



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

**LA PENA DELL'ERGASTOLO:
PROFILI (PROBLEMATICI) DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE**

RELATORE: CHIAR.MO PROF. SANDRO DE NARDI

LAUREANDO: PAOLO PINTO

MATRICOLA N.: 1051015

ANNO ACCADEMICO 2017 – 2018

“Alle costanti della mia vita”
A. P.

SOMMARIO

TAVOLE	11
INTRODUZIONE	15
CAPITOLO I	
L'ERGASTOLO: STORIA E DISCIPLINA INTERNA	19
1. IL DIBATTITO IN ASSEMBLEA COSTITUENTE	19
1.1. <i>Premessa</i>	19
1.2. <i>Sulla funzione della pena</i>	20
1.3. <i>Sull'ergastolo</i>	23
1.4. <i>Sull'abolizione della pena di morte</i>	25
2. LE DISPOSIZIONI COSTITUZIONALI: TRA TUTELA DEI DIRITTI E TRATTAMENTO	
SANZIONATORIO	27
2.1. <i>L'articolo 2 Cost.</i>	27
2.2. <i>L'articolo 3 Cost.</i>	29
2.3. <i>L'articolo 13, comma 4, Cost.</i>	30
2.4. <i>L'articolo 27 Cost.</i>	31
2.4.1. <i>La personalizzazione della responsabilità penale</i>	31
2.4.2. <i>La presunzione di non colpevolezza (cenni)</i>	32
2.4.3. <i>I trattamenti contrari al senso di umanità e la tensione verso la rieducazione del condannato</i>	33
2.4.4. <i>Il quarto comma nella sua versione originaria (cenni)</i>	37
2.4.5. <i>(Segue) La legge costituzionale 2 ottobre 2007, n.1: l'abolizione della pena di morte</i>	38
2.5. <i>Analogie e differenze tra pena di morte ed ergastolo (cenni)</i>	41
3. LA LEGISLAZIONE INTERNA, LA NORMATIVA ATTUATIVA (E LE VARIE MODIFICHE INTERVENUTE)	42
3.1. <i>La legge 26 luglio 1975, n. 354 recante norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà</i>	42
3.2. <i>Il referendum abrogativo del 1981 (cenni)</i>	45
3.3. <i>La legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini)</i>	46
3.4. <i>La legislazione d'emergenza degli anni 1991 e 1992</i>	47

3.5.	<i>La legge 12 maggio 1998, n. 165, (c.d. legge Simeone – Saraceni) ed il D.P.R 30 giugno del 2000, n. 230.....</i>	49
3.6.	<i>La legislazione successiva: la legge 5 dicembre 2005, n. 251, il decreto legge 1 luglio 2013, n. 78 ed il decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146.....</i>	50
3.7.	<i>Il regime normativo attuale.....</i>	51
4.	GLI STATI GENERALI SULL’ESECUZIONE PENALE.....	54
4.1.	<i>Dopo gli Stati Generali: la legge delega n. 103 del 2017.....</i>	58
4.2.	<i>Il Consiglio dei Ministri n. 74 del 16 marzo 2018: il percorso, ancora incompleto, verso l’attuazione della riforma.....</i>	59

CAPITOLO II

	L’ERGASTOLO: STORIA E DISCIPLINA SOVRANAZIONALE.....	65
1.	IL DIBATTITO IN AMBITO EUROPEO.....	65
1.1.	<i>Sulla funzione della pena.....</i>	65
1.2.	<i>Sull’ergastolo.....</i>	67
1.3.	<i>Sull’abolizione della pena di morte.....</i>	71
2.	LE CARTE EUROPEE ED INTERNAZIONALI: IL RISPETTO DELLA DIGNITÀ E L’UMANIZZAZIONE DELLA PENA.....	72
2.1.	<i>La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).....</i>	72
2.1.1.	<i>L’articolo 2 CEDU ed i protocolli addizionali n. 6 del 1983 e n. 13 del 2002... 73</i>	
2.1.2.	<i>L’articolo 3 CEDU.....</i>	75
2.1.3.	<i>L’articolo 5 CEDU (cenni).....</i>	76
2.2.	<i>La Raccomandazione del Consiglio d’Europa sulle regole penitenziarie del 2006.....</i>	77
2.3.	<i>La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, c.d. Carta di Nizza.....</i>	78
2.3.1.	<i>La dignità nel Titolo I e l’articolo 19 CDFUE (cenni).....</i>	79
2.4.	<i>La Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 9 dicembre 1948.....</i>	80
2.4.1.	<i>Il silenzio riguardo alla pena di morte.....</i>	81
2.4.2.	<i>Il Preambolo alla Dichiarazione e l’articolo 1 Dich. Univ. (cenni).....</i>	81
2.4.3.	<i>L’articolo 3 e l’articolo 5 Dich. Univ. (cenni).....</i>	82
2.5.	<i>La Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti. L’articolo 1 Conv. Tort. (cenni).....</i>	82
3.	L’ERGASTOLO NELLA NORMATIVA DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE.....	83
3.1.	<i>La non promettente prima attuazione italiana (cenni).....</i>	86
4.	UNO SGUARDO ALL’ESTERO (CENNI).....	87
4.1.	<i>Il modello del Regno di Norvegia.....</i>	87

4.2. <i>Il modello degli Stati Uniti d’America</i>	90
--	----

CAPITOLO III

LE FINALITÀ DELLA PENA DETENTIVA	93
1. INTRODUZIONE AL PROBLEMA	93
2. LE FINALITÀ DELLA PENA	95
2.1. <i>Nella Costituzione della Repubblica italiana</i>	95
2.2. <i>Nella giurisprudenza costituzionale</i>	96
2.2.1. <i>La teoria polifunzionale della pena</i>	96
2.2.2. <i>Le sentenze della Corte costituzionale n. 204 e n. 264 del 1974: una prima apertura all’ideale rieducativo</i>	97
2.2.3. <i>La sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 1989: una maggior apertura all’ideale rieducativo</i>	98
2.2.4. <i>La sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 1990: il superamento della concezione polifunzionale e la valorizzazione della finalità rieducativa</i>	99
2.2.5. <i>L’approccio attuale</i>	101
2.3. <i>Nelle Carte europee e nello Statuto della Corte Penale Internazionale (cenni)</i> 102	
2.4. <i>Nella giurisprudenza della Corte EDU</i>	104

CAPITOLO IV

LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO E L’ERGASTOLO	107
1. LA CEDU COME MINIMO COMUN DENOMINATORE E LA CORTE EDU.....	107
2. LA GIURISPRUDENZA EUROPEA SULL’“UMANIZZAZIONE” DELL’ERGASTOLO	108
2.1. <i>La sentenza della Grande Camera Kafkaris c. Cipro del 2008</i>	108
2.1.1. <i>Il caso prospettato dinanzi alla Corte</i>	108
2.1.2. <i>La decisione della Corte</i>	109
2.1.3. <i>Le separate opinions nella sentenza Kafkaris c. Cipro</i>	111
2.2. <i>La sentenza della Grande Camera Vinter e altri c. Regno Unito del 2013</i>	112
2.2.1. <i>L’ergastolo nel Regno Unito (cenni)</i>	112
2.2.2. <i>I casi prospettati dinanzi alla Corte</i>	114
2.2.3. <i>La decisione della Quarta Sezione</i>	115
2.2.4. <i>La decisione della Grande Camera: una nuova sensibilità</i>	117
2.2.5. <i>Le quattro separate opinions nella sentenza Vinter e altri c. Regno Unito</i>	122
2.3. <i>Il consolidamento e l’espansione della c.d. dottrina Vinter</i>	123
2.4. <i>La sentenza della Grande Camera Hutchinson v. Regno Unito del 2017</i>	127
2.4.1. <i>Il caso prospettato e le decisioni della Quarta Sezione e della Grande Camera</i>	127
2.4.2. <i>Le separate opinions nella sentenza Hutchinson c. Regno Unito</i>	130

CAPITOLO V

PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA PENA PERPETUA.. 133

1. INTRODUZIONE	133
2. QUANTI E QUALI TIPI DI ERGASTOLO?	134
2.1. <i>La pena perpetua riducibile e la pena perpetua non riducibile (rinvio)</i>	134
2.2. <i>L'ergastolo c.d. comune ex articolo 22 del Codice penale.</i>	135
2.3. <i>L'ergastolo con isolamento diurno</i>	137
2.4. <i>L'ergastolo c.d. ostativo ed il regime del c.d. carcere duro (rinvio)</i>	138
2.5. <i>L'ergastolo c.d. bianco o nascosto</i>	139
3. LA PENA PERPETUA E IL GIUDIZIO ABBREVIATO: IL C.D. ERGASTOLO (QUASI) RIMOSSO	141
4. L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE IN RIFERIMENTO ALLA PENA DELL'ERGASTOLO	144
4.1. <i>L'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 16 giugno 1956</i>	144
4.1.1. <i>Considerazioni critiche sull'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 16 giugno 1956</i>	146
4.2. <i>La sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 22 novembre 1974</i>	148
4.2.1. <i>Considerazioni critiche sulla sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 1974</i>	150
4.3. <i>La sentenza della Corte costituzionale n. 274 del 21 settembre 1983</i>	152
5. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 168 DEL 28 APRILE 1994: L'INAPPLICABILITÀ DELL'ERGASTOLO AI MINORENNI	155
6. RITORNARE A RIFLETTERE SULLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ERGASTOLO	158
7. I SOSPETTI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ERGASTOLO.....	167
7.1. <i>L'ergastolo come pena fissa</i>	168
7.2. <i>L'ergastolo e la rieducazione del condannato</i>	174
7.3. <i>L'ergastolo, la dignità e i trattamenti contrari al senso di umanità</i>	181
8. L'ERGASTOLO C.D. OSTATIVO	188
8.1. <i>Introduzione all'ergastolo c.d. ostativo</i>	188
8.2. <i>L'evoluzione storica della disciplina normativa</i>	189
8.3. <i>La configurazione attuale</i>	197
8.4. <i>I sospetti di illegittimità dell'ergastolo ostativo</i>	198

CONCLUSIONI.....	205
------------------	-----

APPENDICE	209
BIBLIOGRAFIA	211
RINGRAZIAMENTI	225

TAVOLE

Abbreviazioni

a.	altri
A.	autore / autrice
A.C.	Atto Camera dei Deputati
A.S.	Atto Senato della Repubblica
AA. VV.	Autori Vari
art.	articolo
artt.	articoli
c. / vs.	<i>versus</i> , contro
c.c.	codice civile
C.C.C.	casa di cura e custodia
c.d.	cosiddetto/ a/ i/ e
c.p.	codice penale
c.p.m.g.	codice penale militare di guerra
c.p.p.	codice di procedura penale
C.S.M.	Consiglio Superiore della Magistratura
cap.	capitolo
Cass. Pen.	Cassazione Penale
CAT	Comitato contro la tortura (istituito dalla Convenzione ONU, 1984)
CDFUE	Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea
CEDU	Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
cfr.	confrontasi
CGUE	Corte di giustizia dell'Unione Europa
cit.	citato/ a/ i/ e
CoE	Consiglio d'Europa
Commissione Palazzo	Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo
Conv. Tort.	Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti
Corte cost.	Corte costituzionale
Corte EDU	Corte europea dei diritti dell'uomo
Cost.	Costituzione
CPI	Corte Penale Internazionale
CPT	Comitato europeo per la prevenzione della tortura
d. lgs.	decreto legislativo
d. lgt.	decreto luogotenenziale
d.l.	decreto legge
D.P.R.	Decreto del Presidente della Repubblica

