggi e interpretazioni vigenti al momento di commissione del fatto.

In favore della computazione dello sconto sulla pena cumulata si era espressa anche la Corte Suprema con decisione del 1994, prima del mutamento *in peius* nel 2006.

Come anticipato, la Grande Camera ha accolto il ricorso per violazione del principio d‟irretroattività (7 CEDU). Poiché la ricorrente aveva delle fondate aspettative di espiare due terzi della pena massima a trent‟anni di reclusione, stabilendo che non solo le norme modificate nel 1995, ma finanche il nuovo indirizzo peggiorativo della Corte Suprema non poteva essere applicato retroattivamente ai condannati in esecuzione di pena per delitti antecedenti. Poiché nella pratica, tale interpretazione,

---

logica razionalità e, com'è stato avvertito dalla più attenta giurisprudenza, seri problemi di legittimità costituzionale della disciplina normativa per violazione del principio di eguaglianza: - sia sotto il profilo che per delitti aggravati dalla circostanza in esame, punibili con pena diversa dall'ergastolo, potrebbero essere irrogate sanzioni più gravi rispetto a quelle inflitte, in concreto, per delitti pure ontologicamente aggravati dalla medesima circostanza ed astrattamente puniti con l'ergastolo in forza di altre circostanze, che non sopravvivano tuttavia alla differente qualificazione giuridica del fatto o al giudizio di bilanciamento con le attenuanti; - sia perché potrebbero dispiegarsi effetti preclusivi ingiustificatamente differenziati quanto all'accesso ai vari benefici in sede di esecuzione della pena e di trattamento penitenziario» (SU *cit*., § 5.3); pronuncia che ha determinato la figura dell‟"ergastolo ostativo giurisprudenziale", versione "formale" (*supra*, § 2.12).

ha privato la ricorrente dei benefici previsti al momento del reato (CGJ, §116).

La Grande Camera ha, inoltre, ritenuto violato anche l'art. 5 CEDU, per detenzione senza titolo, in riferimento al periodo di detenzione successivo al 2 luglio 2008 con relativo ristoro pari a trentamila euro.

Con tale pronuncia la Corte ha messo in luce due aspetti:

- l'operatività dell'art. 7 CEDU alle misure riguardanti la fase dell'esecuzione della pena (una novità rispetto alle precedenti sentenze);
- ed il divieto di mutamento giurisprudenziale sfavorevole (aspetto non nuovo nelle pronunce della Corte), in relazione al concetto di „prevedibilità" delle conseguenze della pena fin dal momento del reato[420].

a) Dalla „portata della pena"...

Quanto al primo aspetto, già nel 2012 la Corte di primo grado sul caso *Del Rio Prada*, estendeva l'operatività dell'art. 7 CEDU alle «modalità di esecuzione»[421] della pena prevedibili al momento del reato, mutando orientamento.

La Grande Camera, aderendo a tale nuovo indirizzo, dopo aver ripercorso i precedenti contrari[422], giustifica la svolta rispetto alla più restrit-

[420] Cfr., Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, *citato*, §§ 57, 59, 64, 77, 89, 97, 103, 109.

[421] In questi termini, *ivi*, § «57. Nella sentenza del 10 luglio 2012 la Camera ha ammesso che c'era stata una violazione dell'art. 7 della Convenzione. 58. […]. Essa ha concluso che nel momento in cui i reati erano stati commessi e al momento in cui la decisione di combinare le pene era stata adottata (il 30 novembre 2000), il relativo Diritto spagnolo, considerato nel suo complesso, compresa la giurisprudenza, era stato formulato con sufficiente precisione per consentire *al ricorrente di discernere in modo ragionevole lo scopo della pena inflitta e le modalità della sua esecuzione* (§ 55 della sentenza, con un riferimento, invece, a *Kafkaris v. Cipro* [GC], no. 21906/04, § 150, CEDU 2008)».

[422] In tal senso, *ivi*, §§ 83, 85 e 87, sulla precedente giurisprudenza che escludeva dall'art. 7 CEDU le misure riguardanti l'esecuzione: «83. Di conseguenza, dove la natura e lo scopo di una misura riguardano la riduzione di una pena o un cambiamento di regime per il rilascio anticipato, questi non

tiva giurisprudenza del passato, in nome del dettato convenzionale che impone un‟interpretazione in modo da assicurare una tutela concreta[423].

Ulteriori argomenti a favore della necessità di una tutela nella fase esecutiva della pena, potrebbero trarsi, utilizzando quelli adoperati dal Governo inglese nel caso *Vinter* per sfuggire alle censure della Corte di Strasburgo sull‟inumanità dell‟ergastolo effettivo. Nell‟occasione il Governo sostenne ed evidenziò, che i divieti di trattamenti inumani e degradanti (3 CEDU), semmai potevano manifestarsi nella fase di esecuzione della pena dell‟ergastolo[424] (fase all‟epoca esclusa dalla tutela CEDU) e non in quella della previsione astratta, sulla quale si pose l‟attenzione della Corte.

Prospettazione questa che porta a comprendere come sia necessaria l‟estensione di una tutela completa (inclusiva dell‟irretroattività) anche alla fase esecutiva della pena.

---

fanno parte della "sanzione" ai sensi dell'art. 7 (vedi tra le altre decisioni, *Hogben*, citata, *Hosein*, citata; *L. - G.R. v. Svezia*, n. 27032/95, decisione della Commissione del 15 gennaio 1997; in senso conforme, *Grava*, citata sopra, § 51; *Uttley*, citata; *Kafkaris*, citata sopra, § 142; *Monne v. Francia* (dicembre), n. 39420/06, 1 aprile 2008; M. *v. Germania*, *cit*. § 121, e *Giza v. Polonia* (dicembre, n. 1997/11, § 23 ottobre, 2012)». In tali termini, il caso *Uttley*, in cui si era esclusa l‟operatività dell‟art. 7 CEDU su un analogo nuovo regime di liberazione anticipata, poiché non faceva parte della sanzione "inflittagli". *In senso contrario* a § 85: «85. Tuttavia la Corte ha riconosciuto che in pratica la distinzione tra una misura che costituisce "sanzione" ed una misura che riguarda l' "esecuzione" o il "rinforzo" della sanzione" non può essere sempre chiara (vedi *Kafkaris*, citata, § 142; *Gurguchiani*, citata, § 31 e *M. v. Germania*, cit, § 121). Nel caso *Kafkaris*, essa ha accertato che il modo in cui i regolamenti carcerari relativi all'esecuzione delle sentenze erano stati intesi e applicati nei confronti dell'ergastolo che il ricorrente stava scontando è andato al di là della mera esecuzione della pena. Considerando che il tribunale aveva condannato il ricorrente al carcere a vita, nel Regolamento del carcere si è specificato che quello che in realtà significava erano vent'anni di pena. La Corte ha ritenuto che "la distinzione tra l'ambito di una condanna a vita e il modo della sua esecuzione non erano quindi immediatamente simili" (§148)». Al § 87: «87. Nel caso *M. v. Germania*, la Corte ha ritenuto che l'estensione della carcerazione preventiva del ricorrente da parte dei giudici competenti per l'esecuzione delle sentenze, in virtù di una legge promulgata dopo che il ricorrente aveva commesso il suo delitto, è pari ad un'ulteriore pena a lui imposta retroattivamente».

[423] In tal senso, *ivi*, § «88. La Corte sottolinea che il termine "imposto" utilizzato nel suo secondo comma *non può essere interpretato nel senso di escludere dal campo di applicazione dell'art. 7 § 1 tutte le misure introdotte dopo il pronunciamento della sentenza*. Si ribadisce a questo proposito che è di fondamentale importanza che la Convenzione *sia interpretata e applicata in un modo che renda i suoi diritti concreti ed effettivi, non teorici e illusori* (vedi *Hirsi Jamaa e altri v. Italia* (CG), n. 27765/09, § 175, CEDU 2012, e *Scoppola* (n.2), citato, § 104)».

[424] Cfr., GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell‟ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo, cit*., p. 12, § 12.

La svolta nel caso *Del Rio Prada* è evidenziata anche dalle opinioni dei giudici dissenzienti Mahoney e Vehabović, che, ricordano i precedenti della Corte e della Commissione con le quali fu esclusa l'operatività dell'art. 7 CEDU alle misure relative all'esecuzione della pena. Provvedimenti inerenti la materia della liberazione anticipata e (in epoca remota una dichiarazione d'inammissibilità) di liberazione condizionale[425]. Gli stessi sottolineano come, nel caso *Del Rio Prada*, le garanzie inerenti l'accessibilità e alla prevedibilità siano state allargate alla «portata della pena»[426].

Da rilevare che gli innovativi principi espressi nel caso *de quo*, non sono rimasti una "rondine solitaria", ma sono stati ribaditi dalla Grande Camera, nel caso *Rohlena v. Repubblica Ceca* del 27 gennaio 2015 (n. 59552/08), e pertanto possono considerarsi principi consolidati.

Il tendenziale mutamento registrato, come anticipato, non è stato un "fulmine a ciel sereno", ma ha avuto una lunga "gestazione" che si potrebbe dire abbia avuto inizio con la dura (e non isolata) opinione dissenziente espressa nel *caso Kafkaris v. Cipro* dal giudice spagnolo. Il quale molto efficacemente, in quella sede, affermò che distinguere la pena dalla sua esecuzione porterebbe a delle conseguenze assurde, come quella di considerare compatibile con la CEDU la pena di morte, se eseguita su una sedia elettrica confortevole e in una stanza piacevole[427].

---

[425] Cfr., Corte EDU, *caso Uttley v. Regno Unito* ((dec.), n. 36946/03. 29 novembre 2005) e Commissione, *caso Hogben v. Regno Unito* (n. 11653/85), decisione del 3 marzo 1986. Decisioni e Rapporti (DR) 46, p. 231, che dichiarò l'inammissibilità del ricorso.

[426] In questi termini, Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna, cit., § Opinione comune parzialmente dissenziente dei giudici Mahoney e Vehabović*: «La nostra preoccupazione è che la maggioranza sembra aver allungato il concetto di "sanzione", inteso anche come "la portata di una pena", oltre il suo significato legittimo e naturale, per appoggiare l'istanza percepita di un trattamento ingiusto dei condannati detenuti nell'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU».

[427] In questi termini il giudice spagnolo BORREGO BORREGO in Corte EDU, CGJ, case of *Kafkaris v. Cyprus, cit., Partly dissenting opinion of judge Borrego Borrego*, pp. 73ss; in tal senso anche GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 24, nota 33, mentre a p. 8 si legge «Alla maggioranza venne rimproverato di essersi rinchiusa in una torre d'avorio, dal momento che il sistema cipriota violava chiaramente almeno tre articoli della CEDU: l'art. 7, in quanto la distinzione tra pena in senso sostanziale e il suo regime esecutivo "*is quite magni-*

Altre conferme sulla rilevanza che hanno assunto per la CEDU, le norme relative all'esecuzione della pena (in particolare per liberazione condizionale nel caso della pena dell'ergastolo), si rinvengono nelle pronunce della Corte di Strasburgo sui casi *Vinter e altri v. UK, Öcalan v. Turchia* e *Trabelsi v. Belgio*. In tali sentenze, pur se vertenti sul principio d'umanità, si afferma un principio importante anche ai fini dell'operatività di quello d'irretroattività, ossia che le condizioni per un rilascio anticipato devono essere presenti già al momento del reato o della condanna per non violare l'art. 3 CEDU (*infra*, §§ 4.4.1ss)[428].

Pertanto, in una lettura incrociata con i principi espressi dall'art. 7 CEDU, si può sostenere l'irretroattività di eventuali modifiche peggiorative (legali o giurisprudenziali) successive al momento del reato anche di quelle disposizioni relative al rilascio anticipato, ossia quelle attinenti alla fase esecutiva della pena (si pensi all'ipotesi che da un meccanismo certo e giurisdizionale di rilascio condizionato, si passi ad uno clemenziale o incerto).

b) Alla prevedibilità al momento del reato…

Nel caso *Del Rio Prada* (diversamente dal *caso Kafkaris*), la „legge" al momento del reato era „ragionevolmente prevedibile" in relazione al reato, pena e soprattutto alle modalità della sua esecuzione[429],

---

ficent"; l'art. 3, dato che la mancata scarcerazione di Kafkaris equivaleva ad una vera e propria tortura, tanto che, affermò il giudice, le riflessioni della maggioranza dimostravano una mancanza di sensibilità indegna per una corte dei diritti umani ("*a lack of sensibility that is unworthy of a court of human rights*"); ed, infine, l'art. 14, considerato che era "*an insult to intelligence*" sostenere che Kafkaris, ultimo ergastolano presente nelle carceri cipriote, non venne discriminato»; *ibidem*, anche per la evidenziata propedeuticità del caso *Kafkaris* per casi *Vinter* e *Öcalan*.

[428] *Ex multis*, CGJ, caso *Vinter e altri c. UK* , *cit*., § 122: «Tuttavia un condannato a vita ha diritto di conoscere, fin dalla sua condanna, ciò che egli deve fare perché sia esaminata una sua possibile liberazione e quali siano le condizioni applicabili».

[429] *Ivi*, § 57, richiamando la sentenza della Camera del 10 luglio 2012 precisa come «Essa ha concluso che nel momento in cui i reati erano stati commessi e al momento in cui la decisione di combinare le pene era stata adottata (30 novembre 2000) il relativo Diritto spagnolo, considerato nel suo complesso, compresa la giurisprudenza, era stato formulato con sufficiente precisione per consentire alla ricorrente di discernere in modo ragionevole lo scopo della pena inflitta e le modalità della sua

mentre era imprevedibile il successivo mutamento giurisprudenziale sfavorevole che in quanto tale è stato censurato[430].

La „prevedibilità" ancorata al momento del reato, è aspetto ribadito sia in diverse sentenze[431], sia negli ordinamenti nazionali dove tale principio è saldamente affermato (*infra*, § 3.5.2). In quanto, fissare la „prevedibilità" di sanzioni o la loro modalità di esecuzione, al momento del reato, significa legarlo ad un momento certo e non a quelli variabili come possono essere i tempi processuali necessari per la condanna[432].

---

esecuzione (§ 55 della sentenza, con un riferimento, invece, a Kafkaris v. Cipro (GC), n. 21906/04, § 150, CEDU 2008)»;

[430] In tal senso, Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada, cit.,* §§ 91 e 93: «93. […] La mancanza di un'accessibile e ragionevolmente prevedibile interpretazione giudiziaria può anche portare alla constatazione di una violazione dei diritti dell'imputato secondo l'articolo 7 (V. per […], per quanto riguarda la pena, vedere *Alimucaj v. Albania*, n. 20134/05, §§ 154-162, 7 febbraio 2012). Se così non fosse, l'oggetto e o scopo di questa disposizione - vale a dire che nessuno debba essere sottoposto ad un procedimento, condanna o punizione arbitrari - sarebbe tradito».

[431] V. *supra,* § 3.2.3; cfr., Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada*, *cit*., §§ 57, 59, 64, 77, 89, 97, 103, 109, 115; in questi termini, GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo, cit.,* p. 16, § 13, citando i giudici di Strasburgo: «un detenuto condannato all'ergastolo effettivo senza possibilità di riesame ha il diritto di conoscere, sin dall'astratta previsione normativa della pena, gli strumenti di cui dispone affinché possa essere un giorno esaminata una sua possibile liberazione e a quali condizioni».

[432] Cfr., ANCONA, *Corte europea e diritti dell'uomo. La Corte riconosce la violazione dell'art. 7 CEDU per indeterminatezza sotto il profilo quantitativo, della pena cipriota dell'ergastolo, (Nota a margine della sentenza C. EDU Kafkaris c. Cyprus del 12 febbraio 2008)*, *cit*., p. 10; in tali termini la CGJ, *caso Kafkaris v. Cipro, cit.*, §: «150. […] In particolare, la Corte constata che al momento in cui il richiedente ha commesso il reato, la legge cipriota pertinente, presa nel suo complesso, non è stata formulata con sufficiente precisione da consentire al ricorrente di discernere, anche con la consulenza del caso, a un livello ragionevole, il campo di applicazione della pena di reclusione a vita e le modalità della sua esecuzione. Di conseguenza, vi è stata una violazione dell'articolo 7 della convenzione in tal senso. Per questi motivi, la Corte, sostiene (a) con quindici voti favorevoli e due sfavorevoli che vi è stata una violazione dell'articolo 7 della Convenzione per quanto riguarda la qualità (in termini di tassatività e determinatezza) della legge applicabile al momento dei fatti»; negli stessi termini la Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, *cit*., §: «91. Quando si parla di "legge" l'articolo 7 allude al concetto stesso come quello a cui la Convenzione si riferisce altrove quando si usa questo termine, un concetto che comprende la legge statuaria, nonché la giurisprudenza e implica requisiti qualitativi, in particolare quelli di accessibilità e prevedibilità (v. *Kokkinakis*, citato, §§ 40-41, *Cantoni*, citata, § 29; *Coëme e Altri, citato*, § 145, e *E. K. v. Turchia*, n. 28496/95, § 51, 7 febbraio 2002). Tali requisiti qualitativi devono essere soddisfatti per quanto riguarda sia la definizione di un reato che la pena cui il reato conduce».

Irretroattività: il caso Contrada v. Italia.

Se nel caso *Del Rio Prada* il tema della prevedibilità al momento del reato era un dato chiaro con riferimento al reato, le sue conseguenze penali e le modalità di esecuzione, tanto da non poter prevedere il mutamento giurisprudenziale sfavorevole censurato. Ad una situazione perfettamente opposta si assiste, invece, nel caso Contrada. In quest"ultimo è stata proprio l"assenza di una „*law*" chiara, determinata e prevedibile al tempo del reato a sancire la violazione dell"art. 7 CEDU[433].

I casi *Del Rio Prada* e Contrada esprimono principi comunicanti per il frequente rinvio che la Corte di Strasburgo effettua ai suoi precedenti nel corso di quest"ultima sentenza[434].

Contrada è stato condannato per condotte (risalenti tra il 1979 ed il 1988) antecedenti alla sentenza delle Sezioni Unite del 1994 Demitry, ritenuta "fondativa" della fattispecie criminosa elaborata dalla giurisprudenza (attraverso la lettura combinata degli artt. 110, 416 e 416-*bis* del codice penale del 1930)[435] sul concorso esterno in associazione mafiosa. Pronuncia che si ritiene abbia stabilito definitivamente i presupposti applicativi dell'incriminazione in questione, dirimendo i diversi orientamenti in materia, fino a quel momento non sufficientemente consolidati[436].

---

[433] In questi termini, Corte EDU, Quarta Sezione, caso *Contrada v. Italia, cit.*, § 60, richiamando il caso *Rohlena v. Repubblica Ceca* (Grande Camera, del 27 gennaio 2015, ric. n. 59552/08, § 77) estrinseca la *ratio* garantista del principio, evidenziando come «*la garantie que consacre l"article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l"atteste le fait que l"article 15 n"yautorise aucune dérogation m me en temps de guerre ou autre danger public mena ant la vie de la nation. Ainsi qu"il découle de son objet et de son but, on doit l"interpréter et l"appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires*».

[434] In particolare Corte EDU, Quarta Sezione, caso *Contrada v. Italia, cit*., §§ 76-77, la Corte sottolinea come i principi espressi in CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, *cit*., sono stati ribaditi nella sentenza della CGJ, caso *Rohlena v. Repubblica Ceca, cit.,* p. 50.

[435] L"art. 416-*bis* c.p., è stato introdotto con L. 646 del 13 settembre 1982.

[436] Cass. pen. sezioni unite, del 5 ottobre 1994 n. 16, Demitry, in *Foro i*t., 1995, II, c. 422 ss; in questi termini, Corte EDU, Quarta Sezione, caso *Contrada v. Italia*, *cit*., b) Applicazione dei principi: «Tuttavia, è solo nella sentenza Demitry, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione il 5 ottobre 1994, che quest"ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia contro-

La Corte EDU, ripercorrendo le diverse pronunce, rileva, come solo nel 1987 la Corte di Cassazione menziona per la prima volta il concorso esterno in associazione mafiosa, escludendone tra l'altro la configurazione di reato autonomo[437].

Al di là dei contrastanti orientamenti che si sono confrontati durante l'elaborazione giurisprudenziale di tale fattispecie[438], quel che interessa in questa sede, è prendere atto di come, sulla falsa riga dei sistemi di *common law*, sia stata la pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite del 1994 a risultare dirimente e rilevante per quella stabilità nell'interpretazione di una legge che difetta di chiarezza, oltre la quale l'indirizzo può dirsi costante e „vincolante" per i casi futuri[439], restando inapplicabile retroattivamente per assicurare quelle garanzie di accessibilità e prevedibilità della legge e sua interpretazione.

Nel sistema convenzionale qualsiasi norma (di fonte legislativa o giurisprudenziale), deve soddisfare i requisiti di accessibilità e prevedibilità, che rinviano ai principi di tassatività nelle sue componenti di determinatezza e del divieto di analogia. Tassatività e irretroattività sono in un cer-

---

versa»; in tal senso, G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale? C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia (n.3*), 2015, p. 2, in wwwpenalecontemporaneo.it: «Ed è proprio la chiarezza della legge che è messa in discussione dalla Corte Edu: nonostante sia riconosciuto che la prima giurisprudenza interna in materia risale alla fine degli anni Sessanta, essa non viene ritenuta sufficientemente consolidata al momento della consumazione della condotta, ovvero nel 1988». Alla Corte EDU non è apparso irrilevante che la giurisprudenza degli anni sessanta era riferibile ai reati di banda armata e cospirazione politica e non all'associazione mafiosa. Entrambe fenomeni affrontati con leggi d'emergenza, che consente di "giustificare" interventi *extra ordinem*, com'è stato evidenziato da autorevole dottrina.

[437] In tal modo, Corte EDU, Quarta Sezione, caso *Contrada v. Italia*, *cit.*, § 80: «L'analisi della giurisprudenza citata dalle parti (si vedano i paragrafi 26-30 *supra*) dimostra che la Corte di cassazione ha menzionato per la prima volta il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nella sua sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987».

[438] Per i diversi orientamenti in giurisprudenza e dottrina vedi, Corte EDU, Quarta Sezione, *caso Contrada v. Italia*, *cit.*, pp. 2-4; e MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del pricnipio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale? C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia (n.3), citato*.

[439] In questi termini, l'art. 65 del r.d. n. 12/1941 assegna una funzione nomofilattica alla Cassazione a Sezioni Unite al fine precipuo di garantire «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», oltre che «l'unità del diritto oggettivo nazionale».

to senso sovrapponibili[440]. Ciò che non è previsto come reato non potrà essere punito con una previsione successiva o ricavata per analogia da una norma preesistente.

La Corte di Strasburgo, in ordine all'interpretazione estensiva di una disposizione penale, argomento utilizzato in Italia per "aggirare" le garanzie CEDU[441], si pone con un approccio "sostanziale"[442] per assicurare alla *law* i requisiti qualitativi di accessibilità e prevedibilità che devono soddisfare sia la definizione del reato che la „portata della pena" cui il

[440] G. DE VERO, *Corso di diritto penale I*, Torino, 2012, p. 112.

[441] In senso contrario, MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, *citato*.

[442] In questi termini, Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, *cit.*, § 93: «Il ruolo rivestito dai tribunali è proprio quello di dissipare tutti questi dubbi interpretativi che restano (*ibid.*). Lo sviluppo progressivo del diritto penale attraverso la legiferazione giudiziaria è ben radicato ed è una parte necessaria della tradizione giuridica dei membri della Convenzione (vedi *Kruslin v. Francia*, 24 aprile 1990, § 29, serie A n. 176 – A). L'articolo 7 della Convenzione non può essere letto come escludente il graduale chiarimento delle norme delle responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da caso a caso, purché lo sviluppo risultante sia coerente con l'essenza del reato e possa ragionevolmente previsto (cfr. *S.W. e C.R. v. Regno Unito*, citata, § 36 e § 34, rispettivamente; *Streletz, Kessler e Krenz*, già citata, § 50; *K. – H.W. v. Germania* [GC], n. 37201/97, § 85, CEDU 2001 – II (estratti); *Korbely v. Ungheria* [GC], n. 9174/02, § 71, CEDU 2008 *e Kononov v. Lettonia* [GC], n. 36376/04, § 185, CEDU 2010). La mancanza di un'accessibile e ragionevolmente prevedibile interpretazione giudiziaria può anche portare alla costatazione di una violazione dei diritti dell'imputato secondo l'art. 7 (v., per quanto riguarda gli elementi costitutivi del reato, *Pessino v. Francia*, n. 40403/02, §§ 35-36, 10 ottobre 2006, e *Dragotoniu e Militaru – Pidhorni v. Romania*, nn. 77193/01 e 77196/01, §§ 43-44, 24 maggio 2007, per quanto riguarda la pena, vedere *Alimucaj v. Albania*, n. 20134/05, §§ 154-162, 7 febbraio 2012). Se così non fosse, l'oggetto e lo scopo di questa disposizione – vale a dire che nessuno debba essere sottoposto ad un procedimento, condanna o punizione arbitrari – sarebbe stato tradito»; in this terms, CGJ, case of *Kafkaris v. Cyprus*, *cit.*, § 138: «Accordingly, it embodies in general terms the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) (see *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 52, Series A no. 260-A). While it prohibits in particular extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy (*Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, § 145, ECHR 2000-VII, and Achour, cited above, § 41)»; ANCONA, *Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte riconosce la violazione dell'art. 7 CEDU per indeterminatezza, sotto il profilo quantitativo, della pena cipriota dell'ergastolo, cit.*, p. 6, § 138: «[…] stabilisce il principio per cui il diritto penale non deve essere interpretato estensivamente in danno dell'imputato, per esempio, per analogia»; CGJ, caso *Scoppola v. Italia, cit.* p. 24 chiarisce: «Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (*Streletz, Kessler e Krenz c. Germania* [GC], n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II)». L'interpretazione estensiva è ammessa a condizione che l'interpretazione "sia coerente e ragionevolmente prevedibile".

reato conduce[443], disinteressandosi, eventualmente, dell'interpretazione fattane dal giudice nazionale se non concide con i parametri CEDU.

Per la Corte di Strasburgo la *law* è comprensiva della legge statuaria, nonché della giurisprudenza e implica i suddetti requisiti qualitativi di accessibilità e prevedibilità[444]. Entrambe, legge e giurisprudenza, sono assoggettate al divieto di retroattività, poiché, ribadisce la Corte, il sistema convenzionale mira ad assicurare una tutela reale e concreta, tenendo conto dell'evoluzione socio-economico-giuridica nello stato convenuto[445].

Questi principi, di derivazione anglosassone, nell'impatto con l'ordinamento italiano di *civil law*, stanno sollevando in una parte della dottrina delle perplessità di ordine costituzionale[446], che riflettono alcune

---

[443] Per le nozioni di accessibilità e prevedibilità della legge, vedi: Corte EDU, *caso Cantoni v. Francia*, del 15 novembre 1996, Rapporti 1996-V, p. 1627, § 29; *caso Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII, § 145; caso *EK v. Turchia*, no. 28496/95, § 51, 7 febbraio 2002; GCJ, *caso Kafkaris v. Cipro*, *cit*., § 139, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, *cit*., § 91; CGJ, caso *Rohlena v. Repubblica Ceca*, *cit*., §§ 50ss e *caso Contrada v. Italia*, *cit*..

[444] In tal senso anche Corte cost., n. 364/1998, sull'art. 5 c.p., in cui la scusante dell'*ignorantia legis* è stata accostata al *prospective overruling*: entrambi sono modi di riconoscimento della rilevanza della prevedibilità dell'esito giudiziario, in chiave di garanzia; e ampiamente la Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, *cit*., § 91; CGJ, caso *Scoppola v. Italia*, *cit*., p. 23: La nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità (*Kokkinakis*, già cit., §§ 40-41, *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 29, Recueil 1996 V, *Coëme e altri*, già cit., § 145, e *E.K. c. Turchia*, n. 28496/95, § 51, 7 febbraio 2002). In senso onnicomprensivo il termine "law" si ritrova anche nell'articolo 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nella sua risoluzione 2200 A (XXI) del 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976; l'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee proclamata durante il Consiglio europeo di Nizza del 7 dicembre 2000, dalla Commissione europea, il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea; idem, l'articolo 7 della CEDU.

[445] In tali termini, *ivi*, p. 24: «Tuttavia, poiché la Convenzione è anzitutto un meccanismo di tutela dei diritti dell'uomo, la Corte deve tenere conto dell'evoluzione della situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale e reagire, ad esempio, al consenso che potrebbe emergere per quanto riguarda il livello di protezione da raggiungere (v., tra le altre, *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990, § 35, serie A n. 184, e *Stafford c. Regno Unito* [GC], n. 46295/99, §§ 67-68, CEDU-2002-IV). È di fondamentale importanza che la Convenzione venga interpretata e applicata in modo tale da renderne le garanzie concrete e effettive, e non teoriche e illusorie. Se la Corte non adottasse un approccio dinamico ed evolutivo, un tale atteggiamento rischierebbe di ostacolare qualsiasi riforma o miglioramento (*Stafford*, già cit., § 68, e *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], n. 28957/95, § 74, CEDU 2002-VI)».

[446] Cfr., MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?, cit*., pp. 15ss: che prospetta la

delle obiezioni già sollevate dalla Corte costituzionale (n. 230/2012), ma per la diversissima ipotesi di tangibilità del giudicato per mutamento giurisprudenziale favorevole delle Sezioni Unite[447] (tema che si approfondirà più avanti).

Le principali critiche mosse dalla dottrina alla sentenza *Contrada v. Italia* riguardano: i) il mancato approfondimento da parte della Corte EDU sulla natura giurisprudenziale del reato di concorso esterno in associazione mafiosa. Un punto che non aveva bisogno di precisazioni, poiché «non contestato dalle parti»[448] e dato per pacifico sia dalla giurisprudenza che dottrina nostrana, fin dall'inizio della sua elaborazione[449].

Col senno di poi, è facile evidenziare che se i dubbi a suo tempo sollevati in ordine alla „riserva di legge" *ex* art. 25.2 Cost., in relazione all'elaborazione del reato[450], avessero condotto a più stringenti controlli

---

violazione della riserva di legge (25.2 Cost.) nel riconoscimento del potere di creare giurisprudenzialmente una fattispecie criminosa. Le critiche dell'autore riflettono la posizione della Consulta espressa nella sentenza n. 230/2012, con la differenza non marginale che quest'ultima è indirizzata all'ipotesi di *abolitio criminis* per mutamento giurisprudenziale favorevole; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it; in questi termini, invece, accoglie favorevolmente una stabilizzazione dei precedenti della Cassazione D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, 2015, in www.penalecontemporaneo.it, p. 6: «Riconoscere alla giurisprudenza di cassazione (l'organo di nomofilachia) una peculiare capacità di vincolo ai mutamenti, sarebbe garanzia di libertà e di uguaglianza». Anche se a p. 7: evidenzia alcuni degli svantaggi che potrebbe subire il cittadino sotto processo. Nulla, in verità, che non accada già adesso nella prassi processuale.

[447] Decisione in cui diverse sono le premesse e diverse sono le conclusioni a cui conducono, trattandosi della retroattività favorevole che si fonda sul principio di eguaglianza *ex* artt. 3 Cost. e 7 CEDU (da caso *Scoppola v. Italia*) inderogabile per quest'ultimo, derogabile per l'art. 3 Cost., diversamente dall'irretroattività sfavorevole che si fonda sul principio internazionale di conoscibilità del diritto in modo inderogabile a garanzia da possibili abusi dei pubblici poteri: legislativo, esecutivo e giudiziario. Per differenze su ir/retroattività *ex* art. 7 CEDU vedi, CGJ, caso *Scoppola v. Italia*, *cit.*, *Opinione in parte divergente del giudice Nicolau condivisa dai giudici Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger e Sajò*.

[448] Corte EDU, Quarta Sezione, caso *Contrada v. Italia*, *cit.*, p. 8 § lett. b).

[449] *Ivi*, pp. 3-4.

[450] *Ivi*, pp. 2-4 si rileva che la giurisprudenza aveva tre approcci differenti, quello di ritenere configurata la partecipazione all'associazione, quello di ritenere configurato il reato di favoreggiamento (legalmente previsti) ovvero enucleare la nuova fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa. Il rispetto dei principi di tassatività e determinatezza della legge avrebbero dovuto suggerire l'utilizzo di una delle due figure di reato previste (partecipazione o favoreggiamento) e temperare al rialzo o al ribasso la pena attraverso il riconoscimento delle attenuanti o aggravanti, ed eventualmente sollecitare il legislatore a configurare con una nova fattispecie criminosa la condotta "intermedia" non prevista, nel rispetto del principio d'irretroattività.

costituzionali, oggi non vi sarebbe stata la censurata applicazione retroattiva in sede sovranazionale.

Per i giudici europei, infatti, le fittizie distinzioni tra „interpretazione estensiva" e „creazione giurisprudenziale" perdono rilevanza, poiché volgono lo sguardo agli effetti prodotti in concreto dalla norma o sua interpretazione per assicurare una tutela concreta; ii) l"altra perplessità sollevata dalla citata dottrina, riguarda gli effetti derivanti dall"indiscriminata applicazione in ordinamenti di *civil law* (come il nostro), di principi provenienti dai sistemi di *common law* (quali la rilevanza del mutamento giurisprudenziale), per le incalcolabili conseguenze e l"incompatibilità col principio di riserva di legge (25.2 Cost.).

Preoccupazione che avrebbe dovuto trovare un"esaustiva risposta nell"anticipatoria sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Beschi[451] (*infra*, §, 3.4), che ha dichiarato la rilevanza del mutamento giurisprudenziale favorevole per superare il cosiddetto „giudicato esecutivo", affrontando preliminarmente le questioni di sistema e del ruolo "para-legislativo" rivestito dalla giurisprudenza, attraverso l"interpretazione della legge. Nella stessa si è evidenziato il fenomeno integrativo legge-giurisprudenza nella "produzione" del „diritto", che s"inserisce perfettamente all"interno del più generale principio di legalità materiale elaborato dalla Corte di Strasburgo, in quella nozione allargata di „legge-prevedibilità", in funzione di integrazione garantista e non di riduzione della legalità degli ordinamenti statuali[452]. E sempre le Sezioni Unite, hanno inoltre chiarito come non possa prescindersi dalla lettura sistematica del diritto domestico con quello convenzionale, superando in tal modo la tradizionale visione e divisione tra legge e interpretazione.

[451] Cfr., Cass. pen., sezioni unite, 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, Beschi, in Cass. pen., 2011, p. 17, con nota di R. RUSSO.

[452] In senso più restrittivo leggi, PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, *ult. op. cit*., p.10.

Tornando alle preoccupazioni derivanti dal caso Contrada, è necessario rammentare, che il secondo comma dell'art. 25 Cost.[453] positivizza il principio d'irretroattività soprattutto come diritto del cittadino a non subire "punizioni" e ad essere informato sulle conseguenze penali delle sue azioni prima del loro compimento. La „riserva di legge", all'interno di tale fenomeno, né è solo un importante corollario. E non può trasformarsi in alibi per giustificare eventuali ed imprevedibili derive giurisprudenziali, laddove risultino di pregiudizio al cittadino[454].

Né vi sono impedimenti, a parte un'anacronistica nozione illuministico-liberale, per l'inclusione nella nozione di „legge" (25.2 Cost.) anche la sua interpretazione, alla quale da sempre si riconosce un «carattere parzialmente creativo»[455], come a qualsiasi altro atto, anche amministrativo che produca gli stessi effetti o pregiudizi penali, che si vogliono garantire, appunto, con la „riserva di legge"[456]. Pertanto l'ampliamento del principio d'irretroattività anche al mutamento giurispurdenziale, non dovrebbe servire per legittimare la produzione di norme da parte della giurisprudenza, alla quale dovrebbe restare sempre preclusa, ma appunto per

[453] Così l'art. 25.2 Cost.: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata prima del fatto commesso».

[454] In tal senso, PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., p. 2, § 1: che riconosce come la riserva di legge non sia garanzia sufficiente per il reo né per altri interessi. Anche se per la radice illuministico-liberare su cui si fonda il nostro ordinamento, consegna la diatriba tra ermeneutica/riserva di legge alle decisioni di politica del diritto, ritenendo la teoria dell'interpretazione inidonea a dare una soluzione. Ed a p. 12 rispetto all'infrazione d'origine giurisprudenziale, nata in assenza di mutamenti legislativi, ammette che «uno sguardo realistico ci mostra che ciò accade» anche se non "dovrebbe essere".

[455] Ivi, p. 3; cfr., O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale,* in *Criminalia*, 2012, p. 268.

[456] In questi termini, O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv Trim.*, n. 1/2013, p. 159, in cui si propone di «chiarire le ragioni dell'apparente paradosso per cui, nel giro di pochi anni, nel diritto penale si sarebbe verificato il passaggio da un sistema di evidente ispirazione giuspositivistica, fondato sulle fonti legislative, ad un sistema basato invece sull'argomentazione». A p. 164, pur ritenendo la riserva di legge «ad oggi lo strumento in astratto ancora più soddisfacente e comunque in linea con la nostra storia penalistica». Prevede che «la componente creativa dell'interpretazione giurisprudenziale – una realtà sostenuta da ragioni difficilmente confutabili sul piano teorico – possa sopperire al crescente deficit di legittimazione delle scelte legislative di criminalizzazione. Ad alcune ovvie condizioni la più importante delle quali è (oltre all'indipendenza della magistratura) che si consegua una maggiore stabilizzazione giurisprudenziale"».

assoggettare ai principi garantistici, quella "produzione" giurisprudenziale che attraverso l'interpretazione della legge già avviene.

Una diversa conclusione confliggerebbe, tra l'altro, con tutti gli impegni internazionali che l'Italia ha sottoscritto. In specie laddove ha riconosciuto una tutela dei diritti intesi «secondo il diritto nazionale o il diritto internazionale»[457], comprensivo quest'ultimo di legge, giurisprudenza e relative regole sulla successione.

A conferma di quanto sopra evidenziato la notizia, di poche ore fa[458], della dichiarazione d'inammissibilità del ricorso avanzato dal Governo italiano alla Grande Camera avverso la sentenza di condanna per il caso Contrada.

Sotto un profilo empirico, ai paventati timori di stravolgimento sistemico per l'introduzione di principi estranei alla *civil law*, una prima rassicurante risposta proviene da un importante e non isolato precedente, come nel caso *Del Rio Prada v. Spagna* (paese di *civil law*), nel quale non si è assistito ad alcun collasso ordinamentale ma solo all'implementazione di maggiori garanzie e tutele per il cittadino. Allo stesso modo può dirsi del caso *Rohlena v. Repubblica Ceca,* deciso dalla

[457] In questi termini, all'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nella sua risoluzione 2200 A (XXI) del 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976: «1. Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale», che fa' riferimento al diritto com'è inteso nel diritto nazionale o internazionale: che include leggi e giurisprudenza; nello stesso senso l'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee proclamata durante il Consiglio europeo di Nizza del 7 dicembre 2000, dalla Commissione europea, il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea; idem, l'articolo 7 della CEDU: «1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno od internazionale»; in tali termini, Corte EDU, CGJ, caso *Scoppola v. Italia, cit*., p. 23: La nozione di «diritto» («*law*») utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità (*Kokkinakis*, già cit., §§ 40-41, *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 29, Recueil 1996 V, *Coëme e altri*, già cit., § 145, e *E.K. c. Turchia*, n. 28496/95, § 51, 7 febbraio 2002).

[458] Vedi, Corriere della Sera, 16 settembre 2015, p. 8.

Grande Camera il 27 gennaio 2015[459], un paese di *civil law* anch"esso, nel quale sono stati ribaditi e applicati i principi espressi per il caso spagnolo.

Alla luce dei ponderati impegni internazionali e precedenti citati, le posizioni dottrinali nostrane sembrano, dunque, scontare i timori di una visione conservatrice che sottovaluta, da un lato, la predisposizione "assorbente" della Costituzione italiana, che ritiene la categoria dei diritti e delle garanzie individuali (2 Cost.) una "serie aperta", ampliabile in ragione della forza espansiva delle libertà, e dall"altro lato, sottovaluta l"inevitabile processo d"integrazione europeo, che ha come alternativa un insostenibile né voluta fuoriuscita dalla comunità europea, di cui l"Italia è fondatrice. Pertanto, non resta che confermare tale ultima propensione con atteggiamenti di apertura nel segno di una maturità e lungimiranza politica, che guarda oltre il "proprio giardino" di volteriana memoria.

3.3 Rapporti tra CEDU e diritto domestico.

Nel dibattito sul rango da assegnare alla Convenzione nei rapporti con l"ordinamento nazionale, si è assistito ad un evoluzione giuscostituzionale, nella quale la Consulta (n. 188/1990) inizialmente ha ritenuto le norme CEDU alla stregua di norme ordinarie. Dopodiché (n. 10/1993) ha riconosciuto la "particolare resistenza" delle disposizioni convenzionali rispetto a leggi successive di pari rango. Con la sentenza n. 388 del 1999 la Corte costituzionale è giunta a rilevare come il contenuto delle norme della Convenzione coincida con quello costituzionale, integrandolo nella tutela dei diritti.

È con le cosiddette sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007 che, però, si arriva a riconoscere alla CEDU natura di «diritto pattizio capace

[459] Cfr., Corte EDU, CGJ, caso *Rohlena v. Repubblica Ceca, cit.*

di vincolare lo Stato ma non produttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno»[460]. Lettura avversata da chi sostiene la diretta applicabilità di tali disposizioni, sull'assunto che della Convenzione facciano parte «quei principi generali di cui l'Unione europea garantisce l'osservanza»[461].

Nell'esperienza attuale, mentre la giurisprudenza di legittimità, in alcuni casi, ha riconosciuto efficacia diretta alle disposizioni ed alle pronunce della Corte EDU[462], il Giudice delle Leggi nega la possibilità al giudice ordinario di disapplicare la normativa interna eventualmente in conflitto, invitando al ricorso dell'interpretazione conforme od al sindacato di costituzionalità. In tal modo la Consulta si è riservato un controllo permanente al fine di un bilanciamento fra vincoli internazionali e valori costituzionali.

La Corte costituzionale ha precisato, che il riconoscimento di «norma interposta che rende concretamente operativo il parametro costituito dall'art. 117.1 Cost.»[463] dev'essere riconosciuto non alle disposizioni

---

[460] D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, 2008, in *Forum Quaderni Costituzionali*.

[461] *Ibidem*, la dottrina aveva proposto diverse soluzioni, indicando come riferimenti costituzionali, ora l'art. 2 della Costituzione, che impronta al principio personalista ed è in grado di scongiurare le derive nella tutela dell'individuo a cui mira la CEDU; ora l'art. 10.1 Cost. per la natura consuetudinaria di molte norme CEDU con relativo automatico adattamento; più isolate quelle opinioni che guardano all'art. 10.2 Cost. regolante la disciplina applicabile agli stranieri. L'art. 11 Cost. è indicato da coloro che lo ritengono a fondamento di tutti i trattati internazionali, inclusi quelli riguardanti la tutela dei diritti; *contra*, Corte cost., n. 80/2011: che esaminando il rapporto UE-CEDU, ha confutato la diretta applicabilità.

[462] La Suprema Corte ha ritenuto direttamente appplucabili le norme convenzionali (es., Cass. pen., del 8.5.1989 RDI 1038, su diretta applicabilità dell'art. 5 CEDU); in questi termini, VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole. Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014"*, *cit*., p. 8: «la prima sezione della Cassazione, in altre pronunce, ritenne di poter superare invece l'ostacolo evidenziato nel testo, procedendo direttamente alla rideterminazione della pena nei confronti di condannati che si trovavano in una situazione identica a quella esaminata dalle Sezioni Unite (per citazioni puntuali di queste pronunce, cfr. G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in libro in questa Rivista., 1 ottobre 2013, p. 3, nt. 5)», riferendosi agli effetti innescati dalla sentenza *Scoppola v. Italia* della Corte EDU e la sua applicabilità ai casi simili.

[463] In tal senso, TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, *cit*., p. 2; in questi termini, Corte cost., n. 135 del 19 maggio 2014 per cui «secondo la giurisprudenza di questa Corte, costante a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale

della Convenzione, ma all'interpretazione che ne viene fatta dalla Corte EDU[464]. Ne consegue l'obbligo d'informarsi alle stesse e se necessario adottando le misure generali o individuali utili a rimuovere la violazione[465]. Resta ferma la subordinazione della loro compatibilità a tutta la Costituzione e non solo ai principi fondamentali[466], ond'evitare l'applicazione al ribasso rispetto agli standard già garantiti dalla Costituzione. Una riserva che non dovrebbe operare nel caso d'implementazione di maggiori diritti da parte della Corte EDU[467], anche

---

espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali» (*ex plurimis*, sentenze n. 30 del 2014, n. 264 del 2012, n. 236, n. 113 e n. 80 del 2011). Ne deriva che, ove si profili un contrasto – non superabile a mezzo di una interpretazione "adeguatrice" – fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune, non potendo rimuoverlo tramite la semplice non applicazione della norma interna, deve denunciare la rilevata incompatibilità tramite la proposizione di una questione incidentale di legittimità costituzionale per violazione del suddetto parametro»; cfr., Corte cost., n. 348 e 349 del 22 ottobre 2007, (entrambe in *Giur. cost.*, 2007, rispett. p. 3475 e p. 3535, con note di A. GUAZZAROTTI, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici* e V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e Corti nazionale ed internazionali*) ove, oltre a inibirsi il potere per il giudice interno di disapplicare la legge nazionale che si ponga in contrasto con i precetti convenzionali, obbligandolo, in tale caso, a promuovere incidente di costituzionalità se impossibilitato a interpretare la legge nazionale in conformità alle norme della Convenzione, si riconosce altresì come il testo della Convenzione, stante la funzione interpretativa attribuita alla Corte europea, è da intendersi implementato dalle interpretazioni offerte in sentenza che vanno a integrare, così, il parametro interposto di costituzionalità. Insomma, come efficacemente rilevato in dottrina, «dalla *law in the books* (il dato normativo cristallizzato nella CEDU) alla *law in action* (il prodotto giurisprudenziale dei giudici europei)», così R. GAMBINI, *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1170.

[464] Sotto il profilo strutturale la CEDU è fornita di un apparato istituzionale e un sistema di tutela giurisdizionale azionabile dai cittadini che non ha eguali nel panorama internazionale. A ciò si aggiunga l'attività della Corte EDU che interpreta ed applica le disposizioni e la presenza di istituti di controllo sull'esecuzione delle sue pronunce.

[465] In questi termini, Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 18821 del 24 ottobre 2013 – 7 maggio 2014), §, 3.1, p. 6: «già con sentenza 13/07/2000 *Scozzari e Giunta c. Italia*, la Corte EDU ha affermato il principio - ormai consolidato, "quando la corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo dell'equa soddisfazione prevista dall'art. 41, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie (Corte EDU, GC, 17/09/2009, *Scoppola c. Italia*; Corte EDU, GC, 01/03/2006, *Sejdovic c. Italia*; Corte EDU, GC, 08/04/2004, *Assanidze c. Georgia*)"».

[466] Cfr., TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, *cit.*, p. 3; cfr., in senso critico A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale astratta e prospettiva assiologica-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007*), in www.forumcostituzionale.it.

[467] Di margini di autonomia dagli indirizzi dei giudici di Strasburgo, parla la Corte cost. n. 236 del 19 luglio 2011 ed R. GAMBINI, *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. proc., cit.,* pp. 1169ss; v., altresì, G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo, ivi*, 2010, pp. 371ss., che rileva come la Corte non abbia mai asserito che uno Stato-parte, il quale disciplini più rigorosamente il contraddittorio, debba "abbassare la guardia"

in ragione della sostenuta «tutela più intensa» dei diritti, che sembra emergere dalla giurisprudenza costituzionale (317/2009)[468].

Orientate alla "cautela" appaiono, invece, le sentenze (di rigetto) della Corte costituzionale nn. 230/2012 e 236/2011.

Nella prima, la Consulta si rifiuta di riconoscere (sulla base del principio di retroattività favorevole *ex* art. 7 CEDU), al mutamento giurisprudenziale favorevole delle Sezioni Unite la capacità di travolgere il principio d'intangibilità della *res judicata* ai sensi dell'art. 673 c.p.p.. Norma che attualmente prevede tale capacità solo all'*abolitio criminis* o alla declaratoria d'illegittimità della Corte costituzionale.

Mentre con l'arresto n. 236/2011 la Corte costituzionale ricava un „margine di apprezzamento" per difendersi dal meccanismo vincolante del precedente della Corte EDU[469].

Rispetto a tali posizionamenti difensivi, si rammenta che la proposta inglese alla Conferenza di Bringhton del 18 aprile 2012 di riconoscere un margine di discrezionalità agli Stati nell'applicazione della Convenzione, è risultata fallimentare, poiché è stata inserita solo nel preambolo della Convenzione[470].

---

per restare in linea con i suoi insegnamenti. Pertanto, è un obbligo che non persiste nel caso che gli standard di garanzia dello Stato-parte siano più alti di quelli individuati dalla Corte di Strasburgo.

[468] L. VENTURA, *Sovranità, Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 141.

[469] Cfr., Corte cost. n. 236 del 2011, in tale sentenza di rigetto, prende atto dell'obbligo derivante dall'art. 32 della CEDU, cercando un margine di apprezzamento per difendersi dal meccanismo vincolante del precedente della Corte EDU; cfr., E. CACACE, *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in *Quaderni costituzionali*, p. 7: che evidenzia la resistenza della Corte costituzionale ad ammettere *tout court* la retroattività della *lex mitior* espressa dalla Corte EDU in relazione all'art. 7 CEDU nei casi *Scoppola v. Italia* del 17 settembre 2009, *caso Morabito v. Italia* del 27 aprile 2010 e *caso Agrati ed altri v. Italia* del 7 giugno 2011. La Consulta rimarca le differenze degli ambiti applicativi deducibili: incidenza della retroattività favorevole *ex* art. 7 CEDU solo su reato, pena ed in procedimenti non definitivi (CGJ, *Scoppola*, § 109), evidenziando un'operatività minore rispetto all'art. 2.4 c.p. e il valore derogabile del principio di retroattività se "ragionevolmente giustificato".

[470] Cfr., GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo, cit.*, p. 4; G. Zagrebelsky, *Note sulle conclusioni della Conferenza di Brighton "per assicurare l'avvenire della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo",* in *Rivista AIC*, 4/2012, p. 4.

Il quadro si complica se si considera che la Corte di Strasburgo è giunta a censurare disposizioni anche di valore costituzionale nell'interpretazione che ne era stata fatta dai giudici nazionali[471]. In tal modo, nell'inedita veste di corte costituzionale sovrannazionale, la Corte EDU, ha ottenuto una relativa apertura delle corti nazionali, anche se dopo un'iniziale «velata diffidenza»[472].

Come evidenziato in dottrina, quello tra Corte EDU ed organi costituzionali nazionali è un "rapporto" *in itinere*, che dovrebbe trovare una degna conclusione alla fine di quel processo d'integrazione dei vari diritti nazionali, in quello di più vasto respiro d'ambito europeo[473].

3.4 Il mutamento giurisprudenziale in Italia.

Il sistema delle fonti (di produzione e cognizione) multilivello al quale ormai ogni giudice della Repubblica deve fare riferimento, non poteva non influenzare positivamente il diritto nazionale.

Si spiegano in tal modo nuove visioni del diritto e soprattutto di ulteriori garanzie afferenti non solo al fenomeno successorio delle leggi *strictu sensu,* ma anche a quello dell'attività interpretativa della legge, che spesso ne traduce il contenuto con le conseguenze e gli effetti propri di una "nuova legge".

---

[471] In tal senso, Corte EDU, *caso Ruz-Mateos v. Spagna*, la Spagna è stata condannata perché il Tribunale costituzionale non aveva assicurato il godimento del diritto di accesso a documenti ad una delle parti.

[472] Cfr. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo, cit*., p. 19; ed A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale",* in *Rivista AIC*, 4/2013; in termini di "velata diffidenza" (nel commento alle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007) parla S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. int*., 2/2008, pp. 291 ss. (in specie, p. 297).

[473] Cfr., O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale*, Milano, Giuffrè, 2010.

a) L'avanguardismo delle Sezioni Unite…

Tra queste innovazioni un ruolo di rilievo è stato assunto dal mutamento giurisprudenziale ad opera di un organo qualificato, ed in un certo senso legittimato dalla legge[474], quali risultano le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, come riconosciuto anche dalla Corte EDU[475].

Come si vedrà il divieto di mutamento giurisprudenziale sfavorevole si è affermato incontestabilmente anche nel nostro ordinamento nazionale.

Mentre solo alcune importanti pronunce hanno riguardato il mutamento giurisprudenziale favorevole, fondato sui principi di eguaglianza *ex* artt. 3 Cost. e retroattività favorevole ex art. 7 CEDU[476]. Con la differenza che quest'ultima disposizione assegna alla retroattività favorevole il carattere dell'inderogabilità, mentre per l'art. 3 Cost. risulta ragionevolmente derogabile.

I principi di retroattività favorevole di legge e mutamento giurisprudenziale sono affermati negli arresti della Corte di Cassazione penale sezione II, Merlo[477] e delle Sezioni Unite, Beschi[478] entrambe del 2010. Le stesse nell'ordine, hanno dichiarato il superamento del cosiddetto „giudicato cautelare" e del cosiddetto „giudicato esecutivo", sul principio di diritto che: il mutamento di giurisprudenza ad opera delle Sezioni Unite in-

[474] In tal senso, l'art. 65 del r.d. n. 12/1941 che assegna alle Sezioni Unite della Cassazione la funzione di garantire «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», oltre che «l'unità del diritto oggettivo nazionale». Ed *ex* art. 618 c.p.p.: «1. Se una sezione della corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite (170, 172, 173.3 Att.)».

[475] Cfr., Corte EDU, Quarta Sezione, *caso Contrada v. Italia*, *citato*.

[476] Cfr., Corte EDU, CGJ, caso *Scoppola v. Italia, citato*.