DAP	Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria
Dich. Univ.	Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo
Dott.ssa	Dottoressa
ed. dig.	edizione digitale
ed.	edizione
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> , cioè
l. cost.	legge costituzionale
lett.	lettera
n.	numero
ndr	nota del redattore
nt.	nota
ntt.	note
O.P.G.	ospedali psichiatrici giudiziari
on.	onorevole
onn.	onorevoli
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
op. ult. cit.	opera ultimo citata
ord. pen.	ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354)
ord.	ordinanza
pag.	pagina
pagg.	pagine
Prof.	Professore
Prof.ssa	Professoressa
r.d.l.	regio decreto legge
R.E.M.S.	Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza
ric.	ricorso
ricc.	ricorsi
rif.	riferimento
s.	seguinte
SCOTUS	<i>Supreme Court of the United States of America</i>
sent. ult. cit.	sentenza ultima citata
sent.	sentenza
sentt.	sentenze
sez.	sezione
SGEP	Stati Generali sull'esecuzione penale
SS. UU.	Sezioni Unite
ss.	seguinti
Statuto CPI	Statuto della Corte Penale Internazionale
<i>sub</i>	<i>sub voce</i>
T.U.	Testo Unico
T.U.L.P.S.	Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza
UCPI	Unione delle Camere Penali Italiane
v.	vedasi
Vol.	volume

Simboli

<i>sic!</i>	così, parola trascritta fedelmente
§	paragrafo

§§ paragrafi
[...] per indicare omissioni (di una parola o di intere parti di testo)
[*****] inserimenti non originali nel testo citato per completarne la
 struttura sintattica

INTRODUZIONE

“Sono inguaribilmente ottimista e credo che, nonostante tutte le difficoltà, ci sia la possibilità di un futuro migliore per la vita del nostro Paese e per la vita delle nostre istituzioni”

Vittorio Bachelet

La presente indagine ha come obiettivo l’approfondimento della pena dell’ergastolo per vagliarne la compatibilità con la Costituzione italiana. Nell’affrontare tale questione si è deciso di partire, ovviamente, dalla Legge fondamentale della Repubblica, ma senza limitarsi ad essa soltanto: si ritiene infatti che, oggi, ogni lavoro di ricerca che voglia ambire ad essere credibile debba saper oltrepassare, se necessario, i confini nazionali per tenere in debita considerazione anche il sistema normativo nel quale il nostro Paese si trova immerso; non si manca dunque di prestare attenzione alla dimensione europea – nella sua duplice declinazione di Unione Europea e di Consiglio d’Europa – ed ai principali Documenti internazionali vincolanti per l’ordinamento italiano.

L’itinerario di questo scritto si compone di cinque ‘tappe’ – ciascuna corrispondente ad un Capitolo – tra loro distinte ma profondamente interconnesse.

Nel Capitolo Primo si indaga come i temi inerenti la finalità della sanzione penale, l’ergastolo e la pena di morte siano stati affrontati in sede di Assemblea Costituente, per analizzare poi come il dibattito ivi svoltosi sia stato tradotto nelle disposizioni della Carta fondamentale e per ragionare dunque sull’ampia portata della legge costituzionale n. 1 del 2007, con la quale la Repubblica ha manifestato il rifiuto, incondizionato e definitivo, della sanzione capitale. Si cerca, infine, di ricostruire il complessivo quadro normativo inerente la pena perpetua e di analizzare le proposte di riforma dell’ordinamento formulate dagli Stati Generali dell’esecuzione penale, indagando come esse siano state accolte dal Parlamento e dal Governo sino a giungere a quanto approvato, in via non

definitiva, nel Consiglio dei Ministri n. 74 del 16 marzo 2018, il cui esito è, nel momento in cui si dà alle stampe questo lavoro, ancora incerto.

Nel Capitolo Secondo il *focus* del presente studio varca le frontiere normative italiane per soffermarsi sul contesto sovranazionale; l'indagine si dipana dunque – con struttura simmetrica rispetto a quella del Capitolo precedente – a partire dal polifonico dibattito europeo circa la funzione della sanzione penale, l'ergastolo e la pena di morte, per considerare poi come tali questioni siano state affrontate nelle principali Carte internazionali: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza), la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti ed i Documenti posti a disciplina della Corte Penale Internazionale. Si propone infine, in un'ottica comparata, una lettura degli approcci maturati nel sistema norvegese ed in quello statunitense alle c.d. sanzioni estreme: la pena capitale e l'ergastolo.

Nel Capitolo Terzo si affronta con maggior attenzione il tema – da sempre oggetto di studio da parte degli scienziati e dei filosofi del diritto – inerente lo scopo della pena detentiva e la sua giustificazione, morale e giuridica; si ripercorre dunque l'evolversi – scandito dalle pronunce del Giudice delle Leggi – delle diverse teorie prospettate attorno all'articolo 27, comma 3, della Costituzione secondo cui “Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato” e si giunge infine a riflettere sulla concezione della sanzione e la sua funzione poste alla base delle principali Carte europee e dello Statuto della Corte Penale Internazionale.

Nel Capitolo Quarto si indaga come sia mutato, nell'alveo della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'approccio alla pena perpetua analizzando i *leading cases* che si sono succeduti: la sentenza *Kafkaris c. Cipro* del 2008 e la sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013. Si dà infine conto, indicandone le possibili cause, delle criticità sollevate dalla sentenza *Hutchison v. Regno Unito* del 2017, la quale viene considerata una battuta d'arresto nel cammino della giurisprudenza di Strasburgo verso l'umanizzazione dell'ergastolo.

Nel Capitolo Quinto si giunge al cuore del *dubium* da cui è sorto questo lavoro: si tenta dunque, alla luce delle principali pronunce della Corte di Cassazione e della Consulta, di individuare il punto focale della questione e di condurre un'indagine critica ed intellettualmente onesta circa i motivi che ci inducono a sospettare che la pena perpetua, sia nella sua variante c.d. ordinaria che in quella c.d. ostativa, non sia compatibile con la lettera e lo spirito della Costituzione.

Infine, nelle Conclusioni, si offrono alcune riflessioni sul metodo con il quale si è voluto condurre la presente ricerca e sui risultati cui si è giunti, senza mancare di indicare – come a voler ‘passare il testimone’ a chi vorrà raccogliarlo – quelli che ci sembrano essere i temi su cui si debba continuare ad indagare.

Nel corso della trattazione si cerca, a più riprese, di dissolvere alcuni pre-giudizi che sovente inquinano le riflessioni attorno al tema dell’ergastolo: a chi sostiene che esso oramai non esista più replichiamo – in maniera garbata, ma decisa – proponendo la nostra ‘opinione dissenziente’; a chi sentenzia che chi sta in carcere sta meglio di chi sta fuori rispondiamo avanzando alcune considerazioni inerenti il nocumento che troppo spesso subisce il diritto, costituzionalmente protetto, alla tutela della salute.

Riteniamo inoltre opportuno, in sede introduttiva, evidenziare che intraprendere uno studio sulla compatibilità dell’ergastolo con la Carta fondamentale non significa assolutamente sminuire, ignorare o soprassedere alla gravità dei reati per i quali è stato comminato né privare del doveroso rispetto le vittime, dirette e indirette, di tali atti; non significa neppure voler essere ingenui o buonisti; significa invece – a nostro parere – ragionare in termini giuridici, avendo come unico faro la legge – precipuamente la Costituzione – e non l’umore popolare o la comodità di pensiero.

Crediamo invero che, nonostante tutto, “le idee valgono non per quello che rendono, ma per quello che costano”¹.

¹ Questa la risposta che pare sia stata data da Giulio Bevilacqua ai fascisti che lo minacciarono di ‘fargli pagare care le sue idee’.

CAPITOLO I

L'ERGASTOLO: STORIA E DISCIPLINA INTERNA

SOMMARIO: 1. *Il dibattito in Assemblea Costituente.* – 1.1. *Premessa.* – 1.2. *Sulla funzione della pena.* – 1.3. *Sull'ergastolo.* – 1.4. *Sull'abolizione della pena di morte.* – 2. *Le disposizioni costituzionali: tra tutela dei diritti e trattamento sanzionatorio.* – 2.1. *L'articolo 2 Cost.* – 2.2. *L'articolo 3 Cost.* – 2.3. *L'articolo 13, comma 4, Cost.* – 2.4. *L'articolo 27 Cost.* – 2.4.1. *La personalizzazione della responsabilità penale.* – 2.4.2. *La presunzione di non colpevolezza (cenni).* – 2.4.3. *I trattamenti contrari al senso di umanità e la tensione verso la rieducazione del condannato.* – 2.4.4. *Il quarto comma nella sua versione originaria (cenni).* – 2.4.5. *(Segue) La legge costituzionale 2 ottobre 2007, n.1: l'abolizione della pena di morte.* – 2.5. *Analogie e differenze tra pena di morte ed ergastolo (cenni).* – 3. *La legislazione interna, la normativa attuativa (e le varie modifiche intervenute).* – 3.1. *La legge 26 luglio 1975, n. 354 recante norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà.* – 3.2. *Il referendum abrogativo del 1981 (cenni).* – 3.3. *La legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. Legge Gozzini).* – 3.4. *La legislazione d'emergenza degli anni 1991 e 1992.* – 3.5. *La legge 12 maggio 1998, n. 165, (c.d. Legge Simeone – Saraceni) ed il D.P.R 30 giugno del 2000, n. 230.* – 3.6. *La legislazione successiva: la legge 5 dicembre 2005, n. 251, il decreto legge 1 luglio 2013, n. 78 ed il decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146.* – 3.7. *Il regime normativo attuale.* – 4. *Gli Stati Generali sull'esecuzione penale* – 4.1. *Dopo gli Stati Generali: la legge delega n. 103 del 2017.* – 4.2. *Il Consiglio dei Ministri n. 74 del 16 marzo 2018: il percorso, ancora incompleto, verso l'attuazione della riforma.*

1. *Il dibattito in Assemblea Costituente*

1.1. *Premessa*

I Padri e le Madri Costituenti erano consapevoli dell'importanza e della difficoltà del compito cui erano stati chiamati ed avevano ben chiara la necessità di consegnare all'Italia una Carta costituzionale che garantisse la “precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella”¹ e che

¹ Così l'on. Giuseppe Dossetti nella seduta del 9 settembre 1946, riportato in V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, (a cura di), *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1948, 24. Su tale opinione si ebbe poi la convergenza dell'on. Palmiro Togliatti, il quale ricordò come secondo la dottrina marxista solo lo Stato, ma non la persona, fosse destinato presto o tardi a scomparire.

permettesse quindi di liberarsi dai pesanti fardelli del periodo fascista e della guerra, per poter tornare a guardare al futuro con fiducia e speranza.

Senza dubbio, “il riconoscimento della dignità umana come valore prioritario, anteriore allo Stato, e non dipendente da questo, è stato ben presente nei lavori dell’Assemblea Costituente”² e vi era la precisa consapevolezza di dover difendere la vitalità di tale valore in tutti i campi del nuovo ordinamento che si andava delineando.

1.2. *Sulla funzione della pena*

Quella relativa alla natura della pena ed alla sua funzione non era certamente questione estranea ai Costituenti³, alcuni dei quali avevano vissuto in prima persona l’esperienza della prigionia⁴. Per comprendere appieno gli esiti cui si è giunti, è indispensabile però cogliere il delicatissimo equilibrio nel quale si svolsero i lavori preparatori.

Difatti “il dibattito sulle funzioni della pena fondamentale ruota[va] ancora intorno ai contrapposti postulati della Scuola Classica⁵ e della Scuola Positiva⁶: essendo questo il perdurante retroterra culturale, era certamente comprensibile la preoccupazione, manifestata da non pochi Costituenti, che una esplicita presa di posizione sullo scopo della pena avrebbe potuto alla fine tradursi nel riconoscimento del primato di una delle

² Cfr. G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in www.cortecostituzionale.it, 2014, 1.

³ A conferma di ciò, si consideri l’intervento dell’on. Giovanni Leone, secondo cui quella sulla funzione della pena è una questione complessa “sulla quale neppure il codice penale potrà facilmente dire una parola definitiva; perché è un problema eterno, è il problema di Emanuele Kant, che resterà forse sempre senza risposta”. V. ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Discussione nella seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947*, in www.legislature.camera.it, 2560.

⁴ Basti ricordare che entrambi i presidenti della Assemblea Costituente, Giuseppe Saragat prima ed Umberto Terracini poi, erano stati in prigionia. Il primo, nei pochi mesi che scontò di carcere, stette anche nel c.d. terzo braccio del *Regina Coeli*, ossia la sezione riservata ai condannati a morte; il secondo invece, condannato a 22 anni e 9 mesi, riacquistò la libertà solo dopo 17 anni nei quali subì la detenzione a Roma, il confino a Ponza e l’ergastolo a Santo Stefano.

⁵ Per la Scuola Classica, di cui Francesco Carrara è esponente di punta, l’uomo è dotato di libero arbitrio e pertanto la commissione di un delitto è frutto della sua scelta consapevole; coerentemente, secondo questa corrente di pensiero, la funzione della pena è quella di ristabilire l’ordine violato e rispondere efficacemente al male perpetrato: cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, 4^o, Bologna, 2006, 470-80 e R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, 6^o ed., Assago, 2012, 5 ss.

⁶ Per la Scuola Positiva, i cui maggiori rappresentanti sono Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, invece la pena deve essere maggiormente incentrata nel processo rieducativo volto al reinserimento del reo nel contesto sociale: cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, 6^o, Bologna, 2009, XXIV ss. e R. RIZ, *Lineamenti*, cit., 7 ss.

due scuole tradizionalmente in conflitto”⁷. Verosimilmente fu questo il motivo per il quale quando giunse, in seno alla prima Sottocommissione per la Costituzione, il momento di mettere ai voti l’emendamento avanzato dall’on. Concetto Marchesi secondo cui “*Le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del condannato*” non si ebbe alcun intervento volto ad offrire una chiarificazione od un’interpretazione della nozione di funzione della pena.⁸

Fu invece in sede di Assemblea Plenaria che si rese palese la compresenza di idee e posizioni eterogenee che esplicitava l’impossibilità di aderire all’una o all’altra Scuola di pensiero. Il terzo comma⁹ dell’articolo 21 del progetto, come formulato dalla Commissione, fu ritenuto dagli onn. Amerigo Crispo, Giovanni Leone e Giuseppe Bettiol eccessivamente sbilanciato verso l’esigenza della rieducazione a tutto svantaggio di ogni altra finalità della pena. Mentre l’on. Crispo propose l’eliminazione del riferimento alla tensione rieducativa, gli onn. Leone e Bettiol presentarono un emendamento¹⁰ a dir loro maggiormente coerente con la decisione della Commissione di non prendere posizione in merito al “secolare problema della pena” e di non proclamare quindi la rieducazione come fine principale della pena. Fu grazie alla mediazione dell’on. Tupini che il principio rieducativo riuscì a trovare spazio nella formulazione della disposizione costituzionale. È bene precisare che la presenza di tale principio era da intendere non come simbolo della supremazia di una Scuola rispetto all’altra, bensì come manifestazione di una nuova

⁷ Nel senso suddetto, cfr. A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 27-28: Rapporti civili in Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna – Roma, 1991, 225.

⁸ Nella seduta del 19 settembre 1946, il Presidente on. Umberto Tupini si limitò a mettere ai voti la prima proposizione dell’articolo 27 con l’emendamento proposto dall’on. Concetto Marchesi: la proposta venne approvata con un solo voto contrario senza che vi fosse alcun intervento o dibattito sulla funzione della pena. Si registrò un confronto solo in merito all’opportunità di utilizzare le espressioni “*colpevole*” o “*reo*”, cui si preferì invece il termine “*condannato*”, conformemente all’emendamento avanzato dall’on. Marchesi. (V. COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, PRIMA SOTTOCOMMISSIONE ‘Diritti e doveri dei cittadini’, *Resoconto sommario della seduta di giovedì 19 settembre 1946*, in www.legislature.camera.it, 73-4).

⁹ L’articolo 21 del progetto così recitava: “La responsabilità penale è personale. / L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. / *Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. / Non è ammessa la pena di morte se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra*”.

¹⁰ Il testo dell’emendamento, discusso nella seduta antimeridiana del 15 aprile 1947, era il seguente: “Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolano il processo di rieducazione morale del condannato”. (V. ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Discussione nella seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947*, in www.legislature.camera.it, 2878).

sensibilità politica riguardo alla questione criminale, in linea con la vocazione solidaristica di cui si andava impregnando il nuovo ordinamento costituzionale.¹¹

Vero è che i Costituenti, nonostante il vivace dibattito creatosi, non giunsero a precisare quale fosse lo scopo principale della pena né come questo dovesse porsi in relazione alla tensione rieducativa, ma non si può tralasciare che molti vollero offrire un loro personale contributo che potesse fungere da guida per la futura concretizzazione dei nuovi principi. Ne riportiamo alcuni.

Secondo l'on. Bettiol la pena “deve essere tale da non avvilitare, da non degradare l'individuo, dato che anche l'uomo più malvagio può riabilitarsi. Per questo occorre riformare il sistema carcerario in modo da non ostacolare la riabilitazione dell'individuo, in modo che possa, secondo gli uni emendarsi, secondo gli altri essere socialmente recuperato”.¹² “Non vi è creatura umana – afferma solennemente Leone – che possa subire da parte della società una condanna fine a sé stessa, che pertanto ripudi ogni riflesso di rieducazione”¹³. L'on. Tupini invece, dopo essere intervenuto nel dibattito a nome della Commissione per confermare che questa non aveva assolutamente inteso schierarsi in favore dell'una o dell'altra scuola, ricordò che “la società non deve rinunciare ad ogni sforzo affinché colui che è caduto nelle maglie della giustizia [...] dopo la condanna possa offrire delle possibilità di rieducazione”¹⁴. Parzialmente diversa infine l'opinione dell'on. Moro il quale, aderendo all'emendamento Leone-Bettiol, evidenziò come la rieducazione del condannato fosse un'esigenza sì fondamentale ma non certo l'unica. Successivamente sottolineò come, a suo avviso, l'Assemblea Costituente non potesse essere la sede per “risolvere [...] l'annoso problema degli orientamenti penalistici della scienza e della legislazione italiana”¹⁵, essendo invece preferibile “lasciare libera la strada, perché

¹¹ Cfr. E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, 18

¹² Cfr. E.M. RUFFINI, *Uguali per Costituzione. 3. L'eguaglianza dei detenuti*, in www.ruffini.blogautore.espresso.repubblica.it.

¹³ Cfr. ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Discussione nella seduta pomeridiana*, cit., 2560.

¹⁴ Cfr. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione*, cit., 63.

¹⁵ Cfr. ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Discussione nella seduta antimeridiana*, cit., a 2884.

domani sia il legislatore, sotto la pressione della coscienza sociale, a decidere in merito agli orientamenti in materia di pene”.¹⁶

Dopo un’intensa discussione, la maggioranza dell’Assemblea infine si pronunciò a favore della formula predisposta dalla Commissione.

Tuttavia, in sede di coordinamento finale, il Comitato di redazione ritenne opportuno, per attenuare l’“apparenza positivistica”¹⁷ del testo alla fine approvato, invertire l’ordine delle enunciazioni consacrate nel testo dell’articolo 21 del progetto, dando quindi vita all’attuale formulazione del terzo comma dell’articolo 27 della Costituzione: “Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

1.3. *Sull’ergastolo*

Durante lo svolgimento dei lavori preparatori, i Costituenti ebbero modo di affrontare la spinosa questione dell’ergastolo: ma si trattò di un’analisi né esauriente né esaustiva. Fu l’on. Togliatti il primo a rilevare le problematiche al riguardo allorché, in seno alla prima Sottocommissione¹⁸, interrogò se stesso e i suoi colleghi circa l’opportunità di trattare in quella sede il tema dell’ergastolo, pena “inumana quanto la pena di morte, [che] dovrebbe essere parimenti soppressa”.¹⁹ Di opinione contraria era invece il presidente della Sottocommissione, l’on. Tupini, il quale non nascose la propria preoccupazione circa la possibilità che la soppressione della pena dell’ergastolo potesse fungere da impulso al compimento di delitti efferati.²⁰ Gli onn. Lucifero e Mancini dimostrarono invece di accogliere di buon grado il pensiero dell’on. Togliatti e manifestarono il loro scetticismo circa l’efficacia intimidatrice della pena. L’on. Merlin, pur condividendo il timore di

¹⁶ Cfr. ASSEMBLEA COSTITUENTE, op. ult. cit., 2884.

¹⁷ Cfr. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione*, cit., 63.

¹⁸ Il riferimento è alla Seduta della Prima Sottocommissione svoltasi il 10 dicembre 1946. Sul tema, cfr. anche M. PISANI, *La pena dell’ergastolo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2/2016, 575-629, 584.

¹⁹ Cfr. COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, PRIMA SOTTOCOMMISSIONE (diritti e doveri dei cittadini), *Resoconto sommario della seduta di martedì 10 dicembre 1946*, in www.legislature.camera.it, 470.

²⁰ Eloquente l’opinione del presidente Tupini il quale “teme, inoltre, che l’abolizione della pena dell’ergastolo potrebbe essere un incentivo a commettere delitti efferati, essendosi soppressa l’unica pena, quella di morte, capace di incutere paura ai grandi criminali”: cfr. COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, PRIMA SOTTOCOMMISSIONE, op. ult. cit., 470.

Tupini, si appellava alla necessità di soddisfare la “coscienza popolare”, la quale certamente invocava, almeno per i delitti più gravi, la risposta ferma dell’ergastolo.²¹ L’on. Cevolotto, cui si aggiungeva poi l’on. Moro²², esprimeva la convinzione che l’eventuale analisi e risoluzione della questione non potesse avvenire in sede di lavori preparatori della Costituzione, essendo invece preferibile affrontare la questione in occasione di riforma del Codice Penale e della disciplina carceraria. Di quest’ultimo orientamento diede atto il presidente Tupini nel resoconto sommario della seduta della Prima Sottocommissione del 10 dicembre 1946 ove si legge che l’abolizione dell’ergastolo sia “tema di tale importanza da meritare di essere più approfondito” e che pertanto sia d’uopo “rinviarlo a sede più opportuna”²³. Durante l’adunanza plenaria 25 gennaio 1947 delle Commissioni per la Costituzione si registrò un acceso dibattito circa la finalità rieducative della pena²⁴ e, tra le proposte presentate, degna di nota per la sua portata rivoluzionaria è quella degli onn. Nobile e Terracini. Nel loro elaborato si prevedeva infatti che “Le pene restrittive della libertà personale non potranno superare la durata di quindici anni²⁵”. Giustificata dalla necessità di evitare quel “processo di abbruttimento progressivo²⁶” che inevitabilmente deriva dall’espiazione di pene eccessivamente lunghe, tale proposta mirava tacitamente all’abolizione dell’ergastolo, dimostrando di non tenere in considerazione le conclusioni cui era giunta la prima Sottocommissione poco più di un mese prima.²⁷ Fu infatti necessario l’intervento dell’on. Tupini, nella veste di presidente della prima Sottocommissione, per ricordare quale fossero le considerazioni cui quest’ultima fosse giunta in tema di ergastolo²⁸ e per riproporne quindi, ed ottenerne, l’accoglimento.

²¹ Cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 584 .

²² Cfr. *supra*, al paragrafo 1.1.2 per un’opinione analoga dell’on. Moro in merito al dibattito circa la i

²³ Cfr. COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, PRIMA SOTTOCOMMISSIONE, Resoconto sommario della seduta di martedì 10 dicembre 1946, cit., 471.