[477] Cfr., Cass. pen. sez. II, del 6 maggio 2010, Merlo, in *Mass. Uff.*, n. 247113, ha ritenuto che il *revirement* di giurisprudenza integra un «nuovo elemento» idoneo a legittimare la riproposizione della richiesta di revoca di sequestro preventivo già rigettata con provvedimento non più suscettibile di gravame.

[478] Cfr., Cass. pen. sezioni unite, del 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, Beschi, *citata*.

tegra un nuovo elemento di diritto che legittima la riproposizione della richiesta[479].

La *quaestio iuris* rimessa alla valutazione delle Sezioni Unite era «se il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite renda ammissibile o no la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata»[480].

L'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle statuizioni della Corte EDU (cfr. Corte cost. 349/2007 e 239/2009), ha imposto la soluzione positiva, che è stata raggiunta dopo aver affrontato le essenziali premesse giuridico-ordinamentali interne, iniziando dai precedenti espressi dalla Suprema Corte.

Il primo precedente del 2002, ritenne rilevante il mutamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite per il superamento del cosiddetto „giudicato cautelare"[481] mentre è datato 2004, quello che ne estende il principio al cosiddetto „giudicato esecutivo"[482].

Le Sezioni Unite nel caso Beschi, fondano la loro decisione sul mutato giurisprudenziale favorevole in conseguenza di un altro mutamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite[483]: con il quale si è ritenuto applicabile l'indulto, prima escluso, alle condanne in esecuzione in Italia anche se comminate da uno Stato straniero.

---

[479] In questi termini, *ibidem*: «Il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in pre-cedenza rigettata»

[480] *Ivi, p. 5, § 1.*

[481] Cfr., Cass. pen. sez. V, del 23 aprile 2002 n. 21344 (ric. De Biase); *contra*, Cass. pen. sezioni unite, del 12 ottobre 1993, Durante, che non riconosce rilevanza al mutamento giurisprudenziale della Cassazione se esprime un indirizzo minoritario.

[482] Cfr., Cass. pen. sez. V, del 24 febbraio 2004 n. 15099, Aragno; *contra*, Cass. pen. sez. I, del 28 marzo 1995 n. 1876, Marchesi; Cass. pen. sez. V, del 27 aprile 2004 n. 25079, Giovannini; Cass. pen. sez. I, del 15 gennaio 2009 n. 3736, P.M./Anello; Cass. pen. sez. I, dell'11 marzo 2009 n. 23817, Cat Berro.

[483] Cfr., Cass. pen. sezioni unite, del 10 luglio 2007 n. 36527.

Il PG ricorrente ha posto la questione dell'irrilevanza del "nuovo elemento di diritto", evocato per la riproposizione dell'istanza, incentrandola «sulla sottile distinzione tra "principio di diritto" e "argomento di diritto"»[484], non cogliendo però nel segno il reale problema di fondo che, invece, i giudici di legittimità individuano e risolvono, evidenziando come la visione tradizionale dell'irrilevanza della interpretazione della legge (alla quale il PG rinvia) sia superata alla luce dell'imposta interpretazione sistematica con le norme convenzionali di quelle nazionali, con particolare riferimento al principio di legalità, che permea tutta la Convenzione[485].

La nozione del principio di legalità, apparentemente "debole" «presenta, in realtà, contenuti particolarmente qualificanti» esplicitati dall'interpretazione della Corte europea, che ha enucleato «dal sistema della Convenzione un concetto di "legalità materiale", in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi versi, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione»[486].

Le Sezioni Unite evidenziano come la Corte EDU sia riuscita a "distillare" dall'art. 7 CEDU, i principi europei più importanti «conciliando, all'interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi»[487].

---

[484] Cass. pen. sezioni unite, del 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, Beschi, *cit.,* p. 9, § 5.

[485] In questi termini, *ibidem*: «La doglianza del P.G. ricorrente, incentrata sulla sottile distinzione tra "principio di diritto" e "argomento di diritto", non coglie nel segno, considerato che: a) definisce "argomento di diritto" quello che il codice di rito qualifica "questione di diritto" (art. 627/3°) o "principio di diritto" (art. 173 disp. att.), concetti questi ultimi due che dall'*argomento* sono resi espliciti e con esso sostanzialmente si identificano; b) elude il problema di fondo, che è quello del rapporto tra legge e giurisprudenza o – meglio – tra norma e interpretazione e si attesta unicamente sulla visione tradizionale della irrilevanza del mutamento giurisprudenziale. S'impone, invece, una interpretazione sistematica dell'art. 666/2° c.p.p. alla luce delle disposizioni della Convenzione (CEDU), con particolare riferimento al principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU».

[486] *Ivi*, p. 10, § 6.

[487] *Ibidem*.

Per effetto del riferimento al „diritto" o „*law*" nell'art. 7 CEDU, la giurisprudenza della Corte EDU, ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa sia quello giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nello specificare portata e significato della norma[488]. Concezioni che le Sezioni Unite fanno proprie, come le elaborazioni della Corte EDU sulla visione sostanziale del principio di legalità e sulle particolari condizioni qualitative dell'„accessibilità" della norma penale e della „ragionevole prevedibilità" delle sue conseguenze[489]. In tal modo, pone le premesse per concludere che, non solo l'interpretazione è parte necessaria ed imprescindibile della stessa „legge", ma entrambe, legge e interpretazione, sono sullo stesso piano sostanziale.

A sostegno si citano i vari precedenti della Corte EDU sulla ritenuta violazione delle Convenzione (6 CEDU), come accadde per le divergenze nella giurisprudenza della Suprema Corte bulgara sull'interpretazione di una disposizione legislativa (Corte EDU, caso *Iordanov v. Bulgaria*).

Ovvero il rilievo al „diritto giurisprudenziale" evocato dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza dell'8 febbraio 2007 (caso *Groupe Danone c/ Commissione delle comunità Europee*) che ha delineato una dimensione innovativa sull'irretroattiva dell'interpretazione sfavorevole imprevedibile[490].

Le Sezioni Unite, conformemente alla Corte EDU, affermano che il processo di conoscenza è il prodotto di una relazione concorrenziale tra

---

[488] In questi termini, *ibidem*: «riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo ed interpretativo (cfr. sentenze della Corte di Strasburgo 24/4/1990, caso *Kruslin c/ Francia*; 12/2/2008, caso *Kafkaris c/ Cipro*; 15/11/1996, caso *Cantoni c/ Francia*; 25/5/1993, caso *Kokkinakis c/ Grecia*».

[489] *Ibidem*; cfr., Corte EDU, *caso Cantoni v. Francia*, *cit.*; *caso S.W. e C.R. v. Regno Unito* del 22 novembre 1995; *caso Achour v. Francia* del 29 marzo 2006.

[490] Cfr., Cass. pen., sezioni unite, del 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, Beschi, cit., p. 11, §6.

potere legislativo e giudiziario, un *unicum* da cui discende «l'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data»[491] e di conseguenza la sua accessibilità e prevedibilità. Elementi qualitativi, questi ultimi, che «non si riferiscono all'astratta previsione legale quanto alla norma "vivente", risultante dall'applicazione e interpretazione dei giudici»[492].

Alla nozione di „diritto vivente" il giudice costituzionale è ricorso per la prima volta con l'arresto n. 276/1974 per indicare una «norma non quale appare proposta in astratto, ma qual è operante nella quotidiana applicazione dei giudici» (Corte cost., 3/1956) e «come vive nella realtà concreta» (Corte cost., 198/1972).

Sempre al „diritto vivente" la Consulta «fa" riferimento per definire l'oggetto del sindacato di costituzionalità, rinunciando a imporre la propria libertà interpretativa e ritenendosi vincolat[a] all'esegesi dei giudici ordinari»[493].

Per „diritto vivente" s'intende quella giurisprudenza consolidata e costante della Cassazione per la funzione di nomofilachia assegnatole dall'ordinamento giudiziario.

Il Supremo Consesso evidenzia che per tali decisioni tra il „criterio quantitativo" e quello „qualitativo del grado" riconosciuto dall'autorità promanante, prevale quest'ultimo[494].

E segnala il ruolo della giurisprudenza anche nella produzione legislativa, rinviando al testo della legge n. 69 del 2009 «che fa" dei principi giurisprudenziali [de] i criteri delega»[495].

---

[491] *Ivi*, p. 11, § 7.
[492] *Ivi*, pp. 11-12, §7.
[493] *Ivi*, p. 12, § 8.
[494] In questi termini, *ibidem*: «con la conseguenza che è sufficiente "anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite […] nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (cfr. Corte cost. sentenze n. 317/2009, n. 260/1992, n. 292/1985, n. 34/1977)».

Nelle conclusioni, le Sezioni Unite come riconoscono la rilevanza del mutamento giurisprudenziale favorevole, a maggior ragione riconoscono l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole che è fondata su ben altri consolidati principi di diritto[496].

b) E l'altolà della Consulta…

All'interno di questa "nuova" logica integrativa il giudice ordinario ha ritenuto di compiere un ulteriore passo in avanti. E con ordinanza di rimessione[497] si è investita la Corte costituzionale della questione relativa alla non prevista revoca di una condanna penale per mutamento giurisprudenziale favorevole delle Sezioni Unite *ex* art. 673 c.p.p.[498], ritenendo diversamente violati gli artt. 3, 13, 25.2, 27.3 e 117.1 della Costituzione quest'ultimo in relazione agli artt. 5, 6 e 7 CEDU.

La Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione, affermando che nel nostro ordinamento la cancellazione degli effetti di una sentenza definitiva non può essere determinata dal mutamento giurisprudenziale, ma solo per effetto di abrogazione espressa o tacita della legge

---

[495] Più estensivamente si legge, *ivi*, p. 13, §9: «Che fa' dei principi giurisprudenziali criteri delega allorchè prevede ad esempio (art. 44) che "il governo è delegato ad adottare… uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori". 9. Le considerazioni sin qui svolte legittimano la conclusione che l'obbligo di interpretazione conforme alla convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di concludere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il "diritto vivente"».

[496] In questi termini, *ivi*, p. 14, §10: «Non lo consente certamente una diversa e nuova interpretazione *contra reum* di norme sostanziali, considerato che tanto la legge nazionale (art. 25 Cost. e 2 c.p.) quanto l'art. 7 della Convenzione europea sanciscono il principio della irretroattività delle norme sfavorevoli al reo (e, per quanto detto), della mutata interpretazione più sfavorevole».

[497] Cfr., Tribunale di Torino, ordinanza depositata il 21 luglio 2011.

[498] In tal senso, Corte cost., n. 230 del 12 ottobre 2012, §1: Si è posta questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 del codice di procedura penale «nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna […] in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato», deducendo violazione degli articoli 3, 13, 25, secondo comma, e 27, terzo comma della Costituzione, nonché dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 5, 6 e 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

o per declaratoria d'illegittimità costituzionale[499], ponendo un «freno»[500] a delle «prospettive avanguardistiche di adeguamento ai *dicta* della Corte di Strasburgo»[501].

La Consulta ha obiettato: i) che la giurisprudenza di Strasburgo (invocata dal giudice remittente) non è ancora giunta ad estendere il principio di retroattività favorevole al mutamento giurisprudenziale, ma si è fermata ai casi di modifica legislativa[502]. Contro tale costatazione depone però la consapevolezza dell'inevitabile estensione di tale principio alla giurisprudenza. Già presente nell'art. 7 CEDU e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri[503], in molti dei quali, legge e giurispru-

---

[499] Cfr., Corte cost., n. 230 del 12 ottobre 2012.

[500] Cfr., SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?, cit*., pp. 29ss ; A. BALSAMO - S. DE FLAMMINEIS, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*, in *Arch. pen.,* 2012, p. 727; M. GAMBARDELLA, *Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it; E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto di carattere generale*, in *Cass. pen*., 2011, pp. 4126ss.

[501] Cfr., V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it; A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse le fila dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami a tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale (a "prima lettura" di Corte cost., n. 230 del 2012*, *citato*.

[502] Cfr., Corte cost., n. 230/2012, *cit*., p. 15.

[503] La Corte EDU, si è espressa sull'esistenza del principio di retroattività in casi di sopravvenuta modifica legislativa, non giurispudenziale: caso *Scoppola v. Italia*, *cit*.; del 27 aprile 2010, *Morabito v. Italia*, e del 7 giugno 2011, *Agrati ed altri contro Italia*. La Grande Camera, caso *Scoppola v. Italia*, nella ricostruzione del principio di retroattività favorevole, ha richiamato la pronuncia della Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione della Corte, 3 maggio 2005, in Cause Riunite C- 387\02, C-391\02 e C-403\02, *Procedimenti penali a carico di Silvio Berlusconi e altri*, affermando l'appartenenza del principio in questione ai principi generali dell'Unione, «parte delle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri»; nello stesso senso le pronunce della Corte UE, dell'11 marzo 2008, in C-420\06, Jager e 28 aprile 2011, in C-61\11, El Dridi; in questi termini, VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole. Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", ult. op. cit*., p. 10: «con riferimento all'art. 49 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)», che richiama la CEDU e le pronunce della Corte, dunque anche il principio in questione, in forza del disposto di cui all'art. 52 § 3 della Carta medesima, che in tal modo si ritrova ad avere un triplice fondamento normativo: UE, CEDU e art. 3 Cost.; A. SALERNO, *Il principio di retroattività delle norme penali di favore e la relativa evoluzione giurisprudenziale nazionale e internazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 16 dicembre 2012, p.11: che evidenzia come le norme che disciplinano il diritto penale intertemporale siano il banco di prova dell'effettivo rispetto dei principi costituzionali in materia penale e come queste siano esistite nell'ordinamento italiano fin dal codice penale Zanardelli (1889), citando la più antica dottrina che si è occupata dell'argomento: G. ARANGIO RUIZ, "*Intorno all'efficacia delle leggi penali temporanee"*, in *Riv. Pen*., XLIV, 1896, pp. 5ss; V. MANZINI, in G.D. PISAPIA (a cura di), *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, UTET, 1981, pp. 366ss: che rinviene nell'art. 13 Cost., il fondamento dei principi regolatori del diritto penale intertemporale d'ir/retroattività e la loro *ratio* nella prote-

denza sono equiparati nella produzione del diritto (come ha evidenziato il giudice remittente). La Corte di Strasburgo, in una prospettiva di integrazione dei sistemi *civil law* e *common law*[504] ha superato le barriere formalistiche e nel termine „*law*" ha ricompreso ed equiparato legge e giurisprudenza nella produzione del diritto[505]; ii) la Corte costituzionale, ha inoltre evidenziato il rischio di una «sovversione di sistema» che si determinerebbe nel rapporto gerarchico tra Sezioni Unite, giudice dell"esecuzione e giudice di cognizione, poiché solo quello dell"esecuzione sarebbe tenuto a uniformarsi al *dictum* delle Sezioni Unite, mentre quello di cognizione resterebbe libero anche nel caso in cui si trovasse di fronte ad un caso analogo[506]; iii) quanto ai precedenti citati dal remittente[507], la Consulta, sottolinea la differenza tra le più semplici preclusioni processuali inerenti a decisioni rese *rebus sic stantibus*, rappresentate dal superamento del cosiddetto „giudicato cautelare" e del cosiddetto „giudicato esecutivo", rispetto alla modifica di una sentenza definitiva e del principio di certezza giuridica che la presidia[508]; iv) il Giudice delle Leggi, mette, infine, in risalto la limitata vincolabilità, il carattere «persuasivo» e non cogente delle pronunce delle Sezioni Unite che difetterebbero, inoltre, di «quella necessaria stabilità propria della legge abrogativa o della dichiarazione d"incostituzionalità»[509].

---

zione dello «stato negativo di libertà» pronto a riespandersi laddove non più necessario o risulti eccessivo il sacrificio della libertà personale; *contra*, temendo un abuso di tali principi, a cui nega valore costituzionale, D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006, pp. 199ss.

[504] Cfr., F. MATSCHER, *Il concetto di legge secondo la Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, Padova, 1996, pp. 265ss.

[505] In particolare le pronunce: Corte EDU, del 22 novembre 1995, casi S.*W. v. Regno Unito* e *C.R. v. Regno Unito*.

[506] Cfr., Corte cost., 230/2012, *cit.*, p. 20; cfr., SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?, cit.*, p. 37.

[507] Cfr., Cass. pen., sez. II, del 6 maggio 2010, Merlo, in Mass. Uff., n. 247113 e Cass. pen. sezioni unite, del 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, Beschi, *citate*.

[508] Cfr., Corte cost., n. 230/2012, p. 20.

[509] *Ivi*, pp. 20-21.

Ed infine, conclude la Corte, per estendere il principio di successione di „legge" favorevole ai mutamenti giurisprudenziali si dovrebbe dimostrare l'equivalenza ad un atto di produzione normativa[510]. Opponendosi a tale equazione la „riserva di legge" in materia penale (25.2 Cost.) e il principio di separazione dei poteri (101.2 Cost.), che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge. Una "riserva" per la quale, al pari della creazione di norme penali, anche la loro abrogazione può dipendere solo da un atto del legislatore: *eius est abrogare cuius est condere*[511].

Rispetto a tale assunto, resta da valutare, per quanto tempo la Corte costituzionale potrà ancora utilizzare tali riserve, come espedienti conservatori. Tenuto conto che già oggi, il principio evocato dal giudice remittente sembra avere il rango di principio generale di diritto internazionale positivizzato dall'art. 7 CEDU, rispetto al quale, l'Italia, per i formali vincoli convenzionali sottoscritti è tenuta ad informarsi[512].

---

[510] *Ibidem*.

[511] *Ibidem.*

[512] Cfr., Corte cost., nn. 303 e 236/2011, 311/2009, 348 e 349 del 2007; Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione della Corte, 3 maggio 2005, in Cause Riunite C- 387\02, C-391\02 e C-403\02, *Procedimenti penali a carico di Silvio Berlusconi e altri* (per affermare l'appartenenza del principio in questione ai principi generali dell'Unione, essendo "parte delle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri" e dunque la natura vincolante); nello stesso senso, Corte di Giustizia UE, dell'11 marzo 2008, in C-420\06, Jager e 28 aprile 2011, in C-61\11, El Dridi; e la dottrina, in tal senso, VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole. Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", ult. op. cit.*, p. 10: «con riferimento all'art. 49 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)», che richiama la CEDU e le pronunce della Corte, dunque anche il principio in questione, in forza del disposto di cui all'art. 52 § 3 della Carta medesima, che in tal modo si ritrova ad avere un triplice fondamento normativo: UE, CEDU e art. 3 Cost; vedi, l'art. 46 CEDU (117.1 Cost., vincola alle pronunce della Corte EDU lo Stato e tutte le sue articolazioni; cfr., VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole. Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", ult. op. cit.*, p. 6; in questi termini, R. E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo italiano*, Torino, 2008, p. 7: «La Convenzione europea è infatti ormai chiamata a interagire profondamente con il nostro diritto interno, secondo una duplice e coordinata prospettiva. Anzitutto, l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo è divenuta […] parametro di costituzionalità. Questa scelta […] richiederà che i giudici italiani posseggano un'approfondita e aggiornata conoscenza degli orientamenti e delle tecniche di ragionamento della giurisprudenza europea. In secondo luogo, alle indicazioni della Corte europea si dovrà comunque adeguare l'interpretazione delle norme interne, proprio per non incorrere in vizi di illegittimità costituzionale o in censure di non conformità»; d'imprescindibilità «dai cromosomi europei» in materia d'integrazione nella giustizia penale, parla O. MAZZA, *Giustizia penale in trasformazione: profili d'indagine*, in *Arch. pen.*, 2012, 1, p. 2.

Un diverso atteggiamento, invece, assume la Corte costituzionale nella stessa decisione (n. 230/2012) rispetto all'irretroattività di una nuova interpretazione sfavorevole contrastante, con quella favorevole espressa dalle Sezioni Unite, per la quale un tale divieto «potrebbe – in ipotesi risultare appropriat[o]»[513].

La Consulta fonda tale „eccezione" nel principio dell'«affidamento» generato nei consociati.

Una prospettiva, che trova conferma nel rispetto dell'accessibilità, prevedibilità della legge e sua interpretazione, rinvenibile (anche) nella già citata giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea[514].

Principi e affermazioni, queste ultime, che confermano una nuova rilevanza al caso relativo, alla sopravvenuta interpretazione sfavorevole dell'art. 4-*bis*.1 OP (*supra*, §§ 2.8.5 e 2.8.6), in contrasto con la più favorevole *ratio decidendi* espressa dalle Sezioni Unite della Cassazione n. 14/1999.

Vicenda nella quale si è assistito ad una reviviscenza, ad opera di una singola Sezione della Cassazione, dell'orientamento "sostanzialmente" censurato dalle Sezioni Unite, senza ricorrere alle procedure previste dall'art. 618 c.p.p..

---

[513] Corte cost., n. 230/2012, cit., p. 20: «"Né varrebbe obiettare che – nella prospettiva del giudice a quo – stante l'"affidamento" generato nei consociati dalla decisione delle Sezioni unite, il giudice della cognizione che si discosti da quest'ultima non potrebbe comunque condannare l'imputato, in virtù della ipotizzata estensione del principio d'irretroattività anche alla nuova interpretazione sfavorevole della norma penale. Tale obiezione potrebbe – in ipotesi – risultare appropriata se il giudizio vertesse su un fatto commesso dopo la decisione delle Sezioni unite: non qualora si tratti di fatto anteriormente realizzato, il cui autore non aveva alcuna ragione per confidare sulla liceità della propria condotta, posta in essere quando era imperante un orientamento giurisprudenziale di segno contrario».

[514] In tal senso la Corte di Giustizia dell'Unione europea, che, nel 2007, in C-3/06 P, *Groupe Danone contro Commissione*, ha esteso i principi di retroattività favorevole e irretroattività sfavorevole alle ipotesi di "interpretazione in senso sfavorevole di una norma sanzionatoria, ove detta interpretazione non risultasse ragionevolmente prevedibile nel momento della commissione dell'infrazione"; e la dottrina, V. MANES, *Commento all'art. 7*, in BARTOLE – DE SENA - ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 258ss.

c) Un errore di prospettiva?

L'integrazione di nuovi principi modificanti l'assetto ordinamentale è un processo che necessita dei suoi tempi, ma è un aspetto che tocca soprattutto la cultura e la mentalità radicate nel valore della tradizione.

La problematica in questione è stata correttamente inquadrata dalle Sezioni Unite laddove precisano che non riguarda il rapporto tra interpretazione e legge, nell'irrilevanza che gli viene data tradizionalmente a livello domestico, ma di obbligatoria lettura sistematica delle norme in un sistema di fonti multilivello.

La Corte costituzionale e parte della dottrina, invece, si soffermano proprio sul rapporto interpretazione/legge nei valori che tradizionalmente esprimono. E per una loro equiparazione di valore invocano un atto formale del legislatore.

Ma a ben guardare un simile atto già esiste, è quello rappresentato dalla legge di ratifica di esecuzione del trattato costitutivo della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, col quale, indirettamente, si "riconosce" alla giurisprudenza il valore di produzione di diritto e soprattutto la tutela rispetto a tali atti.

E laddove si obbietti che alla legge di ratifica dei trattati è assegnato (solo) il rango di „legge rinforzata", e pertanto, inidonea a modificare le linee fondamentali dell'ordinamento, tale obiezione perde rilevanza in presenza di quella parte della dottrina che riconduce all'art. 10 Cost. e all'adattamento automatico dell'ordinamento italiano, anche il diritto pattizio, in forza del principio *pacta servanta sunt*[515].

Né deve ignorarsi come trattati e sentenze delle relative corti (UE e CEDU), rappresentano ormai la base di una costituzione materiale europea che, di fatto, ha già modificato gli ordinamenti nazionali.

[515] Cfr., A. D'ATENA, *Lezioni di Diritto costituzionale*, p. 188, Giappichelli, Torino, 2012.

Mentre rispetto a quella dialettica tutta interna a cui si sta assistendo tra giudice di legittimità e giudice delle leggi, non resta da aggiungere, com'è stato fatto notare dalla dottrina più attenta, che nulla vieta alla giurisprudenza ordinaria di procedere nel senso inaugurato[516], anche se in disaccordo con la Consulta, come già avvenuto in passato[517]. Anche tenuto conto che, in virtù della maggiore vicinanza del Giudice nomofilattico al momento applicativo del diritto, è anche il primo chiamato a plasmarlo per renderlo funzionale alle mutevoli esigenze della società.

3.5 Il principio d'(ir)retroattività: profili di diritto comparato.

Giusto il tema in trattazione, appare opportuna una panoramica sul principio d'irretroattività e retroattività delle leggi e mutamento giurisprudenziale nei Paesi di *civil law* e di *common law.* Al fine di verificare similitudini, differenze e *ratio* di alcuni istituti sconosciuti al nostro ordinamento, con i quali, per effetto di un'inarrestabile fenomeno d'integrazione tra i due sistemi all'interno di organismi sovrannazionali, è bene familiarizzare.

Per tale motivo l'esame comprenderà, per linee generali, il campo d'applicazione del principio di legalità sull'efficacia nel tempo, delle norme penali, e soprattutto le forme di produzione di tali norme, in particolare del diritto giurisprudenziale.

È bene iniziare ad evidenziare come il principio d'irretroattività in materia penale sia un principio costituzionalizzato in tutti i paesi presi in considerazione (Francia, Germania, Spagna, Inghilterra e Stati Uniti d'America).

---

[516] V., Cass. pen., sez. II, del 6 maggio 2010, Merlo, in Mass. Uff., n. 247113 e Cass. pen. sezioni unite, del 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, Beschi, citati.

[517] Cfr., VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole. Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", ult. op. cit.,* p. 15.

Discorso al contrario deve farsi, invece, per il principio di retroattività della legge penale favorevole (*ex ante* o *ex post* condanna irrevocabile), che ad eccezione della Francia (dov'è costituzionalizzato), negli altri paesi è espresso dai codici penali, è pertanto derogabile dal legislatore ordinario.

Si segnalano, per gli spazi riconosciuti alle modifiche in *bonam partem* sulle sentenze passate in giudicato, la Germania per rigidità e la Spagna per una maggiore flessibilità, poiché prevede l'incidenza anche sulla *res judicata*.

Riguardo le fonti di produzione delle norme penali, oltre a quella legislativa, si esamineranno gli effetti delle pronunce d'incostituzionalità e in particolare, per i paesi di *common law*, del diritto giurisprudenziale che potremmo definire „comune"[518], consistente nella „dichiarazione" del diritto e nel mutamento dell'interpretazione delle disposizioni legali in *bonam* o *malam partem*, per la rilevanza quale fonte di produzione di diritto riconosciuto alla giurisprudenza. Motivo che giustifica «un'estensione del divieto di retroattività dalla legislazione alla giurisprudenza»[519].

Riguardo ai rapporti tra *res judicata* e mutamenti giurisprudenziali in *bonam partem* Francia, Germania e Spagna non offrono alcun rimedio, quest'ultima, però, prevede un regime favorevole in caso di *ius superviens* legislativo.

Nei sistemi di *common law* e *civil law* si riscontrano le stesse garanzie su irretroattività peggiorativa e retroattività favorevole delle norme penali con delle differenze riguardo alle fonti di produzione.

---

[518] P. PASSAGLIA (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, in www.cortecostituzionale, 2012, p. 5.
[519] *Ibidem*.

Nell‟ordinamento statunitense il divieto di *ex post facto laws*, che garantisce l‟inapplicabilità di qualunque legge sfavorevole, è costituzionalizzato, non lo è invece quello della *lex mitior*, al pari degli altri paesi esaminati. Si rilevano alcune differenze tra Inghilterra e USA, anche se entrambi ordinati su sistemi di *common law*. Nel Regno Unito, per l‟applicabilità della *lex mitior* ai casi del passato non definitivi, è necessaria l‟esplicita previsione legislativa. Non negli Usa, laddove per l‟esistenza della *doctrine* giurisprudenziale cosiddetta dell‟*abatement* (applicabilità a tutti i rapporti in corso), è necessario che il legislatore la escluda ai processi in corso e stabilisca espressamente l‟applicabilità della *lex mitior* solo *pro futuro.* Invece, per incidere la *res judicata,* è necessaria un‟espressa previsione legislativa in entrambi gli ordinamenti.

In Inghilterra, dall‟ambito delle *ex post facto laws* restano escluse le sentenze, in quanto, la giurisprudenza non è ritenuta fonte di diritto *ut sic*, ma strumento che „dichiara‟ il diritto consuetudinario vigente da tempo immemorabile sul territorio statale (*Common Law of the Land*).

Tale concezione "platonica" giustifica il riconoscimento della retroattività al mutamento giurisprudenziale (*overruling*) in qualunque materia, col limite della *res judicata*.

Analogo regime è presente negli USA, anche se alla giurisprudenza è assegnato un ruolo più flessibile, secondo la teoria del *judges do make law* che ha portato alla cosiddetta *prospective overruling*, ossia l‟applicabilità dell‟*overruling* solo ai rapporti futuri.

Riguardo al mutamento giurisprudenziale, i due sistemi si differenziano per le conseguenze sulla *res judicata* dell‟*overruling* favorevole al reo. In Inghilterra è previsto oltre al rimedio (discrezionale) dell‟appello tardivo, anche quello della revisione inoltrata attraverso una *Commission*.

Negli USA, invece, un mutamento legislativo o giurisprudenziale, permette ad una speciale *Commission* di orientare i giudici a rivedere la commisurazione delle pene, mitigandole.

3.5.1 L'(ir)retroattività in Francia

Dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino[520], è stato dedotto non solo il principio d'irretroattività di norme penali ma anche di retroattività della *lex mitior*[521].

Mentre non risulta costituzionalizzato il diritto di certezza del diritto o di tutela del legittimo affidamento[522].

Il principio d'irretroattività è limitato alle norme penali ed «alle sanzioni che hanno carattere di afflittività, non si applica, però, alle modalità di esecuzione delle pene (*Conseil constitutionnel*, dec. N. 2005-527 DC)»[523]. Rileva per l'operatività del principio d'irretroattività, il momento relativo al *tempus commissi delicti*; al quale si aggiunge il limite dell'insanzionabilità di «situazioni legalmente acquisite»[524].

Mancando nella Costituzione del 1958 un divieto alla retroattività della legge, il legislatore ordinario può quindi derogare in quelle materie diverse da quella penale (es. in quella fiscale)[525]. Poiché solamente nel codice civile è stabilito che «la legge dispone solo per l'avvenire, non ha

---

[520] In questi termini, l'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: «La Legge deve stabilire solo le pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una Legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata».

[521] C. BONTEMPS DI STURCO, *Francia*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, in www.cortecostituzionale, 2012, p. 8.

[522] Un fondamento è stato ricercato senza successo anche nell'art. 16 della Dichiarazione (Conseil constitutionnel n. 96-385 DC del 30 dicembre 1996 e n. 97-391 del 7 novembre 1997). Il Conseil però ritiene necessaria una conoscenza sufficiente delle norme applicabili per non ritenere violato l'art. 16 Dichiarazione (Conseil constitutionnel decisione n. 99-421 del 16 dicembre 1999).

[523] Conseil constitutionnel, decisione n. 80-126 DC del 30 dicembre 1980 e n. 2010-4/17 QPC del 22 luglio 2010.

[524] BONTEMPS DI STURCO, *Francia, cit.,* p. 10.

[525] Col limite di non poter imporre nuove sanzioni per fatti anteriori alla stessa legge o per situazioni protette costituzionalmente e sempre nell'interesse generale.

effetto retroattivo» (2 c.c.). Principio, questo, esteso anche agli atti amministrativi[526].

Anche il principio di retroattività della *lex mitior* (applicabile ai reati per i quali non sia intervenuta sentenza irrevocabile)[527], è derivato dall‟art. 8 Dichiarazione[528], oltre che dal codice penale del 1994 (112-1, comma 3). Più restrittivo, invece, è l‟orientamento della Cassazione che lo ritiene applicabile solo se non sia intervenuto il giudizio di primo grado[529].

Per la *res judicata,* la pena cessa l‟esecuzione solo in caso di *abolitio criminis* in senso stretto (112-4 codice penale) o per un provvedimento di grazia.

Eccezionalmente, è prevista l‟applicazione di alcune „leggi penali‟ anche in *malam partem* a reati commessi prima della sua entrata in vigore, *ex* art. 112-2 codice penale (modificato con L. 2004-204)[530]. Come per le leggi cosiddette „interpretative‟ (Cass. Crim. 21 ottobre 1943, S. 1.29), in quanto sono considerate coeve alla principale interpretata, oltre la quale, comunque, non possono retroagire.

Analogo regime è previsto per le misure di sicurezza, quelle di esecuzione forzata e di natura economica.

Quanto al mutamento giurisprudenziale, il codice civile (5 c.c.), vieta gli *arrèts de reglements*, disconoscendo in tal modo alla giurisprudenza il carattere di fonte del diritto. In tal senso concorda la dottrina, che non

---

[526] Cfr., Consiglio di Stato, 25 giugno 1948, Société du Journal "L‟Aurore", Rec. 289.

[527] Cfr., Corte cost., n. 2010-74 QPC 3 dicembre 2010.

[528] Cfr., Corte cost., n. 80-127 del 20 gennaio 1981, ancorandolo al principio di necessità delle pene che implica l‟immediata applicazione della legge penale più favorevole.

[529] Cfr., Cass. Crim., 25 maggio 1994, n. 93-83.820, Boll. Crim. 198.

[530] Nel caso si tratti di leggi: sulla competenza e organizzazione giudiziaria (se non è intervenuta sentenza di primo grado); leggi relative alle modalità di istaurazione dell‟azione penale e relative alla forma del procedimento (a tutti i processi in corso); al regime di esecuzione e di applicazione delle pene (poiché non mutano la natura della pena ma solo il regime di espiazione, ma il codice precisa che nel caso rendessero più severe le pene si applicano solo per condanne pronunciate a fatti commessi successivamente alla loro entrata in vigore); le norme sulla prescrizione dell‟azione pubblica e delle pene quando non sono estinte.

ammette per il giudice un potere legislativo[531]. Altri, invece, evidenziano come il mutamento di giurisprudenza sia, per sua natura, retroattivo poiché il giudice si pronuncia per fatti anteriori alla decisione stessa[532].

Ma la questione del mutamento giurisprudenziale, che incide su situazioni giuridiche soggettive di quanti hanno «fatto affidamento su un certo assetto giuridico»[533], solleva preoccupazioni sempre più crescenti anche in Francia.

A tali esigenze una prima risposta è arrivata dal diritto comunitario e della CEDU che sollecitano alla:

> necessità di limitare le violazioni della certezza del diritto e principi di prevedibilità del diritto e di tutela del legittimo affidamento, con riferimento a qualunque fonte, sia essa di matrice legislativa ovvero giurisprudenziale[534].

Innanzi alle ineludibili esigenze di certezza del diritto e di uniformità al diritto sovranazionale, tutte le giurisdizioni interessate hanno adottato delle tecniche per garantire il rispetto di tali principi.

Così, il Consiglio di Stato è arrivato a posticipare l'applicazione del nuovo orientamento[535]; analogamente la Cassazione che ha fatto riferimento all'art. 2 del codice civile per omettere l'applicazione di un cambiamento giurisprudenziale al caso di specie[536], appellandosi alla neces-

---

[531] Cfr., W. DROSS, *La jiurisprudence est-elle seulement rècroative? A propos de l'application dans le temps des revirements de iurisprudence*.

[532] Cfr., BONTEMPS DI STURCO, *Francia, cit*., p. 13; cfr., J. RIVIERO, *Sur la rècroactive de la règle jurispudentielle, in Actualitè juridique du droit administratif*, 1968, 15, in N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis a Monsieur le President (de la Cour de cassation) Guy Canivet*, Paris, Litec, 2005, p. 5.

[533] BONTEMPS DI STURCO, *Francia, cit*., p. 14; cfr., P. VOIRIN, *Les revirements de jurisprudence et leurs consèquence*; JCP 1959, I. 1467, s. 3, in N. MOLFESSINS, *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis a Monsieur le President (de la Cour de cassation) Guy Canivet*, *cit*., 18.

[534] BONTEMPS DI STURCOo, *Francia, cit*., p. 14.

[535] Cfr., CE, 24 luglio 2009, Cte de recherche et d'information indèpendante sur le gènie gènètique.

[536] Cfr., BONTEMPS DI STURCO, *Francia, cit.,* p. 15; cfr., P. MORVAN, *Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'èquitable*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 835.

sità di salvaguardare una libertà fondamentale[537]. La Sezione civile, che inizialmente si era mostrata favorevole all'applicazione retroattiva dei propri *reviremens*, ha modificato il suo orientamento, richiamandosi all'art. 6 CEDU, ond'evitare, per esempio, degli effetti processuali preclusivi[538].

Non si hanno, invece, grossi contributi dalla dottrina penalistica, che sembra aver trascurato l'argomento relativo al mutamento giurisprudenziale in campo penale[539].

Tra le cause del "ritardo" all'adeguamento alle giurisdizioni sovranazionali, certamente è da individuare il minor spazio interpretativo concesso al giudice penale dall'art. 111-4. Anche se tale limitazione sia in parte erosa dal riconoscimento al giudice dell'esercizio di un potere in certo senso "creativo".

Per tali motivi, la sezione penale della Cassazione continua ad applicare retroattivamente i suoi *revirements* a prescindere, se siano favorevoli o sfavorevoli all'imputato, ovvero si tratti di norme penali o processuali.

Resta il dato, però, che l'applicazione retroattività della giurisprudenza in *malam partem* confligga col principio d'irretroattività legislativa. Così quand'è stata invocata l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale, la Cassazione non ha trovato di meglio che ribadire l'inapplicabilità di tale divieto alla semplice interpretazione giurisprudenziale sia in materia penale (Cass. Crim. 20 gennaio 2002, Boll. Crim.

---

[537] Cfr., Cass. Soc., 17 dicembre 2004, D. 2004, 2454.

[538] In questi termini, BONTEMPS DI STURCO, *Francia, cit.*, p. 15: «(la nuova interpretazione sulla prescrizione avrebbe comportato l'inammissibilità del ricorso): qualora fosse stato immediatamente applicato, un tale cambiamento avrebbe avuto chiari effetti pregiudizievoli sul diritto ad un ricorso effettivo garantito dall'art. 6 CEDU, donde la sua applicazione pro futuro (Corte di Cassazione, Civ. II, 8 luglio 2004, Boll. Civ. 361). L'adunanza plenaria della Cassazione ha ripreso una siffatta soluzione (Cass. Ass. plen. 21 dicembre 2006, Boll. Ass. plen. 15)».

La Cassazione penale di contro non sembra ancora aver adottato analoghe posizioni.

[539] Cfr., P. THERY, *Pouvoirs du juge: pas de revirement de jurisprudence sur les revirements…,* in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, p. 168.

16), sia in ambito processuale (Cass. Crim., 5 maggio 2004, n. 03-82801).

Approcci questi, che scontano una riflessione troppo superficiale sull'incidenza della giurisprudenza, che può avere in concreto lo stesso valore normativo di una legge, ed i suoi mutamenti, gli stessi effetti.

3.5.2 L'(ir)retroattività in Germania.

Il principio d'irretroattività, in Germania, si trova cristallizzato nell'art. 103.2 della Legge fondamentale tedesca[540] e riconfermato dall'art. 1 del codice penale (*StGB*), e la sua ritenuta violazione può essere direttamente azionata al *Bundesverfassungsgericht*.

La *ratio* del principio si fonda sulla necessaria prevedibilità della «condotta non solo vietata ma anche punibile (è l'aspetto della tutela della fiducia o dell'affidamento)»[541]. In tal modo, si è stabilito che eventuali divieti siano decisi antecedentemente e solo dal legislatore, non da altri poteri dello Stato.

La garanzia della legge penale è assicurata dai postulati della riserva di legge (*nulla poena sine lege*), dalla determinatezza della fattispecie (*nulla poena sine lege certa*), dal divieto di analogia (*nulla poena sine lege stricta*), e dall'irretroattività della legge penale (*nulla poena sine lege praevia*)[542]. Postulato quest'ultimo, connaturato allo Stato di diritto (come legittimo affidamento) ed alla «tutela della dignità umana, in combinazione con il principio „*sine culpa*" (ricavabile, a sua volta, dal

[540] In questi termini, l'art. 103.1 Legge fondamentale: «Un'azione è punibile solo se la punibilità medesima sia stata stabilita per legge prima che l'azione sia commessa».

[541] M. T. RÖRIG, *Germania*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, in www.cortecostituzionale, 2012, p. 19.

[542] Cfr., RÖRIG, *Germania, cit.*, p. 19; cfr., G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993, pp. 23ss.

principio dello Stato di diritto – art. 20, comma 3, LF – nonché dallo stesso art. 103, comma 2, LF)»[543].

La riserva di legge è stabilità all'art. 104 LF. Essa serve anche ad ammettere l'operatività del diritto consuetudinario, ma solo *in favor*[544], che può svilupparsi anche dal diritto giurisprudenziale favorevole. Sempre che questi sia costante, autorevole e ampiamente accettato. Al di fuori di tale ambito la giurisprudenza, anche delle corti supreme, «viene configurata semplicemente alla stregua di una forma di *concretizzazione* della legge»[545].

Nell'art. 2.1 *StGB*, è sancito il principio d'irretroattività della legge penale. Esso vincola giudice e legislatore, imponendo di non applicare una legge diversa da quella vigente al momento del fatto, salvo sopravvenienza della *lex mitior* prima del giudizio (2.3 *StGB*), con esclusione della *res judicata*.

Il principio d'irretroattività, anche se eccezionalmente, è stato derogato per sanzionare «persone compromesse con il regime nazionalsocialista, di funzionari del regime dell'*ex DDR* (in particolare, dei c.d. *Mauerschützen*, i "tiratori" al confine del Muro di Berlino»[546].

Anche nell'ordinamento tedesco, per fissare l'operatività del principio d'irretroattività, rileva il *tempus commissi delicti*: il momento della condotta, per i reati commissivi, ovvero quello di scadenza del dovere d'agire in quelli omissivi. Irrilevante è il momento dell'evento.

Problematico si presenta il modo di delimitare il campo di applicazione del divieto di retroattività. Fattispecie incriminatrici a parte, resta di-

---

[543] RÖRIG, *Germania, cit*., p. 19.

[544] FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco, cit*., pp. 25ss.

[545] RÖRIG, *Germania, cit*., p. 20; cfr.; G. NOLTE, in MANGOLD/KLEIN (a cura di), *Das Bonner Grundgeset*, 3° ed. München, Vahlen, 2001, *Art. 103 LF, n. 136*.

[546] RÖRIG, *Germania, cit*., p. 21; v.d. BVerfGE 95, p. 96; BVerfG, EuGRZ 1997, p. 413; BVerfG, NJW 1998, pp. 2585 ss; BVerfG, NJW 2000, p. 1480; BGHSt 39, pp. 1 e 168; 40, pp. 218 e 241; 41, p. 101; 42, p. 65.

scussa l'applicabilità di tale principio alle norme penali „in bianco" ed alla disciplina sulla prescrizione. Se le prime sembrano ormai rientrare nell'ambito dell'art. 7 CEDU, alla luce della pronuncia della Corte di Strasburgo sul caso *M. c. Germania* del 17 dicembre 2009; restano escluse le norme processuali. Mentre rimane controverso il dibattito sulla prescrizione[547].

L'applicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* ai procedimenti in corso (2.3 *StGB*), non essendo costituzionalizzato, è sempre derogabile[548]. Motivo per cui più che di „retroattività", si parla di „retrospettiva". Concetti che la dottrina e la giurisprudenza costituzionale distinguono[549] in relazione agli ambiti dei rapporti in cui intervengono. La prima incide sui rapporti giuridici già definiti, la seconda interviene in quelli ancora non conclusi. La distinzione è fondamentale, poiché il Tribunale costituzionale ritiene illegittima la „retroattività" che incide sul legittimo affidamento, rilevanza, invece, non riconosciuta alla „retrospettiva".

Il problema resta quello di bilanciare il rispetto del principio di uno Stato di diritto (*id est*, certezza del diritto) e quello dei diritti individuali (ossia dell'affidamento, espresso nella struttura del test: (1) Basi sufficienti di fiducia; (2) Fiducia; (3) Merito di essere protetti)[550].

Quanto all'applicazione retroattiva della *lex mitior*, la Corte suprema federale (*BGH*) ritiene necessaria un'istanza di parte, di diverso avviso la dottrina, per la quale dovrebbe operare d'ufficio sulla base dell'art. 354 del codice di procedura penale – *StPO*.

[547] Cfr., RÖRIG, *Germania, cit.*, p. 22.
[548] Cfr., BVerfG, ordinanza del 18 settembre 2008 – 2 BvR 1817/08.
[549] Cfr., BVerfGE 11, 139 del 31 maggio 1960; BVerfG, 3 ottobre 1973 – 1 BvL 30/71.
[550] Cfr., RÖRIG, *Germania, cit.,* p. 23.

La modifica legislativa favorevole, rilevante per il caso concreto, può essere applicata, anche se il verdetto è stato espresso, ma non sia intervenuta la pena o sia da decidere la sua sospensione.

Nell'ordinamento tedesco è inesistente la figura dell'*abolitio criminis*, che è dedotta in via interpretativa dall'applicabilità della *lex mitior*.

La disciplina da applicare, nel caso di intervalli di legge favorevole e sfavorevole (tra il momento del fatto e la decisione), è quella più favorevole, salvo, poi, sia stata dichiarata incostituzionale.

Le leggi temporanee si applicano anche dopo la loro scadenza, se il fatto è stato commesso sotto la loro vigenza.

Pertanto, in Germania, come in Italia, esiste il principio d'irretroattività delle norme penali sfavorevoli e di retroattività di quelle favorevoli, eccetto che per le leggi temporanee.

Laddove la legge penale favorevole intervenga dopo la *res judicata* o durante l'esecuzione della pena, i rimedi sono molto limitati. È previsto l'istituto della revisione *ex* art. 359 *StPO* (che si atteggia come l'analogo italiano), attraverso il quale si possono far valere eventuali mutamenti legislativi o giurisprudenziali *in favor* sopravvenuti, ovvero eventuali declaratorie d'incostituzionalità di una norma.

Altri rimedi previsti, sono quelli dell'intervento legislativo "sanante", l'amnistia o la grazia.

I mutamenti giurisprudenziali non hanno valore vincolante. In quanto gli stessi sono ritenuti fonti di cognizione di diritto (*Rechtserkenntnisquelle*) e non fonte di diritto. Fa' eccezione la giurisprudenza costituzionale, alla quale è attribuita forza di legge[551].

[551] Testualmente, l'art. 31 BVerfGG: «le decisioni del Tribunale costituzionale federale vincolano gli organi della Federazione e dei Länder, nonché tutti gli organi giudiziari e le autorità amministrative».

La legge, disciplina l'intervento del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunale costituzionale federale – *BverfG*) ed i mutamenti della giurisprudenza cosiddetta „comune" *in favor*, prevedendo l'applicazione retroattiva anche in materia penale, senza violare l'art. 103.2 LF.

Resta, anche in questo caso, insuperabile il limite del giudicato.

Discorso diverso dev'essere fatto rispetto all'irretroattiva dei mutamenti giurisprudenziali in *malam partem*, ricondotti alla tutela del legittimo affidamento (art. 20.3 LF in combinato con l'art. 2.2 sulla libertà personale). Tali previsioni valgono, comunque, esclusivamente per quella giurisprudenza che abbia supplito a lacune legislative o abbia creato giurisprudenzialmente figure giuridiche (*praeter legem*), che, in sostanza, abbia "prodotto" diritto.

Dottrina e giurisprudenza costituzionale negano *ex* art. 103.2 LF l'affidamento che si fondi sulla stabilità di una prassi amministrativa o all'interpretazione giurisprudenziale in materia penale. Per i seguenti motivi: alla prassi amministrativa, si nega, in quanto tale tutela è riservata solo alla „legge". Mentre si nega alla giurisprudenza (anche nel caso di estensione di un fatto reato prima non punito), poiché non si ritiene un fenomeno retroattivo, ma è la legge originaria, "ora per allora", ad essere correttamente interpretata. A favore di tale impostazione si sbandiera il rischio, che una diversa opinione, finirebbe per immobilizzare l'interpretazione della legge. Anche se poi, si ammette che:

> l'irretroattività alla giurisprudenza si potrebbe solo eccezionalmente accettare in presenza di un mutamento sorprendente e non preannunciato di una giurisprudenza costante circa le basi di valutazione di un fatto[552].

[552] RÖRIG, *Germania, cit.,* p. 30; cfr. NOLTE, *Art. 103 LF*, *cit*., n. 120. In senso critico a tal riguardo si esprime, H. POHL, *Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung*, in *Schriften zum Öffentlichen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot 2005, che nega la fondatezza di tale conclusione.

Ovvero nel caso che a mutare fosse il giudizio di disvalore nel suo insieme (2BvR 2392/07 in NJW 2008, 3205 s).

Al di fuori di queste affermazioni, il Tribunale costituzionale, è stato sempre chiaro nell‟affermare che la giurisprudenza non è riconosciuta come fonte di diritto positivo e, dunque, resta esclusa dai principi destinati alle leggi.

Semmai in materia penale, ciò che vincola anche la giurisprudenza è il principio *nulla poena sine culpa*, ancorato alla garanzia della dignità e responsabilità dell‟uomo (1.1 e 2.1 L.F.).

Principio quest‟ultimo che esclude la punibilità senza colpa dell‟autore, con la sua riconduzione nell‟ambito del cosiddetto errore sulla legge penale (*Verbotsirrtum*) *ex* art. 17 *StGB*.

Tale principio riconosce rilevanza all‟errore inevitabile, fondato sull‟affidamento della giurisprudenza consolidata, che al momento del fatto lo riteneva non punibile, né fosse prevedibile il mutamento giurisprudenziale[553].

In dottrina non mancano di certo i sostenitori dell‟estensione del principio d‟irretroattività ai mutamenti giurisprudenziali, in nome di quella „funzione legislativa complementare‟, che il giudice arriva a rivestire in casi del genere. Questi autori, propongono l‟introduzione di un istituto simile alla *prospective overruling* di origine anglosassone, che permette solo di annunciare nel caso deciso il mutamento giurisprudenziale che varrebbe applicato solo *pro futuro*[554].

Gli oppositori a tale soluzione, evidenziano i problemi di cogestione e confusione che ne deriverebbero tra potere legislativo e giudiziario. Ed a loro volta, propongono, come alternativa, un rafforzamento del principio

[553] Cfr., BGHSt 37, 55 (67ss); BGH, NJW 1976, 1949 (1950); 2010, 2595 (2597); OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2002, 277 (279); v. anche D. STERNBERG LIEBEN in SCHÖNKE/SCHRÖDER, (a cura di), *Strafgesetbuch StBG*, München, Beck (online), 28° ed., 2010, § 17 StGB, n. 20ss.

[554] RÖRIG, *Germania, cit.,* p. 30; SCHMID - ASSMANN, *Art. 103 LF*, *cit*., n. 241.

dell'affidamento e la possibilità di innovare solo «in presenza di "migliori e importanti argomenti"»[555].

3.5.3 L'(ir)retroattività in Spagna.

La Spagna è l'ultimo dei paesi con sistema di *civil law* di questa breve rassegna.

La Costituzione del 1978 stabilisce (9.3 e 25.1 Cost.)[556], i principi di certezza del diritto, di legalità e d'irretroattività delle modifiche in *malam partem* dei diritti soggettivi (non dei „diritti acquisiti")[557].

Garanzie che possono essere fatte valere fino ai massimi livelli, attraverso il ricorso *amparo* (53.2 Cost.).

L'unica eccezione al principio d'irretroattività, è la retroattività delle leggi penali favorevoli, principio non costituzionalizzato, ma presente nei codici penali spagnoli fin dal 1848[558].

Il divieto di modifiche legislative sfavorevoli è costituzionalizzato all'art. 25 Cost., ed è radicato: nel principio della certezza del diritto

---

[555] RÖRIG, *Germania, cit.,* p. 33; NOLTE, *Art. 103 LF*, cit., n. 120.

[556] Testualmente l'art. 9.3 Cost.: «La Costituzione garantisce il principio di legalità, la gerarchia normativa, la pubblicità delle norme, la irretroattività delle disposizioni sanzionatorie sfavorevoli o restrittive di diritti soggettivi»; e l'art. 25.1 Cost.: «Nessuno può essere condannato o punito per azioni od omissioni che nel momento in cui si verifichino non costituiscano reato, omissione o infrazione amministrativa, secondo la legislazione vigente in quel momento».

[557] Per il Tribunale costituzionale (STC 27/1981, del 20 luglio) sono da intendersi i "diritti fondamentali" di cui al Titolo I della Costituzione; cfr., C. GUERRERO PICÓ, *Spagna*, in P. PASSAGLIA (a cura di*), Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, in www.cortecostituzionale, 2012, p. 58; cfr., B. VERDERA IZIQUIERO, *La irretroactividad: problemàtica general*, Madrid, Dyknson, 2006, pp. 22ss.

[558] Cfr., GUERRERO PICÓ, *Spagna*, *cit.*, p. 58; testualmente l'art. 2 del codice penale del 1995: «1. Non è punito alcun delitto o contravvenzione con una pena che non sia prevista da una legge anteriore alla sua commissione. Parimenti non hanno effetto retroattivo le leggi che prevedono misure di sicurezza. 2. Ciononostante retroagiscono le leggi penali che favoriscono il reo, anche se al momento della loro entrata in vigore sia già stata pronunciata sentenza irrevocabile ed il soggetto stia scontando la condanna. In caso di dubbio sulla determinazione della legge più favorevole, viene ascoltato il reo. Tuttavia, i fatti commessi durante la vigenza di una legge temporanea sono giudicati in conformità ad essa, tranne che sia espressamente disposto altrimenti».

(*previsibilidad*), nella tutela del legittimo affidamento e nella limitazione dello *ius puniendi* dello Stato e suo arbitrio[559].

L'ambito applicativo del principio d'irretroattività è delimitato alla norma penale sfavorevole, che crea o aggrava la responsabilità penale (con nuovi reati o aggravando le pene), ed alle misure di sicurezza (2 c.p.). Meno chiara, invece, è l'applicabilità comunque sostenuta in dottrina alle:

> norme di diritto penitenziario o quelle che disciplinano l'esecuzione delle pene, poiché il cittadino ha diritto di conoscere anticipatamente, non solo la sanzione che la la sua condotta comporta, ma anche la forma in cui questa sarà applicata[560].