²⁴ In tal senso v. M. PISANI, *La pena*, cit., 584-585.

²⁵ Cfr. COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, ADUNANZA PLENARIA, *Resoconto sommario della seduta di sabato 25 gennaio 1947 (ant.)*, in www.legislature.camera.it, 182.

²⁶ Cfr. COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, ADUNANZA PLENARIA, op. ult. cit., p. 183.

²⁷ Ci si riferisce alla seduta della Prima Sottocommissione del 10 dicembre 1946.

²⁸ V. *supra* per le soluzioni raggiunte dalla Prima Sottocommissione per la Costituzione riportate, con le parole del presidente Tupini, nel resoconto sommario della seduta del 10 dicembre 1946. Cfr. COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, PRIMA SOTTOCOMMISSIONE, Resoconto sommario della seduta di martedì 10 dicembre 1946, cit.

Quasi dieci anni più tardi Giuseppe Bettiol ebbe a dire, al fine di dimostrare la conformità a Costituzione della massima pena detentiva, che “nel corso dei lavori preparatori della Costituzione, non si trova un solo accenno concludente per affermare che il problema dell’ergastolo è stato sia pure implicitamente risolto in senso negativo”²⁹. È però necessario rilevare nel corso dei lavori preparatori non si trova neppure nessun accenno che porti a credere che la tensione rieducativa sia propria solo delle pene detentive temporanee, e non estendibile alla pena perpetua³⁰.

1.4. *Sull’abolizione della pena di morte*

Degno di nota è il percorso che ha portato al categorico, ma inizialmente non assoluto³¹, divieto della pena di morte a livello costituzionale. Il tema della pena capitale aveva fatto scorgere la propria problematicità già in seno alla Commissione per Studi attinenti alla Riorganizzazione dello Stato, la quale aveva lavorato nel biennio 1945-1946 al fine di “predisporre gli elementi per lo studio della nuova Costituzione”³². Già in tale sede infatti, in occasione del dibattito nella Prima Sottocommissione relativo ai diritti e doveri della persona umana³³, una minoranza dei commissari aveva evidenziato come la pena di morte confliggesse con il principio fondamentale della tutela dell’esistenza umana, abbracciando così una posizione abolizionista assoluta. Tuttavia la maggioranza di questi non riteneva che la Costituzione potesse essere la sede opportuna per sopprimere la pena di morte, dato che sarebbe stato allora necessario prevedere altresì le eccezioni stabilite

²⁹ Cfr. G. BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1956, 555 ss., 564-565.

³⁰ In tal senso cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 586.

³¹ Difatti la versione originaria dell’articolo 27, comma 4, sanciva che “*Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra*”. È bene precisare che dopo l’entrata in vigore della Costituzione non ci si è mai avvalsi di tale eccezione, rimasta presente nella Carta fino all’intervento della modifica introdotta con l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1. L’ultima esecuzione avvenuta in Italia si verificò nel marzo 1947 (prima dunque dell’entrata in vigore della Costituzione) a Torino per tre siciliani colpevoli di rapina aggravata, omicidio, violazione di domicilio e sequestro di persona. Cfr. L. GOISIS, *La revisione dell’articolo 27, comma 4 della Costituzione: l’ultima tappa di un lungo cammino*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4/2008, 1655-1693, 1662 nt. 29.

³² V. il d. lgt. n. 435 del 31 luglio 1945, il cui art. 2 affidava all’istituendo Ministero per la Costituente il compito di “predisporre gli elementi per lo studio della nuova Costituzione che dovrà determinare l’assetto politico dello Stato e le linee direttive della sua azione economica e sociale”. La Commissione per studi attinenti alla Riorganizzazione dello Stato era chiamata a vagliare le questioni più problematiche su cui presumibilmente sarebbero stati chiamati a discutere i Costituenti.

³³ Commissione per studi attinenti alla Riorganizzazione dello Stato, Prima Sottocommissione (deputata allo studio dei problemi costituzionali) nella seduta del 15 giugno 1946.

dai Codici Militari, e fu così quindi che la Sottocommissione si pronunciò a favore della non menzione dell'abolizione della pena di morte nella futura Carta costituzionale.

Nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente si riaprì il dibattito circa il divieto della pena di morte e la sua estensione. Nettamente prevalente era l'orientamento – ben espresso dall'on. Bettiol – volto ad ammettere tale pena “solo in casi del tutto eccezionali per quanto riguarda le leggi militari di guerra”³⁴. L'illustre giurista si faceva forte dell'insegnamento di Cesare Beccaria, definito l'antesignano dell'abolizione di morte, il quale aveva previsto la possibilità di qualche eccezione in casi straordinari.

L'on. Bellavista prospettò per primo la possibilità di superare quelle stesse eccezioni al divieto di pena capitale ammesse da Beccaria.³⁵ Alcuni invece, tra cui gli onn. Nobile³⁶ e Fusco, si dichiararono contrari al mantenimento della pena di morte anche e soprattutto nelle ipotesi eccezionali fatte salve dalla maggioranza, poiché il carattere sacro della vita umana esigeva “la più esplicita ed incondizionata esclusione” di tale pena. Secondo l'on. Giuseppe Fusco in particolare “proprio nei periodi di guerra è ancora più pericolosa la condanna a morte”³⁷. Diversa era la motivazione dell'on. Pietro Mastino il quale si dichiarò invece contrario alla pena capitale data l'intollerabile irreparabilità di un sempre possibile errore giudiziario.³⁸ Notevoli polemiche furono infine suscitate dall'intervento dell'on. Giovanni Leone il quale, pur definendosi contrario alla pena capitale, propose di

³⁴ Così l'on. Bettiol, nella seduta antimeridiana del 26 marzo 1947, come riportato in S.M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Vol. I, Roma, 1970 – 1971, 675.

³⁵ Cfr. S.M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, op. ult. cit., 688. Secondo l'on. Bellavista, riferendosi alla bestialità inutile, anche scientifica, della pena di morte, “Noi dobbiamo ancorarci fermamente a questo principio, forse superando anche la limitazione di Beccaria, ma in ogni caso, ricordando, pure nella eccezionalità del diritto di guerra, che non deve ripetersi quella orrenda cosa, che [...] si chiama la «decimazione»”: cfr. L. GOISIS, *La revisione*, cit., 1664, nt. 39.

³⁶ Per l'opinione dell'on. Umberto Nobile, contrario alla pena capitale anche nei codici militari di guerra, v. S.M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, *La Costituzione*, cit., 718. In particolare, nella seduta pomeridiana del 27 marzo 1947, l'on. Nobile ebbe a dire: “Un'ultima parola, ed ho finito, circa la pena di morte di cui si propone la soppressione. Per mio conto la vorrei abolita perfino nei codici militari di guerra. Ma, allora, perché conservare quella morte in vita che è la pena dell'ergastolo?”.

³⁷ Così l'on. Fusco, nella seduta antimeridiana del 28 marzo 1947 in S.M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, op. ult. cit., 737–8.

³⁸ Cfr. S.M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, op. ult. cit., 712.

non definire tale questione nella Carta costituzionale, in modo da lasciare libero il legislatore di ripristinarla in futuro³⁹.

In sede di Assemblea Costituente si scelse quindi di disattendere la convinzione, maturata in seno alla Prima Sottocommissione per Studi attinenti alla Riorganizzazione dello Stato⁴⁰, di non menzionare l'abolizione della pena di morte in Costituzione e fu così che alla fine il consenso dei Padri e delle Madri Costituenti si attestò sul divieto di pena capitale, eccezion fatta per i casi previsti dalle leggi militari di guerra. Vide così la luce il comma 4 dell'articolo 27 secondo cui “*Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra*”. Tale versione originaria rimase in vigore fino al 25 ottobre 2007, data di entrata in vigore della legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1 con la quale si proclamò invece il divieto incondizionato della pena capitale.

2. *Le disposizioni costituzionali: tra tutela dei diritti e trattamento sanzionatorio*

2.1. *L'articolo 2 Cost.*

L'articolo 2 della Carta fondamentale sancisce che “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo” precisando come ciò valga per ognuno “sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità” e “richiede [inoltre] l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

Secondo quanto emerse nella Prima Sottocommissione per la Costituzione in sede di elaborazione della formula di cui all'articolo 2, per ‘diritti inviolabili’ si devono intendere non solo quelli che trovano esplicito riconoscimento nelle disposizioni del Testo fondamentale, ma anche quelli generalmente ritenuti come naturali e insopprimibili, in quanto preesistenti alla nascita dello Stato.⁴¹

Non è dunque facile stilare un elenco esaustivo e certo dei diritti riconducibili nell'alveo dell'articolo 2, ma è sicuro che tra questi si possano pacificamente includere i diritti

³⁹ Cfr. S.M. CICONETTI, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, op. ult. cit., 702.

⁴⁰ V. *supra*.

⁴¹ Cfr. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione*, cit., 23.

all'identità, all'integrità fisica e psichica, al lavoro, all'istruzione, alla difesa, alla salute, alla vita di relazione e alla libertà religiosa e così via.

Di particolare interesse è la considerazione che ha portato la dottrina a ritenere che il carcere, in quanto tale, debba essere ricompreso nella nozione di formazione sociale di cui all'articolo in esame.

Degna di nota è quindi l'opinione di Giovanni Maria Flick⁴² secondo cui quella carceraria è una “formazione sociale – per quanto coattiva e, tendenzialmente, totalizzante – nella quale, come dice l'art. 2 della Costituzione, i diritti fondamentali devono essere riconosciuti e garantiti, compatibilmente con la restrizione della libertà personale; e devono coniugarsi con i doveri (di chi è dentro, e di chi sta fuori) di solidarietà sociale”⁴³.

Considerata la natura del carcere e constatata la forte efficacia assorbente che esso esercita sulla condizione dei detenuti, diviene di ancor maggiore importanza vigilare affinché non si verificino delle inaccettabili violazioni di quei diritti fondamentali che lo Stato è chiamato a riconoscere e a garantire.

Il carattere inviolabile di tali diritti – propri anche, e soprattutto, delle persone in stato di detenzione – impone dunque che una compressione del loro esercizio non possa spingersi oltre alle effettive necessità correlate alla condizione carceraria ed esige che essa non pregiudichi la dignità, la quale costituisce il nocciolo duro ed inscalfibile dei diritti fondamentali.⁴⁴

Da qui dunque la riflessione di Flick secondo cui “l'art. 2 della Costituzione è il termometro della dignità, la cui *restitutio in integrum*, anche nella coazione del carcere, è garantita dalla rieducazione. Il sintomo più evidente di tale processo è il riconoscimento, da parte del detenuto, dei propri doveri inderogabili di solidarietà sociale, cioè il riconoscimento dell'altrui dignità”⁴⁵.

⁴² Presidente emerito della Corte costituzionale.

⁴³ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale* in *Diritto e Società*, 1/2012, 187–201, 188.

⁴⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 341 del 2006, in www.giurcost.org, secondo cui “i diritti fondamentali trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione”.

⁴⁵ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti*, cit., 191.

2.2. *L'articolo 3 Cost.*

L'articolo terzo della Carta fondamentale proclama che “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali” e statuisce che è “compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Il primo comma riconosce quindi, l'uno accanto all'altro, i concetti della *eguaglianza di diritto* (la legge è uguale per tutti) e della *eguaglianza di fatto* (la pari dignità sociale). Ed è proprio tale dignità, la quale garantisce ad ognuno un libero sviluppo della propria persona, a rivestire un ruolo di prim'ordine negli Stati costituzionali contemporanei, sino a diventarne la “premessa culturale antropologica”⁴⁶, in quanto solo essa è capace di sintetizzare i valori posti alla base dell'ordinamento e di divenire fonte legittimante di ogni tipologia di autorità.

Nel chiedersi – come parte della dottrina fa – se l'essere detenuto sia riconducibile alla nozione di ‘condizioni personali’, è bene tenere a mente che, anche per coloro che si trovino in stato detentivo, trova piena valenza il principio della pari dignità sociale. Ed è proprio quest'ultima, in sinergia con il correlato principio personalistico, ad imporre che si guardi ad ogni uomo sempre come un fine e mai come un mezzo⁴⁷. Difatti la dignità occupa una posizione suprema nell'ordinamento e non è “suscettibile di riduzioni per effetto di bilanciamento, in quanto è la bilancia medesima, il criterio di misura di tutti i principi e di tutti i diritti”⁴⁸. Ed allora essa non potrà mai venir compromessa, in quanto limite invalicabile, per nessun motivo, e dovrà rimanere intatta anche dietro le sbarre delle strutture penitenziarie. La dignità infatti “non si acquista per meriti e non si perde per

⁴⁶ Cfr. P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, trad. it., Roma, 2001, 35. Sul punto, può essere interessante ricordare anche la riflessione elaborata in T. DOBZHANSKY, *Diversità genetica e uguaglianza umana*, trad. it., Torino, 1975, 3, ove l'A., genetista e biologo, riflettendo sulle nozioni di “Diversità degli individui [e] uguaglianza delle persone” afferma che “l'uguaglianza umana ha a che fare con i diritti e con l'inviolabilità dell'esistenza di ogni essere umano, e non con caratteristiche corporee o anche mentali” e – aggiungiamo noi – condizioni personali.

⁴⁷ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti*, cit., 190.

⁴⁸ Cfr. G. SILVESTRI, *La dignità*, cit., 1-2.

demeriti^{49c}: è, cioè, valore fondante proprio di ogni essere umano, che in essa si identifica. Per quanto dunque sia inevitabile che il godimento di alcuni diritti sia compromesso per effetto della restrizione carceraria, non si potrà mai tollerare che ad essere messo in discussione sia il valore intrinseco e l'umanità propri di ciascuno. Comprimere la dignità di un individuo significherebbe non riconoscerne la natura di persona umana, e ciò è inammissibile. Risulta dunque evidente che la piena valorizzazione dell'insegnamento di cui all'articolo 3 della Costituzione è condizione necessaria (ma non sufficiente) per poter raggiungere l'obiettivo della rieducazione – nella moltitudine di accezioni teorizzate dalla giurisprudenza costituzionale⁵⁰ – prescritto dall'articolo 27.

La Corte costituzionale ha avuto modo di ricordare come proprio alla protezione della dignità personale siano preposti i diritti inviolabili dell'uomo, attributo irrinunciabile anche durante l'espiazione della pena⁵¹. Appare evidente quindi come l'articolo 3 della Carta fondamentale, proclamando la pari dignità sociale, si ponga come stimolo per realizzare modalità sempre migliori per garantire l'effettività dei diritti entro le mura del carcere⁵².

2.3. *L'articolo 13, comma 4, Cost.*

Un accenno merita senza dubbio di essere fatto al comma quarto dell'articolo 13⁵³ della Costituzione il quale, in nome del rispetto della persona e della sua dignità⁵⁴, stabilisce che *“È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”*.

⁴⁹ La frase sembra essere stata utilizzata per la prima volta proprio da Gaetano Silvestri. V. G. SILVESTRI, op. ult. cit., 2–3.

⁵⁰ In tal senso, v. *infra*.

⁵¹ V. in G.M. FLICK, *I diritti*, cit., 192 il riferimento a Corte cost., sent. n. 26 del 1999, in www.giurcost.org.

⁵² Cfr. G.M. FLICK, 201.

⁵³ L'art. 13 Cost. prescrive che “La libertà personale è inviolabile. /Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge./ In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. /E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. /La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva”.

⁵⁴ Così L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, 3° ed., Assago, 2011, 105.

Si ritiene che tale norma istituisca una garanzia volta a tutelare non solo i fermati e gli arrestati, ma anche i condannati in seguito ad un processo⁵⁵ ed inoltre che essa debba essere letta congiuntamente agli articoli 27 e 28 della Carta fondamentale, l'ultimo dei quali chiama i funzionari ed i dipendenti pubblici a rispondere degli atti lesivi degli altrui diritti.

Se risulta facile intuire la portata del concetto di violenza fisica, più difficile è invece quella di violenza morale. Ma già in sede di Prima Sottocommissione per la Costituzione si esplicitò come tale nozione sia atta a includere – e quindi a vietare – le pressioni morali in ogni loro forma⁵⁶.

Risulta senza dubbio interessante l'opinione espressa in dottrina secondo cui il quarto comma dell'articolo 13 sarebbe, da solo, norma capace di riconoscere piena cittadinanza al delitto di tortura, il quale sarebbe dunque già insito nel nostro ordinamento – a prescindere dalla ratifica dei trattati internazionali al proposito – proprio in virtù del valore supremo attribuito alla dignità, la quale non è comprimibile per il solo fatto che un individuo si trovi privato della libertà.⁵⁷

2.4. *L'articolo 27 Cost.*

Di importanza fondamentale per il tema da noi approfondito è certamente l'articolo 27 della Costituzione, il quale, nella versione oggi vigente, così recita: “La responsabilità penale è personale. / L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. / Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. / Non è ammessa la pena di morte”.

2.4.1. *La personalizzazione della responsabilità penale*

Il primo comma esplicita, con chiara volontà di discostarsi dall'esperienza storica precedente⁵⁸, l'inaammissibilità nel nostro ordinamento di una responsabilità penale per

⁵⁵ Cfr. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione*, cit., 45.

⁵⁶ Per il dibattito in sede di formulazione e approvazione della disposizione, v. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, op. ult. cit., 45.

⁵⁷ Cfr. D. CHINNICI, *I “buchi neri” nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in www.archiviopenale.it, *Archivio Penale*, 1/2015, 9.

⁵⁸ Cfr. R. D'ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 192.

fatto altrui. Tale principio si applica al solo campo delle pene e non invece a quello delle sanzioni di natura amministrativa o alle misure di sicurezza. Esso ha valenza assoluta e non ammette perciò eccezioni di alcun genere. Il divieto così posto include non solo la proibizione categorica di pene collettive o riguardanti persone terze rispetto al reato ma anche il rifiuto di un inasprimento della sanzione legato a logiche general-preventive poiché un tale aggravio sarebbe pur sempre da ricondurre ad una responsabilità per fatti altrui.⁵⁹

Degna di menzione è la questione, sulla quale si sono concentrate dottrina e giurisprudenza costituzionale, inerente la legittimità delle pene fisse, anche in riferimento anche al principio di personalità della responsabilità penale.

L'incostituzionalità è stata ravvisata da alcuni studiosi proprio perché la natura rigida della pena impedirebbe una sua specificazione in base alle condizioni soggettive dell'agente e non vi sarebbe dunque attuazione di quanto sancito all'articolo 1 della Carta.

La Corte costituzionale ha sempre fatto salvo il sistema, pur non avendo mancato di evidenziare che, in linea di principio, le pene fisse non sono conformi al volto costituzionale del sistema penale.⁶⁰

2.4.2. *La presunzione di non colpevolezza (cenni)*

Il primo capoverso obbliga a mantenere distinte le figure dell'imputato e del condannato nel processo penale, impedendo di anticipare nei confronti del primo il trattamento sanzionatorio proprio del secondo.

Da qui dunque derivano l'effetto sospensivo delle impugnazioni avverso una sentenza di condanna e la necessità di differenziare i regimi della detenzione preventiva e della pena, dato che la prima non può avere la funzione di anticipare la seconda.⁶¹

⁵⁹ Per la questione controversa circa l'esclusione dal comma in esame della responsabilità oggettiva e per la limitazione, ad opera della Corte cost., sentt. 364 e 1085 del 1988 (in www.giurcost.org), dell'ambito del principio per cui l'ignoranza della legge penale non scusa, cfr. R. D'ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, op. ult. cit., 193.

⁶⁰ Così Corte cost., sent. n. 50 del 1980, in www.giurcost.org: per una rapida ricostruzione del ragionamento della Corte costituzionale, cfr. R. D'ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, op. ult. cit., 194.

⁶¹ Cfr. L. CARLASSARE, *Conversazioni*, cit., 118.

Proprio dal fatto che “L’imputato non è considerato colpevole sino alla sentenza definitiva”⁶² deriva il divieto di sottoporlo, fino a quando non sia intervenuta una sentenza di condanna irrevocabile o passata in giudicato, a misure restrittive che abbiano finalità differenti da quelle cautelari.

2.4.3. *I trattamenti contrari al senso di umanità e la tensione verso la rieducazione del condannato*

Il terzo comma della Legge fondamentale affronta la questione, “di ordine (anche) costituzionale”⁶³, circa lo scopo delle pene e sancisce che esse non possano consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e debbano tendere alla rieducazione del condannato.

Tale doppia prescrizione è da ritenere testualmente e concettualmente unitaria, non separabile in una prima ed in una seconda parte, dato che “un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un’azione rieducativa del condannato”⁶⁴; inoltre è opportuno ricordare come il terzo comma, cui si deve riconoscere senza dubbio efficacia normativa immediata⁶⁵, non possa essere oggetto di un’analisi a sé, ma postuli

⁶² Cfr. 27, comma 2, Cost. Per un rapido *excursus* dei rapporti tra la formulazione negativa “l’imputato non considerato colpevole sino alla condanna definitiva” e quella positiva (recepita per es. dall’art. 6.2 CEDU e art. 14.2 del Patto Internazionale dei diritti civili e politici) secondo cui l’imputato va invece presunto innocente, v. R. D’ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 194. Si noti che la disposizione costituzionale, a differenza di quelle degli atti internazionali summenzionati, richiede che la sentenza che accerta la colpevolezza sia *definitiva*. In particolare, la dottrina maggioritaria si basa sui lavori preparatori e sull’incompatibilità esistente tra talune misure restrittive della libertà ammesse dalla Costituzione (artt. 13, comma 5, e 68, comma 2) e la presunzione di innocenza per ritenere esclusa l’equivalenza tra le due formulazioni. Invece per l’equivalenza sostanziale, nel senso attenuato di cui all’art. 27, comma 2, delle due espressioni cfr. R. RIZ, *Lineamenti*, cit., 54, il quale rimanda a Corte cost., sentt. n. 342 del 1983, n. 88 del 1976 e n. 124 del 1972 (disponibili in www.giurcost.org).

⁶³ Cfr. A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 27-28*, cit., 222, a cui si rimanda anche per l’analisi delle ragioni per le quali la filosofia della pena si radica naturalmente nel terreno costituzionale e le problematicità della pena privativa della libertà personale, intesa come “arma a doppio taglio”. Cfr. anche D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in *Studium Iuris*, 9/2017, 969–80, 969, secondo cui “il moderno modo di intendere il «penale» nasce costituzionale. [...] il costituzionalismo moderno annovera tra i suoi obiettivi anche la limitazione del «terribile» penale, tramite la separazione dei poteri e la garanzia dei diritti”.

⁶⁴ Così Corte cost., sentt. n. 12 del 1966, in www.giurcost.org; in tale pronuncia la Corte afferma anche che “Da un lato infatti un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un’azione rieducativa del condannato; dall’altro è appunto in un’azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza”.

⁶⁵ Cfr. A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 27-28*, cit., 232.

un collegamento interpretativo con i valori fondamentali riconosciuti del testo costituzionale⁶⁶.

Gli studiosi non hanno mancato di evidenziare il collegamento esistente tra l'articolo 2, che sancisce il generale riconoscimento dei diritti inviolabili, e la disposizione qui in esame.