Resta intonsa l'applicazione retroattiva delle leggi temporanee, per i fatti avvenuti al momento in cui erano in vigore, ed alle leggi penali intermedie (in vigore tra „fatto" e processo) .

Per le leggi processuali, invece, vale il principio *tempus regit actum* (salvo diversa espressa *voluntas legis*). La dottrina minoritaria, sostiene la „penalità" di tali norme, laddove risultino restrittive dei diritti individuali (es. che disciplinano la reclusione, la carcerazione preventiva, l'estradizione o le condizioni di procedibilità)[561], con relativo divieto di retroattività delle leggi *in peius*.

---

[559] Cfr., GUERRERO PICÓ, *Spagna, cit.,* 59; per le diverse posizioni v. E. FRIGOLIS I BRINES, *Fundamentos de la sucesòn de leyes en el derecho penal español: existencia y aplicabilidad temporal de normas penales*, Madrid, Bosch, 2004.

[560] GURRERO PICÓ, *Spagna, cit.,* pp. 59-60.

[561] Cfr., GURRERO PICÓ, *Spagna, cit.,* p. 61; Tribunale costituzionale (SSTC 32/1987, del 12 marzo, FFJJ 3-4; e 117/1987, dell'8 luglio) si è espresso contro il prolungamento della carcerazione preventiva conseguente all'applicazione retroattiva di una legge posteriore; Trib. Cost. (STC 141/1998, del 29 giugno, FJ 3), si è mostrato più flessibile in materia di norme sull'estradizione o su quelle del mandato d'arresto europeo (STC 83/2006, del 13 marzo, FJ 5), poiché in entrambe le materie non rilevano le pretese punitive dello Stato spagnolo, e dunque non si estende il divieto d'irretroattività.

Controversa è l'applicabilità dei principi d'ir/retroattività sulle norme che disciplinano la prescrizione del reato, pene o l'indulto[562].

Quanto alle leggi sulla responsabilità civile, non essendo penali si tende ad escluderle, salvo, per la dottrina, non vadano ad incidere sui diritti fondamentali. Come nel caso in cui la modifica peggiorativa incida «sulla possibilità di sospensione dell'esecuzione della pena o sulle condizioni di accesso alla liberazione condizionale o al c.d. terzo grado penitenziario»[563].

Le norme penali „in bianco", che necessitano di essere completate da norme extra-penali, sono soggette al principio di irretroattività, laddove queste ultime determinino un ampliamento della fattispecie. Ma se queste risultino più favorevoli è prevista l'applicazione retroattiva[564], anche se sono previste delle limitazioni nel caso di non omogeneità, tra le situazioni disciplinate prima e dopo[565].

Momento rilevante, in tali casi, è quello della verifica sulla modifica apportata dalla norma extrapenale al nucleo costitutivo del reato. Se negativa, la successione di leggi è esclusa.

---

[562] *Ex plurimis*, J. M. SUAREZ COLLÌA, *La rectroactividad: normas juridicas retroactivas e irretroactivas*, Madrid, Centro de Estudios Ramòn Areces, 2006, pp. 120ss.

[563] Così, l'art. 100 del Regio decreto n. 190/1996, del 9 febbraio, di approvazione del Regolamento penitenziario, prevede la classificazione dei detenuti secondo tre "gradi di trattamento", che determinerà l'assegnazione al tipo di stabilimento: in regime chiuso, ordinario ed aperto, ossia di 1° , 2° e 3° grado.

[564] Criterio condiviso da molta parte della dottrina, da LUZÒN PEÑA, QUINTANO RIPOLLÈS, CORDOBA RODA, BUSTOS, CEREZO MIR, RODRIGUEZ MOURULLO, RUIZ ANTON, SAINZ CANTERO (cfr., J. M. SUÀREZ COLLÌA, *La rectroctividad: normas jurìdicas rectroactivas e irretroactivas, cit.,* p. 145) e dal Tribunale supremo (sentenza della *Sala* penale del 26 settembre 1983): «per legge penale deve intendersi "ogni norma da cui risultino conseguenze penali", e pertanto, "non solo le norme riferite alla pena o che definiscono figure concrete di reato, ma anche di altre branche giuridiche, che dotano di contenuto le leggi penali in bianco"; ciò posto, si qualificano come "modificazioni extra-penali della legge penale" quelle che incidono su "l'insieme dei presupposti da cui dipende la pena" (tale criterio è stato allora definito "unanime nella doctrina [del Tribunale supremo] espressa nelle sentenze del 13 dicembre 1966, del 26 giugno 1963, dell'8 novembre 1963 e del 9 marzo 1964": v. il settimo Considerando)».

[565] Cfr., GUERRERO PICÓ, *Spagna, cit.*, p. 62.

Le leggi che aggiornano le entità pecuniarie che integrano i reati finanziari, sono irretroattive se modificate dal legislatore, retroattive se aggiornano „automaticamente" il diritto positivo al costo della vita.

Per quanto riguarda la modificazione in *bonam partem* delle leggi penali, questa si fonda su valutazioni di politica criminale del legislatore e non può rappresentare altro che vantaggi, né può essere motivo di insicurezza giuridica. Nell'ordinamento spagnolo essa non si atteggia a garanzia, ma risiede nella «*pietatis causa*», o per altri, nel venir meno della necessità di punire (non nel principio d'uguaglianza come in altri ordinamenti).

Discussa è la natura costituzionale della retroattività. Anche se sono stati ammessi alcuni ricorsi di *amparo*, formalmente sono stati configurati sui diversi principi espressi dagli artt. 9.3 o 17.1 (libertà personale) o 24.1 Cost, non sull'art. 25.1 (che configura il principio di legalità e irretroattività in materia penale). Si è comunque escluso il divieto di retroattività di legge favorevole dalla lettura inversa dell'art. 9.3 della Costituzione spagnola[566].

La dottrina è divisa ma Huerta Tocildo sostiene che in base alla STC 232/1997 sarebbe legittimamente ammissibile un ricorso di *amparo* fondato direttamente sull'art. 25 della Costituzione.

Il Tribunale costituzionale sarebbe obbligato alla stessa conclusione in virtù dell'art. 10.2 della Costituzione, che obbliga all'interpretazione dei diritti fondamentali e di conformarsi ai patti internazionali sottoscritti.

[566] Il Tribunale costituzionale ritiene che dal divieto d'irretroattività di legge sfavorevole, non può dedursi il divieto di retroattività di legge favorevole: SSTC 35/1981, dell'11 novembre, FJ 3; 150/1989, del 25 settembre, FJ 5; 196/1991, del 17 ottobre, FJ 3; 82/2006, del 13 marzo, FJ 9 e 234/2007, del 5 novembre, FJ 3. Si segnala l'incostanza del Tribunale su tali posizioni, che in altre decisioni ha ritenuto inammissibile in sede di "amparo" il ricorso fondato sulla retroattività, ammettendola solo se invocata con gli artt- 9.3 e 17.1 Cost. ovvero riconducendola all'art. 24.1 Cost. come violazione del diritto alla tutela giurisdizionale (SSTC 177/1994, del 10 giugno, e 99/2000, del 10 aprile.

A sostegno, come per ogni Alta Parte contraente, si richiamano: l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; l'art. 7 CEDU (*ex* Corte EDU, caso *Baskaya e Okçuoglu v. Turchia* dell'8 luglio 1999); gli artt. 22-24 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale e l'art. 15.1 Patto internazionale dei diritti civili e politici del 19 dicembre 1966.

Un altro principio costituzionale invocabile, per la retroattività favorevole, si ritiene possa essere quello di proporzionalità (17.1 Cost.), per l'applicazione di una pena che, a seguito di una *lex mitior*, sarebbe ritenuta eccessiva dallo stesso legislatore[567].

Per l'individuazione della legge penale più favorevole, in caso di successione, sono state previste delle regole codicistiche. A tal fine, il codice penale del 1995[568] stabilisce il divieto della combinazione più favorevole delle due leggi. In giurisprudenza e dottrina, invece, si ritiene che la valutazione dev'essere fatta rispetto al diritto complessivamente inteso[569].

Comunque, dev'essere inequivoco il cambio di disvalore.

Sul punto c'è da segnalare che innanzi ad un'applicazione illimitata la dottrina ha proposto alcuni freni, distinguendo tra norme materialmente e formalmente favorevoli. Esigendo, per la configurazione della retroattività favorevole, la compresenza dei requisiti della «identità oggettiva

[567] Cfr., GUERRERO PICÓ, *Spagna, cit.*, p. 65.

[568] In questo senso dispone la Seconda Disposizione Transitoria del Codice Penale del 1995: «per stabilire qual è la legge più favorevole si considera la pena che corrisponde al fatto giudicato applicando interamente le norme dell'uno e dell'altro codice».

[569] In questi termini, GUERRERO PICÒ, *Spagna, cit.*, p. 66: «in ogni caso, devono essere presi in considerazione, non tanto i limiti edittali, ma la concreta pena risultante in ogni caso, includendo nella ponderazione le questioni attinenti al suo processo di selezione (in relazione all'esistenza delle misure alternative), alla sua determinazione (e dunque alle esimenti ed alle circostanze modificative della responsabilità criminale), alla esecuzione (avendo riguardo alla sospensione condizionale della pena, alla sostituzione della stessa, alle condizioni di accesso al c.d. terzo grado ed alla libertà condizionale, nonché ai benefici penitenziari) ed alla estinzione (prescrizione, riabilitazione). Si deve altresì valutare il maggiore o minor margine di discrezionalità lasciata al giudice per determinare la pena e le circostanze relative alla esecuzione della pena; l'esistenza di pene accessorie alla pena principale»

della fattispecie (oggetto, situazione, relazione giuridica, ecc.) e genuina successione di leggi»[570] *in favor*.

Infine, è previsto anche l'ascolto del condannato, anche se il suo parere non è vincolante per il giudice.

Per far fronte alla *res judicata*, il legislatore ha previsto (2.2 c.p.) la revisione della sentenza per l'applicazione retroattiva della legge penale favorevole. Si discute se debbano includersi anche quelle espiate, per gli effetti derivanti da queste. Sul punto, la dottrina si divide agli antipodi. Mentre Luzòn Peña suggerisce una terza via, ossia quella di ammettere anche quelle espiate ma con il limite di incidere solo sulla recidiva.

Sulla questione è intervenuta la *Sala* penale del Tribunale Supremo (3 febbraio 2001, ric. N. 16/1999), stabilendo che: «non possono privarsi di effetto le pene già scontate e travolgere ciò che è stato eseguito».

Non è prevista la revisione per i processi conclusi, nel caso di dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma o sua interpretazione, ai sensi dell'art. 40 della legge *orgànica* (n. 2/1979 del 3 dicembre), che regola il funzionamento del Tribunale costituzionale (LOTC).

Anche se, *ex* art. 954.4 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (approvata con regio decreto del 14 settembre 1882), tale pronuncia è un "fatto nuovo" ritenuto motivo di revisione. Tale incongruenza non è l'unica, infatti, lo stesso art. 40 della legge *orgànica*, confligge anche con l'art. 25.1 della Costituzione, che vieta una condanna penale o amministrativa sulla base di norme incostituzionali.

La dottrina individua nell'istituto della revisione il rimedio idoneo nel caso che una nuova interpretazione renda penalmente irrilevante il fatto. Mentre nel caso comporti solo una riduzione della responsabilità, ritiene necessario l'indulto parziale.

---

[570] *Ibidem*.

Tutt"altra questione è quella relativa al mutamento giurisprudenziale „ordinario" in materia penale.

Premesso che l"attività interpretativa della giurisprudenza non è riconosciuta come fonte di diritto, dunque sfugge a tutti i principi costituzionali previsti per la legge, ma considerati gli effetti concreti del mutamento giurisprudenziale non sempre irrilevanti, specie se in *malam partem*, la dottrina ha proposto l"inserimento di una clausola di salvaguardia (c.d. clausola *von-nun-an*, sulla linea del *prospective overruling*), ossia anticipare nella sentenza (dove resta inoperante) il nuovo indirizzo. A tale soluzione è stato obiettato che gli istituti d"origine anglosassone non siano esportabili nei sistemi di *civil law*.

Su tali posizioni si è arroccato anche il Tribunale supremo, accogliendo però un"altra soluzione indicata dalla dottrina, ossia il ricorso all"istituto dell"errore sul precetto penale (14 c.p.). Circoscrivendo tale figura, solo ai casi in cui il disvalore nel fatto sia totalmente nuovo e non già previsto, neppure in modo meno grave. La *fictio* è che il soggetto sia stato indotto in errore dalla giurisprudenza precedente[571].

Per il Tribunale supremo, il mutamento giurisprudenziale non viola nemmeno il principio costituzionale di uguaglianza (14 Cost.), laddove sia sufficientemente motivato (SSTC 42/1993 e 71/1998).

I mutamenti giurisprudenziali favorevoli, in Spagna, non possono essere motivo di ricorso in cassazione, in quanto, la giurisprudenza non solo non è fonte produttiva di „norme", ma può discostarsi dalla *doctrina legal* senza incorrere in alcuna violazione. Anche se nulla osta a che il Tribunale supremo possa applicare anche d"ufficio una nuova interpreta-

[571] Cfr., GUERRERO PICÓ, *Spagna, cit.*, p. 70.

zione della legge più favorevole al reo (STS del 19 ottobre FD 1, riguardante l'art. 529.7 del codice penale).

Pertanto il mutamento giurisprudenziale favorevole è un fenomeno per cui non esistono rimedi *ex lege*. Ed anche se, in qualche pronuncia, la *Sala* penale del Tribunale supremo ha ritenuto tali mutamenti un "fatto nuovo" (*ex* art. 954.4 *Ley de Enjuiciamento Criminal* (LECr)), aprendo la via al ricorso straordinario di revisione (STS, *Sala* penale, del 13 febbraio 1999, ric. N. 980/1998), tale orientamento non si è mai affermato.

Motivo per cui, in caso di mutamento giurisprudenziale favorevole al reo, a quest'ultimo non rimane che il rimedio della richiesta d'indulto parziale (v., *Sala* penale del Tribunale supremo, del 23 maggio 2000, ric. N. 782/1999).

3.5.4 L'*(ir)retroattività in Inghilterra.*

Con la Spagna, si lascia l'ultimo ordinamento di *civil law*, per addentrarci nel Paese in cui ha origine, già nel medioevo, la *common law*.

L'ordinamento inglese, specie quello penale, non è costituito solo dalla giurisprudenza ma anche da leggi (riconducibili al parlamento fin dal XVII secolo) e da una regolamentazione secondaria per la materia processuale (es. le *Criminal Procedure Rules*)[572].

È un ordinamento che manca ancora oggi di organicità con i relativi problemi che ciò comporta[573].

L'atto legale più importante in Inghilterra è rappresentato dalla Magna Carta (1215), che fondò la *rule of law*, stabilendo che nessun uomo po-

[572] Cfr., S. PASETTO, *Inghilterra*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, in www.cortecostituzionale, 2012, pp. 34ss.

[573] Cfr., J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, II ed., Indianapolis, The Bobbs Merrill Company, 1960; K. STEVENSON e C. HARRIS, *Breaking the Thrall of Ambiguity: Simplificatione (of the Criminal law) as an Emering Human Rights Imperative*, in *Journal of Criminal law*, 2010, vol. 74, pp. 516ss.

tesse essere privato della libertà, della proprietà, delle garanzie legali o della vita, se non in base ad una legge.

Il principio di legalità in ambito penale ha la funzione di limitare i poteri e l'arbitrio dello Stato. Esso ha due importanti corollari: «le leggi penali devono essere interpretate in maniera restrittiva da parte delle corti e le stesse leggi non possono avere efficacia retroattiva»[574].

La giurisprudenza, nell'ordinamento inglese, è equiparata alla legge, dunque, integra il principio di legalità, anche il rispetto della *common law*, ossia il diritto di origine giurisprudenziale.

Per la rilevanza riconosciuta in materia penale, la giurisprudenza opera all'interno di precise regole. Uno di questi è quello della vincolatività del precedente (*stare decisis*), che a sua volta opera per mezzo dell'analogia (*legal analogy*), attraverso la *statuary construction* (o *interpretation*). In realtà è un processo impercettibile, fatti salvi quei passi più evidenti, ma necessari per adeguarsi all'evoluzione del diritto penale. Ciò avviene anche con un aggiornamento dei termini antichi per l'applicazione alle nuove condizioni[575].

Fin dal 1250, con Bracton, di fondamentale importanza è stato ritenuto il principio romanistico dell'irretroattività delle leggi. Nel XVII secolo, poi, è stato inserito tra le regole consolidate della *statutory construction*. Così, per Blackstone, già in pieno Settecento, «una legge non poteva dirsi efficace prima di essere promulgata»[576].

In Inghilterra non esiste costituzionalizzazione espressa del principio d'irretroattività, dunque, teoricamente sarebbe possibile derogare in base

[574] PASETTO, *Inghilterra, cit*., p. 35.
[575] *Ibidem*; cfr., HALL, *General Principles of Criminal Law*, *citato*.
[576] W. BLACKSTONE, *Commentaries on the law of England, in four books*, London, John Murray, 1865, che smentisce le critiche sull'incompatibilità tra il principio di legalità e common law, poiché le formulazioni giurisprudenziali sono equiparabili a quelle legislative ed i problemi interpretativi si pongono per entrambe, come avviene nei sistemi di *civil law*.

al principio costituzionale del *Parliamentary sovereignty* per la supremazia riconosciuta, ma ad opporsi fermamente, è il radicamento di tale principio nella *common law*. Le eccezioni[577] si sono avute ma più frequentemente in *bonam partem*[578].

A confermare positivamente il principio d'irretroattività, contribuisce l'*Human Right Act 1998* di adesione alla CEDU, che obbliga poteri pubblici e corti ad uniformarsi ai principi convenzionali.

Norme processuali penali e di diritto penale sostanziale, in Inghilterra, sono equiparate ai fini dell'irretroattività, come può rilevarsi: dal *Criminal Procedure and Investigation Act 1996* (*Section* 1, *Subsection* 3); dal *Criminal Procedure Rules* del 3 ottobre 2011 (Rules 2.1), dal *Police and Criminal Evidence Act 1984*, i *Codes of Practice* (regolamento degli agenti) e dal *Criminal Justice Act 2003*, nei quali è stabilita l'efficacia delle norme solo per l'avvenire.

Allo stesso modo, non esiste differenza tra modifiche in *bonam* o *malam partem*, anche se, in linea con la CEDU, il principio d'irretroattività agisce solo in quelle in *malam partem*.

Mentre riguardo alla retroattività di modifiche penali favorevoli (affermata dalla Corte EDU, nel caso *Scoppola c. Italia*), bisogna registrare, come prima di tale decisione nessuna norma obbliga(va) l'Inghilterra. Poiché un tale obbligo era previsto solo dall'art. 49.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, per la quale, il Regno Unito, ha ottenuto che non fosse vincolante per le Parti[579].

---

[577] Il caso *Burmah Oil Co. V. Lord Advocate* del 1965, in cui le proprietà immobiliari del primo erano state distrutte dai militari britannici e al riconoscimento del risarcimento del danno da parte della *House of Lord*, seguì un *Act of Parliament* che lo revocò.

[578] Cfr., PASETTO, *Inghilterra, cit.,* p. 36; HALL, *General Principles of Criminal Law*, *cit*., p. 60.

[579] See, *The European Charter of Fundament Rights: the Commisison"s strategy for Implementation*, relazione redatta il 16 maggio 2011 dalla *Library on the House of Commons*.

Il principio del legittimo affidamento e il dovere delle autorità pubbliche di agire secondo giustizia sono, invece, alla base del diritto amministrativo inglese.

Il legittimo affidamento (collegato alla *common law*, ma non costituzionalizzato, quindi derogabile) assicura agli individui il «diritto di poter prevedere, con una certa sicurezza, le conseguenze delle proprie azioni».

La *legittimate expectation* si realizza quando il cittadino ha fatto affidamento su una prassi, ma soprattutto quando, un ente pubblico rilascia una dichiarazione al richiedente. In tali casi, l'ente non può agire diversamente[580].

Nonostante l'attenzione delle Corti inglesi per tale regola, esigenze di flessibilità del diritto hanno portato a decisioni contrarie, ora attraverso *l'ovverruling* "puro", o con una nuova *statutory interpretation,* od ancora con il *distinguishing* rispetto ai precedenti.

In ambito *penale* il principio dell'affidamento è derogabile, come in ambito amministrativo, ma col limite dell'ingiustizia inaccettabile. Per cui nel caso che una norma pattizia abbia generato in un soggetto un legittimo affidamento, questi ha diritto al rispetto di tale *legitimate expectation* (*case Uxbridge Magistrates' Court ex parte Adimi*)[581].

L'affidamento vige anche rispetto alla competenza di un determinato giudice. Nel sistema inglese[582] hanno competenza per i reati minori (*summmary offences*), le corti di primo grado (*magistrates' court*) e per i più gravi (*indictable offences*), la *Crown Court*. Tuttavia ci sono casi in

[580] See, Case of *R v Inland Revenue Commissioner, ex parte Preston*; *R v (Nadarajah) v SoS Home Department, R (Adbi) v Same*.

[581] Cfr., PASETTO, *Inghilterra, cit*., p. 39.

[582] Contro i giudizi di primo grado della *magistrates' court* e della *Crown Court* (che giudica anche sulle impugnazioni delle *magistrates' court*), è previsto il ricorso alla *Divisional Court* della *High Court,* un'ulteriore impugnazione è prevista alla *Court of Appeal*, *Criminal Division*, che eccezionalmente può ammettere ricorsi per *saltum* direttamente dalla *Crown Court*. Il massimo grado di giudizio è previsto alla Corte suprema, che ha sostituito, *l'Appellate Comittee* della *House of Lords* dall'ottobre 2009, rilevandone le funzioni (*Constitutional Reform Act* 2005, *Part* 3).

cui un reato da „minore" si rivela più „grave" nel corso del giudizio, in tal caso, diventa rilevante il legittimo affidamento per stabilire la competenza.

Il ruolo della giurisprudenza.

La particolarità del sistema inglese è nel ruolo riconosciuto alla giurisprudenza come fonte di diritto, nell'interpretazione ed applicazione della legge al caso concreto, per mezzo della c.d. *statutory construction* o *interpretation*. Questi ultimi sono casi che contribuiscono allo sviluppo di norme e dei *remedies*.

Questo fondamentale ruolo della giurisprudenza ha portato allo sviluppo di uno «speciale apparato concettuale»[583], necessario per tutelare certezza e conoscibilità del diritto. Ciò avviene attraverso la *doctrine* dello *stare decisis* (o *stare rationibus decidendis*), che vincola al precedente giurisprudenziale a secondo dell'autorevolezza delle corti che l'hanno pronunciato.

Affermatosi inizialmente solo quello „verticale"[584], si è poi imposto anche quello „interno" alla stessa *House of Lords* che rappresenta(va) l'apice del sistema processuale britannico.

La magistratura inglese non arriva mai a dichiarare nulla una legge del parlamento, come quella americana, ma si limita a segnalarne l'eventuale incompatibilità con i principi fondamentali interni o internazionali, preferendo forzarne l'interpretazione per adeguarla alle eventuali norme superiori. Solo in un caso (*Dr. Bonham's Cake*), Coke affermò che il *com-*

[583] PASETTO, *Inghilterra, cit*., p. 41; cfr. G. SARTOR, *Il precedente giudiziale*, in *Contratto e impresa*, 1996, pp. 1100ss.

[584] Affermato nel 1898 (AC 375) con la sentenza *London Street Tramways Ltd. V London County Council*.

mon law ha il dovere di disapplicare *l'Act of Parliaments* laddove si dimostri irragionevole, ripugnante o impossibile da applicare[585].

Il fondamento dei mutamenti giurisprudenziali all'interno del sistema anglosassone possono essere meglio compresi nell'ottica della *teoria c.d. dichiarativa* del diritto. Per la quale, le pronunce giurisprudenziali costituiscono „prova" (*evidence*) dell'esistenza di un diritto che viene „svelato" gradualmente. E di cui i mutamenti non sono altro che una „rettifica" dell'interpretazione „errata" fatta precedentemente. Con la conseguenza, che tale interpretazione vale non solo *pro futuro*, ma anche retrospettivamente, con efficacia *erga omnes,* secondo gli schemi dello *stare decisis*.

La teoria dichiarativa è fortemente criticata[586], ma, per i giudici inglesi, rimane ancora un valido riferimento.

3.5.4.1 *I mutamenti di giurisprudenza e lo* stare decisis.

Nell'ordinamento inglese il principio del precedente e la sua vincolabilità sia in senso „verticale" sia „interno", è un elemento centrale per la stabilità e „certezza" del diritto che riesce a garantire[587].

Al cuore dello *stare decisis* non c'è tutta la sentenza ma la *ratio decidendi*, che assume i caratteri di regola generale applicabile *erga omnes*. Al resto viene riservato un rilievo marginale, come per gli *obiter dicta*

[585] Cfr., PASETTO, *Inghilterra, cit*., p. 42.

[586] Cfr., E. HONDIUS, *Precedent and the law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, Volume 11.3 (dicembre 2007), che riferisce delle "battaglie epiche" del celebre Lord Denning contro numerosi precedent; *contra* ZANDER, *The Law-making Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 298-299.

[587] In tal senso, A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 40: utili in «un'epoca caratterizzata da rapidi mutamenti sociali ed economici e da straordinarie innovazioni nel campo della scienza e della tecnica»

(regole enunciate per risolvere questioni di fatto), che godono più che altro di forza persuasiva[588].

Quanto al grado di vincolabilità, le pronunce della Corte suprema (*ex House of Lords*) sono vincolanti per tutte le corti inferiori.

Riguardo al vincolo „interno" alla Corte suprema, c'è da precisare come nel 1966 il *Lord Chancellor* e tutti i *Law Lords* emisero un *Practice Statement* nel quale affermavano, che la Corte si sarebbe ritenuta libera di non seguire i propri precedenti che potrebbero comportare ingiustizie e limitare lo sviluppo del diritto. Si allontanarono così dal più rigoroso parametro che si era affermato fin dal 1898. Uno scostamento, comunque, verificatosi raramente e per motivi più che giustificati.

La *Court of Appeal* oltre ad essere vincolata dalle decisioni della Corte suprema, è vincolata anche dai propri precedenti. Anche se il „vincolo interno" e meno stringente di quello della Corte suprema, potendo discostarsi per una serie più ampia di ragioni[589].

Per la Sezione penale, si aggiunge, tra i motivi di discostamento anche il caso in cui il precedente si sia formato nonostante un errore o una mancanza manifesta e non sussiste possibilità di rivolgere ulteriore ap-

[588] In questi termini, PASETTO, *Inghilterra, cit.*, p. 43: «Ciò che risulta vincolante, della giurisprudenza inglese, non è peraltro la sentenza nel suo complesso, bensì la *ratio decidendi*, ovvero tutte le affermazioni relative alla risoluzione del caso in questione: «una regola generale senza la quale il caso sarebbe stato definito diversamente», tipicamente formulata o formulabile in termini universalmente applicabili. Tutto ciò che esorbita da questa definizione (ad esempio regole enunciate per risolvere questioni di fatto) rientrano nella categoria degli *obiter dicta*, che godono al più forza persuasiva. Così, la determinazione della *ratio decidendi* risulta di importanza fondamentale, poiché equivale ad accertare la portata prescrittiva *erga omnes* della sentenza. La *ratio decidendi* viene determinata anche *ex post*, in sede di valutazione dell'applicabilità del precedente al caso di specie, di talchè l'interpretazione del precedente assume una valenza distintamente "soggettiva"»; cfr., R. TRAYNOR, *Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsability*, in *Hastings Law Journal*, 1977, vol. 26, p. 533: sottolinea che è il principio dello *stare decisis* a differenziare la normazione giurisprudenziale da quella legislativa, che non conosce limiti. Il giudice invece trae la sua autorevolezza dalla cautela usata nel decidere partendo da quei precedenti, che è costretto ad esaminare, per giungere alla nuova decisione.

[589] In questi termini, PASETTO, *Inghilterra, cit.*, p. 45, citando il caso *Young v Bristol Aeroplane Company Ltd* [1944] KB 718 (CA), la Corte può discostarsi se per esempio «ritiene che la decisione sia stata resa per *incuriam*, ovvero senza tener conto di una norma di legge o di un precedente vincolante e tale mancanza ha costituito un difetto grave che ha influito in modo significativo sulla motivazione del caso e sull'esito».

pello (caso *Simpson*, del 2004). La Corte ha inoltre affermato (*case of R v Parole Board, ex parte Wilson* del 1992) che nei casi di libertà dell'imputato e di rischio d'ingiustizia, lo *stare decisis* non era applicabile. Così, come non è vincolante il „precedente" che, in qualche modo, risulti „eroso"[590].

Le corti di primo grado non hanno vincolo „interno".

Diversamente la *High Court* che, in caso di precedenti in conflitto emessi da corti superiori di grado diverso (*Court of Appeal* e Corte suprema), deve applicare quella di grado immediatamente superiore (*Milianos v George Franck (textiles) Ltd*, 1976, AC 443).

Le figure del *distinguishing*[591] e della definizione del caso come *case of first impression*[592], permettono di discostarsi dal precedente, senza giungere ad un mutamento giurisprudenziale.

Nel caso di contrasto tra un precedente vincolante e la normativa CEDU, è previsto, dalla *Section* 6 (1) dello *Human Rights Act*, che la corte debba uniformarsi alla CEDU (caso *RE medicaments* del 2001, 1 WLR 700). In tal modo ha deciso la *Court of Appeal*, ritenendo di modificare il precedente (*R v Gough* del 1993) della *House of Lord*, per armonizzarlo con *l'Act*, in realtà stravolgendola del tutto.

Invece, la *House of Lord,* nel caso *Price v Leeds City Council*, ha affrontato e risolto il problema del contrasto tra giurisprudenza interna e CEDU, stabilendo che la corte inferiore può solo concedere alle parti di

[590] Indica una serie di ragioni, R. CROSS, *Precedent in English Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977: «sia stato *overruled*, implicitamente o esplicitamente, da una decisione successiva di un giudice superiore (qualora) sia oscuro, in disaccordo con fonti del diritto o principi stabili, o formulati in termini eccessivamente generali (oppure) sia intervenuta una legge successiva la cui considerazione avrebbe condotto ad una diversa soluzione».

[591] Cfr., PASETTO, *Inghilterra, cit.*, p. 48: Permette di discostarsi dal precedente sull'assunto che sussista una "reasonable legal distinction" tra le due fattispecie in questione, tale da rendere irrilevante la precedente.

[592] *Ibidem*: ovvero disputa del tutto nuova ed originale, per la quale non esistono precedenti rilevanti.

esprimere la propria opinione e permettere di rivolgersi in appello per dirimere il conflitto.

Cede direttamente, invece, il precedente nazionale nel caso di contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (v. *Sharp v Caledonia Group Service Ltd*, 2005, All ER (D) 09 (Nov).

3.5.4.2 L'overruling.

L'overruling (mutamento giurisprudenziale) si realizza quando il giudice decide una causa discostandosi dal precedente, che non potrà più essere utilizzato. La nuova decisione oltre ad avere effetti *erga omnes*, ha effetti *pro futuro* (tutti i casi simili che saranno proposti saranno decisi in base a tale decisione), e retroagisce su tutti i procedimenti in corso (*House of Lords* nel caso *Kleinwort Benson Ltd v lincon City Council*, 1999, AC 349).

Al fine di limitare gli effetti retroattivi *dell'overruling*, legati alla concezione dichiarativa del diritto da parte dei giudici, si è prospettata la possibilità di ricorrere alla tecnica del *prospective overruling* per la quale, il giudice decidente anticipa il mutamento giurisprudenziale nella sentenza per l'applicazione dello stesso solo *pro futuro*.

Tecnica quest'ultima che, comunque, non trova applicazione in Inghilterra, nonostante alcuni *Acts* l'ammettano, come nella *Devolution Act 1996,* ed il favore manifestato da alcuni giudici inglesi, come Lord Nicholls (nel caso *In Re Spectrum Plus Ltd (In Liquidation),* 2005, UKHL 41).

La pronuncia con effetti solo *pro futuro* è obbligatoria in questioni inerenti la CEDU e non ancora affrontati dalla Corte di Strasburgo[593].

[593] See, B. JURATOWICH, *Question Prospective Overruling*, in *New Zealand Law Review*, 2007, pp. 393ss, observation on prospective overruling.

3.5.4.3 La produzione di norme penali da parte della giurisprudenza.

La giurisprudenza inglese ha il potere di modificare il diritto con effetti *pro futuro* e soprattutto retroattivi, salvo *res judicata*.

Se ciò è rilevante in materia civile, lo è ancor di più in materia penale. Il problema sta nella difficoltà di individuare nell'ordinamento inglese dei principi generali che regolino gli effetti dei mutamenti giurisprudenziali. Tenuto conto che questi possono esser in *bonam* come in *malam partem*, fino ad arrivare a ridurre una condanna (*case of Ex Parte Evans*), ovvero a imporre una condanna, per fatti avvenuti anche prima dello stesso mutamento (*case of R v C*).

Pertanto, i giudici inglesi si trovano nell'eterna esigenza di contemperare certezza del diritto e giustizia.

L'esame di uno tra i più significativi casi di mutamento giurisprudenziale penale in *malam partem* ci aiuterà a comprendere meglio, come, in queste realtà, il principio d'irretroattività ceda il passo alle esigenze di giustizia.

In un caso di violenza sessuale (*R. v R.*, 1991, 3 WRL 767), da parte del coniuge nei confronti della coniuge dissenziente, si discuteva se l'imputato potesse essere ritenuto responsabile e punibile, dal momento che tale condotta non era ritenuta reato sulla base di un precedente del 1736[594], confermato nel tempo da giurisprudenza e dottrina. In tale occasione la *House of Lord* ha ritenuto di riformare la disciplina e ritenerlo un reato. Tale deroga fu giustificata da *Lord* Keith sostenendo che: «il *common law* è capace di evolvere alla luce degli sviluppi sociali, economici e culturali»[595].

---

[594] See, M. HALE, *History of the Pleas of the Crown*, 1736.
[595] PASETTO, *Inghilterra, cit.*, p. 53.

Non meglio è andata nei casi della *Court of Appeal, Criminal Division*, che a partire dalla sentenza *Simpson* (1987, 1 All ER 771), si è ritenuta libera di rovesciare il proprio precedente, a discapito dell'imputato, sulla scia dell'effetto retroattivo di un'altra pronuncia (*R. v R.*), ed è arrivata a condannare l'imputato per fatti precedenti al mutamento giurisprudenziale. Così, nel 2002 l'imputato, è stato condannato per lo stupro della moglie avvenuto nel 1970, nonostante il mutamento (*R. v R.*) fosse avvenuto solo del 1992 e l'imputato avesse invocato l'irretroattività *ex* art. 7 CEDU, che gli è stato negato.

La *Court of Appeal* ha stabilito che il marito non poteva invocare il diritto CEDU, in quanto anche la moglie aveva diritto ad essere tutelata contro trattamenti disumani e degradanti ai sensi della Convenzione[596].

Più rari, invece, sono i casi di mutamenti giurisdizionali penali in *bonam partem*. Anche se questi sono ritenuti rilevanti ai fini: del risarcimento del danno[597], dell'impugnabilità oltre i termini di sentenze di condanna e della revisione della sentenza.

3.6 L'(ir)retroattività negli Stati Uniti

Negli Stati Uniti vige il sistema di *common law*, ma diversamente dall'Inghilterra, questi ultimi rientrano tra le democrazie che tradizio-

[596] *Ivi*, p. 54.

[597] È il caso di risarcimento per ingiusta detenzione, in *R. v Governor of Brockhill Prison*, *ex P. Evans* (No. 2), del 2000. Nell'occasione ad una detenuta fu riconosciuto il risarcimento poiché la data del rilascio in base all'interpretazione del *Criminal Justice Act* 1967 (c.d. orientamento *Gaffney*), sarebbe dovuta essere il 18 novembre 1996, ma l'orientamento giurisprudenziale modificato con la sentenza *R. v Secretary of State for the home Departement, ex Parte Naughton*, del 1997, aveva determinato la scadenza al 17 settembre 1996. Pertano la *House of Lord* ha ritenuto applicabile il principio di retroattività con relativo risarcimento. Un altro caso simile si è avuto nel 2004, nel caso *R (on the application of Richards) v, Secretary of State for the Home Departement*. Il giudice Silber della *High Court* ha ritenuto che il detenuto poteva valersi dell'effetto retroattivo della decisione della Corte EDU per chiedere il risarcimento a seguito di ingiusta detenzione. Decisione fondata direttamente sull'art. 5 CEDU che impone di risarcire i danni per ingiusta detenzione. Precedente rilevante solo in astratto poiché nella pratica per aspetti diversi, la richiesta non è stata accolta.

nalmente iscrivono i loro principi fondamentali in una Carta delle leggi fondamentali.

Pertanto è possibile individuare espressamente il principio d'irretroattività nella Costituzione federale statunitense che stabilisce: «*no [...] ex post facto law shall be passed*»[598].

Il principio d'irretroattività è generale ed opera sia a livello di governo federale sia degli Stati membri. Alla domanda, se valga sempre e comunque, ha risposto la Corte federale nel XVIII secolo (caso *Calder v Bull*), delimitandone l'applicabilità alle leggi penali e quelle processuali penali sfavorevoli che incidono sulla colpevolezza o sulla pena.

Il principio di retroattività favorevole, invece, si è affermato, implicitamente: «non penso – prosegue Justice Chase – che il [divieto] sia stato introdotto per garantire il cittadino nei suoi diritti proprietari o contrattuali»[599], da tale interpretazione ne discende che *l'ex post facto law clause* può essere retroattivo quand'è favorevole al reo. Come nel caso di leggi concessive un'amnistia o indulto, che devono per forza di cose riguardare fatti commessi anteriormente e condannati in via definitiva.

Opera, invece, il divieto *ex post facto law* in caso di leggi sfavorevoli che configurino un nuovo reato, aggravino la pena, ovvero in ambito processuale depotenzino le garanzie dell'imputato al fine di giungere ad una sua condanna[600].

---

[598] *Article* I, *Section* IX, *Clause* 3.

[599] P. PASSAGLIA, *Brevi notazioni sul sistema statunitense*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale,* 2012, p. 76.

[600] In questi termini, *ivi*, pp.76-77: «la legge che configuri come reato e sanzioni un'azione considerata lecita prima dell'approvazione della legge; la legge che aggravi un reato o la qualificazione rispetto al tempo di quando è stato commesso; la legge che modifichi la pena e ne infligga una superiore di quella prevista al momento in cui il reato è stato commesso; la legge che alteri il sistema probatorio e che accetti una prova minore o diversa da quella richiesta dalla legge al momento della commissione del fatto al fine di giungere alla condanna dell'autore».

Anche se, la dottrina, ha segnalato diversi casi di applicazione retroattiva di modifiche peggiorative[601].

Per le modifiche in *bonam partem* si è escluso il divieto di applicazione retroattiva, ma non si è imposto l'obbligo di retroattività. Così si sono adottate le soluzioni previste dal sistema del *common law* sul c.d *abatement*, per il quale *l'abolitio criminis* si applica ai processi in corso, salvo diversa disposizione legislativa.

Laddove invece la modifica favorevole non produca una *abolitio criminis* ma abbia inteso confermare il disvalore del fatto, se nulla è precisato dal legislatore, la giurisprudenza applica retroattivamente la *lex mitior* ai processi in corso. Se invece si è disposta la retroazione ai processi in corso, ma senza specificare se le conseguenze siano quelle relative alla legge vigente al momento del reato o la *mitior* successiva, le corti statali (ritenendo confermato per il passato solo l'antigiuridicità del fatto), applicano retroattivamente il regime più favorevole. Diversamente sono orientate le corti federali, che «vedono nella clausola di salvezza un ostacolo all'estensione della *lex mitior*»[602].

Nessun rimedio esiste per estendere gli effetti favorevoli ai casi di *res judicata,* intervento legislativo a parte, poiché la «*doctrine dell'abatement* e quella elaborata per i casi di *lex mitior,* si applicano solo ai processi in corso e non anche a quelli conclusi»[603].

---

[601] Vedi i casi *Hawker v. New York*, 170 U.S. 189 (1898), in cui si è esclusa la violazione *ex post facto laws clause*, anche se si è vietato l'esercizio della professione di medico a condannati nel passato per determinati reati; ovvero il caso *Bugajewitz v. Adam*, 228 U.S. 585 (1913), nel caso di una legge che prevedeva l'espulsione di donne che in passato erano state delle prostitute; più recente il caso *Smith v. Doe*, 538 U.S. 84 (2013), di una legge che impone ai condannati per reati sessuali comunicazioni a intervalli regolari, alla pubblica autorità di alcuni dati personali; per un approfondimento v. N. MORAWETS, *Twelfth Symposium on Contemporary Urban Challenges Determining the Retroactive Effect of Laws Altering the Consequences of Criminal Convictions*, 30 Fordham Urb. L. J. 1743 (2003).

[602] PASSAGLIA, *Brevi notazioni sul sistema statunitense, cit.,* pp. 77-78.

[603] *Ibidem*.

Il principio dell'*ex post facto law clause* è limitato solo alle leggi (*enacted law*) e non anche *all'overruling* giurisprudenziale, che come da tradizione „dichiara" un diritto già esistente, con inevitabile effetto retroattivo anche in materia penale sia in *bonam* che in *malam parte*.

Su tale aspetto la Corte suprema ha chiarito, come i limiti relativi alla retroattività di tali decisioni, dipendano più che altro dalla «filosofia giuridica dei giudici delle sue corti»[604].

Le problematiche derivanti da tale „discrezionalità" sui processi in corso, ha portato all'elaborazione della *prospective overruling*, che circoscrive gli effetti dell'*overruling* al futuro. Tale tecnica ha visto negli anni sessanta il suo maggiore utilizzo in campo penale, per poi essere estesa anche alla materia civile. Fin quando, nel 1987, la Corte suprema ha stabilito, che l'*overruling* dev'essere applicato anche ai processi in corso, ond'evitare la lesione del diritto di trattare ugualmente situazioni simili[605], anche in campo civile.

La *prospective ovverruling* non è scomparsa del tutto, essendo impiegata in alcuni Stati e soprattutto in altri paesi di *common law* come l'India[606].

Nel sistema statunitense a secondo degli organi produttivi del diritto, legislatore o giurisprudenza, deriva la possibilità o meno d'intervenire retroattivamente in *bonam partem*. Infatti, al legislatore è concesso di

---

[604] Corte suprema federale, caso *Great Northern Railway Co. v. Sunburst*, 287 U. S. 358 (1932).

[605] Cfr., Corte Suprema, caso *Griffith v. Kentucky*, 479 U. S. 314 (1987), conforme la sentenza *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 1965,. (v. J.R. McCALL, *A basic Concern for Process: Commentary on Quo Vadis, Prospective Overruling*, 50 Hastings L. J. 805 (1999)). La sentenza *Griffith* pronunciata solo per alcuni giudizi penali è stata generalizzata con il caso *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989); vedi anche, E. E. BOSHKOFF, *Resolving Retroactivity After Teague v. Lane*, 65 Indiana L. J. 651 (1990).

[606] La *prospective overruling* in India è stata applicata per la prima volta nel caso *Golak Nath L. C. v. State of Punjab, A.I.R.* (1967) S.C. 1643, per una documentazione v. *Doctrine of Prospective Overruling* (23 febbario 2008), consultabile sul blog: *Indian Law, http://indianconstitution.blogspot.it/2008/02doctrine-of-prospective-overruling.html*.

modificare anche la *res judicata*, mentre alla giurisprudenza è accordata la possibilità di incidere fino ai processi in corso.

Quanto alle modifiche in *malam partem,* mentre per la legge opera il principio costituzionalizzato dell'*ex post facto law clause*, tale divieto non è valido per quella giurisprudenza „dichiarativa", che anche in questo caso può incidere retroattivamente, inteso fino ai processi in corso.

Riguardo la *res judicata* si segnala, inoltre, la possibilità alla *Sentencing Commission* d'intervenire per rideterminare le pene di quei soggetti condannati «sulla base di un massimo o un minimo»[607].

La *Sentencing Commission* è l'organo chiamato a stabilire le „linee guida" seguite dai giudici di cognizione per comminare le condanne penali, sulla base di dati o altri fatti modificati dal diritto legislativo o giurisprudenziale (28 U.S.C. § 994 (o)). In tal modo, riducendo le pene, nei casi succitati, può incidere anche su quelle già in corso di esecuzione. Recentemente tale possibilità è stata estesa anche a quelle condanne che sono il risultato di un accordo con l'accusa (decisione del 23 giugno 2011, caso *Freeman v. United States*, n. 09-10245).

3.7 Conclusioni parziali.

Questa breve rassegna dei sistemi tra *civil law* e *common law*, ha permesso di mettere a fuoco e comparare diversi istituti e principi che attraversano trasversalmente entrambi i sistemi. Si è partiti dal principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, positivizzato nella sua massima espressione nell'art. 7 CEDU. Per passare alla garanzia della prevedibilità della legge e sua interpretazione. E finire al divieto di un'interpretazione lesiva del legittimo affidamento. Passaggi, in cui si è avuto modo di assistere ad una continua tensione tra i valori contrappo-

[607] See, Sentencing Commission, 28 U.S.C. § 994 e 18 U.S.C. § 3583 (c) (2).

sti, della certezza del diritto e le esigenze di giustizia, che si tende a contemperare.

Allo stesso modo, non è passato inosservato come, alcuni istituti, quali la *prospective ovverruling* (auspicata sia negli ordinamenti di *common law* che di *civil law:* Germania, Spagna), o qualità, come la „prevedibilità" della legge e sua interpretazione (affermatasi in tutti i paesi esaminati, Italia inclusa), siano l'inequivocabile segnale della necessità di garantire il cittadino da quelle imprevedibili interpretazioni *in peius* della legge, che formalmente sfuggono al divieto di retroattività.

Mentre si è potuto guardare al divieto di mutamento giurisprudenziale sfavorevole, come alla più alta e degna sintesi del principio d'irretroattività affermatosi anche in Italia, che garantisce il cittadino dai possibili pregiudizi che possono derivare dalla giurisprudenza, che integra la definizione e gli effetti della legge. Tanto che, a volte, è difficile stabilire dove abbia inizio l'attività del legislatore e finisca quella della giurisprudenza nella produzione delle norme, sia nei sistemi di *common law* che in quelli di *civil law.* Tanto si afferma nella piena consapevolezza, che il diritto non può essere solo di produzione legislativa, come non può essere „dichiarato", poiché non è "trascendentale" o presente nell'"iperuranio" platonico, ma è prodotto dall'uomo per l'uomo, al quale dev'esserne assicurata la prevedibilità, quale che sia la fonte di produzione o il momento di applicazione.

In questo epocale processo d'integrazione delle garanzie dei cittadini, un ruolo fondamentale è svolto dalla Convenzione europea che, come le costituzioni nazionali, è stata creata per presidiare i diritti dell'individuo nei rapporti con la smisurata forza insita nei poteri pubblici.

CAPITOLO QUARTO

LA (IL)LEGITTIMITA‟ DELLA PENA DELL‟ERGASTOLO

Sommario: - 4. Premessa: la pretesa punitiva dello Stato e sua legittimazione. - 4.1 La pena: caratteri, tipologia e funzioni (teorie della pena). - 4.2 Polifunzionalità della pena e rieducazione. - 4.3 Il carattere fisso dell‟ergastolo. - 4.4 Ergastolo e principio di umanità. - 4.4.1 Il principio di umanità nella giurisprudenza della Corte EDU. - 4.4.1.1 Il caso *Vinter e altri v. UK*. - 4.4.1.2 Il caso *Öcalan v. Turchia*. - 4.4.2 La disumanità dell‟ergastolo. - 4.4.3 Conclusioni parziali sulla (il)legittimità dell‟ergastolo. - 4.5 Il "decalogo del buon Legislatore": proposte *de iure condendo*.

4. Premessa: la pretesa punitiva dello Stato e sua legittimazione.

La pena è l‟espressione della pretesa punitiva dello Stato che si fonda sul monopolio dell‟uso della forza che, seppur legalizzata, resta sempre una forma di violenza.

Questa costatazione porta alla discussione intorno alla legittimità della pretesa punitiva dello Stato che non è immune da perversioni, poiché tale potere, come afferma Romano, è un‟"arma a doppio taglio" di difesa della società dai delinquenti e allo stesso tempo di aggressione alla persona, come un *farmaco* si atteggia a medicina e veleno, a seconda delle dosi impiegate. Queste riflessioni aprono la strada alle questioni sulla legittimazione o giustificazione degli scopi che lo Stato persegue, le forme di punizioni ammissibili e accettabili[608].

[608] G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, pp. 103ss.

Da Thomas Hobbes in poi, è stato ritenuto utile e legittimo per uno Stato sanzionare solo quei comportamenti riferibili al *foro esterno* e non anche quelli attinenti al *foro interno*, soglia oltre la quale lo Stato non dovrebbe andare.

Ciò non vuol dire che anche riguardo al *foro esterno*, nella sua produzione dispositiva, lo Stato sia libero da ogni controllo e dalla morale.

Sotto questo profilo le parole di *Antigone* ne sono un"antichissima poetica premessa, che secoli dopo hanno trovato piena conferma nel processo di Norimberga, contro i nazisti del Terzo Reicht, nel quale il diritto positivo è dovuto soccombere al diritto naturale, che altro non si fonda, in ultima istanza, che nella morale.

Ne consegue che ogni legge positiva, anche se presumibilmente giusta è "criticabile"[609]. E tanto ci consente di assoggettare la legge a test di giustizia e moralità.

La separazione tra diritto e morale, nel senso in cui è espressa dal principio *nullum crimen sine praevia lege*, proibendo sanzioni penali per un comportamento solo perché contrario alla morale, è un principio morale. Di conseguenza è evidente che il diritto riceve dall"esterno, dal "nessun luogo" la sua pretesa di vincolare la volontà degli altri. La legge, dunque, può essere prima *facie* obbligatoria, se si attribuisce una certa legittimità, ma non può costituire un surrogato della morale, né liberarci dalla decisione d"agire e dalla conseguente inevitabile responsabilità etica[610].

In questo senso, appare attinente citare l"intervento di Papa Francesco che ha condannato la pena dell"ergastolo, definita «una pena di morte nascosta» che «tutti i cristiani e uomini di buona volontà sono chiamati

[609] Cfr., G. COLOMBO, *Sulle regole*, Milano, Feltrinelli, 2012, pp. 21ss: sul relativismo dei concetti di legalità e giustizia.

[610] Cfr., M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori – Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma – Bari, Laterza, 2002.

oggi a combattere»[611]. Il Santo Padre richiama ad un'obiezione di coscienza tutti coloro che si trovano ad essere attori, nelle diverse fasi che interessano la previsione, comminazione ed esecuzione della pena dell'ergastolo. "Richiamo" condiviso da eminenti giuristi che hanno approfondito la tematica e denunciatone l'illegittimità costituzionale[612] .

Si può fin d'ora anticipare, che il rispetto di un formale legalismo non può assicurare la legittimità morale di una pena, né tacitare le coscienze di chi si trova a confrontarsi con la sua violenza intrinseca.

4.1 La pena: caratteri, tipologia e funzioni (teorie della pena)

La *pena* è la sanzione prevista per la commissione di alcuni fatti considerati illeciti (reati) dall'ordinamento e serve anche a distinguere questi ultimi dagli altri fatti illeciti non penali.

Gli ordinamenti giuridici prevedono diversi *tipi* di pena, tra le principali sono indicate la pena pecuniaria, della reclusione, dell'ergastolo e la pena capitale.

Alcune di queste si *caratterizzano* per afflittività, altre sono solo di carattere patrimoniale.

Le *funzioni* assegnate alla pena sono diverse, con prevalenze che mutano nel tempo, le più tradizionali possono individuarsi nella funzione general-preventiva (negativa, positiva e di c.d. prevenzione-integrazione), nella retributiva e nella special-preventiva (di rieducazione ed espiazione).

---

[611] 2013 - Papa Francesco, Discorso alla delegazione dell'associazione internazionale di diritto penale nella Sala dei Papi, del 23 ottobre 2014.

[612] Tra i tanti, i prof.ri EUSEBI, V. ONIDA e PUGIOTTO.

L'idea della *funzione generale preventiva negativa* consiste in una pena minacciata nei confronti di chi commette l'illecito in modo da dissuadere gli altri consociati dal commetterne altri[613].

Ma le indagini sulla reale efficacia hanno dimostrato che il rispetto o violazione della legge, trovano il loro fondamento più sulle cause che portano al reato che non nella gravità della pena minacciata. Infatti, si è notato come ci siano soggetti che rispettino la legge per spontanea adesione ai valori da essa espressi, altri che ne restano indifferenti, qualunque sia la sanzione minacciata, mentre solo una parte ne rimane influenzata. Tale idea funzionale nasconde il rischio di una degenerazione condizionata da fattori contingenti, in cui l'unica pena efficace sarebbe quella capitale[614].

Nella sua versione di *prevenzione generale positiva* (o educativa), come un meccanismo d'ingegneria sociale[615] tenta l'accreditamento sociale dei valori tutelati, favorendo, con l'adesione interna ai valori espressi dalla legge, l'astensione da comportamenti illeciti, in modo da impedirne *ex ante* la commissione[616].

Il rischio è di favorire un uso politicamente discutibile e illiberale del diritto penale proteso a coartare le coscienze.

Nella sua declinazione di c.d. *prevenzione-integrazione*, la pena diventa strumento d'integrazione sociale che mira a ristabilire la fiducia istituzionale e la stabilità sociale, indispensabili all'integrazione sociale. Il rischio è che si leghi troppo a variabili collegate a sentimenti di insicurezza sociale[617].

---

[613] Cfr., C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano,* Milano, 2006, p. 46; MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 4.
[614] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, *cit*., p. 8.
[615] Cfr., C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, *cit*., p. 46.
[616] Cfr., FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, *cit*., 2010, p. 714
[617] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 10.

Corollario della prevenzione generale è il necessario carattere *afflittivo* e la possibile *strumentalizzazione* della persona del condannato a tutela degli interessi sociali.