Difatti la tutela prevista all'articolo 2 della Costituzione è possibile solo qualora lo Stato rispetti il limite invalicabile di un trattamento penitenziario che non sia inumano.⁶⁷

Assai controversa è l'identificazione precisa del contenuto del principio, giudicato esplosivo⁶⁸, inerente l'umanizzazione delle pene poiché si crede che esso, a causa della propria elasticità, possa assumere differenti connotazioni in base al mutare dei contesti storico-sociali⁶⁹.

Umanizzare la pena significa pensare e realizzare un sistema sanzionatorio che abbia al centro la persona e quindi non perda mai di vista l'uomo che si cela dietro al detenuto.

Ciò importa, in negativo, che la pena non può consistere in una tortura, in un trattamento inumano, affinché si eviti quell'processo di "abbruttimento progressivo" denunciato già in sede di redazione della Costituzione; in positivo, la pena detentiva deve salvaguardare la dignità di ciascuno affinché il condannato possa godere, anche durante lo stato detentivo, del proprio bagaglio di diritti inviolabili. In questa prospettiva "assumono notevole importanza i diritti di natura sociale, quali quello alla salute, all'istruzione e al lavoro"⁷⁰.

⁶⁶ In tal senso, v. A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, op. ult. cit., 228.

⁶⁷ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti*, cit., 190.

⁶⁸ Cfr. F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1/1956, 1 ss., 6.

⁶⁹ Cfr. R. D'ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 196.

⁷⁰ Cfr. M. FANTUZZI, *I diritti dei detenuti in Italia: Verso un'esecuzione della pena costituzionalmente orientata*, in www.ristretti.it, 18, ove l'A. – richiamandosi alle considerazioni elaborate da F. Modugno – ritiene che "I principi fondamentali fin qui emersi, permettono di cogliere la vera essenza dell'inviolabilità, che va riferita «al patrimonio irretrattabile della persona umana intesa come totalità ossia al principio supremo della libertà – dignità, considerato come principio che pervade la Costituzione Repubblicana in contrapposizione al tradizionale principio individualistico e liberale della libertà – proprietà, tipico dell'ordinamento pre-repubblicano»".

Ogni limitazione nell'esercizio dei diritti fondamentali che non sia strettamente funzionale alla necessità di custodia carceraria è da considerarsi quindi illegittima. A tal proposito, ci si chiede quale sia il momento in cui la pena perda la propria connotazione di umanità e divenga tortura.⁷¹ Ci si risponde che si debba annoverare senza dubbio nella nozione di quest'ultima la situazione carceraria in cui si neghi il rispetto dei diritti fondamentali a causa delle condizioni degradanti e, appunto, disumane, ma si riconosce la difficoltà di tracciare la linea di confine.

Autorevole dottrina ipotizza che, proprio in virtù della fondamentale importanza riconosciuta nel nostro ordinamento al rispetto dei diritti fondamentali, il trattamento punitivo debba venire meno ogni qual volta esso “si riveli incompatibile con la personalità e le condizioni del destinatario”⁷².

L'articolo 27, comma 3, oltre ad imporre l'umanizzazione della pena, prevede che essa debba mirare alla rieducazione del condannato, ossia che essa non possa perseguire il solo scopo di punire il soggetto giudicato colpevole, ma debba offrirgli il necessario sostegno affinché possa un giorno, presto o tardi, reinserirsi nella società, “sulla base del recupero del significato della convivenza e della legalità”⁷³.

Quella della pena verso la rieducazione del condannato è una *tensione*, è cioè una possibilità che il detenuto ha, ferma restando la necessità di lasciare al singolo l'irrinunciabile libertà di aderire o meno alla proposta ricevuta. In questo senso si deve intendere la possibilità di rieducazione come un obiettivo *tendenziale*, il cui perseguimento è accettabile solo nella misura in cui il detenuto voglia accettare l'offerta rieducativa. Proprio l'uso del verbo *tendere* impone di escludere che lo Stato possa

⁷¹ Cfr. D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 9.

⁷² Così l'opinione di Giovanni Fiandaca e, nello stesso senso, di Ferrando Mantovani riportate in R. D'ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 196.

⁷³ Cfr. G. SILVESTRI, *La dignità*, cit., 3. Interessante l'opinione di G. M. Flick, espressa in G. M. FLICK, *La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine*, in www.federalismi.it, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 22/2010, 7, il quale, interrogandosi sul significato della tensione rieducativa, afferma che “la «risocializzazione» non può certo coincidere con la emenda intesa in senso morale, giacché il «foro interno» del condannato è affare privato” e – prosegue – la risocializzazione avuta di mira dal costituente attiene pertanto non già alla dimensione della coscienza individuale e forse nemmeno al suo rapporto (interiore) con la vittima: quanto al reinserimento del reo nel tessuto sociale ed alla sua rieducazione alle regole di convivenza sociale. È la dimensione assiologica collettiva che il responsabile deve «riguadagnare», attraverso la pena”.

ricorrere a misure coattive per reindirizzare la personalità del reo. Tale disposizione impone cioè di ricercare ed attuare dei modelli rieducativi che non tanguano il principio fondamentale dell'autodeterminazione personale⁷⁴ e non scalfiscano dunque la libertà interiore.

Ogni detenuto gode di un diritto – e, forse, anche di un dovere interiore⁷⁵ – individuale alla rieducazione il cui fondamento deve ritrovarsi proprio nella priorità della rieducazione nell'ottica personalistica e, quindi, nel pieno riconoscimento della dignità sociale di tutti e di ciascuno.

Quello al ravvedimento per il reinserimento sociale è un diritto strettamente correlato all'articolo 2 della Costituzione e al riconoscimento di quelle garanzie inviolabili che, seppur inevitabilmente limitate, non possono certamente venire compresse senza proporzionalità né meno che mai espropriate per il solo fatto di trovarsi in stato di detenzione.

Da tale diritto deriva la necessità di respingere, in quanto lesivi, qualsivoglia automatismo nell'applicazione delle misure e l'esigenza di una piena valorizzazione della persona in ogni momento della vicenda penal-sanzionatoria, ricorrendo alla flessibilità delle pene e alla progressività trattamentale che permettano l'attuazione dei principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena.⁷⁶

Il finalismo rieducativo deve essere realizzato, oltre che con pene che non siano inumane, anche ricorrendo alle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario, in quanto queste costituiscono “il punto d'emergenza del trattamento rieducativo, in quanto tendono a realizzare quel reinserimento sociale al quale il trattamento punta”⁷⁷.

È infine opportuno chiarire che il principio di rieducazione esplica efficacia non solo nel momento esecutivo, ma già nel momento di emanazione della disposizione ad opera del legislatore e in quello di applicazione di essa da parte del giudice.⁷⁸

⁷⁴ Cfr. A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 27-28*, cit., 232.

⁷⁵ Così G.M. FLICK, *I diritti*, cit., 189, quando fa riferimento al “dovere ad un percorso rieducativo”.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 255 del 2006, in www.giurcost.org.

⁷⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 282 del 1989, in www.giurcost.org.

⁷⁸ Cfr. A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 27-28*, cit., 235.

Il legislatore, prendendo posizione sugli scopi della pena, non ha inteso risolvere definitivamente tale questione⁷⁹, ma ha invece espresso la volontà di “porgere un ausilio solidaristico a quanti hanno già delinquito affinché non ricadano nel delitto”⁸⁰.

Il finalismo rieducativo della pena diviene allora il fondamento principe del sistema, senza che si possa fare differenziazione alcuna in base alla tipologia di rei o reati.

Sono oggi numerose le voci di coloro i quali denunciano la drammaticità delle condizioni carcerarie, le quali ostacolano il percorso di ri-orientamento del condannato e fanno sì che il regime penitenziario sia troppo spesso un trattamento contrario al senso di umanità⁸¹ e che “la pena finisc[a] per apparire non più come giusta in quanto applicata all’esito di un giusto processo, “ma una vendetta dell’autorità, che [...] umilia [il detenuto] sottraendogli le condizioni minime di vita dignitosa”⁸².

2.4.4. *Il quarto comma nella sua versione originaria (cenni)*

L’articolo 27, comma 4, nella sua versione originaria (rimasta in vigore fino al 25 ottobre 2007⁸³), proclamava: “Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”.

Ciò significava, benché non ci si sia mai avvalsi dell’eccezione prevista nella seconda metà del terzo capoverso, che nell’ordinamento costituzionale sopravviveva la pena capitale, dato che un ricorso ad essa risultava comunque possibile, sia pure in contesti del tutto straordinari. Era una presenza “particolarmente ambigua per l’elasticità dei presupposti applicativi della normativa”⁸⁴ e per la numerosità delle disposizioni che venivano in rilievo⁸⁵. Nel complesso, la disciplina di cui all’articolo 27 versione originaria

⁷⁹ V. *supra* per il dibattito in Assemblea Costituente circa la funzione della pena.

⁸⁰ Cfr. A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 27-28*, cit., 274.

⁸¹ Cfr. L. CARLASSARE, *Conversazioni*, cit., 118.

⁸² Cfr. G. SILVESTRI, *La dignità*, cit., 10.

⁸³ Data di entrata in vigore della l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1.

⁸⁴ Così T. PADOVANI, *L. 13 ottobre 1994, n. 589 – Abolizione della pena di morte nel codice penale militare di guerra*, in *La Legislazione penale* 3/1995, 369 ss., 369.

⁸⁵ Tra queste, degne di menzione per la loro rilevanza: l’art. 3, comma 1, del r.d. 8 luglio 1938, n. 1415 che permetteva, anche in tempo di pace, l’applicazione della legge di guerra allorché ciò fosse necessario nell’interesse dello Stato; l’art. 5 c.p.m.g. che consentiva, in casi straordinari, al Presidente della Repubblica di ordinare con proprio decreto l’applicazione della legge penale militare di guerra anche in tempo di pace;

induceva a considerare che “la sopravvivenza della pena di morte fosse meno ‘virtuale’ di quanto il suo rapporto con lo stato di guerra lasciasse supporre”⁸⁶.

La formulazione di tale comma era costituita da una regola generale (“non è ammessa la pena di morte”) e da una deroga (“se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”) le quali si ponevano in contrasto logico tra loro. La prima difatti era il frutto di una volontà abolizionista, mentre la seconda permetteva ad una legge ordinaria di prevedere la pena capitale. L’eccezione si poneva inoltre in contrasto con il finalismo rieducativo sancito al comma terzo e con la piena tutela accordata ad ogni essere umano dagli articoli 1, 2 e 3 della Carta fondamentale. Emergeva chiaramente la contraddizione di un ordinamento che, da un lato, poneva la vita e la dignità come valori fondanti e, dall’altro, ammetteva che si potesse giustiziare un individuo al fine di proteggere la società⁸⁷.

2.4.5. *(Segue) La legge costituzionale 2 ottobre 2007, n.1: l’abolizione della pena di morte*

A distanza di quasi sessant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione, il Parlamento riuscì finalmente ad elaborare ed approvare la legge costituzionale 2 ottobre 2007, n.1, dal titolo “Modifica all’art. 27 della Costituzione, concernente l’abolizione della pena di morte”⁸⁸. Tale legge, entrata in vigore il 25 ottobre 2007, si componeva di un solo articolo diretto a sopprimere le parole “se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra” dal quarto comma dell’articolo 27 della Carta fondamentale, il quale quindi risulta oggi così formulato: “Non è ammessa la pena di morte”. È stata dunque rimossa quella formula derogatoria che la versione originaria della disposizione in esame accordava alle leggi militari in tempo di guerra; si è andati quindi a bandire, a livello costituzionale, la pena capitale dall’ordinamento giuridico.

l’art. 217 T.U.L.P.S. che prevedeva la possibilità per il ministro dell’interno e i prefetti di dichiarare lo stato di guerra quando fosse necessario per tutelare l’ordine pubblico; gli artt. 9 e 10 c.p.m.g. che prevedevano l’applicabilità del codice penale militare di guerra ai corpi di spedizione italiani all’estero, benché in tempo di pace, e alle operazioni militari per l’ordine pubblico.

⁸⁶ Così l’opinione elaborata in T. PADOVANI, *L. 13 ottobre*, cit., 370 e citata in L. GOISIS, *La revisione*, cit., 1666.

⁸⁷ Cfr. A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 27-28*, cit., p. 346.

⁸⁸ Cfr. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Serie Generale, 10 ottobre 2007, n. 236, 4. La proposta di legge fu presentata dall’on. Boato *et Alii* alla Camera dei Deputati nell’aprile 2006 e venne definitivamente approvata in Senato della Repubblica il 25 settembre 2007 in un testo unificato che comprendeva altre tre proposte di legge di portata simile presentate dagli onn. D’Elia e altri, Mascia e altri, Piscitello e altri.

È bene ricordare che tale importante successo non è altro che l'ultimo passo di un lungo percorso. Difatti nelle precedenti legislature erano già stati presentati, senza riuscire poi a raggiungere il risultato sperato, diversi disegni di legge volti ad espungere in maniera assoluta la pena di morte dal testo costituzionale.⁸⁹ Di particolare interesse è il percorso che ha portato a colmare la distanza tra la soluzione prospettata dai Costituenti in sede di approvazione della Carta fondamentale⁹⁰ e quella raggiunta invece dal legislatore costituzionale del 2007. Nel 1994 aveva visto la luce la legge n. 589 il cui articolo 1⁹¹ aboliva -sostituendola con la massima pena prevista dal codice penale, ossia l'ergastolo – la pena capitale per i delitti enumerati dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra.⁹² Interessante notare che nella stesura della disposizione si fece ricorso, non ad un rinvio *fisso* all'ergastolo, bensì ad un rinvio *mobile* alla massima pena prevista nel codice penale; la ragione di tale scelta sarebbe da riscontrarsi nella “prospettata eventualità che anche l'ergastolo possa, in futuro, essere soppresso nella legge penale comune”⁹³. Tale novella abolitiva aveva però la natura di legge ordinaria e non era quindi capace, nel quadro costituzionale di allora, di scongiurare la possibilità che il legislatore prevedesse nuovamente la pena capitale nelle ipotesi sancite dalle leggi militari di guerra. La dottrina non aveva certo mancato di sottolineare come per rendere stabile e certa la soppressione operata dalla legge del 1994 fosse auspicabile l'eliminazione della clausola derogatoria prevista dall'articolo 27 della Costituzione.⁹⁴

⁸⁹ Già nella XIII e nella XIV legislatura erano state portate avanti, seppur senza raggiungere il seguito sperato, delle proposte di legge volte ad eliminare definitivamente il riferimento alla pena di morte dall'articolo 27 della Costituzione.

⁹⁰ Cfr. *supra* Capitolo I, paragrafo 1.1.4.

⁹¹ Cfr. l'art. 1 della legge 13 ottobre 1994, n. 589, secondo cui “1. Per i delitti previsti dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra, la pena di morte è abolita ed è sostituita dalla pena massima prevista dal codice penale. 2. Sono abrogati l'articolo 241 del codice penale militare di guerra (l'istituto della coercizione diretta, *ndr*) e tutte le disposizioni dello stesso codice e delle leggi militari di guerra che fanno riferimento alla pena di morte”.

⁹² Cfr. L. GOISIS, *La revisione*, cit., 1667, secondo cui all'origine della legge n. 589/1994 vi era un problema pratico posto dall'art. 9 c.p.m.g. secondo cui ai militari impegnati in spedizioni militari in terra straniera avrebbe dovuto estendersi, anche in tempo di pace, il codice penale militare di guerra con conseguente applicabilità della pena capitale ivi regolamentata. Sullo stesso punto cfr. anche la Relazione al disegno di legge Salvato *et Alii*, presentato al Senato della Repubblica il 21 aprile 1994, dove si evidenzia chiaramente che l'abolizione della pena capitale nelle leggi di guerra ha, oltre ad una rilevante importanza ideale, anche e soprattutto una concreta funzione pratica rispetto agli appartenenti alle Forze Armate impegnati in operazioni in operazioni di pace in terra straniera.

⁹³ Così A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE (a cura di), *Il delitto della pena: Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, 117.

⁹⁴ Cfr. T. PADOVANI, *L. 13 ottobre*, cit., 370.

Dopo diversi tentativi inconcludenti, nel 2007 il Parlamento è stato finalmente capace di cristallizzare, con legge costituzionale, quella soppressione assoluta della pena di morte che nel 1994 era stata sancita solo a livello di legge ordinaria. Tale legge di revisione della Carta fondamentale è frutto della “scelta di valore condivisa dalle forze politiche presenti in Parlamento [...] che fa parte del patrimonio di valori della grande maggioranza degli italiani”⁹⁵ in quanto volta a rendere definitiva la scelta di abolire la pena capitale in maniera assoluta. La scelta di abrogare quanto previsto dalla seconda metà dell’articolo 27, comma 4, della Carta rileva chiaramente l’opzione definitiva per un ordinamento costituzionale⁹⁶ il quale, come la dottrina più accorta aveva da lungo tempo evidenziato⁹⁷, deve mantenersi fedele al primato della persona.

La legge di revisione costituzionale del 2007 è stata accolta con favore dalla dottrina, la quale ritiene che la scelta di abolire incondizionatamente la pena capitale conferma la centralità dell’ideale rieducativo di cui al comma 3 dell’articolo 27 conferendo alla Carta fondamentale la coerenza sistematica che le spetta. Con la scelta abolizionista si è finalmente sancito, a livello costituzionale, che “nessuna persona è mai persa per sempre”⁹⁸ e quindi “proprio attraverso gli occhiali del nuovo art. 27, 4° comma è possibile vedere l’autentico volto costituzionale della pena”⁹⁹. Oggi si può dunque riconoscere, senza paura alcuna di smentite, quello che la Corte costituzionale ebbe a dire nel 1966 quando affermò che “il divieto della pena di morte ha un rilievo del tutto particolare – al pari di quello delle pene contrarie al senso di umanità – nella prima parte della Carta

⁹⁵ Relazione di accompagnamento alla l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1.

⁹⁶ Si dubita in dottrina che neppure una eventuale, ed improbabile, revisione costituzionale potrebbe reintrodurre la pena di morte in quanto questa risulterebbe oramai in conflitto con lo “spirito della Costituzione”.

⁹⁷ “«La disciplina militare [...] deve rispecchiare [...] lo spirito democratico della Repubblica» il quale «pone a fondamento della convivenza sociale la dignità della persona umana»: ciò escluderebbe che l'emergenza della guerra possa consentire una deroga al principio della tutela della persona umana”. Così L. GOISIS, *La revisione*, cit., 1687, riflettendo sull’opinione di Vittorio Bachelet. Cfr. anche V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1981, 395–6 Secondo l’A: la “dignità deve essere tutelata anche nel più intenso rigore della disciplina militare. [...] lo Stato può chiedere al cittadino il sacrificio temporaneo della sua libertà personale e – in caso di guerra – perfino della vita, ma non può ridurlo a cosa o sottoporlo a trattamenti che con quella dignità contrastino”.

⁹⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2014, 4.

⁹⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, op. ult. cit. 4.

costituzionale [...] [in quanto] garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'articolo 2"¹⁰⁰.

2.5. *Analogie e differenze tra pena di morte ed ergastolo (cenni)*

Dibattuta è la questione circa il rapporto esistente tra pena capitale e pena perpetua. Taluni¹⁰¹ sostengono che esse siano assimilabili in quanto entrambe si pongano in collisione palese con la finalità rieducativa poiché, in quanto “amputazione”¹⁰², impediscono di restituire alla collettività un individuo che abbia recuperato il valore della relazione sociale. Secondo chi sostiene tale teoria, la prima è un'eliminazione fisica, materiale, la seconda invece è un'eliminazione sociale, virtuale, ma entrambe dovrebbero essere abolite per le conseguenze irrimediabili prodotte, rispettivamente, sulla vita stessa o sulla perdita della libertà per tutta la vita. Entrambe sarebbero espressione dell'idea “sacrificale – dunque vendicativa – della giustizia”¹⁰³ e confliggerebbero manifestamente con il valore, laicamente inteso, della redenzione che dovrebbe spingere a ritenere che nessuno sia irrecuperabile. E allora l'ergastolo, “pena [...] non quantitativamente ma qualitativamente diversa dalla pena della reclusione”¹⁰⁴, sarebbe da ricondurre senza dubbio alle pene capitali poiché “è una privazione di vita, e non solo di libertà: una privazione di futuro, un'uccisione della speranza”¹⁰⁵ [...] perché pena eliminativa, sia pure

¹⁰⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 1996, in www.giurcost.org

¹⁰¹ Si v. per tutti D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 3 ss.

¹⁰² Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 131, ove l'A., ragionando parallelamente di carcere a vita e pena di morte, scorge un elemento comune nel risultato che entrambe hanno di “amputazione dal consorzio umano”. Nello stesso senso anche G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in L. MANCONI-S. ANASTASIA-V. CALDERONE-F. RESTA, *Abolire il carcere*, Milano, 2015, 107-8, ove l'A. afferma che “il carcere, per com'è stato pensato storicamente ed è insito nel suo nocciolo, equivale a uno sradicamento, a un'amputazione, a un occultamento di una parte della società che l'altra, la società «per bene», non vuole incontrare, vedere”. Una conferma all'opinione da ultimo citata si ricava anche sotto il profilo urbanistico, difatti “Le carceri sono fuori dalla città, e non è certo un caso. [...] La città non riconosce questi luoghi, così come non riconosce chi questi posti li abita”: cfr. I.L. LA ROCCA, *Per cambiare i detenuti dovremmo prima cambiare le carceri*, in www.thevision.com. Per alcune interessanti riflessioni circa il rapporto tra architettura, urbanistica e carcere, si rimanda R. BIN, *A proposito di ‘Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie’*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE (a cura di), *Volti e maschere della pena: Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013, 39 ss., *passim*, in particolare 40, ove l'A. riconosce che “Non c'è dubbio che la struttura del carcere rifletta l'ideologia della pena”; cfr. anche A. MASSARENTE, *Carcere e architettura: alcune voci fuori dal coro*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE (a cura di), *Volti*, cit., 47 ss., *passim*, in particolare 48 e 61-2.

¹⁰³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 132.

¹⁰⁴ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 79–87, 80.

¹⁰⁵ Per il riferimento al c.d. *right to hope*, maturato nel contesto europeo, v. *infra*.

in senso non fisico, che esclude per sempre una persona dal consorzio umano.¹⁰⁶ Evocativa l'espressione del Sommo Pontefice, Papa Francesco, il quale usò, per definire l'ergastolo, l'espressione "pena di morte nascosta"¹⁰⁷.

Altri invece replicano sostenendo che non sia possibile assimilare pena capitale e pena senza fine, in quanto profondissimo è l'abisso che le separa. Difatti, oltre alla differenza intrinseca che intercorre tra una pena che tolga la vita ed una pena che privi della libertà fisica lasciando però intatta quella morale, in presenza della seconda sarebbe senza dubbio possibile fare ciò che non è possibile dinnanzi alla prima: rimediare all'eventualità di un errore giudiziario¹⁰⁸.

3. *La legislazione interna, la normativa attuativa (e le varie modifiche intervenute)*

È importante, dopo essersi soffermati sulle disposizioni di rango costituzionale e sulla loro origine, fare un rapido *excursus* sulla situazione, per così dire, a livello ordinario: cercare cioè di cogliere i punti fondamentali delle norme di natura legislativa e regolamentare maggiormente rilevanti nella materia di nostro interesse.