In definitiva, la funzione general-preventiva di fronte alla scarsa utilità intrinseca dimostrata, espone a rischi di pene dal contenuto afflittivo „esemplari" od a quello del „capro espiatorio", ossia l'accettazione dell'idea di sacrificare l'innocente a vantaggio dell'interesse collettivo.[618] Entrando in conflitto con l'impianto personalistico della Costituzione (ed i principi della personalità e responsabilità personale *ex* art. 27.1. Cost.) che tutela la dignità dell'uomo, che non può essere strumento per scopi collettivi.

La teoria general-preventiva difetta sotto altri profili, per esempio svolge un ruolo marginale sia in fase di commisurazione della pena, non potendo il giudice comminare una pena esemplare ad un cittadino per educarne altri[619], sia nella fase dell'esecuzione, nella quale la pena è assoggettata alle teorie trattamentali-rieducative.

La *funzione retributiva* si aggiunge all'utilitarismo della prevenzione generale, a giustificazione della pena, oscillando tra un utilitarismo (che sconfina nella dissoluzione della pena in misure di profilassi sociali) ed un integralismo etico, in cui il diritto coincide con la morale e i valori della persona sono disconosciuti pretendendo un totale conformismo ideologico e morale.

Tale teoria si caratterizza in senso *oggettivo* laddove giustifica la pena come rapporto necessario per l'esistenza stessa della legge (legge-

[618] Cfr., *ivi*, p. 12; G. M. FLICK, *La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine*, www.federalismi.it, n. 22/2010, 1 dicembre 2010, § 1, p. 3; PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit.*, § 6, p. 19; cfr., Corte cost., n. 313 del 1990.

[619] Cfr., E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*. Padova, 1979, p. 112.

autorità-sanzione), in nome di un ordine universale e trascendentale, disinteressandosi completamente del destino del reo.

Nell"idea retributiva a *carattere soggettivo*, invece, la persona del colpevole assume un ruolo centrale, lo stesso anzi merita la pena e l"afflizione che ne deriva, divenendo funzionale all"espiazione della propria colpa che implica il riconoscimento di sé nel rispetto degli altri, conducendolo in tal modo al riscatto di se stesso[620].

In questa dimensione la pena è compatibile con i diversi contenuti che la stessa può assumere: morte, pene corporali, privazione della libertà personale e beni patrimoniali.

Necessario è che l"afflizione della pena sia legata da un rapporto di necessità morale con la violazione commessa e dunque corollari ineludibili dell"idea retributiva sono la colpevolezza e la proporzionalità.

Il parametro della *proporzionalità*, non previsto dalla nostra Costituzione, è stato dedotto dai principi di eguaglianza, ragionevolezza e rieducazione (artt. 3 e 27.3). Ed utilizzato dalla Corte costituzionale per censurare la misura della pena edittale o la previsione incriminatrice, in quanto non più rispondente al disvalore del fatto reato *ab orgine*[621].

La concezione retributiva della pena affonda le sue radici nell"Antico Testamento, nella „legge del taglione".

La *funzione special-prevenitva* si basa sulle teorie della rieducazione e dell"espiazione, che pongono particolare attenzione alla persona del reo ed al suo concreto miglioramento, con la conseguenza che il contenuto afflittivo della sanzione deve conformarsi e tenere conto della concreta

[620] Cfr., MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale, cit.,* p. 4.
[621] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 24.

personalità del reo. Tale funzione mira a prevenire che il reo commetta in futuro altri reati[622].

La teoria special-preventiva si declina attraverso altre forme, come quella della *risocializzazione* (reintegro del reo nella società), della *neutralizzazione* temporanea del condannato o di limitare la *desocializzazione*[623] conseguente allo stato detentivo con misure trattamentali infra ed extramurarie.

Dall'esame complessivo delle teorie sulla pena la persona condannata si trova al centro di una dialettica tra l'idea utilitaristica e quella spirituale della pena[624], rispecchiando quel relativismo socio-culturale imperante che inevitabilmente le attraversa e supera.

4.2 Polifunzionalità della pena e rieducazione.

Recita (forse) il più conosciuto articolo della Costituzione « le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso d'umanità e de-

[622] Cfr., *ibidem*: nella concezione *rieducativa* o *dell'emenda*, di stampo positivistico-scientifico e solidarismo politico-sociale, è previsto un intervento sui fattori personali e ambientali ritenuti devianti ed un impegno dello Stato ad offrire una concreta opportunità di reinserimento sociale. Non è necessaria l'interiorizzazione dei valori sociali dominanti, ma è sufficiente indurre una sorta di abitudine all'osservanza delle regole sociali attraverso la prospettiva di maggiori vantaggi ed opportunità sociali per la realizzazione individuale. La stessa si presta a diversi strumenti trattamentali con l'uso di premi/punizioni, spazi per l'autoeducazione, sviluppo del senso di responsabilità o scoperta di mezzi di gratificazione, rimuovendo cause e fattori devianti. La concezione *espiativa*, fondata su un'idea spiritualistico-religiosa, riassume un significato penitenziale, lo scopo è la rigenerazione morale attraverso la sofferenza conseguente all'afflizione della pena. Mira a far acquisire l'intima consapevolezza del male fatto agli altri.

[623] Cfr., G. ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo*, in AA. VV., Bressanone, Cedam, 1963, p. 70.

[624] Le oscillazioni, verso l'una o l'altra visione della pena, possono tra l'altro dare la "misura" della vera natura e forma degli stessi Stati in cui operano. E così nella concezione laico-utilitaristica, in cui il potere statale trova un auto-limite nell'utilità stessa della pena, si riscontrano i caratteri dello Stato liberale. Ma neanche in questo caso, nessuna delle concezioni esaminate mette al riparo da involuzioni autoritarie o da strumentalizzazioni della persona a scopi politici. Partendo da quelle concezioni più predisposte come la general-preventiva, passando dalla rieducativa-positiva-integrativa, per finire alla retributiva dalla quale pure si sviluppò, sulle orme kantiane, il riconoscimento dell'originaria dignità dell'uomo, che non può essere strumentalizzata, coerentemente con l'idea liberale dell'uomo eguale, libero e capace di autodeterminazione, che fondarono il pensiero razionalistico ottocentesco.

vono tendere alla rieducazione del condannato»[625] (27.3 Cost.), esprimendo altissimi e innovativi concetti della pena ed obliterando contemporaneamente le altre tradizionali funzioni (retributiva e general-preventiva) che per i Costituenti non avevano la dignità di essere rappresentate nella Costituzione.

Ciononostante la Corte costituzionale si è espressa in favore di una concezione „polifunzionale" della pena, sostenendo che il principio rieducativo «dovendo agire in concorso con altre funzioni della pena non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto» (n. 12/1966), e che «non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione e difesa sociale siano non meno della sperata emenda alle radici della pena» (n. 264 /1974).

Sulla base di tale concezione prende l"avvio un"interessante evoluzione giuscostituzionale che approderà alla sentenza n. 313/1990.

Difatti in una prima fase, di poco successiva all"entrata in funzione della stessa Corte (composta da giudici che trascinavano con loro, oltre alle grandi esperienze giuridiche, anche il bagaglio culturale e dottrinale dell"epoca precedente alla Costituzione, ossia fascista)[626], si è data un"interpretazione „restrittiva" del principio rieducativo, ritenendo che questo «concernesse solo la fase esecutiva della pena e fosse del tutto eventuale, senza cioè condizionare l"individuazione legislativa delle diverse tipologie sanzionatorie»[627].

Si ebbe poi una svolta nella quale la Corte ammise l"incidenza del principio costituzionale della rieducazione:

---

[625] Testualmente l"art. 27 Cost.: «1.La responsabilità penale è personale. 2.L"imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. 3.Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso d"umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. 4.Non è ammessa la pena di morte [, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra] [parte abrogata]».

[626] COLOMBO, *Sulle regole*, *cit.*, p. 123.

[627] *Ivi*, p. 33.

sulle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa fino a quando in concreto si estingue […]

La finalità rieducativa prevale su ogni altra finalità nell'ipotesi che l'esame della personalità del reo e il conseguente giudizio prognostico sulla sua "futura" vita nella società, impongano, prima o durante l'esecuzione (s'intende, purché siano presenti tutte le altre condizioni stabilite dalla legge) di sospendere o ridurre, sia pur condizionatamente, l'esecuzione stessa[628].

Tale *dictum* andava a completare quello espresso nel 1989, nel quale si anticipava che l'istanza rieducativa:

comporta, oltre al ridimensionamento delle concezioni assolute della pena [retributiva] la valorizzazione del soggetto reo o condannato, in ogni momento della dinamica penal-sanzionatoria e cioè previsione astratta, commisurazione ed esecuzione[629].

Con specifico riferimento alla pena dell'ergastolo e sua compatibilità con i principi costituzionali, fin dall'entrata in vigore della Costituzione, autorevoli giuristi ne decretarono l'inconciliabilità, poiché l'ergastolo

[628] Corte cost., n. 313 del 1990; in tal senso, P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO - L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 102, che parla di concezione monofunzionale in chiave rieducativa della pena, in base alla quale «la rieducazione assurge a scopo principale della sanzione penale in relazione, adesso, all'intero arco della sua esistenza» e non ritiene contraddittoria la successiva pronuncia della Corte costituzionale (n. 306/1993) che dichiara l'illegittimità dell'art. 4-*bis* OP solo nella parte in cui prevede la revoca dei benefici penitenziari a chi ne fruisce, in assenza di collaborazione, anziché travolgere l'intera disposizione controriformista; in altri termini, PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit.*, p. 38, nota 92, che evidenzia come la Corte con la n. 306/1993 abbia di fatto accantonato i principi ispirati dalla n. 313 del 1990, lasciando sopravvivere una disposizione (4-*bis* OP) che caratterizza la pena in senso spiccatamente retributivo. In contrasto con la recuperabilità di ogni condannato ontologicamente intesa dall'art. 27.3 della Costituzione, in tal senso anche, PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, in www.rivistaaic.it, 2014, p. 4, che parla di portata epistemologica dell'abolizione costituzionale della pena di morte.

[629] Corte cost., n. 282 del 1989.

nella sua previsione astratta, è ontologicamente privo dei principi umanitario e rieducativo[630].

Pertanto quello sulla legittimità di tale pena è un dibattito antico e mai abbandonato.

La prima a legittimarlo, nel 1956, fu la Corte di Cassazione a Sezione Unite[631]. Successivamente si è sempre fatto riferimento alla giurisprudenza costituzionale, ed in particolare alla sentenza del 1974, con la quale si afferma la compatibilità di detta pena con il principio rieducativo, sulla base della prevista possibilità (dal 1962), di concedere all'ergastolano la liberazione condizionale *ex* art. 176 c.p.:

> l'istituto della liberazione condizionale disciplinato dall'art. 176 c.p. – nel testo modificato dall'art. 2 della legge 25 novembre 1962, n. 1634 – consente l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel consorzio civile senza che possano ostarvi le sue precarie condizioni economiche[632].

Tale decisione di cui non si discute l'autorevolezza, appare anacronistica ed occorre che sia riletta alla luce dell'evoluzione che ha caratterizzato la stessa giurisprudenza costituzionale in materia, il cui approdo finale non consente più di ritenere attuale la succitata prospettazione.

---

[630] Cfr., ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, cit.,* p. 229; sempre nel senso dell'incompatibilità SARTARELLI, *Ergastolo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, pp. 2241-2243; cfr., F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?,* in *riv. Dir. Proc*., I, 1956, pp. 1ss; D. PULITANÒ, *Ergastolo e pena di morte,* in *Dem. Dir*., 1981, p. 161; M. RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, nota a *C. cost., 28 aprile 1994*, n. 168, in *Giur. It*., I, 1995, p. 360; A. BUZZELLI, *L'art. 27 della Costituzione e l'abdizione dell'ergastolo*, in *Giust. pen*., 1959, p. 209; E. RESTA, *Questioni di consenso*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, pp. 106-107; per una compatibilità nel silenzio della Costituzione si esprimono A. DALL'ORA, *L'ergastolo e la Costituzione*, nota *a Cass., s.u., 16 giugno 1956*, Tondi, in *Riv. It. Dir. Pen*., 1956, p. 485; E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 69; L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene, 1992*, pp. 82-83.

[631] Cfr., Cass. pen. sezioni unite, del 16 giugno 1956, in *Ridp*, 1956, p. 485; (v. anche *supra*, § 1.3.7).

[632] Corte cost., n. 264/1974.

Infatti, se prima delle sentenze nn. 313/1990 e 282/1989, e ancor più palesemente nella prima fase di funzionamento della Corte, lo spirito del principio rieducativo a parere della stessa Corte informava solo la fase esecutiva della pena, successivamente, evolve, affermando, come questo interessi anche l'astratta previsione edittale: da quando nasce, fino a quando non si estingue. L'inevitabile conclusione è che la sola astratta previsione dell'ergastolo risulta illegittima[633].

Né vale a giustificare la presenza nell'ordinamento della pena perpetua, l'opinione di chi sostiene che la Costituzione vieti espressamente la pena di morte e non l'ergastolo, argomentandone «a contrario che ha ritenuto l'ergastolo ammissibile e compatibile […] che il reinserimento sociale è comunque possibile attraverso la grazia»[634] o la liberazione condizionale.

Argomentazioni facilmente confutabili, tenuto conto delle difficoltà di sistema nel quale difficilmente la grazia o la liberazione condizionale rappresentano una reale e sufficiente possibilità[635]. L'esperienza dimostra il rarissimo (se non nullo) utilizzo che viene fatto degli istituti citati, sottoposti alla discrezionalità (e alle variabili) soggettive di chi è chiamato a concederle[636], che si esprime nella discrezionalità del significato che si vuole assegnare al „sicuro ravvedimento" richiesto per l'accesso[637].

---

[633] In questi termini, PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, 5 marzo 2013, in www.penalecontemporaneo.it: evidenzia come la «Corte costituzionale è un giudice di norme che pronuncia su disposizioni [*ex professo*, Corte cost. n. 84/1996]. Nei confronti dell'ergastolo, invece, ha sempre espresso un giudizio su un fatto (l'eventuale accesso dell'ergastolano alla liberazione condizionale), evitando così di pronunciarsi sulla relativa disposizione che parla, testualmente, di "pena perpetua" (art. 22 c.p.). Così, invece, di sindacare il testo legislativo impugnato, ha finito per giudicare impropriamente della sua occasionale disapplicazione»; PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit*., pp. 17ss.

[634] ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, cit*., p. 229.

[635] Cfr., *ivi*, pp. 229-230; SARTARELLI, *Ergastolo*, *ult. op. cit*., p. 2242.

[636] Cfr., FLICK, *La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine, cit*., § 3, p. 7.

[637] In questi termini, *ivi*, § 6, p. 11: L'autore per rendere concreta ed effettiva la possibilità del condannato di accedere alle misure extramurarie suggerisce di «eliminare le restrizioni e gli ostacoli introdotti nel 1992 per la possibilità di risocializzazione; a quella di sostituire il "sicuro ravvedimento" – richiesto dall'art. 176 c.p. per accedere alla liberazione condizionale – con un requisito meno ambi-

Né vale l'argomento sulla mancata esclusione dell'ergastolo da parte del costituente, come avvenuto per la pena di morte, per legittimarne la presenza poiché com'è stato fatto notare «qui non è in gioco, infatti, l'opinione del costituente, ma la legittimità di una pena»[638] rispetto ai valori che la Costituzione esprime.

Sui "perché" la Consulta non sia pervenuta a dichiarare l'illegittimità della pena perpetua in modo inequivoco, giocano i limiti istituzionali che la stessa si è assegnata rispetto alla discrezionalità rivendicabile dal legislatore nell'assegnare le diverse funzioni alla pena[639].

Un legislatore che è chiamato ad una scelta di coerenza: abolire quelle pene ontologicamente prive del contenuto rieducativo come l'ergastolo, oppure modificare il principio costituzionale e armonizzarlo con quello di una pena statalistico-utilitaristico-retributiva.

Stessa coerenza a cui è chiamato il Giudice delle Leggi, al qual è affidato il compito di garantire il rispetto della Costituzione solo nei confronti dell'operato del legislatore, unica controparte nei sindacati di legittimità prevista dalla Costituzione. Controparte che laddove volesse discostarsi dai principi costituzionali vigenti, li potrebbe sempre "modificare" entro i limiti costituzionali.

Da registrare come la prevalenza del principio rieducativo trova riscontro anche in campo internazionale.

In tal senso si esprime il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 16 dicembre

---

guo e più coerente con la formula dell'art. 27.3 comma; alla possibilità di introdurre un onere periodico di verifica della pericolosità del condannato di accedere alle misure riabilitative ed a quelle alternative».

[638] ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, cit.,* p. 230; nel senso che il silenzio della Costituzione rinvia alla discrezionalità del legislatore, v. FLICK, *La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine, cit.*, § 2, p. 4; invece, per il silenzio come legittimazione, v. A. DALL'ORA, *L'ergastolo e la Costituzione*, nota a Cass. S. U., 16 giugno 1956, Tondi, in *Riv. It. Dir. Pen*., 1956, p. 485; E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, *cit*., p. 69; L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali, cit*., pp. 82-83.

[639] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit.,* p. 34.

1966 e ratificato con L. 881 del 25 ottobre 1977, che stabilisce all'art. 10 comma 3 «il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale» (v. *infra*, § 2.8, *nota* 220), dichiarandosi per una funzione prevalentemente rieducativa della pena.

4.3 Il carattere fisso dell'ergastolo.

La Corte costituzionale ha rilevato dei profili d'incompatibilità delle pene fisse con il principio di uguaglianza (3 Cost.).[640]

Dette pronunce non hanno interessato direttamente l'ergastolo, ma la *ratio* espressa, *mutatis mutandis* è certamente applicabile anche a tale pena che è fissa per eccellenza[641].

Riepilogando, la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi per la prima volta nel 1963, su diverse questioni[642].

La Corte nell'occasione, con riguardo alla prima delle questioni, afferente all'art. 27.1 Cost., ha ritenuto che lo stesso implichi solo la stretta correlazione responsabilità-reato e non anche l'adeguamento della pena alle condizioni del reo, come sostenuto dal giudice remittente. Allo stesso modo escludeva la relazione tra pena fissa e rieducazione, poiché l'emenda attiene più che altro alla fase esecutiva della pena (fu criticata la limitazione del principio effettuato dalla Consulta, poichè del tutto arbitraria)[643] e non è impedita dal carattere fisso della sanzione. Si è esclusa, in tal modo, all'art. 27.3 Cost. rilevanza in materie di pene fisse[644].

---

[640] Cfr., Corte cost., n. 50 del 14 aprile 1980.

[641] Cfr., FLICK, *La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine, cit*., § 5.

[642] In tal senso, Corte cost., n. 67 del 15 maggio 1963: chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale sulla sanzione pecuniaria fissa *ex* art. 55 DL 2033/1925 prevista per un reato contravvenzionale in materia agraria, in relazione agli articoli della Costituzione 27.1 (colpevolezza), 27.3 (rieducazione) e 3 (uguaglianza).

[643] Cfr., C. E. PALIERO, *Pene fisse e costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen*., 1981, p. 72.

[644] Cfr., MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale, cit.,* p. 556.

La Corte ritenne, invece, tali pene in contrasto con l'art. 3 Cost., ossia del principio di uguaglianza, laddove non consentivano al giudice di regolare la pena tra un minimo ed un massimo. Tuttavia ancorché si sia ritenuto che tale possibilità dovesse essere prevista nella formulazione legislativa della pena, la Corte concluse, che tale risultato potesse assicurarsi con la modulazione delle «circostanze attenuanti»[645] da parte del giudice.

Nello stesso solco s'inquadrano le pronunce successive n. 110/1973 e n. 50/1980. In quest'ultima, la Corte rileva la necessità di una pena „mobile", che possa tenere conto delle specifiche esigenze dei singoli casi, ponendosi come naturale attuazione e sviluppo dei principi costituzionali[646]. Ma, invece, di pervenire ad una declaratoria d'incostituzionalità, si limitò a valorizzare il ruolo del giudice, ai sensi degli artt. 132 e 133 c.p., come aveva anticipato nella pronuncia del 1973[647].

Quello che comunque rileva e che, nella sentenza del 1980, la Corte giunge a riconoscere che «in linea di principio, previsioni sanzionatorie fisse non appaiono in armonia col volto costituzionale del sistema penale»[648]. Un'anticipazione d'incostituzionalità, che nei fatti è poi rimasta lettera morta.

Ciò non vieta però di poter fondatamente sostenere l'illegittimità delle pene fisse[649].

Applicando tale assioma alla pena dell'ergastolo, evidentemente, anche questa non potrà che risultare illegittima, laddove non consente di

---

[645] Cfr., Corte cost., n. 67/1963.

[646] Corte cost. n., 50/1980.

[647] Cfr., Corte cost. n. 118 del 10 luglio 1973; sul punto PALIERO, *Pene fisse e costituzione: argomenti vecchi e nuovi, cit.,* p. 738: in cui sostiene la necessaria previsione legislativa della "mobilità" della pena prima ancora che al giudice di garantirla nell'applicazione al caso concreto, deducendo in tal modo la costituzionalizzazione dell'art. 133 c.p..

[648] Corte cost., n. 50/1980.

[649] Cfr., E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1972, pp. 354ss; PALIERO, *Pene fisse e costituzione: argomenti vecchi e nuovi, cit.,* p. 738; FLICK, *La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine, cit.*, § 5.

modulare l'applicazione della pena e quindi risulti sproporzionata. Come inevitabilmente avviene nell'ipotesi di casi diversi e diverse responsabilità penali, ma sanzionati con la stessa pena.

A tal fine soccorre il caso del condannato per un solo delitto (in presenza di circostanze aggravanti che non consentono al giudice dall'evitare d'infliggere la pena massima) ed il condannato per delitti multipli (es. strage). L'esigenza di trattare gli esempi succitati in modo differente, è confermata, dalla presenza dell'art. 72 c.p., che per il caso di concorso di reati con la pena dell'ergastolo, prevede delle forme di aggravamento della pena.

Altra ipotesi significativa, è quella in cui la pena dell'ergastolo incida su un giovane rispetto ad una persona più anziana. È lapalissiano che il giovane dovrà espiare una pena maggiore (durata della vita del condannato) a parità di responsabilità e gravità di reato, in violazione dell'art. 3 Cost. anche sotto questo profilo[650].

Nel senso di ovviare a tali antinomie, meritano di essere sostenuti i vari progetti di sostituire la pena dell'ergastolo con pene detentive temporanee, che prevedono una "forbice" edittale graduata in relazione alla gravità della fattispecie.

4.4 Ergastolo e principio di umanità.

Nel corso della storia, quale che sia l'istanza ideologica espressa dall'ordinamento e dalla funzione della pena, questa è stata interessata da alcuni limiti provenienti dall'"esterno", a garanzia del rispetto della di-

[650] Cfr., PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo, cit.*; di *lex talionis* e sproporzionalità parla anche F. VIGANÒ, *Ergastolo senza liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo. Nota a Corte EDU, Sez. IV, Vinter e a c. Regno Unito, sent. 17 gennaio 2012, ric. n. 66069/09; 130/10; 3896/10 3 Sez. IV, Harkins e Edwards c. Regno Unito, sent. 17 gennaio 2012, ric. n, 9146/07 e 32650/07*, p.15, in wwwpenalecontemporaneo.it; in termini di sproporzionalità della pena dell'ergastolo vedi, Corte EDU, Deuxieme Section, *Affaire Öcalan c. Turquie, citè*, *Opinion partiellement dissidente du judge Pinto de Albuquerque*, § 7.

gnità dell'uomo che si manifesta nel senso di umanità. Una sensibilità relativa al sentire comune che esprime il grado di civiltà di una società[651].

Stabilisce l'art. 27.3 della Costituzione che «le pene non devono consistere in trattamenti contrari al senso d'umanità». Mentre per l'art. 1 OP «il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona». Si tratta, questo, di un principio immanente che informa tutte le fasi della pena[652].

Eppure, in relazione alla pena dell'ergastolo, non esiste una pronuncia della Corte costituzionale, nonostante sia da sempre considerata una pena disumana per eccellenza[653]. Basti pensare che, per tal motivo, nel 1791 in Francia la pena dell'ergastolo fu abolita, preferendo mantenere la pena di morte[654].

A livello internazionale sono numerose le fonti, che hanno positivizzato il divieto delle pene e trattamenti inumani, quale norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta (10.1 Cost.).

Esso è considerato uno dei «valori fondamentali delle società democratiche che costituiscono il Consiglio d'Europa»[655].

---

[651] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., pp. 34ss.

[652] Cfr., ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, cit*., p. 229; cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., pp. 37-38; SARTARELLI, *Ergastolo*, *ult. op. cit*., pp. 2241-2243;cfr., PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo, cit*., p. 15; A. BERNARDI, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale,* in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO, (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012, p. 86; G. BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. It. Dir. Penit*., 1956, p. 1ss; FLICK, *La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine, cit*., § 1, pp. 1ss.

[653] Cfr., N. VALENTINO, "*Fine pena mai*" (s.l. e s.d.); AA. VV., "*Mai dire mai*", edizioni Liberarsi, Firenze, 2008, in cui sono riportate diverse testimonianze di ergastolani; o su www.urladalsilenzio (blog inizialmente dedicato solo ai condannati all'ergastolo, poi esteso ad altre categorie di reclusi, sul quale si trovano diversi interventi sul tema ergastolo).

[654] Il codice penale francese del 28 novembre 1791 mantenne la pena di morte ma escluse quella dell'ergastolo poiché ritenuta disumana; per un approfondimento letterario si rinvia a V. Hugo, *Ultimo giorno di un condannato a morte*.

[655] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit.,* p. 35.

E si trova cristallizzato in diversi patti internazionali quali: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (di New York del 10 dicembre 1948), nel Patto internazionale dei diritti civili e politici (di New York del 19 dicembre 1966), nella Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti contrari o degradanti (del 26 giungo 1987), nella Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 1969, nella CEDU (di Roma del 4 novembre 1950), nella Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (del 12 febbraio 1987) recante «Regole minime per il trattamento dei detenuti» e nella Raccomandazione (2006) dello stesso Consiglio (dell'11 gennaio 2006)[656].

L'art. 3 CEDU stabilisce che «nessuno può essere sottoposto a torture né a pene o trattamenti inumani o degradanti»[657]. Al successivo articolo 15 si sottolinea, come tale divieto sia assoluto, e non sia derogabile neanche in caso di «guerra o di altre pubbliche calamità che minaccino la vita della nazione» (15 CEDU) o per la lotta alla criminalità[658].

Sull'incompatibilità della pena dell'ergastolo, facendo riferimento all'art. 3 CEDU, si sono pronunciate anche le Corti costituzionali di alcuni paesi europei[659].

---

[656] In questi termini, Regole penitenziarie europee, *Principi fondamentali*, Regola n. 6: la detenzione è gestita in modo da facilitare il reinserimento sociale; e Regola n. 103.8: particolare attenzione è riservata nel trattamento per i condannati a vita.

[657] In tal senso, C. EDU, *causa Castello – Roberts c. UK* del 25.3.1993, § 30: «perché una pena sia qualificata degradante e violi l'art. 3, l'umiliazione o l'avvilimento di cui si accompagna deve situarsi ad un livello particolare ed essere differente dall'elemento dell'umiliazione inerente ad ogni pena. Vietando espressamente le pene disumane e degradanti, l'art. 3 implica del resto, che quelle non si confondano con le pene in generale».

[658] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 35; in questi termini, Corte EDU *caso Tomasi c. Francia*, del 27 agosto 1992 [A. n. 241A]: «le innegabili difficoltà della lotta contro la criminalità […] non possono determinare una limitazione della protezione dovuta all'integrità fisica della persona».

[659] In questi termini, Cass. n. 1000/09, Reg. Gen n. 31979/08 del 10 marzo 2009, Noschese, si rileva che: «la cadena perpetua è ripudiata dall'ordinamento spagnolo perché ritenuta in contrasto con l'art. 25 della Costituzione di quel Paese e con i principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 3 della Convenzione EDU, direttamente applicabili in virtù dell'art. 15 della Costituzione spagnola (cfr. tra le molte la sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo n. 91

Merita d"essere segnalato che, all"interno dello Statuto della Corte penale internazionale, la previsione di tale pena è il frutto di un inevitabile compromesso tra i delegati dei paesi sostenitori della pena di morte e quelli dei paesi contrari alla pena dell"ergastolo[660].

4.4.1 Il principio di umanità nella giurisprudenza della Corte EDU.

Per alcuni autori[661] la sfera di tutela assicurata dall"art. 3 CEDU è più ampia di quella della Costituzione italiana, poiché comprensiva oltre che della tortura, anche dei „trattamenti" relativi alle misure coercitive (sanitarie e tecniche d"interrogatorio), fino ai trattamenti „degradanti", afflittivi sul piano psicologico-morale che concretizzano un"umiliazione lesiva della dignità umana[662]. Disposizione che, all"interno del sistema convenzionale, è ritenuta «la norma cardine per la tutela psico-fisica dell"individuo»[663].

Il contenuto del principio di umanità è «relativo»[664] e non determinabile in modo fisso[665]. Poiché la pena ha in sé un"ineliminabile compo-

---

del 2000, che cita le sentenze della Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyrer v. Regno Unito* e del 16 dicembre 1999, T. e V. v. Regno Unito)».

[660] Vedi, BECH – HART - NOMOS, "*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court"*, p. 1446, la previsione della pena dell"ergastolo nello *Statute of the International Criminal Court (of a review of prison sentence after 25 years*), riflette il compromesso tra i molti delegati contrari all"ergastolo e quelli dei paesi favorevoli alla pena di morte.

[661] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 35.

[662] Cfr., Corte EDU, *caso S. D. c. Greci*a, 11 giugno 2009: che ritiene rilevante la percezione soggettiva del carattere umiliante di una pena.

[663] A. COLELLA, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 3 CEDU, cit.,* § 1.1.

[664] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit*., p. 36; cfr., C. EDU *caso Costello-Roberts c. Regno Unito* del 25 marzo 1993 [A. n. 247 C].

[665] Cfr., COLELLA, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 3 CEDU, cit.,* § 1.2, il criterio della soglia minima di gravità, è individuato caso per caso guardando alle "circostanze oggettive del fatto" e alle "qualità soggettive della vittima" (sesso, condizioni psicologiche della vittima ecc.); cfr., B. EMMERSON – A. ASHWORT – A. MAC DONALD, *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007, pp. 746ss; cfr., Corte EDU, *caso Oršuš e altri c. Croazia* del 16 marzo 2010.

nente di afflittività volontariamente inflitta e si lega alla sensibilità della cultura giuridica e sociale di un Paese[666].

"Relatività" che, comunque, esclude in modo assoluto le pene corporali[667] e tendenzialmente anche la pena di morte[668], ed in alcuni Stati l'ergastolo come pena perpetua.

La Corte di Strasburgo è arrivata a definire la pena dell'ergastolo incompatibile con i principi CEDU, laddove non esistano dei „meccanismi giuridici" già al momento del reato, tali da permettere al condannato di prospettarsi una „concreta possibilità" di accedere alla liberazione anticipata, dopo un massimo di venticinque anni[669].

4.4.1.1 Il caso Vinter e altri v. UK.

L'indomani della sentenza Vinter sui giornali si è letto, che la Corte di Strasburgo aveva abolito l'ergastolo.

In verità la Grande Chambre, nel *caso Vinter and others c. UK* del 9 luglio 2013, ha dichiarato l'incompatibilità con l'art. 3 CEDU, solo nel caso di una condanna a vita che non lasci il "diritto di sperare". E fosse sprovvista di quei meccanismi giuridici che rendano possibile, *de iure* o

---

[666] Cfr., Corte EDU *caso Selmouni v. Francia*, del 28 luglio 1999, ha anche dichiarato che gli standard richiesti nell'ambito della protezione dei diritti umani devono essere "relativamente" più alti nelle società democratiche.

[667] Cfr., Corte EDU *caso Tyrer v. Regno Unito*, del 25 aprile 1978 [A 26], sulla fustigazione.

[668] Vedi, Costituzione e CEDU (col 13° Protocollo) hanno vietato la pena di morte, anche in tempo di guerra, solo recentemente. Pena di morte ancora ammessa ma con nuovi limiti dal 2° Protocollo addizionale del 1989 al Patto dei diritti civili e politici, che comunque riconferma il principio abolizionista.

[669] Cfr., Corte EDU, Deuxieme Section, *Affaire Öcalan c. Turquie, citè*; Corte EDU, CGJ, caso *Vinter v. UK, cit*., §§ 110, 119, 122; Corte EDU, CGJ, case of *Kafkaris v. Cipro*, *cit*.; Sulla questione cfr., PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli (l'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione*, in *Rivista AIC*, 4/2013 ed in *Giur. cost*., 4/2013; vedi anche A. SCARCELLA, "*Fine pena mai": viola la CEDU*, in *Cass. Pen*., 12/2013, pp. 4662, 4667 e 4668; PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU*, *citato*; A. BALSAMO – L. TRIZZINO, *La Corte Europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza*", in *Cass. Pen*., n. 12/2013, pp. 4662; VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3: (poche) luci e molte ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, *ult. op. cit*.; ed infine, COLELLA, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 3 CEDU, cit.,* § 6.3.

de facto, il riesame della condanna dopo venticinque anni di espiazione[670].

Così si è espressa la Grande Camera, dopo che la Quarta Sezione aveva rigettato il ricorso presentato da tre cittadini inglesi, che lamentavano la violazione del principio di umanità *ex* art. 3 CEDU, per essere stati condannati alla pena dell'ergastolo effettivo (*Whole Life Order*). Ossia senza possibilità di rilascio anticipato, salvo che per motivi di grave malattia ed in assenza di pericolosità sociale, con provvedimento clemenziale del Segretario di Stato.

La Quarta Sezione, chiamata a decidere in prima istanza, aveva ritenuto legittima tale pena, soffermandosi sul rispetto del principio di proporzionalità tra reato e sanzione, restando indifferente alla presenza o meno di una reale possibilità di rilascio anticipato[671], nonostante i ricorrenti avessero dimostrato che quello clemenziale, era un provvedimento più teorico che effettivo.

Avverso tale decisione i tre condannati hanno proposto ricorso alla Grande Camera, che l'ha censurata, ritenendo che il regime dell'ergastolo *whole life order*, presente nel Regno Unito, violi l'art. 3 CEDU.

Nella stessa decisione, pur precisando che la Corte non ha il potere di imporre agli Stati il tipo di misure da adottare, la Grande Camera ha, comunque, delineato alcune linee guida, affermando che la pena dell'ergastolo resta compatibile con l'art. 3 CEDU. Ma solo a condizione che assicuri, *in law and in practice*, la possibilità di rilascio anticipato (assente per alcuni crimini in England e Wales, patria dei 3 ricorrenti).

---

[670] Cfr., Corte EDU, CGJ, caso *Vinter e a. v. UK, cit.*

[671] Cfr., D. FALCINELLI, *L'umanesimo della pena dell'ergastolo. Ideologia e tecnica del diritto dell'uomo ad una pena proporzionalmente rieducativa*, in www.federalismi.it, 2013, nel quale si evidenziano le opinioni dissenzienti di tre componenti della Corte EDU che ritengono disumana una pena che può essere interrotta solo in presenza di una malattia terminale.

Nei fatti la Corte (con 16 voti a favore e 1 contrario) ha scelto di aderire ad uno standard medio, tra quelli offerti dai vari ordinamenti giuridici dei Paesi CEDU in materia di ergastolo. In tal senso si possono indicare quelli tedesco e italiano (dell'ergastolo ordinario, non quello "ostativo", fattispecie, ancora sconosciuta a Strasburgo). La Corte ha, invece, ignorato il dato che in nove Paesi CEDU è stato abolito.

I punti innovativi, che possono implicitamente trarsi dalla succitata sentenza, sono i seguenti:

a) il diritto di riesame della condanna all'ergastolo per il rilascio (solo eventuale, che diventa un diritto se soddisfatte le ragioni della pena) dopo venticinque anni di reclusione (v. GCJ, §§ 117,118,120 e 130). Tale diritto si fonda su quei requisiti richiamati nella sentenza (GCJ, §§ 65ss e 76ss), ed ai quali le leggi nazionali devono conformarsi per non violare l'art. 3 CEDU;

b) la certezza e conoscibilità, già al momento della condanna, delle condizioni e criteri per *a conditional release*, che non possono risultare discrezionali o sottostare ai "capricci" dell'autorità competente (GCJ, §§ 74 e 122);

c) *a concrete and realistically attainable chance to regain the his freedom*, ossia una concreta e realistica possibilità del condannato di riottenere la libertà (GCJ, §§ 96 e 113);

d) per i riflessi che può avere in relazione alla questione dell'"ergastolo ostativo", si segnala, l'irrilevanza della collaborazione come condizione per l'ammissibilità o criterio cumulativo per la concessione della liberazione condizionale. Tale condizione non è prevista in nessuno degli ordinamenti giuridici richiamati (GCJ, §§ 65ss) e divenuti perciò, parametri giuridici vincolanti. In sostanza sono condizioni e criteri da rispettare per la cor-

retta interpretazione dell'art. 3 CEDU, in materia di accesso alla liberazione condizionale (in *Concurring Opinion Judge Mahoney*, CGJ, § 21), al quale dev'essere aggiunta la successiva opinione del giudice Pinto de Alberqueque, espressa nel caso *Öcalan c. Turquie*, del 2015.

Come anticipato all'esultanza inziale per la sentenza, si sono sostituite numerose critiche alla Corte di Strasburgo per aver aderito ad uno *standard* medio tra quelli offerti dai Paesi CEDU. Tanto non per una scelta di diritto, ma per evitare reazioni politiche del già irritato Regno Unito[672].

La Corte ha fondato la sua *legal reasoning* sui principi di dignità e rieducazione che, seppur in parte sconosciuti nel Regno Unito (nel quale l'idea retributiva oblitera quella rieducativa), sono stati individuati in ambito internazionale (Statuto Corte penale internazionale), ed in una rassegna di diritto comparato degli Stati europei.

Il "diritto alla speranza", come l'ha efficacemente definito uno dei giudici della Corte, riassumendo il senso della sentenza, non ha fermato le critiche che hanno, invece, alimentato un processo evolutivo verso tale diritto. Nel tempo, infatti, una lettura più umanitaria ha trovato presso la stessa Corte nuova forza espansiva. Come può rilevarsi dalla lettura del già citato *affaire Öcalan v. Turquie* [673]. Caso che assume una certa rilevanza, anche per le analogie riscontrate con la figura dell'"ergastolo ostativo" italiano[674].

---

[672] Cfr., F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3: (poche) luci e molte ombre in due re-centi sentenze della Corte di Strasburgo, ult. op. cit.*; e D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo, cit.*, p. 4, note 16-19.

[673] Cfr., Corte EDU, Deuxieme Section, *Affaire Öcalan c. Turquie*, *citè*; e Corte EDU, Seconda Sezione, caso *Làszlò Magyar v. Ungheria,* 20 maggio 2014; cfr. A. GALLUCCIO – S. LONGO, *Monitoraggio Corte EDU,* marzo 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 2014.

[674] Cfr., R. CASIRAGHI – S. ZIURLIA, *Monitoraggio Corte EDU, marzo 2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014.

4.4.1.2 Il caso Öcalan v. Turchia.

Nel caso Öcalan, la Corte riafferma i concetti espressi nel caso Vinter, ossia il diritto ad una previsione, *de iure* o *de facto,* che consenta al condannato di richiedere dopo venticinque anni che la sua pena venga rivista.

Il ricorrente, condannato alla pena dell'ergastolo effettivo per una serie di gravissimi reati e per essere il capo del PKK (partito politico, classificato come organizzazione terroristica), lamentava la violazione: i) dell'art. 3 CEDU, che stabilisce il divieto di pene e trattamenti inumani, quali potevano considerarsi le sue condizioni detentive e la pena all'ergastolo. Poiché per quest'ultima, non era prevista liberazione condizionale, se non attraverso un provvedimento clemenziale; ii) violazione dell'art. 7 CEDU, laddove stabilisce l'irretroattività di leggi sfavorevoli e la retroattività di quelle favorevoli. Il ricorrente lamentava l'applicazione retroattiva di una legge peggiorativa. Poiché dopo l'abolizione della pena di morte (inflitta dopo un processo iniquo accertato dalla Corte EDU nel 2005)[675], la pena prevista era quella dell'ergastolo con liberazione condizionale, esclusa solo successivamente per quelle condanne che avevano sostituito la pena di morte; iii) violazione dell'art. 8 CEDU, che protegge l'unità familiare. Diritto violato dagli impedimenti, opposti dalle autorità turche, ai rapporti con la famiglia, non consentendo al ricorrente di fruire dei colloqui o telefonate; iv) per gli stessi fatti lamentava infine la violazione degli artt. 5, 6, 13 e 14 CEDU.

La Corte ha accolto il reclamo, ritenendo violato solo l'art. 3 CEDU nel duplice profilo: quello relativo all'isolamento totale, imposto al ricorrente per dieci anni e nove mesi (diversamente da quanto ritenuto nella precedente decisione del 2005, che ritenne tali condizioni compatibili

[675] Cfr., Corte EDU, Grande Chambre, *Öcalan c. Turquie, citè.*

con la CEDU); e per l'assenza di previsione della liberazione condizionale, nei termini espressi per il caso Vinter.

L'occasione ha dato modo ad uno dei giudici di Strasburgo, di delineare i parametri relativi alla liberazione condizionale secondo le intenzioni della Corte.

La descrizione del giudice Pinto de Albuquerque anche se espressa in un'opinione dissenziente ha grande rilevanza, essendo fondata sulla rassegna di vincolanti fonti normative e di principi internazionali afferenti l'istituto[676].

In tal modo si evidenzia, che la liberazione condizionale è da considerarsi un diritto riconosciuto internazionalmente. E che il meccanismo sottostante deve rispettare tre requisiti: i) essere assoggettato al controllo di un'autorità giurisdizionale[677]; ii) il regime legale dev'essere predeterminato all'imposizione della condanna e prevedere il minimo di pena da espiare per l'accesso alla liberazione condizionale[678]; iii) necessaria chiarezza e prevedibilità dei criteri relativi a tale istituto, con prevalenza delle ragioni della funzione special-preventiva, rispetto a quelle della funzione general-preventiva e retributiva[679].

La specificazione, in dettaglio dei tempi e modi di accesso alla liberazione condizionale, nei termini sopra riportati, stabilisce

---

[676] Cfr., Corte EDU, Deuxieme Section, Affaire *Öcalan c. Turquie, citè*, en, *Opinion partiellement dissidente du judge Pinto de Albuquerque*, §§ 11-14.

[677] Cfr., *ivi*, § 12, que cité le: «Au niveau européen, voir Weeks c. Royaume-Uni, n° 9787/82, §§ 58 et 69, 2 mars 1987, et T. c. Royaume-Uni, n° 24724/94, § 121, 16 décembre 1999 ; le rapport du Comité pour la prévention de la torture (« le CPT ») n° 55 de 2007, publié le 27 juin 2007 ; et l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle italienne le 27 juin 1974 (n° 204/1974). Au niveau universel, voir l'article 110 §§ 4 et 5 du Statut de Rome et les articles 223 et 224 du Règlement de procédure de preuve de la Cour pénale internationale».

[678] Cfr., *ivi*, § 13, que cité le: «Par. 9 de la résolution Res 76(2) du Comité des Ministres, adoptée le 17 février 1976, et par. 5 de la recommandation Rec 2003(22) du Comité des Ministres, adoptée le 24 septembre 2003».

[679] Cfr., *ivi*, § 14, que cité le: «Résolution Res 76(2) du Comité des Ministres, adoptée le 17 février 1976, par. 10; recommandation Rec 2003(22) du Comité des Ministres, adoptée le 24 septembre 2003, par. 3, 4 et 20, et recommandation Rec 2003(23) du Comité des Ministres, adoptée le 9 octobre 2003, par. 34».

un'importantissima premessa, per poter sostenere l'irretroattività anche di un'eventuale modifica peggiorativa di tali presupposti.

Rispetto, invece, alle analogie tra il regime penale esecutivo italiano e quello turco, rilevate dalla dottrina italiana in relazione alle figure nostrane dell'ergastolo ordinario ed ostativo (anch'esso escluso dai c.d. benefici penitenziari e dunque effettivo come quello turco censurato)[680], è necessario evidenziare alcuni aspetti.

Per esempio, come alle analogie, si opponga la differenza (non marginale) evidenziata dalla Corte costituzionale (n. 135/2003). Infatti, nel regime italiano, sul piano formale, la possibilità di accedere alla liberazione condizionale esiste, anche se la scelta di accedervi o meno è lasciata al condannato, con la possibilità di collaborare. Mentre nel regime turco, tale meccanismo manca del tutto[681].

Altro argomento a sfavore, in relazione all'art. 3 CEDU, è che la Corte di Strasburgo ritiene compatibile la permanenza *sine die* in carcere finchè non siano soddisfatte tutte le ragioni della pena (general-preventiva, special-preventiva e retributiva)[682].

Pertanto per principio si ammette la possibilità di una pena perpetua laddove permanga la pericolosità sociale del condannato, ovvero non sia soddisfatta l'istanza general-preventiva. Anche se non può restare irrile-

[680] Per le analogie tra il regime turco censurato e l'"ergastolo ostativo" vedi, R. CASIRAGHI – S. ZURLIA, *Monitoraggio Corte EDU, marzo 2014*, *citato*; in tal senso anche, S. FUNGARDI, "*Fine pena mai": il c.d. ergastolo ostativo tra diritto interno e giurisprudenza della Corte EDU*, Capitolo IV e Conclusioni, in www.ristrettiorizzonti.it, 2015, nell'ottima tesi di laurea (a. ac. 2013-2014), con E. Dolcini e A. Della Bella (relatore e correlatore), nella quale si prospetta l'incompatibilità dell'"ergastolo ostativo" con il principio di umanità elaborato dalla Corte di Strasburgo (3 CEDU) proprio per le strette analogie con il già censurato regime turco; in termini contrari, PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit.*, p. 36, nota 76, che evidenzia come la pronuncia della Consulta n. 135/2003 sembrerebbe in linea con la sentenza della CGJ, caso *Vinter v. UK cit.*, che in relazione all'art. 3 CEDU, ritiene legittimo mantenere indefinitivamente in carcere quei condannati che restano pericolosi (come affermato in *Maiorano v. Italia*), purché la pena sia *de iure* e *de facto* riducibile.

[681] Cfr., Corte EDU, Deuxieme Section, *Affaire Öcalan c. Turquie, citè*, § 205.

[682] Cfr., *ivi*, p. 42, § 195 et en, *Opinion partiellement dissidente du judge Pinto de Albuquerque,* § 3.

vante la considerazione di come quest"ultima dimensione della pena sfugga alla capacità di autodeterminazione individuale del condannato, appartenendo a fenomeni generali sulla cui reale efficacia da sempre si nutrono dubbi[683]. Pretesa che contrasterebbe con altri fondamentali principi espressi dalla Corte di Strasburgo nelle stesse pronunce, in particolare col rispetto della dignità umana e del reinserimento sociale[684], ontolo-

[683] In termini molto critici, *ivi*, *Opinion partiellement dissidente du judge Pinto de Albuquerque* §§ 4-5, che a conferma evidenzia i dati statistici tra USA-Russia (in cui vige l"ergastolo) e i numerosi paesi come il Portogallo in cui la pena dell"ergastolo è stata abolita: «5. La prévention générale des infractions pénales ne justifie pas la perpétuité. Quand bien même il existerait une corrélation prouvée entre cette peine et une baisse du taux de délinquance, ou au moins du taux de meurtres et d"autres crimes violents, punir l"auteur de l"infraction afin de dissuader autrui d"adopter le même comportement et de renforcer l"autorité sociale de la règle de droit reviendrait à réduire cette personne à un instrument de stratégie des pouvoirs publics. Or une telle corrélation n"existe pas. Au contraire, non seulement les pays qui connaissent depuis longtemps la réclusion à perpétuité, par exemple les États-Unis et la Russie, ont un taux de criminalité élevé – et surtout un taux élevé de meurtres et de crimes violents – mais aussi les pays qui ne connaissent pas cette peine ont bel et bien un faible taux de criminalité. Le meilleur exemple est le Portugal. Ce dernier avait tout d"abord aboli la réclusion à perpétuité à l"occasion de la réforme carcérale de 1884. Cette tradition de longue date a été consacrée à l"article 30 de la Constitution portugaise elle-même, qui interdit la réclusion à perpétuité ou toute autre forme de peine d"emprisonnement à durée indéterminée. Or le taux de meurtres et de crimes violents au Portugal est depuis longtemps parmi les plus bas au monde11. Le fait que d"autres pays européens comme Andorre (articles 35 et 58 du code pénal), la Bosnie-Herzégovine (article 42 du code pénal), la Croatie (articles 44 et 51 du nouveau code pénal), le Monténégro (article 33 du code pénal), Saint-Marin (article 81 du code pénal), la Serbie (article 45 du code pénal) et l"Espagne (articles 36 et 76 du code pénal), et des pays non européens comme l"Angola (article 66 de la Constitution), le Brésil (article 5, XVVII, de la Constitution), la Bolivie (article 27 du code pénal), le Cap-Vert (article 32 de la Constitution), la Chine (article 41 du code pénal de la région autonome de Macao), la Colombie (article 34 de la Constitution), le Costa Rica (article 51 du code pénal), la République dominicaine (article 7 du code pénal), le Timor-Oriental (article 32 de la Constitution), l"Équateur (article 51 et 53 du code pénal), El Salvador (article 45 du code pénal), le Guatemala (article 44 du code pénal), le Honduras (article 39 du code pénal), le Mexique (article 25 du code pénal fédéral), le Mozambique (article 61 de la Constitution), le Nicaragua (article 52 du code pénal), le Panama (article 52 du code pénal), le Paraguay (article 38 du code pénal), Sao Tomé-et-Principe (article 37 de la Constitution) et l"Uruguay (article 68 du code pénal), en ont fait de même montre que des sociétés de continents et de cultures différents peuvent prospérer sans réclusion à perpétuité. Voilà des preuves claires, abondantes et incontestées qu"il existe en la matière une tendance internationale continue et qu"aucune société ne s"est jamais effondrée si elle ne connaît pas cette peine ».

[684] En cet sens, *ivi*, § 4, le judge PINTO de ALBUQUERQUE cité la Cour suprême des États-Unis, *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010): «Comme l"a dit la Cour suprême des États-Unis, « [u]ne peine de réclusion à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle ne saurait toutefois se justifier par l"objectif de réinsertion sociale. Elle désavoue purement et simplement l"idéal de réinsertion sociale. En refusant à l"accusé le droit de réintégrer la société, l"État prononce un jugement irrévocable sur la valeur et la place d"une personne au sein de la société »9. Dit plus simplement, la peine de réclusion à perpétuité s"apparente à un traitement inhumain en raison des effets désocialisants et donc déshumanisants de l"emprisonnement de longue durée. Il en va d"ailleurs de même aussi pour toute sorte de peine indéfinie, à durée indéterminée ou à durée déterminée mais excédant l"espérance de vie normale ou extrêmement longue. De telles formes de châtiments sont incompatibles avec la dignité humaine. Un accès restreint à des médicaments ou à des programmes de formation ou d"enseignement, voire un refus de ceux-ci, ne fait qu"aggraver le caractère intrinsèquement inhumain de la peine»; nel senso universale del principio di reinserimento sociale, *ivi*, § 10.

gicamente riconosciuto a tutti i condannati ed a prescindere dalla gravità dei delitti per cui sono stati condannati[685].

Per tali motivi, in relazione alla fattispecie dell'"ergastolo ostativo" (*rectius* effettivo) italiano, ampi margini di discussione dovrebbero aprirsi nell'ipotesi in cui, dopo un certo numero di anni di pena espiata, fosse dimostrata l'assenza di pericolosità sociale del condannato all'ergastolo[686] attraverso elementi alternativi alla collaborazione pretesa *ex* art. 4-*bis*.1 OP[687]; ovvero verificare la posizione della Corte di Strasburgo rispetto alla rilevanza o meno della suddetta condizione collaborativa considerato che nell'arresto *Vinter e altri v. UK*, nell'esame comparato dei principi di diritto europeo[688] tale condizione non è stata ritenuta tra i criteri e parametri utilizzabili per stabilire l'accesso alla liberazione condizionale e non ritenere violato il principio di umanità *ex* art. 3 CEDU (v., *infra,* § 4.4.1.1, punto d). Non sfuggirà la considerazione che

[685] C'est exactement le sens du principe 4.a de la recommandation Rec 2003(22) du Comité des Ministres, adoptée le 24 septembre 2003. Autrement dit, l'arrêt Vinter a infirmé la jurisprudence antérieure de la Cour selon laquelle la Convention ne confère aucun droit à la libération conditionnelle (*Szabo c. Suède* (déc.), n° 28578/03, CEDH 2006-VIII, et *Macedo da Costa c. Luxembourg* (déc.), n° 26619/07, § 22, 5 juin 2012.

[686] En cet sens, Corte EDU, Deuxième Section, affaire *Öcalan c. Turquies, citè,* p. 42, § 198, citè des §§119ss CGJ, affaire *Vinter e a. v. UK, cit.*: «119. […] la Cour considère qu'en ce qui concerne les peines perpétuelles l'article 3 doit être interprété comme exigeant qu'elles soient compressibles, c'est-à-dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention»; cfr., Corte EDU, Deuxième Section, affaire *Öcalan c. Turquies, citè,* § 198.

[687] Cfr., FUNGARDI, *"Fine pena mai": il c.d. ergastolo ostativo tra diritto interno e giurisprudenza della Corte EDU, cit.,* Capitolo IV e Conclusioni, in www.ristrettiorizzonti.it.

[688] V., Corte EDU, Deuxième Section, affaire *Öcalan v. Turquies, citè,* p. 42, § 197, que citè des §§119ss CGJ, affaire *Vinter e a. v. UK*, *cit.*: en cet terms, Corte EDU, Deuxième Section, affaire *Öcalan c. Turquies, citè*, *ivi*, § 197, citè CGJ, affaire *Vinter v. UK, cit.,*: «113. En outre, comme la Cour constitutionnelle fédérale allemande l'a reconnu dans l'affaire relative à la prison à vie […], il serait incompatible avec la disposition de la Loi fondamentale consacrant la dignité humaine que, par la contrainte, l'État prive une personne de sa liberté sans lui donner au moins une chance de recouvrer un jour celle-ci. C'est ce constat qui a conduit la haute juridiction à conclure que les autorités carcérales avaient le devoir d'œuvrer à la réinsertion des condamnés à perpétuité et que celle-ci était un impératif constitutionnel pour toute société faisant de la dignité humaine son pilier. Elle a d'ailleurs précisé ultérieurement, dans une affaire relative à un criminel de guerre, que ce principe s'appliquait à tous les condamnés à perpétuité, quelle que soit la nature de leurs crimes, et que prévoir la possibilité d'un élargissement pour les seules personnes infirmes ou mourantes ne suffisait pas […]. Des considérations similaires doivent s'appliquer dans le cadre du système de la Convention, dont l'essence même, la Cour l'a souvent dit, est le respect de la dignité humaine (voir, entre autres, *Pretty c. Royaume-Uni, no* 2346/02, § 65, CEDH 2002-III, et *V.C. c. Slovaquie*, no 18968/07, § 105, CEDH 2011)».

la Corte di Strasburgo ritenga quello al silenzio un diritto e di come tutti gli Stati democratici ripudino il fenomeno ricattatorio sotteso alla condizione collaborativa, che il citato giudice Borrego Borrego nel caso Vinter equipara ad una tortura.

4.4.2 La disumanità dell'ergastolo.

A questo punto, anche se non è l'obiettivo del nostro studio, è legittimo porsi la domanda: la pena dell'ergastolo può ritenersi umana?

«Una pena che non riesco a immaginare» la definì Pietro Ingrao.

Per Ignazio Silone «l'ergastolo è più della pena di morte, poiché la morte dura un attimo e richiede un coraggio momentaneo. L'ergastolo è un'esistenza».

Mentre ai sostenitori di tale pena, che argomentano la legittimità dell'ergastolo, in quanto è una pena „solo minacciata", „virtuale" che la si ritiene legittima «nella misura in cui in realtà non è perpetua»[689], quasi una pena metafisica, che non esiste in quanto esiste. A questi verrebbe da domandare, a che *pro* allora è fatto credere al condannato di poter morire in carcere, infliggendo una «sofferenza ingiustificata» e pertanto condannata dalla Corte di Strasburgo?[690] Poiché quello di cui bisogna tenere conto è la percezione che ne ha il condannato fin dal momento in cui subisce una tale pena[691]. Dostoevskj nel suo romanzo *L'idiota* descrive le

[689] In questi termini, SARTARELLI, *Ergastolo*, *ult. op. cit.*, p. 2243: sottolinea che «l'aspetto più inquietante di questo paradosso risiede nell'astratta probabilità che invece il condannato rimanga in carcere per tutta la vita». Probabilità oggi concreta per i condannati all'ergastolo c.d. ostativo.

[690] In tal senso, Corte EDU, *caso Irlanda v. UK*, 1978: integrano il divieto di pena inumana e degradante quelle pene che infliggono volontariamente un'ulteriore «ingiustificata sofferenza mentale».

[691] Cfr., Corte EDU, caso *S. D. v. Grecia,* 11 giugno 2009: che ritiene rilevante la percezione soggettiva del carattere umiliante di una pena; in questi termini, Corte EDU, caso *Tyrer v. UK*, 1978: sulla nozione di pena degradante stabilisce, come essa «dipenda dalla natura e dal contesto della pena, oltre che dalla sua modalità di esecuzione, dalle sofferenze e umiliazioni che essa comporta, anche anteriormente o posteriormente alla sua inflizione». Il principio d'umanità della pena, dunque, come quello di rieducazione, non informa la sola fase dell'esecuzione intesa come condizioni di detenzione, ma interessa la pena nelle sue qualità essenziali e generali, non solo da quando nasce fino a quando

sensazioni di un condannato a cui è fatto credere di essere sul punto di essere giustiziato per poi essere graziato. La magistrale descrizione è utile per meglio comprendere i motivi e l'altissimo tasso di suicidi tra gli ergastolani[692]. Emblematico è il caso di Diana Blefari Melazzi, la giovane brigatista suicidatasi nel carcere di Rebibbia il 2 novembre 2009 appena ha saputo che la sua condanna all'ergastolo era divenuta definitiva, a conferma che con la comminazione di una tale pena si uccide la speranza[693].

Tra i parametri per stabilire la disumanità di una pena c'è il „comune sentire" ed anche se il popolo italiano nel referendum del 1981 si è espresso sul mantenimento dell'ergastolo, ciò non significa che si sia pronunciato anche sulla sua umanità[694]. Anzi ciò che sorprende è che nell'immaginario collettivo (anche tra gli addetti ai lavori) si creda che l'ergastolo equivalga ad una pena massima effettiva di trent'anni di reclusione. Si è appurato, invece, che laddove vi sia una corretta informazione sulla perpetuità di tale pena e dell'incertezza derivante dai meccanismi predisposti per il temperamento di tale carattere (con misure ex-

non si estingue, ma «anche anteriormente o posteriormente alla sua inflizione» (*Tyrer v. UK*). Nel condannato all'ergastolo, il senso d'avvilimento è sempre presente e lo attanaglia, dal momento della comminazione della sua condanna fino a quando tale pena non si estingue, ossia con la morte.

[692] F. CERAUDO, "*Principi fondamentali della medicina penitenziaria*" – edito Centro studi della Presidenza nazionale A.M.A.P.I., Pisa, 1988, pp. 174-388, Centro regionale per la salute in carcere – Regione Toscana: «sull'ergastolano le sollecitazioni regressivanti che l'ambiente carcerario provoca lo pongono in condizioni di altissimo rischio e ciò spiega la preoccupante incidenza di suicidi e tentati suicidi. L'ergastolano continua a vivere in una condizione artificiale. Fra le mura di un carcere si produce un arresto del processo biologico di maturazione, una diminuzione delle facoltà sensorie. Abituati alla minuscola dimensione di una cella, si perde il senso della distanza, delle proporzioni. Costretti all'uniformità di colori non naturali, si cade facilmente nelle alterazioni ed infermità della vista. L'ergastolano è condannato ad avere la vista corta, diventa un'ombra». Secondo alcuni dati tra i detenuti sottoposti a carcere duro e condannati all'ergastolo il tasso dei suicidi ha una frequenza 4,45 volte superiore al resto della popolazione carceraria (da "Amministrazione in cammino" – Centro ricerca sulle amministrazioni pubbliche -"Vittorio Bachelet").

[693] Diana Blefari Melazzi, si è suicidata nel carcere di Rebibbia a Roma, pochi giorni dopo la sua condanna definitiva all'ergastolo, perché non è riuscita a sopportare il peso di una condanna a vita. La pena dell'ergastolo ha mostrato ancora una volta il suo vero volto e in tutta la sua disumanità (da "Gazzetta del Sud" del 3 nov. 2009).

[694] S. ANASTASIA – F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 13: riferiscono della strumentalizzazione politica e mediatica della pena dell'ergastolo.

tramurarie solo eventuali), la pena dell'ergastolo è rifiutata da ogni cittadino interpellato.

Un preoccupante dato statistico è che le misure extramurarie che permetterebbero di ritenere l'ergastolo compatibile con la Costituzione non sono quasi mai applicate ovvero lo sono in percentuali irrilevanti[695].

La dottrina ritiene la pena dell'ergastolo più «ferocemente eliminativa»[696] della pena di morte, semplicemente «disumana» per alcuni[697] o «una dichiarazione di morte morale» per altri[698].

Mentre per i condannati che subiscono tale pena, è una lenta, infinita tortura psicologica e fisica.

Il senso d'angoscia sempre presente, fin dal momento della comminazione della pena, che caratterizza la condizione di chi è condannato a vita è quotidiano e proporzionale all'incertezza che la pena intrinsecamente esprime nella sua non prevista durata, una fine che si percepisce irraggiungibile come l'orizzonte, che non consente la "progettazione esistenziale" dell'uomo trascinando in una spirale di disperazione anche la rete di relazioni affettive collegate.

Una durata che può coincidere con quella dell'esistenza del condannato, oppure lasciata al caso, alla fortuna di espiare la pena in un carcere

---

[695] FLICK, *La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine, cit.*, § 6, pp. 10-11, tanto che insieme ad altri autori reclama una modifica degli istituti penitenziari in modo che rendano concreto l'accesso a tali benefici.

[696] ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, cit.*, p. 230; O. VACCA, *Evoluzione del pensiero criminologico sulla pena di morte* (Da Cesare Beccaria al codice Zanardelli), *cit.*, p. 283: che registra una tale opinione dai tempi di Beccaria fino a Enrico Pessina, circa un secolo dopo, nella Relazione per la commissione senatoria, sull'efficacia dell'ergastolo rispetto alla pena di morte; (v. *supra,* § 1).

[697] Cfr., PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 37: che definisce allo stesso modo disumani ergastolo e pena di morte; in tal senso, ANCONA, *Corte europea e diritti dell'uomo. La Corte riconosce la violazione dell'art. 7 CEDU per indeterminatezza sotto il profilo quantitativo, della pena cipriota dell'ergastolo*, *cit.*, p. 2: per la quale l'ergastolo è in conflitto col principio d'umanità e col principio personalista, per il quale «la persona è il fine ultimo del nostro ordinamento e la dignità umana non può essere calpestata fino a prevedere una pena disumana qual è l'ergastolo».

[698] SARTARELLI, *Ergastolo*, *ult. op. cit.*, p. 2241.

che consenta (o meno) un percorso rieducativo e che questo sia riconosciuto dal giudice[699].

4.4.3 *Conclusioni parziali sulla (il)legittimità dell'ergastolo.*

I dubbi di legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo, dunque non sono sopiti. Così per moltissimi autorevoli rappresentanti della dottrina[700], anche se poi è divisa sulla possibilità di poter rinunciare, in questo momento, a tale pena per l'impatto psicologico che ha sulla collettività[701]. Si conviene comunque per «una riduzione dei casi in cui è comminato»[702] e sull'anticipazione del termine di accesso alla liberazione condizionale, per attenuare gli effetti della «portata annientatrice»[703] e le riserve di legittimità su tale pena.

Con interesse si continua a guardare alla Corte costituzionale (n. 168/1994), che dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo per il minore imputabile, segna un altro punto a favore della sua abrogazione. Ma soprattutto si spera nell'intervento della Corte di Strasburgo, che sembra essere meno compromessa dalle politiche criminali dei sin-

---

[699] In tal senso anche, FLICK, *La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine, cit.*, § 4, p. 8.

[700] Cfr., G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus* 1974, p. 487; PULITANÒ, *Ergastolo e pena di morte*, *ult. op. cit.*, p. 166; F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di ROMANO - STELLA, 1980, p. 30; G. FIANDACA, *Commento art. 27, co. 3° e 4°*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA - PIZZORUSSO, Bologna-Roma, Zanichelli,1991, p. 312; per la compatibilità con la Costituzione, invece, F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducative*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 202; A. PAGLIARO, *Prospettive di riforma*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, 1977, p. 668; sul punto anche, T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Ridpp*, 1992, p. 449.

[701] *Contra*, PAGLIARO, *Prospettive di riforma, cit.,* p. 422; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di ROMANO - STELLA, 1980, p. 169.

[702] ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, cit.*, p. 230.

[703] *Ibidem*; cfr. BERNARDI, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema, cit.*, p. 86ss.

goli Stati, più attenti, in alcuni casi, al perseguimento degli scopi elettoralistici dei governi in carica che non al benessere generale.

4.5 Il "decalogo del buon Legislatore": proposte de iure condendo.

In un"analisi sull"incompatibilità della pena dell"ergastolo con l"attuale concezione della pena e i principi che la sovrintendono non può mancare un accenno a quello che è definito, dalla moderna scienza della legislazione penale, il "decalogo del buon Legislatore", che dovrebbe presiedere e guidare la decisione sul ricorso alla tutela penale e al modo di articolarla.

In questa sede l"interesse verterà in misura maggiore sulla previsione astratta-minacciata e su quella dell"esecuzione della pena.

In via generalissima giova premettere che la tutela penale (ossia il ricorso alla privazione della libertà personale) è intesa come *extrema ratio* a carattere sussidiario.

Ancora in via generale, è possibile verificare come tale decalogo preveda il rispetto del principio di proporzione, che ha come corollari l"apprezzabilità del bene da tutelare e la meritevolezza della pena. Completa tale quadro il criterio di bisogno o necessità di pena.

Il riscontro all"effettiva utilità della pena si raggiunge attraverso un insieme di conoscenze e di dati, anche a carattere empirico, forniti dalle scienze sociali (con i limiti intrinseci delle stesse).

Con riguardo ai delitti per i quali è attualmente prevista la pena dell"ergastolo non sorgono dubbi sulla meritevolezza e la necessità di una tutela che preveda anche la pena detentiva.

Tali criteri assumono invece un diverso rilievo, ponendosi la domanda se la stessa funzione-utilità non possa essere svolta e raggiunta da una

pena detentiva temporanea anziché quella perpetua, con la quale vengono sacrificati diritti inviolabili come quello del diritto alla libertà, che per la Costituzione (al pari degli altri diritti) può essere solo „limitato" e di cui giammai si può essere „privati" (2, 22 e 48 cpv Cost.)[704].

La verifica in termini di bisogno-necessità, include, infatti, una prognosi effettiva di „idoneità" della sanzione penale a far conseguire lo scopo di tutela preso di mira. Il ricorso alla pena (o meglio a tale tipo di pena) risulterebbe non „necessario" ove il legislatore fosse in grado di pronosticarne una scarsa efficacia nel contrastare il ripetersi dei comportamenti. Una pena „inutile" sarebbe perciò stesso illegittima poichè intaccherebbe i diritti fondamentali senza contropartita in termini di utilità sociale.

Tanto porta a prospettare un autonomo principio d'effettività, concepito in termini di reale idoneità della tutela penale (a preservare i beni) tra i criteri di legittimazione dell'intervento legislativo e della discrezionalità sul contenuto e durata delle pene.

Il criterio di necessità della pena costituisce un'articolazione del più generale principio di proporzione, di valenza implicitamente costituzionale, che impone di circoscrivere il sacrificio della libertà personale insito nella pena nei limiti della stretta necessità.

Sotto tale profilo, nel caso dell'ergastolo, rilevano due tipi di considerazioni.

---

[704] Testualmente, l'art. 48cpv Cost. stabilisce che: «Il diritto di voto non può essere *limitato* se non per…». Limitazione/esclusione/privazione non sono utilizzati come sinonimi, anzi si ha la prova che siano intesi come alternativi dalla lettura dell'art. 113.2 Cost.: «Tale tutela giurisdizionale non può essere *limitata* o *esclusa*» utilizzati in opposizione. Allo stesso modo l'art. 22 Cost. che recita: «Nessuno può essere *privato*, per ragioni politiche, della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome» che stabilisce il principio di divieto di esclusione dai diritti individuali e politici in modo definitivo; ANCONA, *Corte europea e diritti dell'uomo. La Corte riconosce la violazione dell'art. 7 CEDU per indeterminatezza sotto il profilo quantitativo, della pena cipriota dell'ergastolo, cit.,* §2: sull'inalienabilità dello status di persona, che come tale può essere solo temporaneamente assoggettabile a misure privative della libertà personale, legittime solo se funzionali al reinserimento sociale (artt. 2 e 27.3 Cost.).

La prima è fatta in una prospettiva rieducativa e funzional-pedagogica, declinata in senso individuale. È certo, infatti, che lo stesso risultato, si raggiungerebbe con le pene temporanee, che consentono al condannato di avere percezione di una fine della sua punizione e di adoperarsi in una partecipazione attiva all‟opera trattamentale, in previsione di un reinserimento nella società. A che *pro*, infatti, una persona che sa di poter rimanere in carcere per il resto dei suoi giorni (determinante rimane la percezione del condannato), dovrebbe impegnarsi per una modificazione comportamentale, evolversi culturalmente, "riflettere" sul crimine commesso, sulla sofferenza inflitta-causata, se egli stesso si sente vittima di una pena ingiusta, che sente ingiusta, che è ingiusta. Reputandosi una "cosa", in "balia" di giudizi arbitrari di terzi che decidono del resto dei suoi giorni e non sempre sulla base di dati oggettivi ma secondo presupposti soggettivi del giudicante e relativi al luogo, al tempo del processo e della esecuzione della pena. Circostanze che alla luce della disastrosa situazione penitenziaria e della giustizia italiana in genere, devono far riflettere.

Non si può non convenire che una pena volta a favorire l‟interiorizzazione dei valori giuridici e la fiducia nell‟ordinamento, deve poter essere percepita come una sanzione legittima. Sia dai consociati che dal reo. Quella dell‟ergastolo è del tutto priva di tale percezione, assumendo un profilo prettamente eliminativo.

La seconda considerazione riguarda, nella sua funzione general-preventiva, l‟idoneità della previsione della pena dell‟ergastolo allo scopo. Dato che non in prospettazione prognostica *ex ante* ma per dati statistici *ex post* come si è appurato, la minaccia della pena dell‟ergastolo risulta inutile.

La pena dell'ergastolo, per restare all'ultima riforma, è prevista nell'ordinamento italiano dal codice del 1930, ma non ha evitato il progressivo, esponenziale aumento dei reati, che com'è risaputo sono legati a fattori sociali capaci di superare l'inibizione della pena minacciata (*supra*, § 2.13, statistiche, Tab. 3 e 4).

Quanto al principio di proporzione, il processo di verifica del suo rispetto si articola in quattro momenti distinguibili logicamente: i) rilevanza del bene da tutelare (principio di proporzione in senso stretto); ii) verifica se il comportamento aggredisce in misura da giustificare una reazione punitiva; iii) pronosticare (e verificare *ex post*) l'effettiva idoneità della pena a prevenire le offese del bene; iv) ed infine accertare, in applicazione della „regola del mezzo più mite" (o minimo intervento) se ai fini di un'efficace tutela vi siano mezzi meno drastici da impiegare per raggiungere lo stesso scopo.

Mutatis mutandis, gli ultimi due trovano piena applicabilità in relazione all'ergastolo: è inidoneo in funzione general-preventiva e viola la regola del „mezzo più mite".

Non sfugge, infatti, che una pena temporanea di reclusione a trent'anni raggiunge gli stessi obiettivi e scopi della pena dell'ergastolo. Come dimostrano anche i dati statistici tra Paesi in cui esiste la pena di morte o ergastolo (v. lo Stato di New York) e abolizionisti, in questi ultimi il numero dei crimini è inferiore (v. la Spagna)[705].

I criteri politico-criminali qui sintetizzati possiedono una valenza costituzionale implicita. In questo senso si può «parlare di principi o criteri politico-criminali costituzionalmente rilevanti»[706] che dovrebbero orientare il legislatore.

---

[705] Cfr., Corte EDU, Deuxieme Section, affaire *Öcalan c. Turquie, citè*, en, *Opinion partiellement dissidente du judge Pinto de Albuquerque* §§ 4-5.

[706] FIANDACA – DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, *cit*., pp. 129.

Verso l'abolizione…

In tal senso si dispiegano i vari progetti di riforma della pena dell'ergastolo, "tentativi" che si perdono nella "notte dei tempi". Già nel 1973 il Progetto "Gonnella" per la riforma del libro I del codice penale prevedeva l'abrogazione dell'ergastolo e la sua sostituzione con una pena da ventisette a quarant'anni di reclusione[707]. Nel 1992, il "Progetto" conserva l'ergastolo senza motivare tale scelta. Nel 1996, il Progetto "Riz"[708], elaborato in seno alla Comissione del Senato, prevede l'abolizione dell'ergastolo. È approvato al Senato, ma a causa dello scioglimento delle Camere anche questa volta non conclude l'iter parlamentare[709]. Sulla linea abolizionista si pone anche il Progetto "Grosso", lasciandolo in vita solo per delitti di massima gravità e prevedendo una „reclusione speciale" da venticinque a trent'anni[710]. La Commissione "Nordio", istituita dal Ministro della Giustizia nel 2001 predispose un disegno di legge dove la pena dell'ergastolo restava in vigore. Scompare nuovamente nel 2006 col Progetto "Pisapia", sostituito con una detenzione di durata massima da trentadue a trentotto anni (in caso di concorso di delitti punibili con la medesima pena), motivando la scelta con l'incompatibilità della pena dell'ergastolo con la Costituzione ed in particolare col principio d'umanità[711]. La Commissione, infatti, ne ha evidenziato le similitudini con la pena di morte e come quest'ultima si dimostri fallace sotto il profilo della deterrenza e dell'inefficacia dimostra-

[707] Approvato al Senato nel gennaio 1973, non completò l'iter parlamentare. La dottrina criticò la dismisura della pena edittale prevista, equiparandola a quella dell'ergastolo; cfr., MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale, ult. op. cit.,* p. 487.

[708] Sen. DONALD RIZ, il progetto di riforma è consultabile in *Riv. it..dir. proc. pen„* 1995, p. 927.

[709] Cfr., F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, p. 258.

[710] Commissione GROSSO, *Per la riforma del codice penale, 1-10-1998, Relazione preliminare del 12-9-2000*, su www.giustizia.it.

[711] V. Commissione PISAPIA, *Per la riforma del codice penale del 27-7-2000, Proposta di articolato*, in www.giustizia.it.

ta, anche nel contrasto alla criminalità organizzata che va combattuta sul piano patrimoniale-economico.

L'ennesimo progetto incompiuto lascia il posto, nel 2013, alla nuova Commissione "Palazzo"[712]. Questa, pur concordando con i profili d'incostituzionalità evidenziati dalla Commissione Pisapia, fa' la scelta opposta. Scelta motivata dall'impraticabilità politica di proposta abolizionista, suggerisce di limitare l'ergastolo solo ai casi di concorso di più reati puniti tutti con la detenzione speciale, applicabile alle singole fattispecie ora punite con l'ergastolo, con un cornice edittale che va dai ventiquattro ai ventotto anni. Con la previsione che trascorsi trent'anni (comprensivi di eventuali periodi in semilibertà o liberazione condizionale) si estingue, salvo parere contrario del tribunale di sorveglianza che è chiamato a delle rivalutazioni annuali. Nel progetto è prevista la conversione delle condanne all'ergastolo in corso in quella di ventotto anni di detenzione speciale.

Riguardo all'"ergastolo ostativo", nell'immediatezza la Commissione ha previsto un intervento modificativo delle preclusioni automatiche *ex* art. 4-*bis* OP, lasciando al giudice della sorveglianza la possibilità di superare la condizione collaborativa attraverso altre rilevanze fattuali.

Anche questo progetto è rimasto inattuato per l'avvicendamento in sede governativa.

Attualmente (XVII legislatura) al parlamento sono presenti diverse proposte di legge abolizioniste: quelle di Gozi[713] e Barani[714] (dal nome dei parlamentari che le hanno proposte), che prevedono la sostituzione dell'ergastolo con una reclusione speciale da trenta a trentadue anni.

[712] Relazione allegata allo *Schema per la relazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, su www.penalecontemporaneo.it.
[713] Disegno legge presentato il 17 maggio 2013, C. 975, in www.parlamento17.openpolis.it.
[714] Disegno legge presentato il 22 maggio 2013, S. 697, in www.parlamento17.openpolis.it.

Quella di Speranza[715] che prevede trent'anni di reclusione. E di Marazziti[716] (sottoscritta da esponenti politici del PD, FI, SEL e Scelta Civica), che prevede la sostituzione dell'ergastolo con una pena fino a trentatrè anni di reclusione speciale.

4.6 Conclusioni parziali.

Progetti e proposte di legge abolizionisti che non sembrano trovare quella sensibilità politica necessaria per la traduzione in leggi. E non perché manchino le condizioni "storico-ambientali", tenuto conto che l'Italia è tra i paesi europei col minor tasso di violenza e di delitti per i quali è prevista la pena dell'ergastolo, ma per dei malintesi tornaconto politico-elettorali[717].

Quasi che abolendo la pena dell'ergastolo non vi possa essere più difesa sociale, dimentichi dell'esistenza della reclusione fino a trent'anni e dopo di questa di tutte le misure di sicurezza e misure di prevenzione che permettono di tenere sotto controllo "vita natural durante" qualunque soggetto che si sia reso responsabile di un crimine (e non) e in qualche modo possa ritenersi socialmente pericoloso.

---

[715] Disegno legge presentato l'8 agosto 2013, C. 1531, in www.parlamento17.openpolis.it.

[716] Disegno legge presentato il 9 agosto 2013, C. 1534, in www.parlamento17.openpolis.it.

[717] In questi termini, PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit.*, p. 39, nota 96: Nel Rapporto dell'Osservatorio Europeo sulla Sicurezza - Demos & Pi, *La grande incertezza, Rapporto sulla sicurezza e l'insicurezza sociale in Italia e in Europa*, 2014, 10 si legge che, in Italia, sebbene il senso di insicurezza sia fortemente dipendente da altri fattori, quali la crisi economica e l'instabilità politica, «la criminalità è ancora in testa nell'agenda dell'insicurezza: cambia però la narrazione delle notizie relative ai reati. Nell'evoluzione degli ultimi sette anni è possibile distinguere tre picchi di attenzione alla criminalità. Il primo, nel 2007-2008 corrisponde all'emergenza criminalità caratterizzata dal connubio criminalità-immigrazione. A cavallo del 2010-2011 troviamo il secondo picco, la passione criminale con la serializzazione dei casi criminali (dal caso Scazzi in poi). Dal secondo semestre 2012 abbiamo il terzo picco: la cronaca nera, ossia il ritorno alla classica pagina dedicata ai reati notiziabili per efferatezza, gravità o coinvolgimento di soggetti "importanti" (vip, minori, ecc.) senza un *plot* narrativo unificante come ad esempio è avvenuto nel corso del 2012 con gli omicidi di genere. All'interno di questa forma di presentazione sono i crimini violenti a dominare l'agenda dei reati, nonostante nel 2013 si sia registrato il tasso di omicidi più basso dall'Unità d'Italia. Molto meno rappresentati i reati ansiogeni e diffusi come furti e rapine, più presenti nell'informazione locale»; cfr., COLOMBO, *Sulle regole*, *cit.*, p. 134: sulla selezione delle notizie e la disinformazione per alimentare insicurezza.

CAPITOLO QUINTO
L'"ERGASTOLO OSTATIVO"
UNA "CREAZIONE GIURISPURDENZIALE"

Sommario: - 5 Premessa. - 5.1 "Ergastolo ostativo giurisprudenziale": origini ed evoluzione. - 5.2 La *ratio decidendi* delle SU del 30-06-1999, n.14, Ronga. - 5.2.1 Segue. Rassegna della giurisprudenza di merito dal 1999 al 2010. - 5.2.2 Segue. La giurisprudenza di legittimità. - 5.3 Il "mutamento giurisprudenziale": Cass. pen., 2007, Saraceno e SU n. 337/2009. - 5.4 Un criterio controverso. La reazione della giurisprudenza. - 5.4.1 Segue. La Corte di Cassazione Sez. I, del 4 giugno 2008 n. 25954, Amodei. - 5.4.2 Segue. La Corte di Cassazione Sez. I, del 9 giungo 2014 n. 31636, Parabita. - 5.5 Segue. Le perplessità del Tribunale di Sorveglianza di Venezia. - 5.6 Segue. Il caso concreto: "Conte" e "Lizzio", due casi identici trattati diversamente. - 5.7 Conclusioni parziali. - 5.8 Profili d'illegittimità: le presunzioni legali. - 5.9 Proposte di modifica *de iure condendo* relative all'ergastolo c.d. ostativo.

5. *Premessa*.

Restando in tema di „condanne a vita", appare utile chiarire che il termine "ergastolo ostativo" è un'espressione impropria, utilizzata volgarmente per definire un delitto per il quale è stata comminata la pena dell'ergastolo che dovrà essere espiata integralmente. In quanto, per effetto delle preclusioni stabilite dall'art. 4-bis.1 OP, fatte salve le ipotesi di collaborazione con la giustizia o sua impossibilità, è escluso dall'accesso ai c.d. benefici penitenziari, che ne mitigano l'afflittività o la perpetuità.

Più correttamente, infatti, si dovrebbe scrivere degli effetti che l'"art. 4-*bis*.1 OP provoca nell'"applicazione ai delitti puniti con la pena dell'"ergastolo.

In questo capitolo si cercherà di porre l'"attenzione in particolare sul momento in cui "nasce" la nuova fattispecie di "ergastolo ostativo giurisprudenziale". Poiché mentre per l'""ergastolo ostativo legale" il momento della sua introduzione nell'"ordinamento è facilmente individuabile nella data delle leggi che hanno introdotto e modificato l'"art. 4-*bis* OP (*infra*, § 2.8.2), nel 1992, lo stesso criterio non può essere utilizzato per l'""ergastolo ostativo giurisprudenziale" per il quale essendo, appunto, una "creazione giurisprudenziale" sarà necessario seguire l'"evoluzione della giurisprudenza in materia.

Giova anche precisare, per non scadere in equivoci, che per "creazione giurisprudenziale" non s'"intende equiparare l'"attività giurisdizionale del giudice italiano a quello dei sistemi di *common law*. Il giudice italiano, infatti, non „dichiara" il diritto né produce direttamente diritto, ma ciononostante, è un dato incontrovertibile, ed a volte anche di un secolare aspro confronto istituzionale[718], che indirettamente "crei" diritto attraverso l'"interpretazione (estensiva o restrittiva) di disposizioni legali esistenti o con la loro lettura combinata. Conseguentemente è un "fatto" che si assista alla "nascita" di nuove fattispecie semplici o complesse, non sempre restando nel legittimo e a volte necessario campo dell'"attività interpretativa del giudice.

[718] Cfr., L. A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, 1742. Nel 1726, aveva indirizzato a Carlo V una lunga lettera, nota come il *De codice carolino sive de novo legum codice istituendo*, con la quale si invitava il sovrano ad una semplificazione autoritaria del diritto. Tra le soluzioni indicate, per risolvere i casi controversi, vi era quella dell'"interpretazione ufficiale unica emanata da una Commissione di nomina regia. Soluzione criticata da, F. RAMPOLLA, *Difesa della giurisprudenza,*1744; altro segnale del "perenne conflitto" sono le consimili Commissioni istituite nella Francia rivoluzionaria nel vano scopo di impedire ai giudici di interpretare la legge.

D‟altronde la differenza tra disposizione legale e norma sta nell‟attività interpretativa a cui è sottoposta la prima nel momento applicativo della disposizione al caso concreto. Ed in tale attività il giudice può avvalersi di diversi principi di diritto espressi dall‟ordinamento per arricchire la disposizione legale.

Pertanto non sarebbe meno "rischioso" della produzione di diritto giurisprudenziale anglosassone, affrancare l‟attività giurisprudenziale del giudice italiano dai principi di certezza, prevedibilità del diritto o dal divieto di improvvisi mutamenti giurisprudenziali *in peius*. In particolare quando si rivelano di pregiudizio al cittadino.

L‟"ergastolo ostativo giurisprudenziale" è, appunto, il prodotto di tale attività interpretativa, derivante della lettura combinata dell‟art. 22 c.p. con la "nuova" interpretazione estensiva dell‟art. 4-*bis*.1 OP, adottata dal 2007 in poi per la versione "sostanziale". Mentre con la pronuncia "manipolativa"[719] n. 337/2009 delle Sezioni Unite (che ha esteso l‟applicabilità dell‟art. 7 DL 152/1991, ai delitti puniti con l‟ergastolo), si è pervenuti alla versione dell‟"ergastolo ostativo giurisprudenziale" "formale".

Pertanto si può concludere, che la nuova fattispecie dell‟"ergastolo ostativo giurisprudenziale" sia una "creazione giurisprudenziale" ottenuta attraverso una nuova ed imprevedibile interpretazione degli artt 4-*bis*.1 OP (dal 2007) e 7 DL 152/1991 (dal 2009). Resa possibile dalla "lacunosità" della prima disposizione e da un "forzatura" della seconda.

[719] Termine proprio ed esclusivo delle pronunce riservate alla Corte costituzionale, che in questo caso si adopera per evidenziare la modificazione della disposizione realizzata previo intervento della Corte di Cassazione.

5.1 "Ergastolo ostativo giurisprudenziale": origini ed evoluzione.

Si è già anticipato (*supra*, §§ 2.8.5; 2.8.6; 2.11.1; 2.12) come l'"istituto dell'"ergastolo (22 c.p.) nella fase dell'"esecuzione sia declinato in diverse fattispecie per effetto della lettura combinata con l'"art. 4-*bis* OP ("ergastolo ostativo legale"), e di una successiva interpretazione „estensiva" sia dell'"art. 4-*bis* OP ("ergastolo ostativo giurisprudenziale" "sostanziale") che dell'"art. 7 L. 203/1991 ("ergastolo ostativo giurisprudenziale" "formale").

Pare opportuno dunque riassumere, brevemente, quanto scritto sul punto.

Nel 1991 viene introdotto nell'"ordinamento penitenziario l'"art. 4-*bis* OP che stabilisce delle maggiorazioni alle soglie di pena da espiare per l'"accesso alle misure extramurarie per una serie di delitti, divisi in due „fasce". Per quelli indicati nella „prima fascia" diventa necessaria la dimostrazione dell'"assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva; per i delitti di „seconda fascia" (in cui è presente anche il delitto di omicidio) è sufficiente che non vi siano collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

Nel 1992 l'"art. 4-*bis*.1 OP subisce una modifica peggiorativa, con l'"introduzione della condizione collaborativa *ex* art. 58-*ter* OP, che determina un divieto di accesso alle misure extramurarie, solo per i delitti di „prima fascia".

Per l'"individuazione dei delitti sia di „prima fascia" sia di „seconda fascia" fin dal primo momento è utilizzato il "criterio formale", nel senso che erano ritenuti tali solo i delitti ivi nominalmente indicati e quelli ai quali era formalmente contestata e riconosciuta dal giudice di cognizione l'"aggravante dell'"art. 7 L. 203/1991.

In questo momento (1992) non esiste la figura dell'"ergastolo ostativo giurisprudenziale", poiché i delitti che comportano tale pena (omicidio) sono collocati nella „seconda fascia" e l'art. 7 L. 203/91 *ex lege*, non è contestabile ai delitti *punibili* con la pena dell'ergastolo.

L'unico "ergastolo ostativo" esistente è quello "legale" (630 c.p.), fattispecie criminosa indicata tra i delitti di „prima fascia".

Si è già scritto (*infra*, § 2.8.5) che la giurisprudenza di merito ha utilizzato il criterio formale fin dall'introduzione della disposizione, anche in ossequio all'indicazione espressa nella *Relazione* introduttiva in occasione della conversione del decreto-legge 152/1991, che per l'individuazione dei delitti di „prima fascia" *ex* art. 4-*bis*.1 OP rinviava all'art. 7 DL 152/1991 (*infra*, § 2.8.5), oltre che per rispetto ai principi generali di diritto (tassatività e determinatezza).

Cosicché in caso di cumuli materiali o giuridici tra pene temporanee per delitti ostativi e pena dell'ergastolo (per omicidio), si procedeva allo scorporo della pena ostativa (se espiata) e si ammetteva ai benefici penitenziari per la pena dell'ergastolo.

Di tutta evidenza come la configurazione dell'"ergastolo ostativo giurisprudenziale" prima del 2008 non fosse prevedibile, essendo il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale successiva.

5.2 La ratio decidendi *delle SU del 30 giugno 1999, Ronga.*

Nel 1999 le Sezioni Unite della Cassazione si trovano a dirimere un contrasto tra orientamenti diversi in relazione all'individuazione dei delitti "ostativi" per i quali doveva richiedersi la collaborazione.

Nel caso in discussione, era stata ritenuta la continuazione tra gli artt. 73-80.2 e 74 DPR 309/1990 (il primo delitto di „seconda fascia" non

ostativo, il secondo delitto di „prima fascia" quindi ostativo ai benefici penitenziari in assenza di collaborazione).

Il primo orientamento sosteneva l'"estensione della condizione collaborativa anche ai „delitti finalisticamente collegati" con quelli formalmente ostativi, con conseguente inscindibilità.

Il secondo orientamento, invece, riteneva l'"inestensibilità, e dunque la scindibilità delle pene inflitte per delitti unificati attraverso la continuazione dei reati (81 c.p.).

Senza ritornare sulle ragioni già trattate di tale decisione (v. *supra*, § 2.8.6), è sufficiente rilevare l'"accoglimento del secondo orientamento. Quest'"ultimo stabilisce la scindibilità delle pene comminate per delitti finalisticamente collegati con i delitti ostativi, per l'"accesso ai benefici penitenziari e l'"inestensibilità della collaborazione.

Come già scritto la *ratio decidendi* relativa alla scindibilità delle pene stabilite per delitti ostativi concorrenti con altri non ostativi, che in qualche modo risultavano di pregiudizio al condannato, è stata utilizzata dalla giurisprudenza di merito come principio di diritto applicabile *erga omnes*, nel rispetto della funzione nomofilattica assegnata alle Sezioni Unite.

Principio che è stato regolarmente applicato dalla giurisprudenza di merito, anche in presenza della pena all'"ergastolo per l'"ammissione ai benefici penitenziari e altro (es. revoca del regime *ex* art. 41-*bis* OP). A conferma che si tratta(va) di un principio generalmente accettato.

Nel 1999 l'"'ergastolo ostativo giurisprudenziale" non esiste.

5.2.1 Segue. Rassegna della giurisprudenza di merito dal 1999 al 2010.

L"adozione del criterio formale per l"individuazione dei delitti ostativi di „prima fascia" e la scindibilità anche dei cumuli giuridici in caso di concorso di reati alcuni ostativi con quello per cui era stato inflitto l"ergastolo è (era) una realtà giuridica radicata, non solo nella magistratura di sorveglianza, ma anche in quella penale.

In tal senso si esprimono le decisioni dei GIP-Lucca, n. 13/2000 Es., del 26 gennaio 2001, Musumeci; TDS L"Aquila, n. 11/03 RGT, 11 febbraio 2003, Furnari; TDS Perugia, n. 600/03, 15 aprile 2003, Mariano; UDS L"Aquila, 740/10 SIUS, 17 dicembre 2010, R.S.G.; UDS L"Aquila, n. 38/01 Recl., del 12 giugno 2001, Piacente; TDS Catanzaro, ord. n. 2008/977 RG SIUS del 27 novembre 2008, Conte [720].

Alcune ordinanze risultano oltremodo esplicite dei principi vigenti in quegli anni, come quella pronunciata dal tribunale di sorveglianza di Perugia (Mariano), in materia di revoca del regime *ex* art. 41-*bis* OP, ad un condannato all"ergastolo per un delitto omicidiario ritenuto in continuazione con l"art. 416-*bis* c.p.:

il reclamante ha dunque interamente espiato la condanna inflittagli per l"unico dei reati di cui all"art. 4-*bis*, 1° comma, 1° periodo, O.P. che soli consentono l"applicazione del regime detentivo differenziato *ex* art. 41bis O.P. (è qui appena il caso di evidenziare che gli altri reati per i quali è intervenuta la predetta condanna in data 12.7.1996 non risultano essere stati contestati al reclamante con l"aggravante di cui all"art. 7 L. 203/91). Quanto all"ammissibilità dello „scioglimento" del cumulo (ovvero, come nel caso di specie, dello „scioglimento" delle pene unificate *ex* art. 81 c.p.), al fine di imputare la pena espiata ai reati *ex* art. 4-*bis* (1° comma, 1° periodo) O.P., ritiene questo Tribunale di Sorveglianza di aderire alla tesi della scindibilità

[720] Per consultare le ordinanze citate, 4bis OP- Giurisprudenza (clicca sopra).

delle pene cumulate (od eventualmente delle pene unificate sotto il vincolo della continuazione) tutte le volte in cui siffatta scindibilità si risolva, come nel caso di specie, in un vantaggio per il condannato, alla luce delle argomentazioni tutte, che qui si fanno proprie, svolte dalle sezioni unite della Suprema Corte nella sentenza 30.6.1999 ric. Ronga[721].

Di tutta evidenza che nel 2003 nel circondario giudiziario di Perugia l'"'ergastolo ostativo giurisprudenziale" non esiste.

Al fine di evidenziare il mutamento giurisprudenziale che intercorre nel tempo, si registra come, per lo stesso delitto, allo stesso condannato (Mariano), nel 2015 il tribunale di sorveglianza di Catanzaro dichiarerà l'"ostatività ai benefici penitenziari, della pena dell'"ergastolo in espiazione[722].

Nello stesso senso procede il tribunale di sorveglianza di L'"Aquila nel 2003, come dichiarato nell'"ordinanza di revoca del regime *ex* art. 41-*bis* OP, n. 11/03 RGT dell'"11 febbraio 2003, Furnari, revocando, appunto, il regime speciale sull'"assunto che il reato associativo risulta espiato e il delitto di omicidio non è gravato dall'"art. 7 L. 203/1991, ritenendolo pertanto escluso dal novero dei delitti di „prima fascia" *ex* art. 4-*bis*.1 OP.

Allo stesso modo esauriente è la decisione, del giudice penale, il GIP del Tribunale di Lucca nel 2001, in qualità del giudice dell'"Esecuzione, chiamato a rimuovere (sempre per un ergastolano) l'"ostatività per l'"accesso ai benefici penitenziari,:

Letti gli atti e vista l'"istanza presentata da Musumeci Carmelo con la quale si chiede dichiararsi espiata la pena di anni dieci di reclusione, applicata al predetto in

[721] 4bis OP- Giurisprudenza, TDS PG, ord. n. 600/03, 15 aprile 2003, Mariano, p. 3
[722] 4bis OP- Giurisprudenza, TDS – Catanzaro n. 2014/2508 del 14 maggio 2015 Mariano.

regime di continuazione e commutata nella pena di mesi 18 di isolamento diurno al fine di rimuovere, sotto il profilo del trattamento penitenziario, gli effetti derivanti dall‟art. 4-*bis* OP:

rilevato che con ordinanza di questo ufficio del 28.6.1999 veniva ritenuta la continuazione tra reati oggetto delle sentenze […];

rilevato che nella pena così determinata è ricompresa parte la parte di pena riferibile al reato 416-*bis* di cui alla sentenza di condanna della Corte d‟Assise d‟Appello di Firenze del 3.7.1996;

rilevato che la decorrenza della pena fissata dal pubblico ministero a partire dal 21-10.1991 con scadenza mai;

rilevato pertanto che la pena per il reato di cui all‟art. 416-*bis* c.p. è da ritenersi espiata, conformemente al principio secondo cui, nel caso di cumulo di pene inflitte per reati diversi, taluno dei quali ostativo (com‟è il reato di cui all‟art. 416-*bis* c.p.), ai sensi dell‟art. 4-*bis* L. 26.7.1975 n. 354, all‟applicazione dei benefici stessi, la pena inflitta per il reato ostativo (v. SU, 30.6 – 5.10.1999)[723].

Si evidenzia come, il delitto punito con l‟ergastolo, anche se in continuazione con l‟art. 416-*bis* c.p., non sia ritenuto ostativo nel 2001. Mentre sarà ritenuto tale dal giudice della sorveglianza di Padova il 14 ottobre 2014 ord. n. 8760/2012 Sius, n. 6037/2014 Perm.; e precedentemente dal TDS di Perugia con decisione del 25 novembre 2010.

Da annotare come il TDS di Perugia nel 2010 abbia mutato orientamento rispetto al caso "Mariano" deciso nel 2003.

Ai fini della ricostruzione, si deve rilevare che nel 2001 nella circoscrizione giudiziaria di Lucca l‟"ergastolo ostativo giurisprudenziale" non esiste.

[723] 4bis OP- Giurisprudenza, GIP di Lucca, n. 13/2000 Esecuz. del 26 gennaio 2001, Musumeci.

Indirizzata alla rimozione dell"ostatività per l"accesso ai benefici penitenziari volge anche la decisione del giudice della sorveglianza di L"Aquila del 2001:

Visto il reclamo avanzato ai sensi dell"art. 35 OP da Piacente Giovanni […] di poter fruire di 6 colloqui e 4 telefonate mensili;

rilevato che il Piacente è in espiazione della pena dell"ergastolo con isolamento diurno per anni 1, inflittagli dalla Corte di Assise di Appello di Catania con sentenza dell"8/4/97, in quanto riconosciuto colpevole dei reati previsti dagli artt. A) 110, 575, 577 c.p.; B) 56, 110, 575 c.p.; C) 10, 12, 14, L. 497/74; D) 110, 648 c.p.; E) 416-*bis* c.p., riuniti sotto il vincolo della continuazione;

considerato che, come riconosciuto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (v. sent. 30/6/99 n. 14), nel corso dell"esecuzione il cumulo delle pene inflitte per il reato continuato può essere sciolto onde permettere la fruizione di benefici penitenziari al condannato che abbia già espiato la pena irrogatagli per il reato ostativo;

rilevato che la corte d"Assise di Catania, con ordinanza depositata il 26/7/00, prodotta in copia dal Piacente, ha determinato la pena irrogata al medesimo per ciascuno dei suddetti reati, stabilendo in particolare per il reato di cui all"art. 416-*bis* c.p. la pena di mesi 4 di isolamento diurno;

considerato che il reclamante risulta avere già espiato la predetta pena, così come comunicato dalla Casa di reclusione di Sulmona, per cui, avendo egli già espiato la pena prevista per il reato ostativo alla concessione di benefici penitenziari (art. 416-*bis*), non sono operanti nei suoi confronti le limitazioni previste dagli artt. 37 e 39 DPR per le telefonate ed i colloqui[724].

Si riconferma nel circondario giudiziario di L"Aquila, nel 2001, l"inesistenza dell"'"ergastolo ostativo giurisprudenziale".

Ed ancora, in materia di misure extramurarie, si osserva come il tribunale di sorveglianza di Catanzaro, ammette l"istanza di permesso premio,

[724] Cfr., 4bis OP- Giurisprudenza, UDS L"Aquila, n. 38/01 Recl., del 12 giugno 2001, Piacente.

ma la rigetta, riservandosi di concederla decorso il tempo necessario per vedere confermati «i risultati raggiunti in chiave personologica del Conte»[725].

Si evidenzia come anche in questo caso non si dichiari l'ostatività in relazione al delitto punito con la pena dell'ergastolo, mentre sarà ritenuto ostativo nel 2013 dallo stesso tribunale di sorveglianza di Catanzaro che, nel frattempo, ha mutato orientamento.

Si può, dunque, affermare che nel 2008, nel circondario giudiziario di Catanzaro, non esisteva l'"ergastolo ostativo".

Significativa è l'ordinanza dell'Ufficio di Sorveglianza di L'Aquila[726] del 2010, R.G.S., per la dimostrazione di come ancora nel 2010, appunto, la *ratio decidendi* delle SU n. 14/1999 venisse applicata ai condannati per delitti precedenti al mutamento giurisprudenziale peggiorativo che inizia a farsi strada dal 2007-9.

Nell'occasione l'UDS di L'Aquila, in presenza di concorso di reati per associazione mafiosa finalisticamente collegata con un delitto di omicidio punito con la pena dell'ergastolo, nel solco interpretativo esposto, procede allo scorporo della pena per il primo reato ostativo, e concede il beneficio al condannato per quello relativo alla pena dell'ergastolo.

Alla conclusione di questa rassegna panoramica sull'uniforme orientamento giurisprudenziale presente in vari tribunali d'Italia, si rileva che nel 2010 mentre in quel di L'Aquila l'"ergastolo ostativo giurispruden-

[725] Cfr., 4bis OP- Giurisprudenza, TDS Catanzaro, n. 2008/977 RG SIUS del 27 novembre 2008, Conte.

[726] Cfr., 4bis OP- Giurisprudenza, UDS L'Aquila, n. 740/2010 SIUS, 17 dicembre 2010, R.S.G.

ziale" ancora non esiste, nel tribunale di sorveglianza di Perugia ha già fatto la sua comparsa.

Ma neanche L"Aquila resterà un""isola felice" per molto tempo, poiché come si rileverà nel 2012, il tribunale si è uniformato al nuovo orientamento peggiorativo, tanto che un condannato sarà prima ammesso alla semilibertà (2010) e poi escluso (2013), per "sopravvenuta ostatività" del delitto, ma ricorrerà vittoriosamente in Cassazione (*infra,* § 5.4.2, caso Parabita).

5.2.2 Segue. La giurisprudenza di legittimità.

A conferma dell"orientamento della giurisprudenza di merito fin qui esaminata, una luce, anche se di riflesso, promana dalla Suprema Corte di Cassazione che in diverse pronunce censura l"operato di quei giudici che in presenza della pena dell"ergastolo e reato ostativo non procedono allo scorporo per l"ammissione ai benefici penitenziari.

In tal senso si pronuncia la Suprema Corte di Cassazione pen. sez. I, dell"11 febbraio 2000 n. 990, Fusaro, stabilendo che:

> ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, deve sempre procedersi allo scioglimento sia del cumulo, materiale o giuridico, delle pene detentive temporanee della stessa specie sia, nello stesso modo, allo scioglimento del cumulo della pena o delle pene perpetue e delle pene detentive temporanee.

In altra pronuncia, sempre la Cassazione pen. sez. I, del 12 luglio 2006 n. 28662, Santangelo, annulla con rinvio la dichiarazione d"inammissibilità di un permesso premio del tribunale di sorveglianza di Caltanissetta che aveva ritenuto il ricorrente in espiazione di delitti ostativi (e che la pericolosità sociale e di fuga connesse all"entità della pena dell"ergastolo non consentivano la concessione del beneficio), senza tut-

tavia verificare se le pene relative ai reati ritenuti ostativi, fossero state espiate come sosteneva il richiedente.

Nella specie il tribunale, dopo aver dato atto che il condannato aveva dedotto che aveva scontato le pene riferibili a reati ostativi *ex* art. 4-*bis* OP, ha omesso qualsiasi accertamento in proposito (p. 2 ord., cit.).

La Suprema Corte annulla l‟ordinanza e invita il tribunale a procedere allo scorporo laddove ne sussistano i presupposti, nel solco tracciato dalla giurisprudenza in materia, sottolineando come l‟entità della pena non abbia alcuna valenza per negare il beneficio.

Lo specchio offerto, da questa breve rassegna, dalle pronunce della Corte di Cassazione è significativo poiché riflette l‟orientamento relativo alla scindibilità dei delitti ostativi da quello punito con l‟ergastolo anche se finalisticamente collegati (che non avrebbe senso con il criterio sostanziale) e l‟individuazione dei delitti *ex* art. 4-*bis*.1 OP attraverso il criterio formale, negli anni 2000-2006.

5.3 Il mutamento giurisprudenziale in peius*: Cass. pen., 2007, Saraceno e SU n. 337/2009.*

Si è dato conto della *querelle* giurisprudenziale e dottrinale scaturita intorno al riconoscimento in capo al giudice della sorveglianza di riqualificare giuridicamente il fatto reato attraverso la lettura della motivazione della sentenza, per determinare se il delitto sia ostativo anche in assenza di formale contestazione dell‟art. 7 L. 203/1991 (*infra*, § 2.8.5).

E si è scritto anche come in tal modo si sia "creato" l‟"ergastolo ostativo giurisprudenziale" "sostanziale", individuando il delitto ostativo con

l"adozione del criterio sostanziale, in contrapposizione al criterio formale legittimato e adottato precedentemente (*infra*, §§ 5.2.1; 5.2.2).

Tale nuovo orientamento è stato giustificato con la possibilità concessa dalla "formula aperta" presente nell"art. 4-*bis*.1 OP, che ivi include tutti i delitti "commessi avvalendosi del o col metodo mafioso", prima utilizzata per attrarre solo quei delitti gravati dall"art. 7 L. 203/1991.

L"adozione del criterio sostanziale riceve un primo significativo e continuativo avallo dalla Cassazione a partire dal 2007[727], come si legge nella sentenza della Corte di Cassazione Sez. I, 9 maggio 2014, Parabita.

È legittimo il diniego di concessione di permesso premio al condannato per reato commesso per motivi di mafia che il tribunale di sorveglianza abbia verificato attraverso l"esame del contenuto della sentenza, a nulla rilevando la circostanza che nel giudizio non sia stata contestata l"aggravante prevista *ex* art. 7 DL 152/91 conv. L. 203/91 (Cass. pen. sez. I, 2010 n. 4091, Dragone).

È opportuno ricordare che tale operazione ermeneutica, si è resa necessaria per attrarre quei delitti, come l"omicidio, collocati nella „seconda fascia" del comma 1 dell"art. 4-*bis* OP (ora comma 1-*ter*), che sfuggivano ai rigori di tale disciplina. Poiché ai delitti citati non era possibile contestare l"aggravante *ex* art. 7 L. 203/1991, in quanto, punibili con la pena dell"ergastolo e pertanto esclusi *ex lege*.

Sensibili al tema dell"inapplicabilità dell"art. 7 L. 203/1991 ai delitti punibili con l"ergastolo e consapevoli del terreno controverso sul quale si stava sviluppando l"orientamento del criterio sostanziale per l"attrazione nell"art. 4-*bis*.1 OP di delitti altrimenti esclusi, le Sezioni Unite sono in-

[727] Cass. pen. sez. I, dell"11 luglio 2007, Saraceno; Cass. pen. sez. I, del 9 aprile 2008, Sanfilippo; Cass. pen. sez. I, del 7 gennaio 2010 – dep. 1 febbraio 2010 n. 4091, Dragone, Rv. 246053.

tervenute con l‟arresto n. 337/2009, estendendo l‟applicabilità di tale aggravante anche ai delitti punibili con l‟ergastolo (per un‟ampia trattazione v. *infra*, § 2.11.1).

A seguito di tale pronuncia alcuni giudici di sorveglianza hanno applicato retroattivamente tale decisione (senza attendere i casi di applicazione in giudizio della nuova interpretazione), ritenendo quasi di poter dare efficacia "ultrattiva" a norme prima inesistenti, ossia anche ai casi in cui tale aggravante era stata inizialmente contestata e che il giudice di cognizione proprio per ragioni di diritto aveva escluso (v. UDS-CZ, 2013, Conte; TDS-Venezia, 2014, Lizzio).

Con l‟arresto n. 337/2009 nasce l‟"ergastolo ostativo giurisprudenziale" "formale", poiché con la nuova possibilità di contestare l‟aggravante ai delitti punibili con la pena dell‟ergastolo, l‟individuazione dei delitti *ex* art. 4-*bis*.1 OP può avvenire attraverso il canonico criterio formale.

Il 2007-2009 si caratterizza come il „momento" in cui le nuove fattispecie di "ergastolo ostativo giurisprudenziale" (versione sostanziale e formale) entrano a far parte dell‟ordinamento giuridico.

In tal modo, delitti appartenenti alla „seconda fascia" (omicidio *ex* art. 575 c.p.) sono ritenuti delitti di „prima fascia" *ex* art.4-*bis*.1 OP.

Le due versioni, "formale" e "sostanziale", elaborate dalla giurisprudenza per attrarre i delitti puniti con l‟ergastolo tra i reati ostativi, risultano entrambe utili poiché il giudice laddove non può utilizzare il primo criterio può avvalersi del secondo "sostanziale", più "flessibile".

5.4 Un criterio controverso. La reazione della giurisprudenza.

L‟attribuzione al giudice della sorveglianza del potere di riqualificare giuridicamente il fatto reato, in assenza di contestazione e riconoscimento dell‟aggravante dell‟art. 7 L. 203/1991, non è ammesso pacificamente.

Anzi, le maggiori riserve arrivano dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

5.4.1 Segue. La Corte di Cassazione Sez. I, 4 giugno 2008, Amodei.

La Suprema Corte di Cassazione[728], in occasione di un ricorso avente oggetto l"applicazione della legge sull"indulto (L. 241/2006) ha censurato il giudice dell"esecuzione per il tendenziale superamento della necessaria individuazione formale dei reati mettendo in guardia dalla:

> visione sostanzialistica del reato dai nebulosi – e dunque rischiosi – (principi) tracciati e rileva che la continuazione non costituisce veicolo giuridico di trasmissione delle circostanze aggravanti non contestate; né è certamente consentito al giudice della esecuzione superare il dato formale delle aggravanti non contestate e, comunque, non ritenute dal giudice della condanna; infatti se sul piano processuale deve escludersi l"ammissibilità di "criptoimputazioni" (posto che la contestazione di una aggravante costituisce espressione del "potere d"azione"), correlata si palesa sul piano del diritto sostanziale l"esclusione della possibilità di "aggravanti tacite", silenti e inerti al momento del giudizio e, tuttavia, rilevanti ed efficaci nella fase dell"esecuzione; certamente non è indispensabile che il Pubblico ministero – beninteso contestando elementi di fatto che integrano una aggravante – la enunci espressamente con i riferimenti normativi relativi; ma è pur sempre necessario che il giudice della cognizione, riquafilicando l"imputazione, la ritenga, l"affermi espressamente e formalmente; […] non può che richiamare una contestazione formale dell"aggravante, in quanto diversa interpretazione "scardinerebbe" due principi del sistema processuale, quello dell"azione penale e quello della netta distinzione di competenze funzionali tra il giudice della cognizione e il giudice della esecuzione.

In tal senso si è pronunciata la Corte, accogliendo il ricorso avverso la decisione del giudice *a quo* che, nel riconoscimento dell"unicità del dise-

[728] Cass. pen. sez. I, del 4 giugno 2008, Amodei, *citata*.

gno criminoso col delitto associativo e la commissione dei reati nell‟ambito relativo, ergo "avvalendosi delle condizioni previste dall‟art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l‟attività delle associazione di tipo mafioso" aveva desunto l‟ostatività di tutti i reati, rigettando la richiesta di applicazione dell‟indulto.

Il giudice dell‟esecuzione – a dispetto di un‟interpretazione meramente formalistica – aveva ritenuto la ricorrenza dell‟aggravante prevista *ex* art.7 L. 203/1991, anche in assenza di una formale contestazione e pertanto, non aveva applicato l‟indulto, in quanto la legge esclude dal beneficio il delitto associativo e tutti i reati per i quali ricorre l‟anzidetta aggravante a effetto speciale.

Ma sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione, precisando:

Per i limiti intrinseci e strutturali che connotano la fase della esecuzione alla luce del principio della intangibilità del giudicato, l‟attività interpretativa del giudice resta, però, rigorosamente circoscritta entro i confini invalicabili del "fatto contestato nell‟imputazione e accertato in sentenza", restando preclusa la possibilità di valutare e qualificare i fatti in "modo difforme da quanto ritenuto dal giudice di merito" (Cass. pen. sez. I, 11 gennaio 1990 n. 3001, Coccone; Sez. VI, 28 giugno 1994 n. 3106, Stivala) atteso che tanto comporterebbe la (non consentita) rideterminazione della *res judicata*: Cass. pen. sez.I, 31 gennaio 2006 n. 6362, Zungri (Cass., 2008, Amodei, *cit*.).

I principi suespressi dalla Corte hanno una valenza generale, tanto che sono stati condivisi e richiamati in successive decisioni.

5.4.2 Segue. La Corte di Cassazione Sez. I, 9 maggio 2014, Parabita.

Mutatis mutandis i limiti posti al giudice dell‟esecuzione nella precedente pronuncia, sono stati ritenuti operanti anche nei confronti del giu-

dice della sorveglianza, con riferimento all"adozione del criterio sostanziale, in materia di benefici penitenziari. In tal senso si è espressa la Suprema Corte di Cassazione il 9 maggio 2014, Parabita[729] che richiama testualmente la precedente sentenza del 2008, Amodei, e successive[730]:

Questa Corte ha ripetutamente affermato che in materia di applicazione dell"indulto, di cui alla legge 31 aprile 2006, n. 241, il divieto di concessione del beneficio in ordine ai reati aggravati dalla circostanza prevista dall"art. 7 DL 13 maggio 1991, n. 152, non può estendersi agli altri reati concorrenti per i quali la medesima aggravante non sia stata formalmente contestata, ritenendone l"esistenza sulla base di una interpretazione contenutistica della sentenza (Sez. 1, n. 40394 del 24/09/2013, Russo, Rv. 257603; Sez. 1, n. 25954 del 04/06/2008 – dep. 27/06/2008, Amodei, Rv. 24469).

In tali decisioni si osserva che non è certo in discussione "il potere – dovere del giudice della esecuzione di interpretare il giudicato e rendere espliciti il contenuto e i limiti, individuando, attraverso l"esame della sentenza irrevocabile, tutti gli elementi cognitivi idonei a consentire la definizione di questioni poste *in executivis* (v. da ultimo: Cass. Sez. 1, 21 gennaio 2005, n. 11512, Spinelli, massima n. 231267); ma si aggiungeva che, per i limiti intinseci e strutturali che connotano la fase dell"esecuzione alla luce del principio della intangibilità del giudicato, la attività interpretativa del giudice resta rigorosamente circoscritta entro i confini invalicabili del "fatto contestato nell"imputazione e accertato nella sentenza", siccome giuridicamente qualificato nella pronuncia passata in giudicato (Cass. Sez. 1, 17 febbraio 2005, n. 13404, Spadola, n. 231260), restano preclusa la possibilità di valutare e qualificare i "fatti in modo difforme da quanto ritenuto dal giudice del merito" (Cass. Sez. 1, dell"11 gennaio 1990 (ud. 22 novembre 1989), n. 3001, Coccone, massima n. Rv. 182969; Sez. 6, 28 giugno 1994, n. 3106, Stivala, massima n. 199149) atteso che tanto comporterebbe la (non consentita) rideterminazione della *res judicata* (Cass. Sez. 1, 31 gennaio 2006, n. 6362, Zungri, n. 233442).

[729] Cass. pen. sez. I, del 9 maggio 2014, Parabita, cit., (clicca sopra).
[730] Cass. pen. sez. I, del 24 settembre 2013 n. 40394, Russo, Rv. 257603; Cass. pen. sez. I, del 4 giugno 2008, Amodei, *cit*.

Tali principi generali non possono non valere anche per il caso di specie: il Tribunale di Sorveglianza non poteva, cioè, rivalutare la sentenza di condanna emessa dal giudice della cognizione ritenendo *sostanzialmente* esistente quell‟aggravante che non era stata contestata; in effetti si tratterebbe di una rideterminazione della *res judicata*: se ricorrevano quei presupposti, il PM avrebbe dovuto contestare l‟aggravante di cui all‟art. 7 cit. e il giudice avrebbe dovuto riconoscere la sussistenza.

L‟ordinanza deve, quindi, essere annullata con rinvio per un nuovo esame al tribunale di Sorveglianza dell‟Aquila che si atterrà al principio di diritto in base al quale la norma dell‟art. 4-*bis* ord. pen. non trova applicazione per i detenuti per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall‟art. 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l‟attività delle associazioni in esso previste, consumati dopo l‟entrata in vigore del d.l. 152 del 1991, se nel giudizio di cognizione non è stata contestata contestata l‟aggravante di cui all‟art. 7 d.l. cit. e in riferimento a detta aggravante non è intervenuta condanna (Cass., 2014, Parabita).

La Suprema Corte censura il nuovo criterio sostanziale utilizzato dal giudice della sorveglianza per l‟individuazione dei delitti *ex* art. 4-*bis*.1 OP.

Una censura a metà, valida solo per i delitti successivi all‟entrata in vigore dell‟art. 7 DL 152/1991 che lascia qualche perplessità, per due ragioni. La prima per la limitazione solo ai delitti successivi alla L. 203/91 sull‟assunto di (un‟erronea) "deduzione" fondata sul mancato espresso rinvio all‟art. 7 L. 203/1991 da parte del legislatore, nella costruzione dell‟art. 4-*bis*.1 OP, nell‟intento (si sostiene) di ricomprendere nell‟art. 4-*bis* OP anche i delitti precedenti all‟entrata in vigore della legge 203/1991. Tale impostazione è sostenuta dal tribunale di sorveglianza che "deduce" tale volontà legislativa senza però indicare alcuna fonte. La Cassazione in un certo modo fa‟ propria tale "ricostruzione" che si sostiene nell‟ordinanza impugnata.

In senso contrario, invece, milita la *Relazione* introduttiva alla legge di conversione del decreto-legge che indica espressamente il nuovo art. 7 cit. per l"individuazione dei delitti *ex* art. 4-*bis* OP (v. *infra*, § 2.8.5), nello stesso senso si schiera parte della dottrina (*infra*, § 2.7)[731].

La risposta probabilmente è da ricercare in una „lacuna" legislativa, com"è avvenuto per i delitti punibili con l"ergastolo.

Infatti, l"altra perplessità sulla "censura a metà" pronunciata dalla Cassazione è di carattere sistematico, poiché essendo il ricorrente condannato per un delitto „punibile" con l"ergastolo (anche se poi è stata inflitta una pena temporanea) tale aggravante non poteva essere contestata né riconosciuta dal giudice, in quanto all"epoca del giudizio era esclusa *ex lege*.

Sempre ai fini di questo studio, dall"analisi della sentenza "Parabita" rilevano due dati: il primo è che il TDS di l"Aquila con l"ordinanza del 13 novembre 2012 dichiara l"inammissibilità al beneficio, poi oggetto di ricorso alla Cassazione. Dunque si ha un mutamento giurisprudenziale, per il quale è ritenuto ostativo il delitto omicidiario anche in assenza di contestazione dell"art. 7 L. 203/91 (rispetto al diverso orientamento espresso dal 2001 al 2010, v. *infra*, § 5.2.1); il secondo dato, invece, riguarda la censura (a metà) del nuovo criterio sostanziale, che in diritto resta un punto controverso.

5.5 Segue. Le perplessità del Tribunale di Sorveglianza di Venezia.

Anche la giurisprudenza di merito mostra le sue perplessità in relazione alla possibilità di riqualificare giuridicamente il fatto reato da parte del giudice della sorveglianza.

[731] Cfr., Pulvirenti, *Codice penitenziario commentato, cit.,* p. 27.

Il tribunale di sorveglianza di Venezia[732] nel 2014 veniva chiamato a decidere su un reclamo presentato da un detenuto (Lizzio) avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza che il 3 ottobre 2013 dichiarava l"inammissibilità al permesso premio ritenendo i delitti in espiazione tutti ostativi, incluso quello di omicidio per cui era stata inflitta la pena dell"ergastolo, anche se era stato escluso dal giudice di cognizione l"aggravante *ex* art. 7 L. 203/1991, per ragioni di diritto.

Il reclamante sosteneva che il 6 luglio 2012 altro magistrato di sorveglianza aveva già ritenuto l"ammissibilità (rigettando nel merito) del permesso premio. Tale magistrato aveva ritenuto ostativi i delitti per i quali erano state inflitte ed espiate solo le pene temporanee, mentre per l"omicidio aveva preso atto dell"esclusione del giudice di cognizione dell"art. 7 L. 203/1991, e pertanto non era stato ritenuto un delitto ostativo *ex* art. 4-*bis*.1 OP. Il reclamante sosteneva inoltre che sul punto si era formato un giudicato interno.

Il tribunale accoglie il reclamo, ritenendo che effettivamente si fosse formato un giudicato interno e la questione non poteva più essere valutata.

Ma quello che interessa ai fini della presente trattazione, sono le perplessità del tribunale, sulla possibilità che il giudice di sorveglianza potesse operare una riconfigurazione giuridica del fatto reato, in assenza dell"aggravante *ex* art. 7 L. 203/1991 escluso dal giudice di cognizione, scrive, infatti, il Tribunale:

Anche prescindendo dalla possibilità per il magistrato di sorveglianza di valutare in concreto la finalità mafiosa nel caso di reato di omicidio per il quale l"aggravante *ex* art. 7 L. 203/91 non può essere contestata per espresso divieto normativo, tuttavia si deve rilevare come in punto di ammissibilità si fosse ormai formato, nell"ambito

[732] Cfr., TDS Venezia, n. 2013/3175 SIUS del 15 aprile 2014, Lizzio.

del medesimo procedimento di sorveglianza (concessione di un permesso premio *ex* art. 30-*ter* op), un "giudicato" c.d. "interno" (TDS-VN, 2014, Lizzio).

Si rinnovano dunque i dubbi in ordine all"adozione del nuovo criterio sostanziale (2008, Amodei; 2014, Parabita; 2014, Lizzio) sulla riconfigurazione giuridica del fatto reato ad opera del giudice della sorveglianza. Ma ciò non vuol dire che il nuovo orientamento non abbia trovato applicazione in altri casi.

5.6 Segue. Il caso concreto: "Conte" e "Lizzio", due casi identici trattati diversamente.

Nell"ambito della questione relativa alla natura "giurisprudenziale" dell""ergastolo ostativo", appare rilevante la descrizione di due casi identici ma trattati diversamente, per evidenziare l"incidenza dell"attività interpretativa del giudice e l"incertezza determinatasi in materia per l"assenza di un intervento legislativo più coerente di quanto possa essere quello giurisdizionale, tenuto conto della "frammentarietà" con cui è costretto ad operare quest"ultimo.

Nella descrizione fattuale dei casi che seguono si troverà conferma che la declaratoria di „ostatività" della pena dell"ergastolo non avviene in base alla pronuncia del giudice di cognizione anzi, ma si fonda su elementi interpretativi discrezionali soggettivi del giudice di sorveglianza in relazione al luogo ed al tempo in cui si trova il condannato.

Da premettere e sottolineare come i termini relativi ad „inammissibilità" o „rigetto" di un provvedimento non sono sinonimi, ma hanno portata, significato e conseguenze giuridiche differenti.

Poiché è appena il caso di accennare che pronuncia l"inammissibilità, un provvedimento che rilevi la mancanza di uno dei requisiti essenziali richiesti dalla legge per la proposizione della domanda, dunque sottende una valutazione del giudice che si ferma agli aspetti formali della domanda.

Mentre è di rigetto un provvedimento che decide su una domanda nella quale sono presenti i requisiti essenziali previsti dalla legge e sia stato deciso nel merito in senso sfavorevole alla stessa.

Passando all"esame dei casi concreti, Conte e Lizzio entrambi condannati per associazione mafiosa e alla pena dell"ergastolo per omicidio (delitti finalisticamente collegati), avanzano richiesta di permesso premio presso i rispettivi uffici di sorveglianza competenti, in relazione al luogo di reclusione.

Il primo (Conte) avanza la richiesta nel 2008 al giudice di sorveglianza di Catanzaro, che rigetta nel merito, rigetto poi confermato dal tribunale di sorveglianza adito con reclamo «in attesa di veder confermati i risultati raggiunti in chiave personologica», ritenendo dunque ammissibile la richiesta.

Nel 2013 Conte ripropone richiesta di permesso premio al giudice della sorveglianza di Catanzaro, stesso ufficio ma diversa persona fisica, ricevendone però la dichiarazione di inammissibilità, poiché nonostante le pene per reati associativi fossero state dichiarate espiate dalla Corte d"Assise di Appello di Lecce, in relazione all"omicidio si evidenziava come vi fosse stata la contestazione dell"art. 7 L. 203/1991 poi escluso dal giudice di cognizione per questioni di diritto (la legge al momento della condanna non prevedeva la contestabilità ai delitti punibili con l"ergastolo). „Contestazione" consentita successivamente (a parere del

giudice di sorveglianza), dall"arresto a Sezioni Unite del 9 gennaio 2009, n. 337.

Richiamandosi a quest"ultima decisione, il magistrato di Catanzaro, in data 14 febbraio 2013 determinava in tal modo, per il Conte, l"ostatività ai benefici penitenziari del delitto punito con la pena dell"ergastolo.

Avverso tale decisione si proponeva ricorso al tribunale di sorveglianza evidenziando come le pene per reati c.d. ostativi fossero state dichiarate estinte dalla Corte Appello Assise di Lecce e che il reato di omicidio non fosse gravato dall"art. 7 L. 203/1991 (escluso dal giudice di cognizione). Il tribunale confermava il provvedimento d"inammissibilità del magistrato di sorveglianza con decisione del 5 dicembre 2013.

Quasi contestualmente, all"altro capo della Penisola, altro magistrato di sorveglianza di Venezia il 3 dicembre 2013 dichiarava inammissibile analoga richiesta di permesso premio a tal Lizzio R. condannato a pene temporanee ed all"ergastolo, per un una serie di delitti, ritenendo che fossero tutti "ostativi".

Avverso tale decisione il Lizzio proponeva reclamo al tribunale di sorveglianza di Venezia che (diversamente da Catanzaro), annullava il provvedimento di inamissibilità, in quanto il reclamante faceva rilevare di aver espiato le pene ostative e che la pena dell"ergastolo si riferiva ad omicidio per il quale il giudice di cognizione aveva escluso l"aggravante dell"art. 7 L. 203/1991 originariamente contestata (in quanto non applicabile *ex lege*). Che tale orientamento era stato già fatto proprio dal magistrato di sorveglianza dello stesso ufficio (ma altra persona fisica) che in data 6 luglio 2012 aveva rigettato nel merito l"istanza di permesso premio ritenendola ammissibile in termini temporali e proprio perché il

giudice della cognizione aveva ritenuto di escludere l"aggravante di cui all"art. 7 L. 203/1991.

Il tribunale di sorveglianza di Venezia ha accolto il reclamo ritenendo che ormai sul punto di ammissibilità si fosse formato un „giudicato c.d. interno" col provvedimento del 2012 e che la questione non potesse più essere riesaminata[733].

Da evidenziare come più correttamente il giudice di sorveglianza di Venezia nel 2012 aveva ritenuto ammissibile il permesso (rigettandolo nel merito), operando lo scorporo pena del reato associativo-ostativo e ritenendo non ostativa la pena relativa all"ergastolo per omicidio per il qual era stato escluso l"art. 7 L. 203/91 per questioni di diritto, nonostante l"arresto delle SU del 2008 (che estendeva la contestabilità all"ergastolo prima escluso).

Correttamente, in quanto, non poteva effettuare una contestazione „postuma" o applicare retroattivamente (ossia ad un delitto precedente) all"arresto delle SU del 2008, come invece ha ritenuto di fare il giudice di Catanzaro nel 2013, per il caso Conte, attraverso una riqualificazione giuridica del fatto reato, ignorando anche il provvedimento di ammissibilità del 2008 che aveva determinato un „giudicato c.d. interno" in relazione all"ammissibilità del beneficio, tenuto conto che all"epoca ancora non si era affermata la nuova fattispecie di "ergastolo ostativo giurisprudenziale".

Da ri-sottolineare come nessuno dei giudici (e tribunale) di sorveglianza di Venezia intervenuti dal 2012 al 2014, sia pervenuto a dichiarare l"ostatività sulla base della "lettura della sentenza", anzi, come scritto,

[733] Cfr., TDS CZ, n. 2008/337 RG SIUS del 27 novembre 2008, Conte; UDS CZ, n. 2012/4053 sius del 14 febbraio 2013, Conte; TDS CZ, n. 2013/340 SIUS del 10 dicembre 2013 Conte; e TDS Venezia, n. 2013/3175 SIUS del 15 aprile 2014, Lizzio; Conte-Lizzio.

il TDS di Venezia nel suo intervento demolitore, dichiara le sue perplessità che ciò possa addirittura avvenire.

La diversa interpretazione della legge in relazione al luogo ed al tempo, ha portato alla conseguenza che Lizzio arrestato nel 1995 (trent"anni d"età) ha potuto fruire dei benefici penitenziari, mentre Conte ininterrottamente in carcere dal 1989 (diciannove anni d"età) ne è rimasto escluso.

5.7 Conclusioni parziali.

Di tutta evidenza come l""ergastolo ostativo giurisprudenziale" sia questione squisitamente interpretativa che si è evoluta nel tempo e di come questa risulti incerta sia nella prospettazione teorica che nell"applicazione pratica per i diversi profili a cui si presta, inclusa la violazione del principio d"irretroattività di mutamento giurisprudenziale sfavorevole del tutto imprevedibile.

In questo capitolo quello che interessava era "documentare" la *querelle* sorta negli ultimi anni, a conferma che vi sia stata una diversa interpretazione dell"art. 4-*bis*.1 OP (dal 2007-2009 in poi), in relazione ai criteri utilizzati per l"individuazione dei delitti ostativi.

Mutamenti interpretativi imprevedibili resi possibili dalla lacunosità della "formula aperta" contenuta nell"art. 4-*bis*.1 OP.

5.8 Profili d'illegittimità: le presunzioni legali.

Nell"introduzione di questo capitolo si è scritto come il termine "ergastolo ostativo" sia un termine improprio e più correttamente si dovrebbe parlare degli effetti che l"art. 4-*bis*.1 OP produce in relazione alla pena dell"ergastolo.

Appare opportuno richiamare tale puntualizzazione, laddove volessimo esaminare alcuni profili d"illegittimità della disposizione penitenzia-

ria. Poiché se le esclusioni dai benefici penitenziari *ex* art. 4-*bis*.1 OP sulle pene temporanee non incidono sulla quantità della pena comminata dal giudice di cognizione, in quanto il limite massimo resta quello inflitto, effetti diversi si hanno nel caso della pena dell'ergastolo. La mancata ammissione alle misure extramurarie determina, infatti, il carattere perpetuo di tale pena e la sua incompatibilità con l'art. 27.3 della Costituzione[734].

La Corte costituzionale con l'arresto n. 135/2003 ha stabilito la compatibilità col principio rieducativo *ex* art. 27.3 della Costituzione delle preclusioni *ex* art. 4-*bis*.1 OP alla liberazione condizionale per il condannato all'ergastolo, sull'assunto che resta nella facoltà di quest'ultimo soddisfare la condizione collaborativa prevista per l'accesso a tale beneficio[735].

---

[734] In tal senso, CARACENI – CESARI, *L'art. 4-bis, cit.,* p. 59, §13, che denunciano l'immodificabilità della pena perpetua anche nel caso di esito positivo del trattamento rieducativo, citando: EUSEBI, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1222 ovvero BALSAMO, *Cass, pen.*, 2013, p. 4687 per la vanificazione dell'istituto della liberazione anticipata e PUGIOTTO, *Una quaestio*, in *Dir. Pen. cont.* 5 marzo 2013, p. 8ss, che sostiene come l'assenza di "valvole di sfogo" rendano tale pena incompatibile con l'art. 27.3 della Costituzione; PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012, pp. 126ss.

[735] In questi termini, CARACENI – CESARI, *L'art. 4bis, cit.*, pp. 59-60: «la Consulta ha dato responso negativo, ponendosi nel solco dei propri precedenti (MORRONE, *Dir. pen. proc.* 03, 1355): la preclusione che discenderebbe dall'art. 4-*bis* per l'ergastolano, infatti, non sarebbe «assoluta e definitiva», essendo affidata alla sua libera scelta la chance di collaborare, quando sia giuridicamente e naturalisticamente possibile (Corte cost. 03/135; DE MINICIS, *Dir. pen. proc.* 14, 1272). Pur coerente con un sistema penitenziario fondato sullo «scambio tra determinati comportamenti e la modifica della pena» (MORRONE, *op. cit.*, 1356), questa soluzione è da considerare eccessivamente rigida, poiché subordina la verifica concreta e individualizzata di avvenuta rieducazione del reo alla cooperazione con la giustizia, e così assimilando nel medesimo divieto situazioni reali molto diverse (MORRONE, *op. loc. cit.*). E, in effetti, la presunzione *iuris et de iure* secondo cui la non collaborazione sarebbe di per sé indice di una persistente pericolosità del condannato (che con tale atteggiamento mostrerebbe di non aver reciso i suoi legami con la criminalità organizzata), con conseguente automatica mancanza di progressi nella rieducazione, colliderebbe con l'art. 27 co. 3° Cost., poiché non assegnando alcuna rilevanza alle ragioni (le più svariate) che possono determinare il detenuto ad una condotta non collaborativa, non consentirebbe una verifica in concreto del raggiungimento del disegno rieducativo che la pena prioritariamente persegue (secondo DE MINICIS, op. cit., 1273, l'equiparazione tra «sicuro ravvedimento » e collaborazione rappresenta una *mera fictio iuris* e non un affidabile «parametro legale» su cui adagiarsi; per una rapida carrellata delle motivazioni che possono orientare verso la non collaborazione, v. *Superamento dell'ergastolo ostativo*: la proposta della commissione PALAZZO, *Dir. pen. cont.* 19 febbraio 2014, 3; per EUSEBI, in *Cass. pen.*, *op. cit.*, p. 1223, escludere ogni rilevanza dei motivi che rendono non esigibile il comportamento collaborativo contrasterebbe altresì con il principio di

Ora al di là delle perplessità che può suscitare una tale soluzione, poiché allo Stato è fatto l'"obbligo del trattamento ai fini di un reinserimento sociale (1 OP) e soprattutto garantire una pena umana (27.3 Cost.), tale interpretazione ignora le varie cause di impossibilità oggettiva o soggettiva a prestare tale collaborazione (v. *supra*, § 2.9.2) e sopratutto la possibilità di dimostrare l'"assenza di pericolosità sociale (ergo, collegamenti con la criminalità), attraverso altri elementi fattuali.

La presunzione legale di pericolosità introdotta con l'"art. 4-*bis*.1 OP pone interrogativi di non facile risposta[736].

Anzitutto quello relativo alla legittimità delle presunzioni legali alla luce del „soggettivismo relativista" cui si è pervenuti attraverso gli studi scientifici, psicologici e giuridici tracciati anche dalla Corte costituzionale a partire dagli anni „70 in poi.

E da questo punto di vista non può ignorarsi che le presunzioni assolute di pericolosità sociale, in quanto tali, sono state dichiarate illegittime in varie pronunce dal Giudice delle Leggi[737]. *Ratio* che mal si concilia con la presenza nell'"ordinamento di una presunzione legale come l'"art. 4-*bis*.1 OP che, in materia di libertà, stabilisce una presunzione di pericolosità sociale in base al titolo di reato di condanna, disinteressandosi

---

colpevolezza *ex* art. 27 co. 1° Cost.)»; da segnalare PACE, *L'"art. 4-bis dell'"ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'"insicurezza sociale», cit*., p. 36, nota 76, che evidenzia come la pronuncia della Consulta n. 135/2003 sembrerebbe in linea con la sentenza CGJ, caso *Vinter v. UK, cit*., che in relazione all'"art. 3 CEDU ritiene legittimo mantenere indefinitivamente in carcere quei condannati che restano pericolosi (come affermato in *Maiorano c. Italia*), purché la pena sia *de iure e de facto* riducibile; anche se per G. VARRASO, in *Giust. Pen*., 2004, I, p. 86, la presunzione assoluta così congegnata confliggerebbe con gli artt. 24 e 111 della Costituzione e dell'"art. 6 CEDU che vogliono neutra la scelta dell'"imputato di non collaborare e il suo diritto di difesa.

[736] Che si tratti di presunzione legale la dottrina è unanime, cfr., PACE, *L'"art. 4-bis dell'"ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'"insicurezza sociale», cit*., §5, p. 11; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata, cit*., pp. 39 e 43; CARACENI – CESARI, *L'"art. 4bis, cit*., p. 49; v. anche (*infra,* § 5.9).

[737] Cfr., Corte cost., nn. 1/1971, 71/1978, 139/1982, 126/1983, 62/1986, 333/1991 e 41/1999, 139/2010, 164/2011, 231/2011, 110/2012, 57/2013, 213/2013, 232/2013 e 185/2015.

completamente della persona e della necessaria modulazione della legge generale nell"applicazione al caso concreto[738].

L"impotenza dei giudici di sorveglianza chiamati a modulare la pena nella fase dell"esecuzione, ha portato alcuni di essi a utilizzare l"alternativa della collaborazione impossibile per aggirare l"irragionevole impedimento[739], mentre in altre sedi i giudici sono giunti a formulare un formale appello al legislatore per la modifica della disposizione che impedisce di concedere il beneficio anche a un soggetto ritenuto meritevole:

> Certamente Claudio Conte è un uomo nuovo, impegnato nello studio e deciso a lottare per l"abolizione della ostatività a tutti i benefici dell"ergastolo inflittogli.
>
> Epperò, a parte la interpretazione assiologica delle norme dell"art. 4-*bis* OP non lascia dubbi sulla inammissibilità della prima istanza e la legittimità costituzionale dell"impianto relativo alla esecuzione della pena […].
>
> Al legislatore il compito di allentare la insopportabile morsa dell"art. 4-*bis* OP[740].

Di tutta evidenza come il *dictum* del tribunale oltre a rappresentare un appello al legislatore, sia un manifesto riconoscimento della natura di „presunzione assoluta" che impedisce al giudice, nonostante le evidenze esperienzali e fattuali che depongono e permettono, nel caso di specie, di pervenire a diversa soluzione.

---

[738] Cfr., MORRONE, *Il custode della ragionevolezza, cit.,* pp., 194ss; G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, *cit*., pp. 210 ss; M. CARTABIA*, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013*, *cit*., §2.2; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, *cit*., 2012, pp. 4909 ss; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali, cit.*; E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *cit*., pp. 85ss e, infine, PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, 2014, in www.gruppodipisa.it, che impediscono al giudice di esercitare il potere discrezionale nell"accertamento del caso concreto.

[739] 4bis OP- Giurisprudenza, vedi cartella "Collaborazione impossibile 58-ter" (contiene 11 ordinanze dei TDS di tutta Italia).

[740] Cfr., TDS CZ, n. 2013/340 SIUS del 5 dicembre 2013, Conte.

Nel caso sopra citato si documenta perfino l'"augurio «che possa tornare anche presto ad essere un uomo libero» da parte del Presidente della Corte che ha inflitto (a suo tempo) la condanna dell'"ergastolo[741].

Risultanze fattuali che affermano una realtà diversa, da quella presumibile dalle «massime di comune esperienza»[742] o dal «dato empirico sociologico»[743] usati per fissare il reo ad un passato che non passa mai, perennemente collegato al gruppo criminale d'"appartenenza, che in molti casi risulta dissolto, o come dimostrano i diversi condannati per delitti ostativi, ravveduti e reinseriti nella società.

Metodi rifiutati dalla dottrina costituzionalistica[744] che ritengono oltremodo rischioso il ricorso al „senso comune", ossia *all'id quod plerumque accidit*, ancorando tali massime d'"esperienza a dati sociologici scientifi-

[741] Pres. dr. Mario BUFFA, Corte di Appello di Lecce, Presidenza, n. 5509/12 prot. del 31 maggio 2012: «Al sig. Direttore della Casa Circondariale di Catanzaro. La prego di far comunicare a Claudio Conte costà detenuto, mediante consegna di copia di questa nota, che mi è pervenuta la sua lettera; i suoi scritti su argomenti di diritto, indicativi di un forte impegno nello studio, sono molto apprezzabili e attestano i positivi risultati raggiunti; mi ha fatto veramente piacere apprendere che egli ha vissuto serenamente in questi anni la sua attuale condizione e che è stato in grado di rivisitare e rivalutare il suo vissuto personale; gli auguro che possa tornare anche presto ad essere un uomo libero; la legge non mi consente di dargli consigli o formulare previsioni sui quesiti che gli stanno a cuore e del resto servirebbe ben poco perché comunque mi sarebbe vietato di sostenere in qualsiasi sede le sue richieste. La ringrazio, signor direttore, della sua cortesia e le invio distinti saluti».

[742] Cfr., Corte cost., n. 264/2010.

[743] Cfr., Corte cost., n. 231/2011.

[744] Cfr., PACE, *L'"art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit.*, p. 12; cfr., L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'"eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983, in Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, p. 657; in tal senso, R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 324: questa è una figura «che serve a richiamare una realtà "media" dei comportamenti sociali o delle relazioni economiche: si assume, quindi, un criterio di tipo statistico, operando però esclusivamente sulla base dei dati generici di comune esperienza». Nonostante le critiche mosse alla generale figura *dell'"id quod plerumque accidit*, la dottrina costituzionalistica sembra più protesa alla giustificazione quando si tratta dei reati di criminalità organizzata; in questi termini, PACE, *L'"art. 4-bis dell'"ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit.,* p. 34, nelle note 64 e 67: spiega l'"atteggiamento meno critico di una parte della dottrina rispetto all'"art. 4-*bis* OP «nell'"ostilità verso la recrudescenza del fenomeno mafioso che spinge con maggiore facilità a giustificare, anche dal punto di vista scientifico, il ricorso a strumenti eccezionali nelle politiche di contrasto apprestate dallo Stato», concludendo come la posizione fortemente critica nei confronti di tale presunzione è stata assunta dall'"autore senza sottovalutare il problema della criminalità organizzata o il forte legame tra associati, infatti non si è tentato di smontare tali "massime d'"esperienza" contrapponendo altri dati empirici, ma si è voluto indagare le conseguenze giuridiche che si legano alle presunzioni e la «loro (in)sostenibilità costituzionale».

camente inidonei (all'inaffidabile *doxa,* invece, che all'*épisteme*, avrebbe detto Platone) per fondare scelte legislative o affermarne la legittimità, che spesso «si rivela un comodo pretesto di legittimazione *ex post* di scelte già compiute»[745].

Un "impianto" che sotto quest'aspetto solleva delle perplessità di ordine costituzionale laddove si considera che anche le recentissime pronunce della Corte costituzionale (185/2015) stigmatizzano tutti quegli „automatismi" che non consentono al giudice la valutazione e l'applicazione della legge al caso concreto, in virtù di una presunzione derivante dalla sola appartenenza del reato contestato ad un catalogo come quello espresso dall'art. 407.2 lett. a) c.p.p.[746].

Orbene non appare fuori luogo evidenziare come l'art. 4-*bis* OP rifletta proprio parte del catalogo dei reati contenuti nell'art. 407.2 c.p.p. ed al pari dell'art. 99 c.p. (dichiarato illegittimo), stabilisca allo stesso modo degli automatismi in violazione del principio di ragionevolezza, parificando tra loro, nell'esclusione trattamentale, situazioni personali diverse. Tanto in violazione dell'art. 3 ma anche dell'art. 27.3 Cost. che implica un «costante principio di proporzione tra qualità e quantità di pena»[747] anche nella fase dell'esecuzione. Al fine di non rendere palesemente sproporzionata o ingiustificata la pena, «e dunque avvertita come ingiu-

[745] *Ivi*, p. 12.

[746] In questi termini, Corte cost., n. 185 dell'8-23 luglio 2015, secondo la giurisprudenza costituzionale «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*». In particolare, "l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa" (*ex multis*, sentenze n. 232 e n. 213 del 2013, n. 182 e n. 164 del 2011, n. 265 e n. 139 del 2010). Nel caso di specie, la presunzione in questione, relativa alla colpevolezza e alla pericolosità del reo, sarebbe giustificata unicamente dall'appartenenza del nuovo episodio delittuoso al catalogo dei reati indicati dall'art. 407, comma 2, lettera a), cod. proc. pen., ma non potrebbe trovare fondamento in un dato di esperienza generalizzato. Un dato del genere non esiste, posto che per le ragioni indicate ben possono ipotizzarsi accadimenti reali contrari alla generalizzazione presunta».

[747] *Ibidem*.

sta dal condannato, vanificandone la finalità rieducativa prevista appunto dall'art. 27, terzo comma, Cost.»[748].

Con riferimento al criticato parametro sociologico dell'*id quod plerumque accidit*, non può non evidenziarsi come le „massime d'esperienza" non possano assumere un diverso valore nella valutazione degli stessi delitti a seconda che questi siano collocati nell'art. 407.2 c.p.p., ovvero nell'art. 4-*bis*.1 OP, in specie se poi coincidano.

La Corte sottolinea l'illegittimità di quelle presunzioni irragionevoli. Sotto tale profilo non può ignorarsi che l'irragionevolezza della presunzione in oggetto è sostenuta da autorevole dottrina, evidenziando che laddove la pericolosità sociale sia collegata al perdurante legame associativo, tanto più sarà facile provare detti legami per la magistratura, sia per escludere sia per concedere il beneficio[749]. Non sfugge però alla stessa dottrina, come la presunzione in esame, sia uno strumento di lotta alla criminalità per l'ottenimento della collaborazione. Obiettando allo stesso tempo, che una tale funzione non è costituzionalmente assegnata alla pena[750] ed anzi contrasta con la Costituzione[751].

---

[748] *Ibidem.*

[749] Cfr., PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit.*, p. 13.

[750] Sull'art. 27.3 della Costituzione si vedano, G. FIANDACA, *Commento art. 27, co. 3° e 4°*, cit., 1991, pp. 221ss.; M. D'AMICO, *Sub art. 27*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, Torino, Utet, 2006, I, pp. 565ss.; G. NEPPI MODONA, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, pp. 325ss.; E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, Il Mulino, 1980; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 38ss.

[751] In questi termini, PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit.*, pp. 13-14: «già molti anni fa Alessandro Pace – in merito alle presunzioni legali in materia di misure di sicurezza – aveva evidenziato che «sotto il manto delle presunzioni legali si nascondono non già comuni esperienze, ma astratte scelte di politica legislativa». Per tali ragioni – continuava l'Autore – il discorso non può che avere ad oggetto la verifica della compatibilità di queste astratte scelte legislative con la Costituzione. E facendo proprio questo insegnamento non si può non concludere per l'incostituzionalità di tale sistema e specificamente per la sua assoluta incompatibilità con l'articolo 27, III co., Cost.»; sul contrasto tra le presunzioni di pericolosità e la Costituzione si veda l'appena citato A. PACE, *Misure di sicurezza e costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 191 ss.; cfr., G. VASSALLI, *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione, ivi*, 1967, pp. 467 ss. e F. FALZONE, *Brevi note in tema di legittimità costituzionale della pericolosità presunta, ivi*, 1972, pp. 1205 ss.

La Corte costituzionale è costante nel ripetere che le misure alternative sono uno strumento imprescindibile nel processo di risocializzazione del condannato in funzione del comportamento serbato durante la detenzione. Ne consegue, come si è visto, sia per la dottrina sia per la giurisprudenza costituzionale, che la condotta penitenziaria dovrebbe essere l'unico parametro per l'accesso ai benefici, il che si scontra con il meccanismo presuntivo[752].

Allo stesso modo la presunzione non può trovare giustificazione nelle funzioni retributive o general-preventive della pena, poiché, come avvertito dalla Consulta, non possono mai obliterare completamente quella rieducativa. Come avviene, però, con la presunzione legale. Che nega al giudice di sorveglianza di equilibrare in modo costituzionale le diverse anime della pena, adeguandole al caso concreto durante l'esecuzione della pena.

Anche Leonardo Pace, insieme a molti altri autori, come si vedrà più avanti indica il superamento del 1° comma dell'art. 4-*bis* OP (che ritiene superfluo, poiché duplica meccanismi già presenti in ogni misura extramuraria), con, eventualmente, l'adozione della disciplina prevista al comma *1ter* dell'art. 4-*bis* OP. Più ragionevole del 1° comma che pretende assurdamente la dimostrazione dell'inesistente (collegamenti con la criminalità organizzata), una „prova diabolica" è stata giustamente definita, mentre più logicamente il comma *1ter* assegna l'onere di provare tali collegamenti al pubblico ministero[753].

[752] Cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale», cit.*, p. 14.
[753] *Ivi*, p. 15.

Come auspicato da più parti (*infra*, § 5.9), nonostante la "resistenza" segnalata da Glauco Giostra[754], forse è il momento che su tale disposizione si abbassi la spada della legalità costituzionale per tagliare un "nodo" che si è già stretto al "collo" di molti, troppi condannati alla pena dell'"ergastolo[755] (*supra*, § 2.8.1, Tab. 2).

5.9 Proposte di modifica de iure condendo *relative all'"ergastolo c.d. ostativo.*

"Testimonianze" e "appelli" sollevati da più parti sembrano aver fatto breccia sia in sede parlamentare che governativa[756] . Tanto che proprio in questi giorni sono stati convocati dal Ministro della Giustizia gli Stati generali dell'"esecuzione penale per ridiscutere la finalità della pena, dedicando una parte della discussione proprio al superamento dell'"ergastolo ostativo" legale e giurisprudenziale.

Al simposio partecipano giudici, professori di diritto e avvocati tra i più competenti ed autorevoli d'"Italia. Alcuni di essi hanno già espresso le loro opinioni sul documento base governativo, rappresentato dal disegno di legge delega[757], attraverso il quale il governo intende mettere ordine in diversi settori del diritto penale, processuale e penitenziario in

[754] V., Corriere della Sera, 5 luglio 2015: «Esecuzione della condanna e riabilitazione del reo. Interviene il coordinatore del Comitato scientifico degli Stati generali sul trattamento e il recupero dei detenuti: Il carcere non può essere una pena, di G. Giostra».

[755] Cfr., D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, *cit.*; in questi termini, PACE, *L'"art. 4-bis dell'"ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'"insicurezza sociale», cit.*, p. 21, citando Glauco Giostra che ha messo lucidamente in evidenza che «le presunzioni di pericolosità sono connotate da una particolare *vis attractiva* [102], in base alla quale esse, una volta introdotte nell'"ordinamento, non solo si espandono in modo quasi incontrollato, ma acquistano una particolare forza di resistenza alla loro rimozione. Non appena, infatti, "si manifesta una reale o immaginaria emergenza la presunzione si estende ad altre figure di reato à la page, giustapponendo sovente esigenze e fattispecie molto eterogenee"»; cfr. G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in http://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-carceraria-insicurezzasociale-e-populismo-penale_27-06-2014.php.

[756] 4bis OP - Legislazione, Disegno di legge n. 3091 presentato il 4 maggio 2015 alla Camera su iniziativa degli onorevoli BRUNO BOSSIO *et Alii*: all'"interno del quale si parla dell'"ergastolo ostativo" di "origine dottrinale"; disegno di legge n. 2798 presentato il 23 dicembre 2013, dai Ministri della giustizia (ORLANDO), dell'"Interno (ALFANO) e dell'"Economia e delle finanze (PADOA).

[757] *Ibidem*.

considerazione delle gravi anomalie di cui sono stati interessati (risultato di miopi politiche carcerocentriche), come le condanne della Corte di Strasburgo stanno a registrare[758].

Alcune anticipazioni sono rinvenibili nel Working Paper[759], uno strumento consultivo e propulsivo, coordinato dall'autorevole professore Giostra, che si propone di consegnare le proposte alle riflessioni delle Commissioni Giustizia della Camera e Senato impegnate nell'esame al disegno di legge delega.

Nel capitolo «Automatismi e preclusioni»[760] gli autori intervenuti, propongono l'"abolizione degli automatismi e delle preclusioni che impediscono, ai condannati (anche alla pena dell'ergastolo) per delitti *ex* art. 4-*bis* OP, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e l'accesso ai benefici penitenziari[761].

V'è chi auspica il superamento *tout court* del „doppio binario" e della condizione collaborativa per l'accesso ai benefici penitenziari poiché in conflitto con il principio rieducativo[762]; e chi, invece, ond'evitare l'insuccesso[763], più pragmaticamente sostiene una «meno radicale ma pur sempre incisiva modifica dei presupposti ostativi»[764], necessitando diversamente una modifica del disegno di legge-delega. O v'è ancora chi si esprime per la permanenza delle preclusioni, seppur revisionate, lad-

[758] Cfr., Corte EDU, caso *Contrada v. Italia*; *Torreggiani e altri v. Italia*; *Scoppola v. Italia*, *citati*.

[759] Cfr., G. GIOSTRA, Working paper - Penalecontemporaneo.pdf, 2015, (clicca sopra), in wwwpenalecontemporaneo.it.

[760] Cfr., F. FIORENTIN, *Automatismi e preclusioni, Guida alla lettura*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Working paper*, p. 153ss.

[761] Cfr., FIORENTIN, magistrato di sorveglianza, *Working paper*, *ivi*, pp. 168-9; P. GONNELLA, associazione Antigone, *Working paper*, *ivi*, p. 173.

[762] C. CESARI, professore ordinario di Procedura penale presso l'università di Macerata, *Working paper, ivi*, p. 159; C. FIORIO, professore straordinario di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Perugia, *Working paper, ivi*, pp. 171-2; V. SPIGARELLI, avvocato, *Working paper, ivi*, pp. 185-190 (sulla collaborazione in particolare); A. M. MARIN, avvocato della camera penale di Venezia, *Working paper, ivi*, p. 174.

[763] F. SIRACUSANO, professore associato di Diritto penitenziario presso l'Università degli Studi di Catania, *Working Paper*, *ivi*, pp. 178-184; FIORENTIN, *ult. op. cit*., pp. 168-9.

[764] Cfr., FIORENTIN, *Automatismi e preclusioni, ult. op. cit*, p. 154.

dove sia provata l'"esistenza di collegamenti con la criminalità organizzata per i condannati all'"ergastolo per delitti di mafia o eversione[765].

Alla proposta di eliminare *in toto* l'"art. 4-*bis* OP[766], ovvero la revisione delle preclusioni ostative per gli ergastolani, sostituendole con soglie di pena maggiorate e lasciando alla collaborazione una funzione meramente premiale[767], si contrappone la proposta di una maggiore flessibilità della disposizione preclusiva, relativizzandola, superabile, con la dimostrazione dell'"assenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva, e prevedendo allo stesso tempo soglie di pena maggiori delle attuali per l'"accesso ai benefici[768]. Ritenendo, invece, praticabile la soppressione dei commi 1-*ter* e 2-*bis* dell'"art. 4-*bis* OP, per i delitti di "seconda fascia", in quanto gli aggravamenti si fondano su supposti collegamenti mai accertati in sede di cognizione[769].

Si propone altresì la possibilità di restituire al giudice di sorveglianza maggiori poteri di valutazione nel caso concreto, avvalendosi delle procure antimafia per la verifica di collegamenti con la criminalità organizzata[770].

Tanto si discute intorno alle preclusioni *ex* art. 4-*bis* OP previste per tutti i delitti ivi indicati.

Mentre con specifico riferimento a quelli che comportano la pena dell'"ergastolo, tutti concordano nel superamento delle preclusioni della norma penitenziaria[771] e altrettanto concordi per l'"abrogazione dell'"art. 58-*ter* OP, ovvero di sostituire la collaborazione con «la prova positiva

---

[765] M. BORTOLATO, magistrato di sorveglianza, *Working paper*, *ivi*, p. 157; CESARI, *ult. op. cit.*; FIORENTIN, *ult. op. cit.*; SPIGARELLI, *ult. op. citata*.
[766] FIORIO, *ult. op. citata*.
[767] S. GRILLO, magistrato di sorveglianza, *Working paper*, *ivi*, p. 174.
[768] SIRACUSANO, *ult. op. citata*.
[769] Ib*idem.*
[770] *Ibidem*.
[771] BORTOLATO, *ult. op. cit.*; FIORIO, *ult. op. cit.*; GONNELLA, *ult. op. cit.*; SPIGARELLI, *ult. op. citata*.

della dissociazione»[772], od ancora, in linea con la proposta della Commissione "Palazzo" del 2013[773], relativizzare la presunzione assoluta di pericolosità sociale sottesa all'assenza di collaborazione superandola «con adeguata motivazione da parte del giudice (Siracusano, Spigarelli)»[774].

Una scelta dovuta se si considera che la Corte costituzionale quando con l'arresto n. 306/1993 ha avallato il regime differenziato e posto le basi per le successive pronunce, lo ha fatto da un lato, esprimendo la preoccupazione relativa alla configurazione del tipo d'autore e dall'altro, per la concreta necessità di contrastare una criminalità diffusa e aggressiva (condizioni d'emergenza oggi non più sussistenti).

Come dimostra l'intervento a "scacchiera" della Corte costituzionale che recentemente (nel 2014)[775], ha dichiarato incostituzionale l'art. 4-*bis* OP nella parte in cui non consente l'ammissione alla detenzione domiciliare speciale (47-*quinques* OP), ritenendo prevalente l'interesse del minore rispetto alle ragioni di sicurezza pubblica[776]. Un altro passo verso una maggiore ponderazione dei valori costituzionali contrapposti e obliterati dalla disposizione preclusiva (*supra,* § 2.9).

Da evidenziare come tutte le proposte summenzionate siano indirizzate al superamento degli automatismi sulla pericolosità sociale posti dall'art. 4-*bis*.1 OP, per affidarne la prognosi al suo giudice „naturale",

---

[772] BORTOLATO, *ult. op. cit.*; FIORIO, *ult. op. citata*.

[773] Commissione istituita il 10 giugno 2013 per Elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale.

[774] Cfr., FIORENTIN, *ult. op. cit.*, p. 156.

[775] Cfr., Corte cost., n. 239 del 2014.

[776] Cfr., F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in www.penalecontemporaneo.it., 2014; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari, commento a Corte cost. sent. n. 239 del 2014*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 3940ss.; L. PACE, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, in Giur. cost., 2014*, pp. 3948ss.

quello della sorveglianza al quale la legge, implementando i principi costituzionali, ha affidato tale ruolo. Un intervento che rendendo possibile l"ammissione alle misure extramurarie riconsegna la pena dell"ergastolo alla sua „compatibilità" con la Costituzione.

CONCLUSIONI

6. *Conclusioni.*

L'approfondita e necessaria trattazione dei capitoli precedenti suggerisce un'efficace sintesi compendiativa, pertanto ci si limiterà aristotelicamente a premettere, che *se*:

a) le misure extramurarie come la liberazione condizionale (e non solo) sono ritenute un diritto del condannato e si atteggiano a „norme sostanziali", per le quali opera il principio d'irretroattività (Cap. 2);
b) vige il principio d'irretroattività di legge e mutamento giurisprudenziale sfavorevole (Cap. 3);
c) è ritenuto necessario il rispetto delle qualità di accessibilità e prevedibilità della legge e sua interpretazione (Cap. 3);
d) il mutamento giurisprudenziale e la prevedibilità della legge e sua interpretazione interessano la „portata della pena" al momento del reato (Cap. 3);
e) l'art. 4-*bis*.1 OP, con la modifica del 1992, ha introdotto un nuovo criterio di valutazione del presupposto della pericolosità sociale (Cap. 2), determinando un imprevedibile mutamento giurisprudenziale sfavorevole, in materia di accesso alle misure extramurarie;
f) la questione relativa alla natura del rinvio (fisso o mobile) della liberazione condizionale all'art. 4-*bis* OP, è stata risolta solo nel 1994 (Cap. 2);
g) l'"ergastolo ostativo giurisprudenziale" è il risultato di un'imprevedibile interpretazione estensiva degli artt. 4-*bis*.1 OP e 7 L. 203/1991, che si è imposta a partire dagli anni 2008-2009 determinando un mutamento giurisprudenziale sfavorevole (Cap. 2 e 5).

Considerando l"operatività del divieto di mutamento legislativo o giurispudenziale sfavorevole o che la disposizione legale (4-*bis* OP) non era accessibile o la sua interpretazione prevedibile (Cap. 3)[777] prima del 1992 per tutti i delitti in relazione a tutte le misure extramurarie; fino al 1994 per tutti i delitti in relazione alla sola liberazione condizionale; fino al 2008-2009 per tutti i delitti punibili con l"ergastolo in relazione a tutte le misure extramurarie.

Allora non resta che concludere per l"inapplicabilità dell"art. 4-*bis*.1 OP nei termini sopra chiariti, per:

1) irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole (Cap. 3);
2) ovvero per mancanza di chiarezza e non prevedibilità della legge e sua interpretazione al momento del reato o condanna (Cap. 3).

Per quanto riguarda, invece, la disciplina applicabile, deve ritenersi che:

- i delitti precedenti al 1992 (in relazione a tutti i c.d. benefici penitenziari), siano assoggettati al regime *ante* art. 4-*bis* OP;
- mentre i delitti successivi al 1992 ma precedenti al 1994 (solo in relazione alla liberazione condizionale), siano disciplinati dall"art. 4-*bis* OP nella versione orginaria del 1991;

[777] In questi termini, Corte EDU, Deuxième Section, affaire *Öcalan c. Turquies, citè*, p. 38, §: «174. La notion de "droit" ("law") au sens de l"article 7 implique des conditions qualitatives, entre autres celles *d"aœssibilité et de prévisibilité* (Kafkaris, précité, § 140, et *E.K. c. Turquie*, no 28496/95, § 51, 7 février 2002). *Ces conditions qualitatives doivent être remplies tant pour la définition d"uneinfraction que pour la peine que celle-ci implique* (Achour, précité, § 41). Le justi-ciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l"aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine sera prononcée pour l"acte commis et/ou l"omission (voir, parmi d"autres, Scoppola (no 2), précité, § 94, Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, § 52, série A no 260-A, et Cantoni c. France, 15 novembre 1996, § 29, Recueil 1996-V)».

- infine i delitti puniti/bili con la pena dell'ergastolo successivi al 1992 ma precedenti al 2008-2009 (in relazione a tutti i benefici), debbano essere regolati dalla disciplina prevista per i delitti di „seconda fascia". In quanto tali erano e tali tornano ad essere considerati.

Non appare irrilevante osservare come in casi analoghi, le soluzioni seguite siano state quelle precitate.

Così ad esempio nel 2002, allorquando con la legge n. 279, per i delitti di terrorismo si decise il passaggio dalla „seconda fascia" nella „prima fascia". In tale occasione è stata prevista l'irretroattività della legge citata ai condannati per delitti precedenti che sono rimasti assoggettati alla disciplina prevista per i delitti di „seconda fascia".

Si è visto come il momento del mutamento giurisprudenziale, sia databile 2008-2009. Poiché in questo periodo (Cap. 2 e 5), la giurisprudenza ha iniziato a utilizzare massivamente il criterio sostanziale per l'individuazione dei delitti "commessi per agevolare/o con metodo mafioso" di cui all'art. 4-*bis*.1 OP ed estesa l'applicabilità dell'art. 7 DL 152/1991 ai delitti punibili con l'ergastolo.

Le conclusioni cui giungono i giudici di Strasburgo nell'arresto Del Rio Prada[778], permettono di anticipare eventuali opinioni che con riferimento all'"ergastolo ostativo giurisprudenziale" volessero sostenere che

[778] In questi termini, Corte EDU, CGJ, caso *Del Rio Prada, cit.,* § 115: «Inoltre la Corte non può accettare la tesi del Governo secondo la quale l'interpretazione della Corte Suprema era prevedibile perché era in linea con la lettera del Codice penale del 1973. La Corte ribadisce che il suo compito non è quello di determinare come le disposizioni di questo codice dovrebbero essere ragionevolmente interpretate, nel diritto interno, ma piuttosto di verificare se la nuova interpretazione era ragionevolmente prevedibile per la ricorrente ai sensi della "legge" applicabile al momento dei fatti. Quale "legge" - nel senso sostanziale in cui il termine è usato nella Convenzione, che include la legge non scritta o la giurisprudenza - sia stata applicata in modo coerente per molti anni fino a quando la "dottrina Parot" non ha imposto un nuovo corso».

l‟interpretazione dell‟art. 4-*bis*.1 OP fosse ragionevolmente prevedibile già nel 1992.

E che non lo fosse lo si rileva (Cap. 5) dalla rassegna della giurisprudenza in materia fino al 2008. Periodo prima del quale era assolutamente imprevedibile un‟interpretazione estensiva dell‟art. 4-*bis*.1 OP che attraesse nella „prima fascia‟ i delitti puniti con la pena dell‟ergastolo, riposando tale affidamento sulla *ratio decidendi* dell‟arresto n. 14/1999 delle Sezioni Unite "Ronga" (Cap. 5).

Non si può non convenire sul dato storico che quella dell‟art. 4-*bis* OP, fin dalla sua introduzione, si è rivelata una disposizione poco chiara. In perenne conflitto con i principi cardine della legge penitenziaria e della Costituzione, come dimostrano i vari sindacati costituzionali (dal 1993 n. 306 al 2004 n. 108), i contrastanti orientamenti giurisprudenziali in sede di legittimità ed il conseguente comportamento ondivago della giurisprudenza di merito, avuti nel corso del tempo sull‟art. 4-*bis* OP.

Con la conclusione che, quale che sia la causa (mutamento giurisprudenziale ovvero l‟inaccessibilità e imprevedibilità della legge o giurisprudenza), resta il dato incontestabile che prima del 2008 chi era in espiazione alla pena dell‟ergastolo ed altra pena concorrente per delitto cosiddetto ostativo, espiata la pena per il delitto ostativo, per quella relativa all‟ergastolo poteva accedere a quei benefici che la legittimano costituzionalmente. Mentre dal 2008 in poi, per effetto del mutamento giurisprudenziale, sono stati ritenuti ostativi anche quei delitti consumati precedentemente a tale data e puniti con la pena dell‟ergastolo, rendendo quest‟ultima una sanzione perpetua ed arbitraria in violazione dell‟antico broccardo *nullum poena sine praevia lege*.

Premessa

Con Giovanni Farina ci siamo conosciuti nel carcere di Catanzaro, dov'è stato assegnato dopo la revoca del regime ex *art. 41*-bis *OP.*

La pena originaria a trent'anni di reclusione gli era stata convertita in quella dell'ergastolo, poiché ex *art. 73 c.p. la procura di Roma aveva ritenuto che fosse in espiazione per due condanne superiori a ventiquattro anni di reclusione per le quali è previsto* ex *art. 73 c.p. la commutazione in quella dell'ergastolo.*

*Farina aveva personalmente sostenuto l'inapplicabilità dell'art 72 c.p. (*rectius *73 c.p.), poiché riteneva che le pene comminate* ab origine *fossero inferiori (nella pena base) a ventiquattro anni di reclusione. La corte d'assise di Roma, il 21 settembre 2012, verificò che così non era e rigettò tale richiesta con la motivazione che si potrà leggere nel documento successivo.*

Dell'istanza scritta da Farina non c'è traccia documentale, ma non appare essenziale alla ricostruzione della vicenda.

Successivamente, nell'area passeggi, ci trovammo a discutere della sua situazione giudiziaria e dell'estradizione limitata al residuo pena. Iniziai a studiare il mio primo "caso importante", come dice scherzando lo stesso Farina.

S'inoltrò una prima richiesta di correzione della data di decorrenza del cumulo al 1982, poiché se erano cumulate interamente le due pene di oltre ventisei anni, per una delle quali era stato in carcere fin dal 1982, non aveva senso fissare la decorrenza al 1998, data dell'ultimo arresto. Fu rigettata. Così ebbe iniziò la "battaglia" legale.

Di grande aiuto sono risultate le nozioni acquisite con lo studio dell'esame di diritto internazionale, corso presieduto dalla prof.ssa Pao-

la Mori e dalla sua assistente dr.ssa Alessandra Annoni, delle quali conservo un ricordo preziosissimo.

Il seguito della vicenda potrà essere letto dai documenti, istanze e sentenze allegati in ordine cronologico.

È la storia di una "rinascita" per lui, condannato all'"ergastolo ostativo" ai benefici penitenziari, ossia una pena alla detenzione finché morte non sopraggiunga, e di gioia per me, nel vedere che gli studi che stavo conducendo potevano davvero servire a qualcosa.

Catanzaro, 9 settembre 2015

1^ CORTE DI ASSISE DI ROMA

La Corte di Assise di Roma – Sezione 1^ composta dai Sigg. :

1) ZAIRA	SECCHI	Presidente
2) SANDRO	DI LORENZO	Giudice a latere
3) SABATINO	BUCCI	Giudice popolare
4) FEDERICA	SCARCHILLI	"
5) GUIDO	BELLOMI	"
6) AUGUSTO	GREGORI	"
7) MARCO	TRIONFERA	"
8) MICHELINA	SILVESTRI	"

N. 22/00 R.G.

N. 3/12 R. Es. C. Ass.

N. 2/12 R.A.G.P.

riunita in Camera di Consiglio il 21 Settembre 2012 ha

pronunciato la

seguente

ORDINANZA

nel procedimento a carico di

FARINA GIOVANNI – nato a Tempio Pausania il 22.9.1950

I CORTE D'ASSISE DI ROMA

Proc. n. 3/12 R.G. Es.

La I Corte d'Assise di Roma , composta come indicato in intestazione, in funzione di giudice dell'esecuzione, nel procedimento sopra specificato, sciogliendo la riserva di cui al verbale d'udienza in data 9 Luglio 2012, ha emesso la seguente

ORDINANZA

- Premesso che **FARINA Giovanni** (n. Tempio Pausania 22/9/1950) ha personalmente proposto incidente di esecuzione avverso il provvedimento di cumulo emesso dal P. M. nei suoi confronti in data 19/4/2007, lamentando l'erronea applicazione del disposto di cui all'art. 72 c.p. (*sic*) laddove sarebbe stata considerata, per le sentenze emesse rispettivamente dalla Corte d'Appello di Firenze in data 14/10/1986, definitiva il 16/6/1987, e dalla Corte d'Assise d'Appello di Roma in data 3/5/2002, definitiva il 15/12/2003, una pena base per il più grave dei delitti giudicati in ciascuna delle ricordate decisioni superiore agli anni 24 di reclusione, mentre, invece, detta pena base sarebbe stata inferiore a tale limite, si da non consentire la sostituzione delle pene detentive temporanee con quella dell'ergastolo;

- letti gli atti;

- visto il parere espresso dal P. M. con nota scritta in data 11/5/2012, al quale si è riportato il P. M. d'udienza;

- rilevato che dalla lettura delle sentenze come sopra indicate, oggi acquisite in copia, si ricava come la Corte d'Appello di Firenze, con la decisione in data 14/10/1986, avesse confermato la condanna nei confronti del Farina emessa dal Tribunale di Firenze ove, ritenuta la continuazione tra i delitti a lui ascritti, era stata stabilita la pena base di anni 25 di reclusione per il più grave delitto di cui all'art. 630 c. p. (quantificazione della pena che in sede di appello è stata ritenuta congrua in forza della piena conferma della decisione di condanna) mentre la Corte d'Assise d'Appello di Roma, confermando totalmente la sentenza di primo grado in data 29/3/2001, con la sentenza emessa sempre a carico del Farina in data 3/5/2002, ha in particolare ritenuto congrua e legittima la pena ivi inflitta, nella misura di anni 28 e mesi 6 di reclusione, con l'indicazione della pena base nella misura di anni 26 di reclusione per il più grave delitto di cui all'art. 630 c. p. ;

- considerato, pertanto, che in forza di entrambe le decisioni citate era stata emessa condanna a carico del Farina ad una pena base superiore ai 24 anni di reclusione per cui risulta corretta e legittima l'applicazione al predetto, in fase esecutiva e di provvedimento di cumulo adottato dal P. M. già in data 19/4/2007, di quanto stabilito dalla norma di cui all'art. 73 II comma c. p., laddove è stabilito che *....quando concorrono più delitti per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni si applica l'ergastolo*, previsione che prevale

comunque sull'altro criterio moderatore del cumulo materiale di cui all'art. 78 I comma c. p. (cfr. Cass. Pen. Sez. I. sent. nr. 6560 del 18/1/2011, Corio)

P.Q.M.

Visto l'art. 670 c.p.p.

Rigetta

l'istanza come sopra specificata.

Così deciso a Roma il 21/9/2012

il Giudice
dr. Sandro Di Lorenzo

il Presidente
dr.ssa Zaira Secchi

DEPOSITATO IN CANCELLERIA IL 26.9.2012

Il Cancelliere

Alla Procura [illegible]
c/o Tribunale della Repubblica
di Roma
(Ufficio esecuzione [illegible])

Oggetto: correzione cumulo- decorrenza pena.

Farina Giovanni n. Tempio Pausania (SS) il 22.09.1950, ristretto c/o la CC di Catanzaro [illegible] esecuzione di un provvedimento di pene concorrenti n. 1443/2005 r.e. curato dalla PG di Roma.

Premesso

che il PG di Roma con provvedimento del 19.04.2007 ha sostituito, il precedente cumulo a 30 anni di reclusione datato 9.12.2005, con la pena dell'ergastolo a seguito del cumulo delle pene inflitte con i provvedimenti:

- 14.10.1986 CORTE APPELLO FIRENZE
- 03.05.2002 CORTE ASSISE DI APPELLO DI ROMA

Con decorrenza pena al **30.09.1998** e fine pena mai.

Tenuto conto che la sentenza della Corte Appello di Firenze, ritenuta nel cumulo, stabilisce [illegible] decorrenza pena alla data **04.11.1982**; che detta pena temporanea è stata cumulata con altra pena temporanea comminata dalla Corte Assise Appello di Roma. Cumulo dal quale è derivata ex art. [illegible] la pena dell'ergastolo, sulla base di due delitti puniti con pene superiori a 24 anni di reclusione, dunque ritenendo eseguibili per intero le pene cumulate.

Chiede

La correzione della **decorrenza** pena, da fissare al **4.11.1982**, data d'inizio della prima pena comminata dalla **CORTE APPELLO FIRENZE** e non in quella del 30.09.1998 attualmente presente nel provvedimento di esecuzione pene.

Catanzaro, 9 aprile 2013

In fede

Farina Giovanni

PROCURA DELLA REPUBBLICA
presso il Tribunale Ordinario di Roma
UFFICIO ESECUZIONE
CUMULI ITALIANI

Si conferma l'ultimo provvedimento di cumulo del 13/12/2008, osservando che il periodo di detenzione subito dal 1982 al 1986 è già stato calcolato come "pena sofferta" e detratto dalla pena espiande complessiva determinata.

Roma, 17/4/13

IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA
Dott. Roberto [illegible]

Alla Corte Assise
-Ufficio esecuzioni penale-
c/o Tribunale della Repubblica
di Roma

Oggetto: incidente di esecuzione

Farina Giovanni n. Tempio Pausania il 22.09.1950, ristretto c/o la CC di Catanzaro, in esecuzione di un provvedimento di pene concorrenti datato 13.12.2008, n. Es. 5966/08 r.c. emesso dalla Procura di Roma.

Col presente atto si lamentano le violazioni di legge che hanno comportato la pena dell‟ergastolo, anziché quella di 30 anni di reclusione.

Premesso

che la Procura di Roma con provvedimento (del 19.04.2007) ha sostituito, il precedente cumulo a 30 anni di reclusione (datato 9.12.2005), con la pena dell‟ergastolo a seguito del cumulo delle pene inflitte con i provvedimenti:

- 14.10.1986 CORTE APPELLO FIRENZE (arrestato il 4.11.1982)
- 03.05.2002 CORTE ASSISE DI APPELLO DI ROMA (arrestato il 30.9.1998)

In particolare, riguardo alla prima sentenza, v‟è da precisare che è cumulabile solo l‟ultima "frazione" di pena ancora da espiare (8 anni di reclusione, per i quali è stata ottenuta l‟estradizione dallo Stato dell‟Australia dove l‟istante è stato arrestato (V. atto di estradizione).

A conferma si veda, nel provvedimento in contestazione, l‟anno di decorrenza pena fissata al 30.09.1998, anziché al 04.11.1982, data di arresto della prima pena cumulata.

La rideterminazione della pena in quella dell‟ergastolo è stata compiuta in seguito ad un‟erronea applicazione dell‟ art. 73 c.p. per il quale: "quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a 24 anni, si applica l‟ergastolo".

Violazione del combinato disposto *ex* artt. 73, 78 e 80 c.p. e il relativo "sistema di concorso delle pene" improntato al principio del favor rei.

Si è violato l‟art. 73 c.p., tramutando le due pene temporanee (irrogate per violazione dell‟art. 630.1 c.p.) in quella dell‟ergastolo, reati per i quali, si badi bene, non è prevista la pena dell‟ergastolo, ma la massima pena a 30 anni di reclusione, poiché il cumulo delle pene è avvenuto non tra due pene superiori a 24 anni di reclusione, ma tra una pena superiore a 24 anni e una "frazione" di pena (8 anni di reclusione), per la quale si era ottenuta l‟estradizione.

In questo "speciale" caso, non può essere ritenuta per intero la pena di cui la suddetta frazione, ne rappresenta "autonoma" parte, in virtù dei limiti e principi internazionalmente riconosciuti sull‟estradizione, secondo i quali non si può procedere nei confronti dell‟estradato, se non per i reati e pene per i quali è stata richiesta e accettata l‟estradizione. Ed in questo caso, la pena era di anni 8 di reclusione.

Poteva invece cumularsi la pena di 8 anni, con quella poi irrogata per il reato di sequestro (reato per il quale era stata ottenuta l‟estradizione), e applicarsi il principio moderatore *ex* art. 78 c.p., rideterminando la pena

massima a 30 anni di reclusione, com‟era avvenuto nel provvedimento di cumulo di pene (datato 9.12.2005 e poi immotivatamente sostituito con quello dell‟ergastolo).

Sarebbe comunque violato l‟art. 73 c.p. poiché, come sostenuto da autorevole dottrina, non può determinarsi l‟ergastolo anche cumulando due pene superiori a 24 anni di reclusione, in quanto l‟art. 73 c.p., alla lettera, recita "*quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi…*" lasciando intendere nella fase processuale e non dell‟esecuzione; diversamente la norma avrebbe recitato "quando concorrono più pene", non delitti…

Nel presente caso si è arrivati alla conversione nella pena dell‟ergastolo in fase di esecuzione "scardinando", in tal modo, due principi cardine del sistema processuale, quello "dell‟intangibilità del giudicato" e quello della netta "distinzione di competenze funzionali" tra il giudice della cognizione e il giudice dell‟esecuzione, restando a quest‟ultimo preclusa la possibilità di valutare e quantificare i fatti in modo difforme da quanto ritenuto dal giudice di merito.

Di più, la dicitura "*quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a 24 anni*", deve intendersi riferita a quei delitti per i quali, già singolarmente, sia prevista la pena massima dell‟ergastolo. Diversamente ci troveremmo di fronte alla violazione del principio di determinazione della pena, nel duplice profilo, quello stabilito dal legislatore per ogni singola fattispecie e quello riconosciuto al giudice di cognizione *ex* art. 133 c.p..

Per tali motivi

Voglia questo Ecc.ma Corte, censurare il provvedimento di cumulo (del 19.4.2007) che ha rideterminato la pena in quello dell‟ergastolo, sostituendo il precedente (del 9.12.2005) correttamente determinato nella pena della reclusione a 30 anni, del quale si chiede la riconferma.

In fede

Catanzaro, 2 maggio 2013

Alla Procura Generale
c/o Tribunale della Repubblica
di Roma
(Ufficio esecuzioni)

Oggetto: correzione cumulo- decorrenza pena.

Farina Giovanni n. Tempio Pausania (SS) il 22.09.1950, ristretto c/o la CC di Catanzaro, in esecuzione di un provvedimento di pene concorrenti n. 1443/2005 r.e. curato dalla PG di Roma.

Premesso

che il PG di Roma con provvedimento del 19.04.2007 ha sostituito, il precedente cumulo a 30 anni di reclusione datato 9.12.2005, con la pena dell'ergastolo a seguito del cumulo delle pene inflitte con i provvedimenti:

- 14.10.1986 CORTE APPELLO FIRENZE
- 03.05.2002 CORTE ASSISE DI APPELLO DI ROMA

Con decorrenza pena al **30.09.1998** e fine pena mai.

Tenuto conto che la sentenza della Corte Appello di Firenze, ritenuta nel cumulo, stabilisce la decorrenza pena alla data **04.11.1982**; che detta pena temporanea è stata cumulata con altra pena temporanea comminata dalla Corte Assise Appello di Roma. Cumulo dal quale è derivata ex art. 73 la pena dell'ergastolo, sulla base di due delitti puniti con pene superiori a 24 anni di reclusione, dunque ritenendo eseguibili per intero le pene cumulate.

Chiede

La correzione della **decorrenza** pena, da fissare al **4.11.1982**, data d'inizio della prima pena comminata dalla CORTE APPELLO FIRENZE e non in quella del 30.09.1998 attualmente presente nel provvedimento di esecuzione pene.

Catanzaro, 9 aprile 2013

In fede

Farina Giovanni

PROCURA DELLA REPUBBLICA
presso il Tribunale Ordinario di Roma
UFFICIO ESECUZIONE
CUMULI ITALIANI

lo già provveduto
in data 17/4/2013 _
21/5/13

IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA
Dott. Roberto Felici - Sostituto

Alla Suprema Corte di Cassazione
Roma
per il tramite della Corte Assise Roma

Ord. N. 6/13 R.G. Es.
Corte Assise Roma
del 15.7.2013
(notificata il 18.7. 2013) a:

Farina Giovanni n. Tempio Pausania il 22.9.1950 attualmente ristretto c/o la CC di Catanzaro in espiazione di un provvedimento di cumulo emesso dal PM della Proc. Rep. di Roma in data 19.4.2007.

Che col presente propone

Atto di ricorso per Cassazione ed esposizione contestuale dei motivi *ex* art. 311 c.p.p..

Avverso l"ordinanza emessa dal Presidente della Corte Assise di Roma, n. 6/13 RG Es, datata 15.7.2013, notificata il 18.7.2013, con la quale dichiarava inammissibile l"istanza di incidente di esecuzione contro il provvedimento di cumulo emesso dalla Procura di Roma (il 19.04.2007) che ha sostituito con la pena dell"ergastolo, il precedente cumulo a 30 anni di reclusione (datato 9.12.2005), senza che nessun fatto nuovo sopraggiungesse nelle *more*.

Con istanza al giudice dell"esecuzione si è richiesta la censura di tale provvedimento peggiorativo, poiché più correttamente il primo cumulava a 30 anni di reclusione le pene inflitte con i provvedimenti del

03.05.2002 CORTE ASSISE DI APPELLO DI ROMA (pena base 26 anni reclusione con decorrenza dal 30.9.1998) e 14.10.1986 CORTE APPELLO FIRENZE (pena base 25 anni reclusione e decorrenza dal 4.11.1982) della quale però residuavano solo 8 anni di pena da espiare e per i quali lo Stato italiano ha ottenuto l'estradizione dallo Stato dell'Australia nel 1998 (v. atto di estradizione), sottolineando come, in entrambi i provvedimenti, solo questi ultimi 8 anni di pena risultano sostanzialmente cumulati con la nuova pena a 26 anni di reclusione comminati dalla C. ASS. APP. Roma, come conferma la decorrenza pena fissata al 1998 (e non al 1982 come sarebbe dovuto essere se si fosse cumulata l'intera pena di 25 anni comminata dalla C. App. Firenze).

Di tutta evidenza come non possa sostenersi la cumulazione per intero di entrambe le pene e poi far decorrere la pena dall'ultimo arresto, anziché da quella dell'inizio di espiazione della prima condanna.

L'Ecc.ma Corte consentirà una breve digressione sul caso in questione, in considerazione delle gravissime vicende che l'hanno accompagnato già nella fase processuale.

L'istante si trova ad espiare una pena all'ergastolo, senza aver commesso nessuno di quei delitti che astrattamente lo prevedono *ab origine* (è condannato per violazione dell'art. 630.1 c.p.).

Di più le SSLL non ignoreranno (per gli echi mediatici che ha avuto la vicenda riguardante il delitto dell'Ispettore Samuele Donadoni) che il ricorrente è stato vittima di abusi da parte delle forze di polizia (oggi indagate dalla Proc. di Roma per falso ideologico e in atti d'ufficio oltre che per omicidio colposo), attraverso i quali in un primo momento hanno portato all'imputazione dell'istante per l'omicidio dell'ispettore Donadoni per il qual è stato processato ed assolto.

Imputazione quest‟ultima che non ha consentito all‟istante di ottenere l‟applicazione del rito abbreviato richiesto in una delle prime udienze utili nel processo che inizialmente cumulava i procedimenti di sequestro *ex* art. 630.1 c.p. (poi definito dalla C. ASS. APP. ROMA IL 3.5.2002) e del suddetto delitto di omicidio (che ad un certo punto verrà stralciato per la momentanea mancanza dell‟atto di estradizione) e conclusosi con l‟assoluzione.

Si converrà che con l‟applicazione del richiesto (ma illegittimamente rifiutato) rito abbreviato, la diminuzione di pena per il delitto *ex* art. 630.1 c.p., avrebbe comportato una condanna non superiore a 20 anni di reclusione, con relativa impossibile applicazione dell‟art. 73 c.p. e dunque dell‟ergastolo.

Anche alla luce di questa "illegittima" esclusione, generata da gravissimi abusi e illegalità, per la quale però non può sostenersi la riapertura dei termini allo stato dei fatti, appare comunque opportuno un intervento sostanzialmente "riparatore" da parte di questa Ecc.ma Corte.

In diritto

Il giudice dell‟esecuzione ha dichiarato inammissibile l‟istanza per mera riproposizione di precedenti istanze già valutate.

Impugnazioni che però non hanno mai avuto risposta sulle questioni di fatto e diritto sollevate, limitandosi (come in quest‟occasione) ad affermare la ritenuta prevalenza della previsione *ex* art. 73 c.p., ed applicabilità dell‟ergastolo, rispetto al principio moderatore *ex* art. 78 c.p., in caso di cumulo materiale.

Restano senza risposta, con conseguente nullità dell‟ordinanza, le altre questioni poste all‟attenzione del giudice dell‟esecuzione:

1) Nullità dell‟ordinanza per violazione di legge e mancanza di motivazione. In violazione degli artt. 73, 78, 80 c.p. e 696ss c.p.p., in relazione all‟art. 606 lett. b) ed e) c.p.p..

Risultano violate le norme internazionali sull‟estradizione per gli effetti relativi alla sua limitata concessione solo per gli 8 anni di pena (residui di 25 anni di reclusione).

Lo Stato italiano ha avanzato richiesta di estradizione a quello australiano, solo per la frazione di pena residua di 8 anni (v. atto di estradizione) e non per l‟intera pena, inclusiva anche di quella già espiata.

In sostanza l‟atto di estradizione ha riguardato solo una pena di anni 8 di reclusione ed a questa deve limitarsi l‟operatività della pena detentiva. E comunque la richiesta riguardava l‟esecuzione di una pena temporanea.

Estradizione che probabilmente non sarebbe stata concessa se si fosse prospettata la possibilità di una conversione della pena temporanea in quella dell‟ergastolo, poiché l‟istituto relativo all‟art. 73 c.p., è sconosciuto all‟ordinamento giuridico australiano.

Per questi motivi il giudice dell‟esecuzione correttamente avrebbe dovuto ritenere cumulabile solo la frazione di pena per la quale è stata chiesta e ottenuta l‟estradizione (come avvenuto nel primo provvedimento di cumulo del 2005) per non incorrere nelle violazioni di cui sopra.

Anche tenuto conto che, agli effetti dell‟espiazione, la data di decorrenza è stata fissata al 1998 e non a quella precedente del 1982.

Né può ammettersi un‟interpretazione della legge così sfavorevole al reo, che ai fini del computo complessivo di pena scontata, esclude la frazione di pena espiata, mentre poi la considera nella sua unitarietà ai fini dell‟art. 73 c.p..

La lettura combinata degli artt. 73, 78 e 80 non ammettono una tale interpretazione, specie nel *caso de quo*. Delle due l‟una o si ammette la decorrenza pena dal 1982 oppure se è fissata al 1998 non può convertirsi in quella dell‟ergastolo, essendo cumulata una pena di anni 8 di reclusione e non superiore a 24 come da art. 73 c.p..

2) Nullità dell‟ordinanza per violazione di legge e mancanza di motivazione. In violazione degli artt. 6 CEDU, 73, 133 c.p., 33,177ss, 655ss e 665ss c.p.p., in relazione all‟art. 606 lett. b), c) ed e) c.p.p..

L‟interpretazione letterale, sostenuta da autorevole dottrina, sostiene la corretta applicazione dell‟art. 73 solo in fase di giudizio quando concorrono più delitti per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni e non in fase di esecuzione, diversamente avrebbe recitato "quando concorrono più pene per le quali sono state inflitte", al passato e con riferimento alle pene.

Andrebbero così a violarsi principi cardini del processo, quali:

Eccesso di competenza funzionale del (PM e) giudice dell‟esecuzione (organo monocratico) che (in violazione degli artt. 33 e 177ss, 655, 665 c.p.p. e art. 6 CEDU), sostituendosi al tribunale collegiale che ha emesso la sentenza, ha riformato *in peius*, con una pena diversa e speciale, la condanna ritenuta dal giudice di cognizione, al quale è demandato in modo esclusivo il potere di valutare la gravità del reato agli effetti della pena (133 c.p.); violandosi inoltre il divieto di intangibilità del giudicato.

La questione nonostante si confronti con una giurisprudenza che ammette tale intervento anche in sede di esecuzione, merita una più approfondita riflessione, considerati i principi di diritto in discussione, il tenore letterale del disposto e il pregiudizio che deriva per il condannato che

subisce una nuova pena senza la valutazione e garanzie previste in sede processuale col giudice di cognizione.

3) Nullità dell‟ordinanza per violazione di legge e mancanza di motivazione. Violazione degli artt. 7 CEDU, 3 e 25 della Costituzione, in relazione all‟art. 606 c.p.p. lett. b) ed e).

Non appare non manifestamente infondata la questione di costituzionalità di una disposizione (73 c.p.) che determina la pena dell‟ergastolo per reati per i quali il legislatore ha previsto come pena massima quella temporanea. Nel caso in questione la fattispecie per la qual è stato condannato l‟istante (630.1 c.p.) prevede la pena massima da 25 a 30 anni di reclusione. Evidente la violazione degli artt. 7 CEDU, 3 e 25 della Costituzione, per illegittima parificazione di situazioni diverse, violazione del principio di proporzionalità, determinatezza e tassatività della legge penale (l‟art. 73 c.p., risulta indeterminato riguardo alle fattispecie incluse).

PTM

Voglia l‟Ecc.ma Corte annullare con o senza rinvio l‟ordinanza impugnata e/o rimettere alla Corte costituzionale per non manifesta infondatezza le questioni sopra prospettate.

In fede

Catanzaro, 22 luglio 2013

13416/14

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

UDIENZA CAMERA DI CONSIGLIO DEL 18/02/2014

SENTENZA N. 516/2014

REGISTRO GENERALE N. 34683/2013

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SEVERO CHIEFFI	- Presidente -
Dott. MAURIZIO BARBARISI	- Consigliere -
Dott. GIUSEPPE LOCATELLI	Rel. Consigliere
Dott. LUCIA LA POSTA	- Consigliere -
Dott. RAFFAELLO MAGI	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

FARINA GIOVANNI N. IL 22/09/1950

avverso l'ordinanza n. 6/2013 CORTE ASSISE di ROMA, del 15/07/2013

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. GIUSEPPE LOCATELLI;
lette/~~sentite~~ le conclusioni del PG Dott. Giuseppe Volpe, che ha chiesto l'annullamento con rinvio

Udit i difensor Avv.;

RITENUTO IN FATTO

Con provvedimento di esecuzione pene concorrenti del 13.12.2008 il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma cumulava, tra l'altro, la sentenza della Corte di appello di Firenze del 14.10.1986 di condanna alla pena base di anni 25 di reclusione per il delitto previsto dall'art.630 cod.pen. e la sentenza Corte di assise di appello di Roma del 3.5.2002 di condanna alla pena base di anni 26 di reclusione per il delitto previsto dall'art.630 cod.pen.; conseguentemente, in applicazione dell'art.73 comma 2 cod.pen., sostituiva con la pena dell'ergastolo le due condanne per delitti con le quali erano state irrogate pene ciascuna non inferiore ad anni 24 di reclusione.

Con istanza del 2.5.2013 Farina Giuseppe proponeva incidente di esecuzione avverso il predetto cumulo.

Con decreto del 15.7.2013 il presidente della Corte di assise di Roma, in funzione di giudice dell'esecuzione, dichiarava inammissibile l'incidente di esecuzione poiché mera ripetizione di due precedenti istanze già rigettate.

Avverso l'ordinanza il condannato personalmente propone ricorso per cassazione deducendo: nullità dell'ordinanza per mancanza di motivazione in ordine alla eccepita inapplicabilità dell'art.73 comma 2 cod.pen. in caso di esecuzione di una frazione di pena (pari ad anni 8 di reclusione) quale residuo della pena originariamente superiore ad anni 24 di reclusione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è fondato nei termini di seguito indicati.

L'incidente di esecuzione proposto dal ricorrente con l'istanza del 2.5.2013 non costituisce mera riproposizione delle richieste presentate in data 11.5.2012 e 5.4.2012. Diversamente dalle precedenti istanze, esso contiene l'eccezione di inapplicabilità del disposto dell'art.73 comma 2 cod.pen. per il fatto che il provvedimento di cumulo del Procuratore della Repubblica di Roma del 13.12.2008 che ha applicato l'ergastolo non riguarda l'esecuzione della intera pena, superiore ad anni 24 di reclusione, irrogata con la sentenza 3.5.2002 della Corte di assise di appello di Roma, ma attiene soltanto alla esecuzione della frazione residua di essa pari ad anni 8 di reclusione, con conseguente applicabilità, secondo la prospettazione dell'istante, del diverso criterio moderatore previsto dall'art.78 cod.pen. in luogo del disposto dell'art.73 comma 2 cod.pen.

La premessa in fatto e la questione di diritto posta dal ricorrente non sono state esaminate con il decreto che ha dichiarato l'inammissibilità dell'istanza.

Pertanto il provvedimento impugnato deve essere annullato senza rinvio, con trasmissione degli atti alla Corte di assise di Roma, in qualità di giudice

dell'esecuzione, affinché esamini la fondatezza, in fatto ed in diritto, della questione posta dal condannato Farina Giovanni.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio il decreto impugnato e dispone la trasmissione degli atti alla Corte di assise di Roma per il corso ulteriore.

Così deciso in Roma il 18.2.2014.

Estensore
Giuseppe Locatelli

Presidente
Severo Chieffi

DEPOSITATA
IN CANCELLERIA
21 MAR 2014
IL CANCELLIERE
Stefania FAIELLA

Copia conforme all'originale che si rilascia a richiesta del Sig. [illegible] in forma legale.
Roma lì [illegible]

2

I CORTE D'ASSISE DI ROMA

Proc. n. 6/13 R.G. Es.

La I Corte d'Assise di Roma, sciogliendo la riserva di cui al verbale di udienza camerale in data 9/6/2014, ha emesso la seguente

ORDINANZA

- Premesso che con decreto presidenziale in data 15/7/2013 era stato dichiarato inammissibile l'incidente di esecuzione proposto da FARINA Giovanni (n. Tempio Pausania 22/9/1950), essendo stato ritenuto mera riproposizione delle istanze già avanzate dal condannato e rigettate da questa Corte con provvedimenti dell'11/5/2012 e del 5/4/2012;

- letti gli atti;

- atteso il parere espresso dal P. M. in udienza;

- rilevato che avverso il citato decreto di inammissibilità è stato proposto ricorso per Cassazione e che la Suprema Corte ha annullato detto provvedimento, evidenziando che una delle questioni prospettate non era stata esaminata dalla Corte d'Assise e, precisamente, quella inerente *"l'eccezione di inapplicabilità del disposto dell'art. 73 comma 2 c.p. per il fatto che il provvedimento di cumulo del Procuratore della Repubblica di Roma del 13/12/2008 che ha applicato l'ergastolo non riguarda l'esecuzione dell'intera pena……ma attiene solo all'esecuzione della pena residua di essa, pari ad anni 8 di reclusione, con conseguente applicabilità, secondo la prospettazione dell'istante, del diverso criterio moderatore previsto dall'art. 78 cod. pen. in luogo dell'art. 73 comma 2 cod. pen."*;

-ritenuto, pertanto, che la questione devoluta al giudizio di questa Corte sia unicamente quella appena sopra ricordata, essendo stata implicitamente confermata la precedente decisione per ogni altro e diverso aspetto

-ribadito, comunque, quanto già affermato con le precedenti ordinanze emesse da questa Corte, come appresso riportate: "*….dalla lettura delle sentenze come sopra indicate, oggi acquisite in copia, si ricava come la Corte d'Appello di Firenze, con la decisione in data 14/10/1986, avesse confermato la condanna nei confronti del*

1

06387927942

Farina emessa dal Tribunale di Firenze ove, ritenuta la continuazione tra i delitti a lui ascritti, era stata stabilita la pena base di anni 25 di reclusione per il più grave delitto di cui all'art. 630 c. p. (quantificazione della pena che in sede di appello è stata ritenuta congrua in forza della piena conferma della decisione di condanna) mentre la Corte d'Assise d'Appello di Roma - confermando totalmente la decisione di primo grado in data 29/3/2001- con la sentenza emessa sempre a carico del Farina in data 3/5/2002, ha, in particolare, ritenuto congrua e legittima la pena ivi inflitta, nella misura di anni 28 e mesi 6 di reclusione, con l'indicazione della pena base nella misura di anni 26 di reclusione per il più grave delitto di cui all'art. 630 c. p.;

- considerato, pertanto, che in forza di entrambe le decisioni citate era stata emessa condanna a carico del Farina ad una pena base superiore ai 24 anni di reclusione per cui risulta corretta e legittima l'applicazione al predetto, in fase esecutiva e di provvedimento di cumulo adottato dal P. M. già in data 19/4/2007, di quanto indicato dalla norma di cui all'art. 73 II comma c. p., laddove è stabilito che ....quando concorrono più delitti per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni, si applica l'ergastolo, previsione che prevale comunque sull'altro criterio moderatore del cumulo materiale di cui all'art. 78 I comma c. p. (cfr. Cass. Pen. Sez. I. sent. nr. 6560 del 18/1/2011, Corio)";

- ritenuto, quindi, che la residua questione oggi in esame si fondi su un'erronea lettura della norma di cui all'art. 73, II comma, c.p. da parte dell'istante poiché si confonde la pena concretamente irrogata per ciascun delitto (non inferiore ai 24 anni di reclusione), con quella eventualmente – come nel caso concreto - ancora da scontare, essendo di tutta evidenza che il Legislatore - nel disciplinare il cumulo giuridico delle pene - ha valutato, alla stregua della severa sanzione irrogata, la gravità dei reati commessi - tali per cui, per ciascuno, deve essere applicata una pena non inferiore agli anni 24 di reclusione - disponendo, in questa situazione, l'applicazione al condannato dell'unica pena dell'ergastolo e non, invece, come prospettato dall'istante, l'occasionale quantità di pena ancora da scontare - rispetto a quella inflitta - da cumulare con quella irrogata per altro delitto, sanzionato sempre con pena detentiva superiore nel minimo ai 24 anni di reclusione; sistema sanzionatorio che ha peraltro trovato conferma nell'interpretazione della giurisprudenza della Suprema Corte che ha così statuito:

Sez. 1, Sentenza n. 1696 del 03/12/1982 Imputato: MAGNI.

Il principio della legalità della pena, sancito legislativamente dall'art. 1 cod. pen. e costituzionalmente garantito dagli artt. 13 e 25 secondo comma cost., non significa l'intangibilità assoluta della pena edittale prevista per ogni singolo reato, ma soltanto

0638792942

che le pene, come i reati, debbono essere in via generale prefigurati dalla legge. Ne consegue che pena legale non è soltanto quella stabilita per la singola fattispecie incriminatrice, ma quella risultante dall'applicazione delle varie Disposizioni di legge che attraverso meccanismi diversi (quali, aumento o diminuzione o trasformazione di pene per il concorso di circostanze aggravanti od attenuanti; giudizio di comparazione tra circostanze di segno opposto, cumulo giuridico di pene) incidono sul trattamento sanzionatorio. (V mass n 149263 Sezioni Unite), escludendo, peraltro, qualunque violazione di principi di rango costituzionale:

Sez. 1, Sentenza n. 1074 del 01/03/1991 Cc. Imputato: Martino.
(Dichiara manifestamente infondate, Ass. App. Reggio Calabria, 24 luglio 1990).

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 73 cod. pen. (che prevede che quando concorrono più delitti per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni, si applica l'ergastolo) sollevata sul rilievo che tale norma contrasterebbe con i principi di legalità della pena e del fine rieducativo cui la stessa deve tendere, rispettivamente garantiti, il primo, dal combinato disposto degli artt. 25, comma secondo, Cost. e 1 cod. pen. e, il secondo, dall'art. 27, comma terzo, Cost. Non vi è infatti contrasto con il principio di legalità in quanto la pena legale non è soltanto quella prevista per le singole fattispecie penali, bensì quella risultante dalla applicazione delle varie disposizioni di legge che attraverso meccanismi diversi - quale, tra gli altri, il cumulo giuridico di pene - incidono sul trattamento sanzionatorio. Egualmente insussistente è la violazione del disposto dell'art. 27 Cost., che si assume deriverebbe dal fatto che la comminazione della pena perpetua renderebbe impossibile la rieducazione del condannato, giacché nel nostro ordinamento non vige il principio della inderogabilità dell'integrale attuazione della pena, sicché anche i condannati all'ergastolo, trascorso un periodo di non molto superiore a quelli previsti per coloro che siano in espiazione delle pene temporanee di più lunga durata, hanno diritto a che, verificandosi le condizioni poste dalle norme sull'ordinamento penitenziario, si valuti se la quantità di pena già espiata abbia positivamente assolto al suo fine rieducativo, con la rinuncia, condizionata o definitiva, da parte dello Stato alla sua ulteriore pretesa punitiva. (V. C.Costituzionale 22 novembre 1974, n. 264).

-rilevato, poi, che il P.M. è l'organo funzionalmente competente a eseguire le pene, ai sensi degli artt. 648 e segg. c.p.p. e che, in particolare, cura l'esecuzione delle pene concorrenti determinando *...la pena da eseguirsi, in osservanza delle norme di cui al concorso di pene...*(art. 663 c.p.p.), per cui è del tutto infondato ipotizzare una qualche violazione - da parte del P.M. che ha emesso il provvedimento di cumulo in data 19/4/2007 - del giudicato e/o della distinzione delle competenze funzionali tra giudice e ufficio dell'esecuzione;

06387929 47

P.Q.M.

Visto l'art. 670 c.p.p.

RIGETTA

l'istanza.

Così deciso a Roma il 9/6/2014

Il giudice
dr. Sandro Di Lorenzo

il Presidente
dr.ssa Anna Argento

DEPOSITATO IN CANCELLERIA IL 18. 6. 2014

Il Cancelliere

CORTE ASSISE DI 1° GRADO ROMA

4

0638179942

ALLA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE
Roma
per il tramite della Corte Assise Roma

Ord. N. 6/13 R.G. Es.
Corte Assise Roma
del 18 giugno 2014
(notificata il 3 luglio 2014) a:

FARINA Giovanni n. Tempio Pausania il 22.9.1950 attualmente ristretto c/o la CC di Catanzaro in espiazione di un provvedimento di cumulo emesso dal PM della Proc. Rep. di Roma in data 19.4.2007.

Che col presente propone

Atto di ricorso per Cassazione ed esposizione contestuale dei motivi *ex* art. 311 c.p.p.:

avverso l"ordinanza "rescissoria" emessa dalla Corte Assise di Roma, n. 6/13 RG Es, datata 18 giugno 2014, notificata il 3 luglio 2014, a seguito di ANNULLAMENTO SENZA RINVIO della Suprema Corte di Cassazione, poiché è stato OMESSO DI MOTIVARE sui punti di ricorso accolti dalla Suprema Corte, ossia: "l"inapplicabilità dell"art. 73.2 c.p. per il fatto che il provvedimento di cumulo del Procuratore della Repubblica di Roma del 13-12-2008 che ha applicato l"ergastolo non riguarda l"esecuzione dell"intera pena… ma attiene solo all"esecuzione della pena residua di essa, pari ad anni 8 di reclusione, con conseguente applicabili-

tà, secondo la prospettazione dell‘istante, del diverso criterio moderatore previsto dall‘art. 78 c.p. in luogo dell‘art. 73.2 c.p.”.

Il giudice rescissorio ha affrontato la *quaestio* in via generale sul fondamento “di un‘erronea lettura dell‘art. 73.2 c.p. prospettata dall‘istante che confonde pena irrogata e non quella eventualmente ancora da scontare…”, omettendo completamente il momento applicativo della disposizione al caso concreto: che si atteggia a fattispecie complessa con elementi di *esternalità*, poiché pone il problema dell‘estradizione per i soli 8 anni di pena residui ottenuta dall‘Italia dallo Stato australiano (v. atto di estradizione).

Come già rappresentato nel ricorso accolto, a tale computo si era attenuto il precedente favorevole provvedimento di esecuzione del 19-4-2007, che determinava una pena a 30 anni di reclusione, poi sostituito col provvedimento di cumulo del 9-12-2005 che rideterminava la pena in quella dell‘ergastolo, senza che nessun fatto nuovo lo giustificasse.

D‘altra parte, l‘illogicità del computo di pena impugnato (e confermato nell‘attuale ordinanza impugnata), è rappresentato dallo stesso ultimo provvedimento di esecuzione che fissa la decorrenza al 30-9-1998 (e non al 4-11-1982 data di inizio di decorrenza della pena di anni 25 irrogata dalla C. App. Firenze, che unificata *ex* art. 73.2 c.p., con la successiva pena di anni 26 dalla C. Ass. App. Roma consentirebbe l‘applicazione dell‘ergastolo).

Di tutta evidenza come non possa sostenersi la cumulazione per intero di entrambe le pene e poi far decorrere la pena dall‘ultimo arresto del 1998, anziché da quella dell‘inizio di espiazione della prima condanna del 1984.

A ciò si aggiunga che nello Stato di rilascio (Australia) non esiste l‘istituto *ex* art. 73.2 c.p. che consente l‘applicazione della pena

dell‟ergastolo in caso di due delitti con pene maggiori di anni 24 di reclusione.

Quaestio rimasta priva di ogni motivazione nel giudizio rescissorio, ma collegata alla sostenuta eseguibilità dei solo 8 anni di pena residua di cui si è ottenuta l‟estradizione, punto quest‟ultimo implicitamente accolto dalla sentenza di annullamento senza rinvio della Suprema Corte.

Le questioni in premessa dovevano necessariamente essere affrontate, dal giudice dell‟esecuzione, per giustificare l‟iter logico legale seguito per addivenire all‟applicazione dell‟art. 73.2 c.p., al *caso de quo*, che esula dalla normale applicazione della disposizione per gli elementi di *esternalità* presenti.

Tanto in premessa, sull‟omessa motivazione delle questioni ritenute più rilevanti dal ricorrente e dalla Suprema Corte con l‟ordinanza di annullamento con rinvio, devono riproporsi all‟attenzione di questa Ecc.ma Corte le medesime questioni.

In diritto

Il giudice dell‟esecuzione nonostante le indicazione della Suprema Corte ha OMESSO di affrontare le questioni implicite e pregiudiziali, alla questione relativa alla sola cumulabilità della pena di 8 anni di pena:

1) Nullità dell‟ordinanza per violazione di legge e mancanza di motivazione. In violazione degli artt. 73, 78, 80 c.p. e 696ss c.p.p., in relazione all‟art. 606 lett. b) ed e) c.p.p..

Il giudice rescissorio, ha OMESSO di motivare in ordine all‟implicita violazione delle norme internazionali sull‟estradizione (696ss c.p.p.) ri-

guardo alla limitata concessione solo per gli 8 anni di pena (residui di 25 anni di reclusione).

Questione che la Suprema Corte ha messo in rilievo accogliendo il ricorso laddove si sostiene "l‟inapplicabilità dell‟art. 73.2 c.p. poiché il provvedimento di cumulo che ha applicato l‟ergastolo, non riguarda l‟esecuzione dell‟intera pena superiore di 24 anni… ma attiene soltanto all‟esecuzione della pena residua di essa, pari ad anni 8 di reclusione, con conseguente applicabilità dell‟art. 78 in luogo del 73.2 c.p.".

Il ricorrente ha sostenuto tale impostazione:

a) In primis perché lo stesso Procuratore generale di Roma, nel primo provvedimento di cumulo a 30 anni di reclusione, ha cumulato i soli 8 anni di pena residui ottenuti con il provvedimento di estradizione.

b) In secondo luogo, perché i provvedimenti di cumulo (entrambi) hanno decorrenza al 30-9-1998 e non quella relativa all‟inizio della pena complessivamente intesa decorrente dal 4-11-1982.

c) In terzo, dalla costatazione che lo Stato italiano ha avanzato (e ottenuto) richiesta di estradizione a quello australiano, solo per la frazione di pena residua di 8 anni (v. atto di estradizione) e non per l‟intera pena, inclusiva anche di quella già espiata. In sostanza l‟atto di estradizione ha riguardato solo una pena di anni 8 di reclusione ed a questa deve limitarsi l‟operatività della pena detentiva. E comunque la richiesta riguardava l‟esecuzione di una pena temporanea.

d) Assenza di un istituto analogo all‟art. 73 c.p., sconosciuto all‟ordinamento giuridico australiano e ne impedisce l‟applicabilità in Italia. Non consentito dalle norme internazionali in virtù del principio di reciprocità o corrispondenza delle norme ordinamentali.

Le summenzionate questioni sono rimaste TUTTE SENZA MOTIVAZIONE

Alla luce di questa prospettazione il giudice del giudizio rescissorio era chiamato non solo a motivare la diversa scelta di non cumulare la frazione di pena per la quale è stata chiesta ed ottenuta l‟estradizione (come avvenuto nel primo provvedimento di cumulo del 2005), ma a giustificare anche IN BASE A QUALI DISPOSIZIONI di legge abbia SUPERATO I VINCOLI RELATIVI ALL‟ESTRADIZIONE.

Allo stesso modo avrebbe dovuto motivare il PERCHE‟ il primo PROVVEDIMENTO di esecuzione PIU‟ FAVOREVOLE sia stato ritenuto ILLEGITTIMO e sostituibile dal secondo sfavorevole.

E laddove ritenuto legittimo il secondo (che ha rideterminato la pena in quella dell‟ergastolo) avrebbe dovuto comunque CORREGGERE LA DECORRENZA AL 4-11-1982.

2) Violazione degli artt. 7 CEDU, 3, 24 e 25 della Costituzione in relazione agli artt. 73 c.p. e 606 c.p.p. lett. b) ed e).

Discorso a parte, poiché non è stato oggetto di accoglimento della Suprema Corte, ma che viene riproposto nel rispetto delle norme sull‟"esaurimento dei ricorsi interni" ed alla proponibilità in ogni stato e grado del procedimento delle questioni costituzionalmente rilevanti, merita l‟eccezione d‟illegittimità per indeterminatezza dell‟art. 73.2 c.p., in relazione agli artt. 7 CEDU (117 Cost.), 3, 24 e 25 Costituzione.

Anche alla luce dell‟evoluzione giurisprudenziale della C. EDU che ha da tempo superato i principi espressi negli anni „80 e „90 dalla Suprema Corte, citati nell‟ordinanza rescissoria, che sono tra l‟altro riferibili al principio di legalità della pena (Cass. Sez. 1, n. 1696 del 3-12-1982 imputato Magni e Sez. I, n. 1074 del 1-3-1991 Cc. imputato Martino) e non ai più specifici criteri di determinatezza e chiarezza che devono caratterizzare le norme penali.

Si converrà che i caratteri dell‟incertezza e indeterminatezza della disposizione *ex* art. 73.2 c.p., appaiono *prima facie*. La disposizione penale deve essere chiara e determinata non solo negli elementi costitutivi della fattispecie-reato, ma anche con riguardo alla conseguente sanzione. Connessione reato-pena totalmente assente nella disposizione *ex* art. 73.2.

Orbene nel caso di specie, il ricorrente è stato condannato per violazione dell‟art. 630.1 c.p., che stabilisce una pena dai 25 ai 30 anni di reclusione, non l‟ergastolo.

Allo stesso non è mai stata prospettata, anche durante il processo, un‟altra possibile pena superiore.

Dunque, l‟altissimo livello tecnico, l‟incertezza in giurisprudenza e in dottrina sul momento applicativo della disposizione (nella fase della cognizione o esecuzione), rendono l‟art. 73.2 una disposizione caratterizzata da indeterminatezza e incertezza. Certamente in violazione dell‟art. 7 CEDU, per il quale le disposizioni devono garantire "le aspettative che il condannato poteva avere già al momento della commissione del delitto o della condanna" (C. EDU, Del Rio Prada v. Spagna), attraverso una disposizione penale di agevole lettura.

Al ricorrente, tra l‟altro, erano già state prospettate "fondate aspettative" sulla pena definitiva da scontare col provvedimento di esecuzione della Procura Generale di Roma del 19-4-2007, che aveva determinato la pena complessiva da espiare in quella di 30 anni di reclusione.

Non può ignorarsi che, riguardo all‟applicazione dell‟art. 73.2 c.p., ci siano state diverse interpretazioni e dubbi, come dimostrano non solo i succitati arresti della Suprema Corte, ma anche il dibattito ancora aperto in dottrina.

Non appare "non manifestamente infondata" la questione di incostituzionalità di una disposizione (73 c.p.) che determina la pena dell"ergastolo per reati per i quali il legislatore ha previsto come pena massima quella temporanea.

Nel caso in questione la fattispecie per la quale è stato condannato l"istante (630.1 c.p.), prevede la pena massima da 25 a 30 anni di reclusione. Evidente la violazione degli artt. 7 CEDU, 3 e 25 della Costituzione, per illegittima parificazione di situazioni diverse (es. ergastolo previsto per la morte del sequestrato, esclusa invece per il solo sequestro di persona a scopo estorsivo), in violazione del principio di proporzionalità; per assenza di determinatezza, di tassatività (l"art. 73 c.p., risulta indeterminato riguardo alle fattispecie incluse), ragionevole certezza e chiarezza della legge penale: la disposizione non consente la prospettazione delle conseguenze sanzionatorie della violazione della legge, né prima, né durante la commissione del reato, né al momento del processo, per adottare conseguentemente una linea difensiva confacente al raggiungimento del miglior risultato. Poiché la disposizione sanzionatoria relativa alla fattispecie criminosa (630.1 c.p.), esclude la pena dell"ergastolo.

A tal proposito si chiede il SINDACATO DI COSTITUZIONALITA" sull"art. 73.2 c.p. per "non manifesta infondatezza" della questione sopra prospettata.

PTM

Voglia l"Ecc.ma Corte annullare con o senza rinvio l"ordinanza impugnata o rideterminare direttamente la pena ad anni 30 di reclusione come nel primo provvedimento di cumulo emesso dalla stessa procura Generale della Repubblica di Roma, datato 19-4-2007.

In fede

Catanzaro, 7 luglio 2014

Si allega copia dell‟ordinanza della C. Ass. Roma impugnata (4 fogli).

BAGLIONI

13042/15

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

UDIENZA CAMERA DI CONSIGLIO DEL 09/01/2015

SENTENZA N. 34/2015

REGISTRO GENERALE N. 32350/2014

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ARTURO CORTESE	- Presidente -
Dott. ENRICO GIUSEPPE SANDRINI	- Rel. Consigliere -
Dott. FILIPPO CASA	- Consigliere -
Dott. RAFFAELLO MAGI	- Consigliere -
Dott. ALESSANDRO CENTONZE	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

FARINA GIOVANNI N. IL 22/09/1950

avverso l'ordinanza n. 6/2013 CORTE ASSISE di ROMA, del 09/06/2014

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. ENRICO GIUSEPPE SANDRINI;
lette/sentite le conclusioni del PG Dott. GABRIELE MAZZOTTA, che ha chiesto l'annullamento con rinvio del provvedimento impugnato

Udit i difensor Avv.;

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza in data 9.06.2014 la Corte d'assise di Roma, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha rigettato l'incidente di esecuzione proposto da Farina Giovanni avverso il provvedimento in data 13.12.2008 con cui il pubblico ministero, in relazione all'esecuzione delle pene di anni 27 di reclusione e di anni 28 mesi 6 di reclusione rispettivamente inflitte con sentenze in data 14.10.1986 della Corte d'appello di Firenze e in data 3.05.2002 della Corte d'assise d'appello di Roma, aveva determinato la pena unica da scontare, ai sensi dell'art. 73 comma 2 cod. pen., in quella dell'ergastolo, sul presupposto - condiviso dalla Corte territoriale - per cui ai fini dell'applicazione della norma succitata dovesse tenersi conto della misura della pena (non inferiore a 24 anni di reclusione) irrogata per ciascuno dei delitti (separatamente) giudicati, costituenti entrambi violazione dell'art. 630 cod. pen., e non della misura della pena effettivamente da scontare, come sostenuto invece dal Farina con conseguente richiesta di applicazione del diverso criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen..

2. Ricorre per cassazione Farina Giovanni, personalmente, deducendo:

- violazione di legge e mancanza di motivazione, in relazione agli artt. 73, 78, 80 cod. pen. e 696 e segg. del codice di rito, con riguardo all'omessa considerazione che una delle pene da eseguire era pari a (soli) anni 8 di reclusione, in base all'estradizione che era stata concessa dallo Stato australiano la cui legislazione non contemplava un istituto analogo a quello previsto dall'art. 73 cod. pen.;
- violazione degli artt. 7 della CEDU e 3, 24 e 25 della Costituzione, stante la natura incerta e indeterminata della norma di cui all'art. 73 comma 2 cod. pen. e l'illegittimità della determinazione nell'ergastolo della pena da espiare a fronte della condanna a pene detentive temporanee per delitti che non prevedevano l'irrogazione della pena perpetua.

3. Con successiva memoria il difensore del Farina, avv. Fabio Baglioni, ha ribadito l'erronea applicazione al caso di specie dell'art. 73 comma 2 cod. pen., riguardante tra l'altro la fase della cognizione e non quella dell'esecuzione della pena, in quanto la pena eseguibile in forza della sentenza 14.10.1986 della Corte d'appello di Firenze - da cumulare a quella inflitta dalla Corte d'assise d'appello di Roma - era inferiore a 24 anni di reclusione, posto che per tale condanna era stata concessa estradizione limitatamente alla minor pena di anni 8 di reclusione.

4. Il Procuratore Generale presso questa Corte ha rassegnato conclusioni scritte, chiedendo l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il primo motivo di ricorso è fondato per le ragioni che seguono, e il suo accoglimento assorbe la seconda doglianza dedotta dal Farina.

2. Poiché il provvedimento di cumulo e di esecuzione di pene concorrenti emesso

dal pubblico ministero - in relazione al quale deve trovare applicazione la regola stabilita dall'art. 73 comma 2 cod. pen. per cui, quando concorrono più delitti (separatamente giudicati) per ciascuno dei quali sia stata inflitta la pena della reclusione non inferiore a 24 anni, si applica la pena dell'ergastolo (regola che prevale su quella contenuta nell'art. 78 cod. pen. che fissa nella misura di 30 anni il limite massimo della pena della reclusione in caso di concorso di reati che importino l'irrogazione di più pene detentive temporanee: Sez. 1 n. 6560 del 18/01/2011, Rv. 249801) - deve necessariamente avere per oggetto la pena che deve essere espiata dal condannato, in esso non possono essere incluse quelle pene che non siano (ancora) suscettibili di essere poste in esecuzione, come si verifica nel caso della pena che sia stata inflitta con una sentenza di condanna pronunciata per un reato per il quale non è stata concessa l'estradizione: il principio di specialità, stabilito in tema di estradizione dall'art. 721 del codice di rito, vieta infatti l'inclusione nel cumulo delle pene, relative a diverse condanne, di quella inflitta con una sentenza diversa da quella per la quale l'estradizione è stata richiesta e ottenuta, quando tale pena non sia concretamente eseguibile come nel caso in cui per la condanna penda ancora la procedura di estradizione suppletiva (Sez. 1 n. 9145 del 28/02/2006, Rv. 233943).

Poiché in relazione alla condanna inflitta con la sentenza 14.10.1986 della Corte d'appello di Firenze l'estradizione del Farina è stata - pacificamente - concessa dallo Stato australiano limitatamente alla pena di anni 8 di reclusione, soltanto questa porzione di pena (e non l'intero di anni 27) risulta eseguibile in Italia ed è suscettibile di essere legittimamente cumulata con quella di anni 28 mesi 6 di reclusione oggetto della condanna inflitta al Farina con la sentenza 3.05.2002 della Corte d'assise d'appello di Roma, con la conseguenza che agli effetti della determinazione della pena attualmente espiabile dal ricorrente non può trovare applicazione l'art. 73 comma 2 cod. pen., e l'ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio per nuovo esame alla Corte d'assise di Roma.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame alla Corte d'assise di Roma.

Così deciso il 9/01/2015

Il Consigliere estensore
Enrico Giuseppe Sandrini

Il Presidente
Arturo Cortese

DEPOSITATA
IN CANCELLERIA
27 MAR 2015
IL CANCELLIERE
Stefania FAIELLA

8549435

La Corte

Sull'incidente di esecuzione proposto da Farina Giovanni avverso il provvedimento di esecuzione di pene concorrenti emesso il 13/12/2008 dal Procuratore della Repubblica di Roma nei suoi confronti;
Preso atto dell'allegata sentenza emessa dalla Suprema Corte in data 18/2/2014, da ritenere facente parte integrante di questo provvedimento;
in applicazione del principio di diritto in essa enunciato;
ritenuto che le pene inflitte all'istante Farina Giovanni con sentenza della Corte di Appello di Firenze del 14/10/ 1986 e con sentenza della Corte di Assise di appello di Roma del 3/5/2002 devono essere sostituite con la pena di anni 30 di reclusione ai sensi dell'art.78 c.p.

dispone

la trasmissione degli atti al P.M. per l'emissione di nuovo provvedimento di cumulo pene conforme al principio di diritto accolto nei confronti dell'istante.
Manda alla Cancelleria per quanto di competenza.
Roma 17/7/2015

Il Giudice estensore

La Presidente

Depositato in Cancelleria
Roma 17/07/2015

IL CANCELLIERE CI
Paolo MUSIO

03/09/2015 10:34 0638729243 ICORTE ASSISE ROMA PAG 01/01
RICEVUTO 03/09/2015 10:23 0638729243 ICORTE ASSISE ROMA
03-SEP-2015 10:21 From:III CORTE DI ASSISE 0641127973 To:0638729243 Page:1/1

PROCURA DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE DI ROMA
UFFICIO ESECUZIONI

R.C. 385/2015
PROT. 2194/2005
SIEP 5966/2008

PROVVEDIMENTO DI ESECUZIONE DI PENE CONCORRENTI
NEI CONFRONTI DI CONDANNATO GIA' DETENUTO
E CONTESTUALE ORDINE DI ESECUZIONE E SCARCERAZIONE
- ART. 663 C.P.P. -

IL PUBBLICO MINISTERO

DIREZIONE CASA CIRCONDARIALE CATANZARO
PROT. N. 41718 DATA 06 AGO. 2015
ARRIVO

VISTI GLI ATTI DI ESECUZIONE A CARICO DI :

FARINA GIOVANNI NATO A TEMPIO PAUSANIA (PROV. SS) IL 22-09-1950

ATTUALMENTE DETENUTO PRESSO CASA CIRCONDARIALE UGO CARIDI CATANZARO

VISTA LA SENTENZA 09/01/2015 DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE CHE FA PARTE INTEGRANTE DEL PRESENTE PROVVEDIMENTO

VISTA L'ORDINANZA 17/07/15 DELLA CORTE ASSISE DI 1° GRADO DI ROMA CHE FA PARTE INTEGRANTE DEL PRESENTE PROVVEDIMENTO

RITENUTO CHE DEVE PROVVEDERSI A REDIGERE NUOVO PROVVEDIMENTO DI ESECUZIONE DI PENE CONCORRENTI CHE SOSTITUISCE I PROVVEDIMENTI EMESSI IN PRECEDENZA

RITENUTO CHE NEI CONFRONTI DEL PREDETTO RISULTANO ESEGUIBILI I SEGUENTI PROVVEDIMENTI DI CONDANNA :

1) SENTENZA DEL 14-10-1986 CORTE APPELLO FIRENZE RS 236/87 PROC. GEN. FIRENZE SEZ. 1 (N. 70/1986 R.G.), DEFINITIVA IN DATA 16-06-1987

REATI:
- ARTT. 110, 630, 99 CO.2 N. 1 E 2 CP, COMMESSO IN DATA 18-03-1980
- ARTT. 110, 624, 625 N. 2 E 7, 99 CO. 2 N. 1 E 2 CP REATO COMMESSO NEL 1980
- ARTT. 110, 630, 99 CO. 2 N. 1 E 2 CP, COMMESSO IN DATA 29-10-1980
- ARTT. 10, 12, 14 L. 497/74, AART. 99 CO.2 N. 1 E 2 CP

E M E T T E

ORDINE DI ESECUZIONE PER LA PENA DI ANNI 30 RECLUSIONE

F I S S A

LA DECORRENZA DELLA RECLUSIONE AL 30-09-1998 CON SCADENZA AL 29-09-2028 ANZI, AL 10-12-2023, TENUTO CONTO DI 1.755 GIORNI COMPLESSIVI DI LIBERAZIONE ANTICIPATA
DATA IN CUI IL CONDANNATO DOVRÀ ESSERE SCARCERATO SE NON DETENUTO PER ALTRA CAUSA, OVVERO DATA A DECORRERE DALLA QUALE DOVRÀ TROVARE APPLICAZIONE (PREVIO ACCERTAMENTO DELLA PERSISTENZA DELLA PERICOLOSITÀ DA PARTE DELL'AUTORITÀ COMPETENTE, SE NON GIÀ ACCERTATA) LA MISURA DI SICUREZZA :
LIBERTA' VIGILATA ANNI 3

O R D I N A

CHE IL PRESENTE PROVVEDIMENTO, CHE HA VALORE DI NUOVA POSIZIONE GIURIDICA, VENGA ANNOTATO IN MATRICOLA A CURA DELLA DIREZIONE DELL'ISTITUTO

M A N D A

ALLA DIREZIONE DI CASA CIRCONDARIALE UGO CARIDI CATANZARO, DOVE IL CONDANNATO È ATTUALMENTE DETENUTO, PERCHÈ PROVVEDA ALLA NOTIFICA ALL'INTERESSATO, DANDO COMUNICAZIONE DEL PRESENTE ORDINE, PER VIA GERARCHICA, AL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, CON RICHIESTA DI INFORMARE QUESTO UFFICIO, A PENA ESPIATA, DELL'AVVENUTA TRASMISSIONE AL COMPETENTE UFFICIO RECUPERO CREDITI PRESSO TRIBUNALE DI ROMA DEL MODELLO 38 RELATIVO ALLE SPESE DI MANTENIMENTO IN CARCERE

ALLA SEGRETERIA PER GLI AVVISI AGLI UFFICI INTERESSATI E PER GLI ADEMPIMENTI DI LEGGE, NONCHÈ PER LA NOTIFICA AL DIFENSORE, ENTRO 30 GIORNI DALLA DATA DI EMISSIONE, A MEZZO UFFICIALI GIUDIZIARI

ROMA, 05-08-2015

IL SOSTITUTO PROCURATORE DELLA REPUBBLICA
DR. ROBERTO FELICI

-5-

Bibliografia

ACCATTATIS A., *Il sistema carcerario tra repressione e mistificazione*, in A.A.V.V., *Crimini e Pace*, a cura di BASAGLIA e di BASAGLIA ONGARO, Torino, 1975.

ACCONCI A., *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen*., 1994.

AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

ALBEGGIANI F., *Attualità dello stato detentivo e ammissibilità dell'istanza di liberazione anticipata*, in *Foro it*., 1989, II.

ALTAVISTA G., *L'isolamento diurno e la sua applicazione nel codice penale e nel regolamento penitenziario*, in *Rassegna studi penitenziari* 1952.

ANASTASIA A. – CORLEONE F. (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009.

ANCONA L., *Corte europea e diritti dell'uomo. La Corte riconosce la violazione dell'art. 7 CEDU per indeterminatezza sotto il profilo quantitativo, della pena cipriota dell'ergastolo, (Nota a margine della sentenza C. EDU Kafkaris v. Cyprus del 12 febbraio 2008)*, *Nota* di, in www.progettoinnocenti.it.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV edizione, Milano, Giuffrè, 1997.

ANZON A., *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1995.

ARANGIO RUIZ G., *"Intorno all'efficacia delle leggi penali temporanee",* in *Riv. Pen*., XLIV, 1896.

BALSAMO A. – DE FLAMMINEIS S., *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*, in *Arch. pen*., 2012.

BALSAMO A. – TRIZZINO L., *La Corte Europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"*, in *Cass. Pen*., n. 12/2013.

BARAK A., *Lectio magistralis. I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza,* Napoli, 2009.

BARONE G., *Liberazione condizionale*, in *Dig. Dis. Pen., VII,* Torino, 1993.

BARTOLE S., *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. int*., 2/2008.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973.

BECH – HART – NOMOS , "*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court"*.

BELLANTONI G., *Il trattamento dei condannati*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi Editore, 2011.

BERNARDI A.,

- *Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di terrorismo*, in *Questione Giustizia*,1982.
- *L"orribile necessario. Umanizzare l"ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO, (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012.

BERNASCONI A.,

- *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l"esperienza statunitense*, Milano, 1995.
- *Indissolubile il legame tra collaborazione con la giustizia e benefici penitenziari?*, in *Cass. Pen*., 1997, n. 3579.

BETTIOL G., *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. It. Dir. Penit*., 1956.

BILANCIA F., *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost*., 1993.

BIN L., *«Formula di Radbruch», Principio di irretroattività e lex mitior. Nota a C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, in www.penalecontemporaneo.it., 2013.

BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè, 1988.

BLACKSTONE W., *Commentaries on the law of England, in four books*, London, John Murray, 1865.

BOBBIO N., *La funzione promozionale del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977.

BOIDO A., *Art. 184 c.p.*, in M. RONCO – R. BARTOLOMEO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012.

BONIFACIO F. P., *Conferenza stampa tenuta il 20 gennaio 1975*, in *Giurs. cost.,* 1974.

BONTEMPS DI STRURCO C., *Francia*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, in www.cortecostituzionale, 2012.

BORREGO BORREGO J., *Partly dissenting opinion of judge Borrego Borrego*, in Corte EDU, CGJ, case of *Kafkaris v. Cyprus*.

BOSHKOFF E. E., *Resolving Retroactivity After Teague v. Lane, 65 Indiana L. J. 651* (1990).

BOSIO Q. – TIMO C., *Art. 22 c.p.*, in G. MARINI – M. LA MONICA – L. MAZZA (a cura di) *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, p. 306.

F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducative*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964.

BROLI L. – KING F., *Art. 22 c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Assago, Milanofiori, 2011.

BUZZELLI A., *L'art. 27 della Costituzione e l'abolizione dell'ergastolo*, in *Giust. pen.*, 1959.

CACACE E., *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in *Quaderni costituzionali*.

CALAMANDREI P., *Sulla nozione di «manifesta infondatezza»*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II.

CALDERONE V, *Le inutili galere*, in (a cura di) MANCONI L. *et Alii*, *Abolire il carcere*, Milano, Chiarelettere, 2015.

CALDERONE V., *Decalogo per l'abolizione immediata del carcere*, in (a cura di) MANCONI L., *et Alii, Abolire il carcere*, Milano, Chiarelettere, 2015.

CAMERINI G., *La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza,* Padova, 1967.

CANEPA M. – MERLO S.,

- *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2006.
- *Manuale di diritto penitenziario*, 9° ed., Milano, 2010.

CAPRIOLI F. – VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, IIa ed. Torino, 2011.

CARACENI L. – CESARI C., *L'art. 4-bis,* in DELLA CASA – GIOSTRA (a cura di), *L'ordinamento penitenziario commentato,* Padova, 2015.

CARNELUTTI F., *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in riv. Dir. Proc., I, 1956.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. II, Lucca, 1877.

CARRARA F., (scritti di), *Contro la pena di morte*, Milano, 2001.

CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it.

CASAROLI G., *La semilibertà in teoria e pratica del diritto*, in AA VV, *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario, legge 10 ottobre 1986, n. 633* (a cura di) FLORA G., Milano, 1987.

CASALORI G., *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto penale*, III, Torino, Utet, 1994.

CASIRAGHI R. – ZIURLIA S., *Monitoraggio Corte EDU, marzo 2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014.

CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. (Le fonti del pensiero giuridico)*, Giuffrè, 1979.

CERAUDO F., *"Principi fondamentali della medicina penitenziaria"* – edito Centro studi della Presidenza nazionale A.M.A.P.I., Pisa, 1988.

CESARI C. – GIOSTRA G.,

- *Commento all'art. 4-bis*, in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006.
- *Sub Art. 4-bis*, in V. GREVI – G. GIOSTRA – F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, CEDAM, Padova, 2011.

CESARI C., *Ordinamento penitenziario ed esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, artt. 4-*bis*, 58ter, 58quater ord. pen., artt. 176, 177 c.p.*, in *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Vol. I (a cura di B. GUAZZALOCA), Torino, Utet, 2002.

CHINNICI D., *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in www.archiviopenale.it, 2015.

CICCOLETTI – PITTAU, *Aspetti statistici della situazione lavorativa dei detenuti reclusi,* in *Lavoro e previdenza oggi*, 1986.

COLELLA A., *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 3 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it.

COLOMBO G., *Sulle regole*, Milano, Feltrinelli, 2012.

CONTI SINIBILDI U. – JANNITTI PIROMALLO A., *Esposizione critica della giurisprudenza sul codice penale nel primo decennio della sua attuazione*, Milano, vol. I, 1941.

COPPETTA N. G., *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. pen.*,in *Cass. pen.*, 1997.

CORBI F., *Problemi della prova nel procedimento di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977.

CORSO P.,

- *La liberazione condizionale dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.,* 1974.
- *Liberazione condizionale e processo*, Padova, Cedam, 1979.
- *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi, 2011.

CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Milano, Cedam, 2010.

CRIVELLI E., *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI – M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli 2014.

CROSS R., *Precedent in English Law*, Oxford, *Oxford University Press*, 1977.

CUSATELLI A., *Condoni e liberazione condizionale*, in R*ass. studi penit.*, 1955.

DALL"ORA A., *L'ergastolo e la Costituzione, nota a Cass. S. U., 16 giugno 1956,* Tondi, in Riv. *It. Dir. Pen.*, 1956.

D"AMICO M., *Sub art. 27*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, Torino, Utet, 2006.

D"ANGELO N., *La nuova disciplina processuale della liberazione condizionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976.

D'ATENA A., *Lezioni di Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012.

DE LEORNADIS O., *Statuto e figure della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e sistema penale: note sociologiche*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985.

DELLA BELLA A.,

- *Accesso ai benefici penitenziari per gli autori di reati sessuali*, in S. CORBETTA – A. DELLA BELLA – G. L. GATTA, *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, Milano, 2009.
- *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prvenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?,* Milano, 2012.
- *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it.

DELLA CASA F. – FANCHIOTTI V. – PISA P., *Le misure alternative alla detenzione: problemi di applicazione pratica e di concorrenza con altri istituti*, in *Temi*, 1967.

DELLA CASA F., *Le recenti modifiche dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»* (73-140), in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994.

DEL COCO R., *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi, 2011.

DE VERO G., *Corso di diritto penale I*, Torino, 2012.

DI GIOVINE O.,

- *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice*?, in www.penalecontamporaneo.it.
- *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012.
- *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont*. – Riv Trim., n. 1/2013.

DOLCINI E.,

- *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen*., 1972.
- *La commisurazione della pena*. Padova, 1979.

D'ONOFRIO M. – SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, Giuffrè, 2004.

EMANUELE P.P., *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO – L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009.

EMMERSON B. – ASHWORT A. – MAC DONALD A., *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007.

EUSEBI L., *L'ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis co. 1 Ord. penit. e i benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012.

FABRIZIO F., *Ordinamento penitenziario ed esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, artt. 30, 30bis, 30ter, 55 ord. pen.*, in *Codice commentato dell'esecuzione penale*, vol. I (a cura di) GUAZZALOCA B., Torino, Utet, 2002.

FALCINELLI D., *L'umanesimo della pena dell'ergastolo. ideologia e tecnica del diritto dell'uomo ad una pena proporzionalmente rieducativa*, in www.federalismi.it, 2013.

FASSONE E.,

- *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, Il Mulino, 1980.
- *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.
- *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della «pena costituzionale»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984.
- *Fine pena: ora*, Palermo, Sellerio, 2015.

FERRAJOLI L.,

- *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Questione giust.*, 1982.
- *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992.

FERRARI F. M., *L'estensibilità in sede esecutiva dei principi della sentenza Scoppola, tra flessibilità del giudicato penale ed osservanza della legalità convenzionale CEDU*, in www.europeanrights.eu.

FIANDACA G., *Commento art. 27, co. 3° e 4°*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA - PIZZORUSSO, Bologna-Rom, Zanichelli,1991.

FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale,* Napoli, 2003.

FIANDACA G. – MUSCO E.,

- *Diritto penale. Parte generale*, 6a ed., Milano, 2009.
- *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2010.

FILIPPI L. – SPANGER G., *Commento all'art. 47quater*, in GREVI – GIOSTRA - DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, Padova, 2006.

FILIPPI L. – SPANGHER G.,

- *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2007.
- *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011.

FIORELLI P., *Ergastolo*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, Milano, 1966.

FIORENTIN F.,

- *Isolamento diurno del condannato all'ergastolo e divieto di comunicazione con gli altri detenuti* (a commento dell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di L'Aquila del 22 giugno 2012), in *Giuris*., 2012.
- *Misure alternative alla detenzione, Liberazione condizionale*, Torino, 2012.
- *Permessi straordinari per la tutela del legame parentale tra minore e genitore detenuto: un'interpretazione secundum constitutionem*, in *Giur. merito, fasc*. 6, *s.d*.
- *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4-bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in www.penalecontemporaneo.it., 2014.

FIORIO C.,

- *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la «collaborazione» come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost*. 1993.
- "*Composizione sulla pena" e benefici penitenziari*, in *Giur. cost*., 1994.

FLICK G. M., *La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine*, in www.federalismi.it, n. 22/2010, 1 dicembre 2010.

FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993.

FRIGOLIS I BRINES E., *Fundamentos de la sucesòn de leyes en el derecho penal español: existencia y aplicabilidad temporal de normas penales*, Madrid, Bosch, 2004.

FUNGARDI S., "*Fine pena mai": il c.d. ergastolo ostativo tra diritto interno e giurisprudenza della Corte EDU*, in www.ristrettiorizzonti.it, 2015.

FUSI A., *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2013.

GALLIANI D., *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, 19 febbraio 2014, FASCICOLO 3 | 2013, in Costituzionalismo.it.

GALLO E., *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992.

GAMBARDELLA M.,

- *I fratelli minori di Scoppola davanti al giudice dell'esecuzione per la sostituzione dell'ergastolo con la pena di trent'anni di reclusione*, in *Archivio penale*, n. 1, 2014, in www.archiviopenale.it.
- *Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it.

GAMBINI R., *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. proc*., 2009.

GATTA G. L., *Art. 184 c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato,* 2011.

GIAMBRUNO S., *Il trattamento dei militari*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi, 2011.

GIANPOLI S., *L'interdizione dai pubblici uffici e la retribuzione dei lavoratori*, in *La scuola positiva*, 1966.

GIOSTRA G.,

- *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in http://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-carceraria-insicurezzasociale-e-populismo-penale_27-06-2014.php.
- Working paper, in www.penalecontemporaneo.it, 2015.

GRASSO G., *Nuove prospettive in tema di riduzioni di pena e di liberazione condizionale*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994.

GREVI V.,

- *Magistratura di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1977.
- *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo,* in *Riv. it. dir. e proc. pen*. 1978.
- *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a

cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994.

- *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella L. 10 ottobre 1986 n. 663* (23-62), in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994.

GRIPPO R., *Nota a ord. Tribunale di sorveglianza di Bologna del 27-09-2011, imp. G.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

GUAZZALOCA B.,

- *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992.
- *Criterio del «doppio binario», utilizzo della «premialità» e «degiurisdizionalizzazione» del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza,* in G. GIOSTRA – G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativ*i, Milano, Giuffrè, 1995.

GUAZZALOCA B. – PAVARINI M., *L'esecuzione penitenziaria, in* BRICOLA F. – ZAGRELBESKY V. (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale,* Torino, Utet, 1995.

GUAZZAROTTI A., *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007.

GUERRERO PICÓ C., *Spagna*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, in www.cortecostituzionale, 2012.

HALE M., *History of the Pleas of the Crown*, 1736.

HALL J., *General Principles of Criminal Law*, II ed., Indianapolis, The Bobbs Merrill Company, 1960.

IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità. Brevi note sul d.l. 13 maggio 1991, n. 152 convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991*, in *Cass. Pen.*, 1992.

JURATOWICH B., *Question Prospective Overruling*, in *New Zealand Law Review*, 2007.

KOSTORIS R. E., *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. BALSAMO - R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo italiano*, Torino, 2008.

LA GRECA G.,

- *La liberazione condizionale fra Corte costituzionale e legislatore*, in *Giur. cost.*, 1974.
- *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario* (243-273), in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994.
- *Commento all'art. 30ter*, in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006.

LATTANZI G., *Art. 72, codice penale: annotato con giurisprudenza*, Milano, 2008.

LA TORRE M., *Norme, istituzioni, valori – Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma – Bari, Laterza, 2002.

LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali, Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014",* 2014, in www.penalecontemporaneo.it.

LUCIANI M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale,* CEDAM, Padova, 1984.

MACCHIA A., *Liberazione condizionale e art. 4*-bis *ord. pen.: rinvio formale o recettizio?*, in *Cass. pen.*, 1995.

MANES V., *Commento all'art. 7*, in BARTOLE – DE SENA - ZAGRELBESKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007.

MANZINI V., in G. D. PISAPIA (a cura di), *Trattato di diritto penale italiano, I,* Torino, UTET, 1981

MANZIONE V., *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (D.L. 152/91 e l. 203/91): uno sguardo d'insieme*, in *Legisl. Pen.*, 1992.

MARGARITELLI M., *I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*. 1993.

MARINI G., *Lineamenti di diritto penale*, Torino, 1993.

MARINO G., *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale? C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia (n.3)*, 2015, in wwwpenalecontemporaneo.it.

MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus* 1974.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.

MATSCHER F., *Il concetto di legge secondo la Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, Padova, 1996.

MAZZA O., *Giustizia penale in trasformazione: profili d'indagine*, in *Arch. pen.*, 2012.

MAZZANTI M., *Liberazione condizionale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963.

MCCALL J.R., *A basic Concern for Process: Commentary on Quo Vadis, Prospective Overruling, 50 Hastings L. J. 805* (1999).

MELOSSI D. – PAVARINI M., *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977.

MELOSSI D., *Oltre il Panopticon. Per uno studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventesimo secolo*, in *Quest. crim.*, 1980.

MESSINI R., *voce Liberazione condizionale*, in *Nuovo dig. it.*, vol. VII, Torino, 1938.

MICHELETTI D., *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006.

MORAWETS N., *Twelfth Symposium on Contemporary Urban Challenges Determining the Retroactive Effect of Laws Altering the Consequences of Criminal Convictions*, 30 Fordham Urb. L. J. 1743 (2003).

MORRONE ANDREA, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001.

MORRONE ADRIANO,

- *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, Padova, Cedam, 2003.
- *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. pen.*, in *Diritto penale e processo*, 11/2014.

MORVAN P., *Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'èquitable*, in *Recueil Dalloz*, 2007.

MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza*, 1742.

NAPOLEONI V., *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it.

NEPPI MODONA G., *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976.

NICOSIA E., *Art. 7, Par. XVI*, in BARTOLE – DE SENA – ZAGRELBESKY (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.

NOLTE G., in MANGOLD/KLEIN (a cura di), *Das Bonner Grundgeset*, 3° ed. München, Vahlen, 2001, Art. 103 LF, n. 136.

ORLANDI E., *Il permesso di «necessità» nell'ordinamento penitenziario*, in *Giur, merito, fasc. 2*, 2013.

PACE L.,

- *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, 2014, in www.gruppodipisa.it.
- *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 2014.
- *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, Fascicolo 2 | 2015, in www.Costituzionalismi.it.

PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Ridpp*, 1992.

PAGLIARO A.,

- *Prospettive di riforma*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, 1977.
- *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.

PALADIN L.,

- Cor*te costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, CEDAM, 1985.
- *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996.

PALAZZO F.,

- *Semilibertà e trattamento penitenziario*, in AA. VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, 1982.
- *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2006.

PALAZZO F. – PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013.

PALIERO C. E.,

- *Pene fisse e costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1981.
- *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006.

PASETTO S., *Inghilterra*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, in www.cortecostituzionale, 2012.

PASSAGLIA P.

- (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale,* in www.cortecostituzionale, 2012.
- *Brevi notazioni sul sistema statunitense*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, 2012.

PARODI C., *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU. Nota a C. Eur. Dir. Uomo, Sez. V, 4 settembre 2014, Trabelsi c. Belgio, ric. n. 140/2010, 3 novembre 2014*, in www.penalecontemporaneo.it.

PAVARINI M.,

- *«Concentrazione» e «diffusione» del penitenziario*, in *Quest. crim.*, 1978.
- *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo,* in *Rass. penit. crim.*, 1983.
- *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale*, in *Delitti e delle pene*, 1986,
- *La disciplina del lavoro dei detenuti* (193-239), in Vittorio GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994.
- *L'esecuzione della pena, in Codice penale. Parte generale*, in F. BRICOLA – V. ZAGRELBESKY (a cura di), collana *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, Utet, 1996.

PEDIO T., *La voce Ergastolo*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, Milano, 1966.

PENNISI A., *Le misure alternative alla detenzione*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi, 2011.

PIGHI G., *Trattamento progressivo in semilibertà e pena dell'ergastolo*, in Ras*spencrim*, 1972.

PINTO DE ALBUQUERQUE P., *Opinion partiellement dissidente du judge Pinto de Albuquerque*, in Corte EDU, Deuxieme Section, Affaire Öcalan c. Turquie (No 2), (Requêtes nos 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07), Arret, 18 mars 2014.

PISA P., *Le pene accessorie: problemi e prospettive*, Milano, 1984.

PODO C., *Voce «successioni di leggi penali», in Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, Torino, 1982.

POHL H., *Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung*, in *Schriften zum Őffentlichen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot 2005.

POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale*, Milano, Giuffrè, 2010.

PRESUTTI A., *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè, 1986.

PUGIOTTO A.,

- *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012.
- *La dubbia Costituzionalità degli ergastoli. Finalità, costituzione della pena e illegittimità dell'ergastolo in particolare ostativo*, atti del convegno tenutosi a Padova Carcere "Due Palazzi", 15 novembre 2013, consultabile su www.ristrettiorizzonti.
- *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, 5 marzo 2013, in www.penalecontemporaneo.it.
- *Scoppola e i suoi fratelli (l'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione*, in *Rivista AIC*, 4/2013 ed in *Giur. cost.,* 4/2013.

PULITANÒ D.,

- *Ergastolo e pena di morte*, in *Dem. Dir*., 1981.
- *Diritto penale*, 4a ed., Torino, 2011.
- *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, 2015, in www.penalecontemporaneo.it.

PULVIRENTI A.,

- *Codice penitenziario commentato*, Napoli, Ed. Giur. Simone, 2000.
- *Dal "giusto processo" alla "giusta pena",* Milano, 2008.

RADA M., *Ordinamento penitenziario ed esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, artt. 47-ter, 48, 50, 51, 51-bis, 51-ter, 56*, in *Codice commentato dell'esecuzione penale*, vol. I (a cura di) GUAZZALOCA B., Torino, Utet, 2002.

RAMPOLLA F., *Difesa della giurisprudenza*,1744.

RICCI A., "*Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario*, (s.l.), Cedam, 2013.

RISPOLI V., *Liberazione condizionale e finalità rieducative. Limiti ed estensione del concetto di «sicuro ravvedimento» alla luce della lettura costituzionalmente orientata della pena*, in *Riv. Pen*., 2007, II.

RIVIERO J., *Sur la rècroactive de la règle jurispudentielle, in Actualitè juridique du droit administratif*, 1968, 15, in N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis a Monsieur le President (de la Cour de cassation) Guy Canivet*, Paris, Litec, 2005.

ROMANO M.,

- *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di ROMANO - STELLA, 1980.
- *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Milano, 2004.

ROMEO G., *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *Libro dell'anno "Treccani"*, Roma, 1 ottobre 2013.

DI RONZA P., *Diritto dell'Esecuzione penale e diritto penitenziario guida ragionata*, Cedam, 2006.

RÖRIG M. T., *Germania*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giu-risprudenza in materia penale*, in www.cortecostituzionale, 2012.

RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.

RUGGERI A.,

- *Penelope alla Consulta: tesse le fila dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami a tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale (a "prima lettura" di Corte cost., n. 230 del 2012*, in *Consulta online*, sez., *Studi e commenti*, 2012, in www.giurcost.org.it.

- *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale astratta e prospettiva assiologica-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007),* in www.forumcostituzionale.it
- *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale*", in *Rivista AIC*, 4/2013.

RUOTOLO M.,

- *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, nota a C. cost., 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. It.*, I, 1995.
- Sicurezza, dignità e lotta alla povertà, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.
- *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

RUSCHE G. – KIRCHEIMER O., *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1978.

SABATINI G.,

- *La liberazione condizionale nel sistema dei mezzi di riadattamento progressivo del condannato alla vita sociale*, in *Riv. dir. pen.*, 1935.
- *Manuale di diritto e procedura penale*, vol I, *Diritto penale*, Roma, 1939.

SALERNO A., *Il principio di retroattività delle norme penali di favore e la relativa evoluzione giurisprudenziale nazionale e internazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 16 dicembre 2012.

SAMMARCO A., *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1994.

SANTORO, A., *Fondamenti della esecuzione penale*, Roma, 1931.

SARTARELLI S.,

- *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. 161/1997)*, Estratto, *Cass. pen.*, Anno XLI fasc. 4-2001.
- *Misure alternative (Dir. Pen.), Dizionario di diritto pubblico,* Giuffrè, 2006.
- *Ergastolo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006.

SARTOR G., *Il precedente giudiziale,* in *Contratto e impresa*, 1996.

SCACCIANOCE C., *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?,* in *Archivio penale*, n.1, 2013, in www.archiviopenale.it.

SCARCELLA A., "*Fine pena mai": viola la CEDU*, in *Cass. Pen*., 12/2013.

SCIARABBA V., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e Corti nazionale ed internazionali)*, in *Giur. cost*., 2007.

SCOLETTA M., *Principe de retroactivité favorable et illegitimité de la lex mitior dans la perspective européenne*, in A. ZAPATERO – N. MARTIN, *European Criminal Law: An Overview*, 2010.

SICILIANI DE CUMIS N., *Qualità del Lavoro e diritto a un lavoro gratificante*, in A. VISALBERGHI (a cura di), *Quale società? Un dibattito interdisciplinare sui mutamenti della divisione sociale del lavoro e sulle loro implicazioni educative*, Scandicci (Firenze), La Nuova Italia, 1985.

SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987.

SIRACUSANO F., *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, commento a *Corte cost. sent. n. 239 del 2014*, in *Giur. cost*., 2014.

STELLA F., *Il problema della prevenzione della criminalità*, in AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di ROMANO - STELLA, 1980.

STERNBERG LIEBEN D., in SCHÖNKE/SCHRÖDER, (a cura di), *Strsfgesetbuch StBG*, München, Beck (online), 28° ed., 2010.

STEVENSON K. – HARRIS C., *Breaking the Thrall of Ambiguity: Simplificatione (of the Criminal law) as an Emering Human Rights Imperative*, in *Journal of Criminal law*, 2010.

SUAREZ COLLÌA J. M., *La rectroactividad: normas juridicas retroactivas e irretroactivas*, Madrid, Centro de Estudios Ramòn Areces, 2006.

TEGA D., *La sentenza della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, 2008, in Forum Quaderni Costituzionali.

TESAURO A., *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost*., 2012.

THERY P., *Pouvoirs du juge: pas de revirement de jurisprudence sur les revirements…*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007.

TRAYNOR R., *Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsability*, in *Hastings Law Journal*, 1977.

UBERTIS G., *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc*., 2010.

VACCA O., *Evoluzione del pensiero criminologico sulla pena di morte (Da Cesare Beccaria al codice Zanardelli),* Napoli, 1984.

VALENTINO N., *"Fine pena mai"* (s.l. e s.d.); AA. VV., *"Mai dire mai",* edizioni Liberarsi, Firenze, 2008.

VANNUCCHI F., «*La legge più favorevole» e il comma terzo dell'art. 2 del codice penale,* in *Foro Italiano*, 1932, II.

VASSALLI G.,

- *La liberazione condizionale dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *Giur. cost*., 1974.
- *La riforma della liberazione condizionale*, in *Rass. studi penit*., 1951.

VENTURA L., *Sovranità, Da J. Bodin alla crisi dello stato sociale*, Torino, Giappichelli, 2014.

VERDERA IZIQUIERO B., *La irretroactividad: problemàtica general*, Madrid, Dyknson, 2006.

VERGIATI O., *Note in tema di lavoro obbligatorio per i detenuti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983.

VERONESI U., *Il mestiere di uomo*, Torino, Einaudi, 2014.

VIGANÒ F.,

- *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., fasc. I, 2007.
- *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla corte EDU in Scoppola c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it.

- *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it.
- *Ergastolo senza liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo. Nota a Corte EDU, Sez. IV, Vinter e a c. Regno Unito, sent. 17 gennaio 2012, ric. n. 66069/09; 130/10; 3896/10 3 Sez. IV, Harkins e Edwards c. Regno Unito, sent. 17 gennaio 2012, ric. n, 9146/07 e 32650/07,* in wwwpenalecontemporaneo.it.

VINCENTI E., *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto di carattere generale*, in *Cass. pen*., 2011.

VITALI M., *Il lavoro penitenziario*, Milano, 2001.

ZAGRELBESKY G., *Note sulle conclusioni della Conferenza di Brighton "per assicurare l"avvenire della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo"*, in Rivista AIC, 4/2012.

ZAGRELBESKY G. - MARCENÒ V., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.

ZECCHINO O., *Problemi interpretativi nella prima fase di applicazione delle misure alternative*, in *IP* 1978.

ZUCCALÀ G., *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo*, in AA. VV., Bressanone, Cedam, 1963.

Indice della giurisprudenza

Corte di Cassazione penale:

Cass. pen. sezioni unite, del 16 giugno 1956

Cass. pen., del 29 maggio 1962

Cass. pen. sez. I, del 24 maggio 1977

Cass. pen., del 17 febbraio 1979, Critelli

Cass. pen. sez. V, del 5 aprile 1989, Di Malta

Cass. pen., sez. I, n. 1028 del 30 maggio 1989, Portogallo

Cass. pen. sez. I, del 5 giugno 1990 n. 1392, Pevinati

Cass. pen. sez. I,, del 18 luglio 1990, Accettola

Cass. pen sez. I, del 25 gennaio 1991 n. 4369

Cass. pen. sezioni unite, del 18 luglio 1991, Sacchetto

Cass. pen. sez. I, del 31 ottobre 1991, Cosentino

Cass. pen. sez. I, del 6 novembre 2002, Agostino

Cass. pen. sez. I, del 13 novembre 1992, Paiano

Cass. pen. sez. I, del 13 gennaio 1993, n. 4716

Cass. pen. sez. I, del 20 gennaio 1993, Mura

Cass. pen. Sez. I, dell‟8 giugno 1993 n. 1907, Dijabuskji

Cass. pen. sez.. I, del 23 giugno 1993, Falcetta

Cass. pen. sez. I, del 23 luglio 1993 (c.c. 20 maggio 1993) n. 2417, Scialpi

Cass. pen. sezioni unite, del 12 ottobre 1993, Durante

Cass. pen. sez. I, del 19 gennaio 1994, n. 4013

Cass. pen. sez. I, del 4 febbraio 1994 n. 4133, Inserra

Cass. pen. sezioni unite, del 5 ottobre 1994 n. 16, Demitry

Cass. pen. sez. I, 27 ottobre 1994, n. 3789

Cass. pen. sez. I, del 28 marzo 1995 n. 1876, Marchesi

Cass. pen. sez. I, del 26 giugno 1995, Anastasio

Cass. pen. sez. I, del 13 dicembre 1995, Borile

Cass. pen. sez. I, dell‟11 gennaio 1996, Lepanto

Cass. pen. sez. I, dell‟11 marzo 1996, Bandoli

Cass. pen., sez. I, del 24 luglio 1996 n. 205590

Cass. pen. sez. I, dell‟1 ottobre 1996, Gabrieli

Cass. pen. sez. I, del 14 febbraio 1997, Longo, in Ced. Cass. n. 207213

Cass. pen. sez. I, del 11 marzo 1997 n. 1064, Rodio

Cass. pen. sez. I, del 6 maggio 1997, Battisti

Cass. pen. sez. I, del 14 maggio 1998, Di Martino

Cass. pen. sez. I, del 20 gennaio 1999, Piras

Cass. pen. sezioni unite, n. 14 del 30 giugno 1999, Ronga

Cass. pen. sez. I, dell‟11 febbraio 2000 n. 990, Fusaro

Cass. pen. sez. I, del 15 febbraio 2000, Sileno

Cass. pen, sez. I, del 21 marzo 2000 n. 2166

Cass. pen., sez. I, del 9 aprile 2001 n. 218631

Cass. pen. sez. I, del 27 giugno 2001, Mammoliti, in Ced. Cass. n. 219593

Cass. pen. sez. II, del 10 luglio 2001 n. 28765, PM in proc. Di Dio

Cass. pen. sez. I, del 14 novembre 2001, Caroppo, in Ced Cass. n. 220374

Cass. pen. sez. I, del 10 gennaio 2002 n. 29499, Ferraioli

Cass. pen. sez. V, del 23 aprile 2002 n. 21344, ric. De Biase

Cass. pen. sez. I, del 14 maggio 2002 n 28418, Erra

Cass. pen. sez. I, n. 2377 del 15 maggio 2003, Sibio

Cass, pen. sez. I, del 7 ottobre 2003, Rizzo

Cass. pen. sez. V, del 24 febbraio 2004 n. 15099, Aragno

Cass. pen. sez. I, del 22 aprile 2004, Lo Baido, in Ced. Cass. n. 228134

Cass. pen. sez I, del 23 settembre 2005, p.g. in Pennisi, in Ced. Cass. n. 23217

Cass. pen. sez. I, del 12 luglio 2006 n. 28662, Santangelo

Cass. pen. sez. I, del 18 gennaio 2006 n. 7337

Cass. pen. sezioni unite, del 10 luglio 2007 n. 36527

Cass. pen. sez. I, dell‟11 luglio 2007, Saraceno, in Ced. Cass. n. 237295

Cass. pen. sez. I, del 4 ottobre 2007 n. 39531

Cass. pen. sez. I, 9 aprile 2008, Sanfilippo

Cass. pen. sez. V, del 16 maggio 2008 n. 32555, De Gregorio

Cass. pen. sez. I, del 4 giugno 2008 n. 25954, Amodei

Cass. pen. sez. I, del 26 novembre 2008, Rannesi

Cass. pen. sezioni unite, del 18 dicembre 2008 - 9 gennaio 2009 n. 337

Cass. pen. sez. I, del 9 gennaio 2009, Saponaro, in Ced cass. n. 242842

Cass. pen. sez. I, 27 febbraio 2009, Mambro

Cass. pen. sez. I, del 10 marzo 2009 n. 1000/09, Reg. Gen n. 31979/08, Noschese

Cass. pen. sez. I, dell‟11 marzo 2009 n. 23817, Cat Berro

Cass. pen., sezioni unite, del 21 gennaio 2010 n. 18288, Beschi

Cass. pen. sez. I, del 7 gennaio 2010 n. 4091, Dragone

Cass. pen., sez. I, del 23 aprile 2010, Conte

Cass. pen., sez. II, del 6 maggio 2010, Merlo, in Mass. Uff., n. 247113

Cass. pen. sez. I, del 13 maggio 2010 n. 18119, Cuccuru

Cass. pen. sez. I, del 25 febbraio 2011 n. 22072

Cass. pen. sez. I, del 24 settembre 2013 – dep. 30 settembre 2013 n. 40394, Russo

Cass. pen. sezioni unite, del 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014) n. 18821, Ercolano

Cass. pen. sez. I, del 9 maggio 2014 n. 31636, Parabita

Corte costituzionale:

Corte cost., n. 67/1963

Corte cost., n.115/1964

Corte cost., n. 204/1974

Corte cost., n. 264/1974

Corte cost., n. 50/1980

Corte cost., n. 274/1983

Corte cost., n. 274/1984

Corte cost., n. 282/1989

Corte cost., n. 386/1989

Corte cost., n. 188/1990

Corte cost., n. 276/1990

Corte cost., n. 313/1990

Corte cost., n. 176/1991

Corte cost., n. 271/1992

Corte cost., n. 53/1993

Corte cost., n. 39/1994

Corte cost., n. 306/1993

Corte cost., n. 357/1994

Corte cost., n. 361/1994

Corte cost., n. 68/1995

Corte cost., n. 227/1995

Corte cost., n. 504/1995

Corte cost., n. 445/1997

Corte cost., n. 364/1998

Corte cost., n. 137/1999

Corte cost., n. 273/2001

Corte cost., n. 280/2001

Corte cost., n. 135/2003

Corte cost., n. 108/2004

Corte cost., n. 257/2006

Corte cost., n. 341/2006

Corte cost., n. 79/2007

Corte cost., n. 348/2007

Corte cost., n. 349/2007

Corte cost., n. 311/2009

Corte cost., n. 168/2010

Corte cost., n. 264/2010

Corte cost., n. 80/2011

Corte cost., n. 231/2011

Corte cost., n. 236/2011

Corte cost., n. 303/2011

Corte cost., n. 230/2012

Corte cost., n. 57/2013

Corte cost., n. 210/2013

Corte cost., n. 232/2013

Corte cost., n. 235/2013

Corte cost., n. 291/2013

Corte cost., n. 135/2014

Corte cost., n. 185/2015

Corte europea dei diritti umani (Corte EDU):

Corte EDU, *Tyrer v. Regno Unito* del 25 aprile 1978

Corte EDU, caso *S.W. e C.R. v. Regno Unito* del 22 novembre 1995

Corte EDU, caso *Cantoni v. Francia*, del 15 novembre 1996, Rapporti 1996-V.

Corte EDU, caso *Baskaya e Okçuoglu v. Turchia* dell‟8 luglio 1999

Corte EDU caso *Selmouni v. Francia* del 28 luglio 1999

Corte EDU, caso *Pessino v. Francia* del 10 ottobre 2006

Corte EDU, caso *Clift v. UK*, del 13 luglio 2007 n. 7205/07

Corte EDU, Grand Chamber, case of *Kafkaris v. Cyprus* (Application no. 21906/04) del 12 february 2008 (n. 21906/04)

Corte EDU, caso *S. D. v. Grecia* dell‟11 giugno 2009

Corte EDU, Grande Camera, caso *Scoppola v. Italia* del 17 settembre 2009 (Ricorso n. 10249/03)

Corte EDU, Quinta sezione, caso *M. v. Germania* del 17 dicembre 2009 application n. 19359/04

Corte EDU, caso *Oršuš e altri v. Croazia* del 16 marzo 2010

Corte EDU, Seconda Sezione, caso *Torreggiani e altri v. Italia*, dell‟8 gennaio 2013 (ric. nn. 43517/09, 46882/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10)

Corte EDU, Grand Chamber, case of *Vinter and Others v. the United Kingdom* (Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10) JUDGMENT Strasbourg, 9 July 2013

Corte EDU, Grande Camera, caso *Del Rio Prada v. Spagna*, del 21 ottobre 2013 (ricorso n. 42750)

Corte EDU, Deuxieme Section, Affaire *Öcalan c. Turquie* (No 2), (Requêtes nos 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07), Arret, 18 mars 2014

Corte EDU, Former Fifth Section, case of *Trabelsi v. Belgium* (Application no. 140/10) JUDGMENT. This version was rectified on 7 October 2014 under Rule 81 of the Rules of Court. Strasbourg, 4 September 2014, Final 16/02/2015

Corte EDU, Grande Camera, caso *Rohlena v. Repubblica Ceca* del 27 gennaio 2015 (n. 59552/08)

Corte EDU, Quarta Sezione, caso *Contrada v. Italia*, del 14 aprille 2015 (ricorso n. 66655/13)

Tribunale ordinario penale:

GIP Lucca, n. 13/2000 Es., del 26 gennaio 2001, Musumeci

Tribunale di Sorveglianza:

TDS L‟Aquila, n. 11/03 RGT,11 febbraio 2003, Furnari

TDS Perugia, n. 600/03, 15 aprile 2003, Mariano

TDS Perugia, ord. n. 2008/372 del 19 giugno 2008

TDS Catanzaro, ord. n. 2008/977 RG SIUS del 27 novembre 2008, Conte

TDS Roma, n. 3802/2009, 814/09 SIUS del 25 settembre 2009

TDS Perugia, ord. n. 91/2011, del 3 febbraio 2011 recl. Spada G.

TDS Alessandria, decreto 29 marzo 2012, Est. Vignera. Ric D.L

TDS Perugia, ord. n. 359/2012 del 12 aprile 2012, recl.

TDS Napoli, n. 2012/250, Campisi

TDS Catanzaro, n. 2013/340 SIUS del 10 dicembre 2013, Conte

TDS Venezia, n. 2013/3175 SIUS del 15 aprile 2014, Lizzio

TDS Venezia, n. SIUS 2014/3482 del 17 dicembre 2014, Musumeci

TDS Catanzaro, n. 2014/2508 RG Sius del 14 maggio 2015, Mariano

Ufficio di Sorveglianza:

UDS L"Aquila, n. 38/01 Recl., del 12 giugno 2001, Piacente

UDS Pavia, n. 40/2003 Reg. recl. gen., del 14 agosto 2003

UDS S. Maria C. Vetere, n. 5/04 reg. recl., dell"1 aprile 2004

UDS Viterbo, 102/02 R.O., del 26 maggio 2006

UDS Alessandria, del 20 febbraio 2008, G. mer. 08, 1662, con nota di F. Fiorentin

UDS Viterbo, n. 392/09 R.O., del 7 maggio 2009

UDS L"Aquila, 740/10 SIUS, 17 dicembre 2010, R.S.G.

UDS Torino, n. 2011/1138 RG perm. del 2 febbraio 2012

UDS Padova, n. 2012/1543 ord., del 25 ottobre 2012

UDS Napoli, SIUS n. 2013/13430, Bonanno

UDS Nuoro, n. SIUS 2014/1348

Indice delle fonti normative

Codice civile italiano (c.c.)

Codice penale francese

Codice penale italiano (c.p.)

Codice penale spagnolo (Code Penal)

Codice penale tedesco (StGB)

Codice di procedura penale italiano (c.p.p.)

Convenzione Europea dei Diritti dell"Uomo (CEDU)

Costituzione francese (Dichiarazione dei diritti dell"uomo e del cittadino)

Costituzione italiana (Cost.)

Costituzione spagnola

Costituzione statunitense

Costituzione tedesca (LF – Legge Fondamentale)

Act/Leggi:

(*act* inglesi)

Police and Criminal Evidence Act 1984 (inglese)

Criminal Justice Act 2003 (inglese)

Criminal Procedure and Investigation Act 1996 (inglese)

Criminal Procedure Rules del 3 ottobre 2011 (inglese)

(leggi italiane)

L. 1634/1962

L. 39/1975

L. 354/1975

L. 450/1977

L. 15/1980

L. 689/81

L. 633/1986

L. 34/1987

L. 82/1991

L. 203/1991 (DL 152/91)

L. 356/1992 (DL 306/1992)

L. 296/1993 (DL 187/1993)

L. 120/1994 (DL 544/1993)

L. 479/1999

L. 94/2000

L. 40/2001

L. 92/2001

L. 181/2002

L. 279/2002

L. 134/2003

L. 207/2003

L. 49/2006

L. 241/2006

L. 38/2009 (DL 11/2009)

L. 94/2009

L. 99/2009

L. 199/2010

L. 172/2012

L. 10/2014 (DL 146/2013)

L. 81/2014

L. 43/2015 (DL 7/2015)

Regio Decreto:

R.D., 38/1939

R.D., 12/1941

Regolamento di esecuzione - Decreto del Presidente della Repubblica (DPR)

DPR 309/90

DPR 230/2000

Codes of Practice (regolamento degli agenti- inglese)

Enti nazionali

"Amministrazione in cammino" – Centro ricerca sulle amministrazioni pubbliche - "Vittorio Bachelet"

Organismi internazionali

Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura delle pene e Trattamenti inumani e degradanti (C.P.T.)

Emerografia

Corriere della Sera, 22 luglio 2015

Corriere della Sera, 5 luglio 2015

La Repubblica, 22 settembre 2013

Sitografia

http://www.associazioneantigone.it

http://www.archiviopenale.it

http://www.cortecostituzionale.it

http://www.costituzionalismi.it

http://www.europeanrights.eu

http://www.federalismi.it

http://www.forumcostituzionale.it

http://www.giustizia.it

http://www.giurcost.org.it

http://www.gruppodipisa.it

http://www.parlamento17.openpolis.it.

http://www.penalecontemporaneo.it

http://www.progettoinnocenti.it

http://www.questionegiustizia.it

http://www.ristrettiorizzonti.it

http://www.rivistaaic.it

http://www.urladalsilenzio.wordpress