3.1. *La legge 26 luglio 1975, n. 354 recante norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*

In Italia, fino al 1975, la normativa di riferimento consisteva nel Regolamento Penitenziario del 1931¹⁰⁹ il quale era caratterizzato da una netta impermeabilità tra carcere e società: il detenuto doveva essere escluso dal consorzio sociale di cui aveva disconosciuto i valori. Il regime penitenziario era strutturato su base strettamente verticistica e soffocato da una pressante burocrazia, a causa delle quali si era costretti,

¹⁰⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo*, cit., 80–1.

¹⁰⁷ Questa l'espressione usata da Papa Francesco, nato Jorge Mario Bergoglio, nel Discorso alla delegazione dell'Associazione internazionale di Diritto penale, tenuto il 23 ottobre 2014 nella Sala dei Papi in Vaticano: cfr. J.M. BERGOGLIO (Papa Francesco), *Discorso del Santo Padre Francesco alla Delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, in w2.vatican.va.

¹⁰⁸ Cfr. M. BIANCHI, *Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, in *Cassazione Penale*, 10/2015, 3822-3838, 3825. Qui l'A. afferma che l'ergastolo debba – semmai – essere assimilato ad una misura di sicurezza mascherata.

¹⁰⁹ Cfr. il Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena, approvato con R.D. 28 maggio 1931, n. 602.

anche per soddisfare i bisogni primari, ad attivare una poco efficiente catena di richieste e di autorizzazioni ai livelli gerarchicamente superiori.¹¹⁰

Con la legge 26 luglio 1975 n. 354, intitolata “Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà”, si cercò di dare finalmente attuazione ai principi che, quasi trent’anni prima, erano stati introdotti nell’ordinamento costituzionale. Questa era una legge fortemente innovativa, protesa a garantire ai detenuti l’azionabilità dei loro diritti dinnanzi ad un giudice¹¹¹, e decisa ad abbandonare la visione meramente repressiva-retributiva di stampo fascista a favore di un sistema punitivo realmente conforme ai dettati dello Stato repubblicano.¹¹²

L’obiettivo di questa riforma era realizzare la tensione rieducativa della pena e, per farlo, era necessario cambiare il modo di guardare alla condizione detentiva: non più come un stato definitivo, ma come una fase destinata ad essere, nella maggioranza dei casi, temporanea. Era dunque opportuno predisporre gli strumenti necessari per raggiungere il fine previsto all’articolo 27, comma 3, della Costituzione. Era di vitale importanza stabilire quel collegamento, che il Regolamento del 1931 voleva evitare, tra il dentro e il fuori le mura carcerarie, affinché il colpevole, che era stato allontanato dal consorzio sociale per averne tradito i valori, potesse ritornarvi come membro riabilitato dall’espiazione della pena.

La legge del 1975 si apre proclamando che “Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona¹¹³” con il categorico rifiuto delle odiose discriminazioni relative a “nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose”. Si riconosce

¹¹⁰ Utile per comprendere le disfunzioni del sistema, lo scritto di G. Neppi Modona secondo cui “I detenuti, durante l’estate, di norma chiedevano di poter tenere aperta la porta della cella per un’ora al giorno onde evitare l’eccessivo calore e respirare un po’ d’aria fresca; la risposta a tale richiesta in genere arrivava quando l’estate era oramai finita, la quale cosa, non solo dimostra la burocratica gerarchizzazione dell’amministrazione penitenziaria, non solo è di per sé in grado di aumentare gli episodi di violenza, ma fa comprendere quanto i detenuti fossero considerati una sorta di rifiuto sociale del quale potersi disinteressare”; citato in M. FANTUZZI, *I diritti*, cit., 19.

¹¹¹ Tale legge istituisce la magistratura di sorveglianza preposta a garantire il pieno rispetto della legalità nella fase esecutiva della pena.

¹¹² Cfr. A. MATTEI, *La detenzione domiciliare speciale ai sensi della legge 8 marzo 2001, n. 40*, in www.ristretti.it, Cap. I.

¹¹³ Cfr. legge 26 luglio 1975 n. 354, art. 1.

esplicitamente quanto già emergeva dagli articoli 2 e 3 della Carta fondamentale: la dignità umana è un concetto che sta a monte rispetto alla libertà personale, una restrizione della seconda non giustifica quindi una lesione della prima.

Si prevede il diritto dei condannati e degli internati ad essere chiamati con il proprio nome, e non più con un numero secondo quanto previsto dal Regolamento del 1931. Emerge palese l'obiettivo di realizzare un sistema umanitario al cui centro vi sia la persona con la propria identità e i propri diritti, in chiara opposizione al precedente regime costruito sull'annullamento del detenuto¹¹⁴.

Il carcere deve predisporre un trattamento che sia informato “secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti¹¹⁵” e che valorizzi il ruolo dell'istruzione, del lavoro¹¹⁶, della religione, delle attività culturale, ricreative e sportive¹¹⁷; si è consapevoli che, per poter ambire all'obiettivo della rieducazione del condannato, è indispensabile valorizzare, salvo giustificati motivi, gli “opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia”¹¹⁸. Accanto al trattamento rieducativo intramurario si introducono le misure alternative alla detenzione¹¹⁹, le quali mirano al mantenimento del condannato nella comunità¹²⁰; esse sono l'affidamento in prova ai

¹¹⁴ Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 52: secondo l'A., il quale si richiama alla sentenza della Corte cost. n. 13 del 24 gennaio – 3 febbraio 1994, “il diritto al nome è, infatti, «un segno distintivo irrinunciabile dell'identità personale» e la sua estrinsecazione in ambito penitenziario costituisce una delle espressioni del rifiuto dei sistemi prima imperanti di neutralizzazione e di annullamento del soggetto recluso”.

¹¹⁵ Cfr. legge 26 luglio 1975 n. 354, art. 1, comma 5.

¹¹⁶ Bisogna infatti evidenziare che con la riforma del 1975 l'obbligo del lavoro non è più un *unicum* sollo della pena perpetua ma si estende a tutte le tipologie di pene detentive, e quindi anche alla reclusione e all'arresto, ex articolo 20, comma 3, della l. 354/1975. Difatti, coerentemente con la Risoluzione ONU 30 agosto 1955 e quella del Consiglio d'Europa 1973, il lavoro penitenziario non è più considerato come mezzo afflittivo, bensì è inteso come strumento rieducativo.

¹¹⁷ Cfr. legge 26 luglio 1975 n. 354, art. 15, comma 1.

¹¹⁸ Cfr. legge 26 luglio 1975 n. 354, art. 15, comma 1.

¹¹⁹ Il compito di pronunciarsi sulla concessione delle misure alternative alla detenzione venne affidato al Tribunale di sorveglianza. La misura alternativa della detenzione domiciliare verrà inserita nell'Ordinamento Penitenziario (all'art. 47 *ter*) solo ad opera della legge n. 663 del 10.10.1986 (c.d. legge Gozzini), di modifica dell'Ordinamento Penitenziario.

¹²⁰ Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per mezzo della Raccomandazione (92)16 definisce le misure/sanzioni alternative o di comunità come delle “sanzioni e misure che mantengono il condannato nella comunità ed implicano una certa restrizione della sua libertà attraverso l'imposizione di condizioni e/o obblighi e che sono eseguite dagli organi previsti dalle norme in vigore”.

servizi sociali¹²¹ (il quale comporta, qualora ne ricorrano le condizioni, il venir meno di ogni contatto del condannato con la struttura carceraria)¹²², la semilibertà¹²³ (la quale è da considerarsi una misura alternativa impropria poiché il soggetto trascorre comunque parte del giorno all'interno del carcere) e la liberazione anticipata¹²⁴ (che consiste in una detrazione di venti giorni – ora quarantacinque¹²⁵ – per ogni singolo semestre di pena espiata, in modo da anticipare il termine della pena o quello necessario per accedere ai benefici penitenziari)¹²⁶.

La normativa qui in esame ha inoltre provveduto ad abolire i c.d. “ergastoli”, ossia gli istituti penitenziari appositamente dedicati all’espiazione della pena perpetua; gli articoli 59 e 61 della legge prevedono che i condannati a tale pena siano assegnati alle comuni case di reclusione.

3.2. *Il referendum abrogativo del 1981 (cenni)*

Nell’Italia sconvolta dalle violenze di quelli tristemente noti come anni di piombo, il partito radicale voleva indire un referendum popolare per bandire la pena perpetua dall’ordinamento italiano. Nel 1980 iniziò la raccolta firme necessaria ai sensi dell’articolo 75, comma 1, della Carta fondamentale e nel febbraio dell’anno seguente la Corte costituzionale¹²⁷ dichiarò ammissibile il quesito volto all’abrogazione degli articoli 17, comma 1 n. 2, e 22 c.p.

¹²¹ Cfr. legge 26 luglio 1975 n. 354, art. 47 (nella versione in vigore dal 24/8/1975 al 1/2/1977).

¹²² Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Misure alternative o di comunità*, in www.giustizia.it.

¹²³ Si noti che il condannato all’ergastolo verrà esplicitamente ammesso al regime di semilibertà solo ad opera della successiva legge 10 ottobre 1986, n. 663: cfr. legge 26 luglio 1975 n. 354, art. 48 (nella versione in vigore dal 24/8/1975 al 30/10/1986).

¹²⁴ Cfr. legge 26 luglio 1975 n. 354, art. 54 (nella versione in vigore dal 24/8/1975 al 31/10/1986).

¹²⁵ L’art. 54 della legge 26 luglio 1975 n. 354 prevedeva, nella sua versione originaria, che la detrazione di pena fosse di venti giorni per ogni semestre di pena scontata. Fu solo con l’articolo 18 della legge 10 ottobre 1986, n. 663 che il *quantum* di riduzione di pena fu innalzato a quarantacinque giorni per ogni semestre di pena scontata. V. *infra* per l’introduzione, ad opera dell’articolo 4 del d.l. 146/2013 (convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10) della liberazione anticipata speciale con cui si prevede che per un biennio la detrazione ex articolo 54 ord. pen. passi da quarantacinque a settantacinque giorni per ogni semestre.

¹²⁶ Cfr. A. CONCAS, *Le misure detentive alla detenzione, caratteristiche e disciplina giuridica*, in www.diritto.it.

¹²⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 23 del 1981, in www.giurcost.org.

In un contesto connotato da forti tensioni ideologiche e in cui alcuni esponenti politici invocavano il ripristino della pena di morte anche in tempo di pace¹²⁸, il popolo italiano¹²⁹ si espresse, in modo inequivocabile, contro l'abrogazione dell'ergastolo andando così a chiudere, per un certo periodo, il dibattito politico al riguardo.¹³⁰

3.3. *La legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini)*

La società mostrò un interesse ed una sensibilità sempre maggiore al tema dei diritti umani nelle carceri e fu così che vide la luce la legge 10 ottobre 1986, n.663¹³¹, meglio nota come legge Gozzini, con la quale si cercò di rendere ancora maggiore il collegamento tra gli istituti penitenziari e la società. Tale normativa interveniva sull'ordinamento penitenziario al fine di ampliare le misure alternative alla pena carceraria e di estendere le possibilità per ricorrere ad esse. In particolare, l'articolo 13¹³² introdusse l'istituto della detenzione domiciliare, secondo cui, per gli appartenenti alle categorie elencate al comma 1 allorché ricorrano le condizioni ivi previste, la pena della reclusione non superiore a due anni (anche se costituente parte residua di maggior pena) e quella dell'arresto possano essere espiate nella propria abitazione o in altri luoghi pubblici o privati per permettere il proseguimento delle attività di cura, di assistenza familiare, di istruzione.

L'articolo 14, sostituendo l'articolo 50, comma 2, ord. pen., pose fine ad una lunga polemica¹³³ creatasi circa l'applicabilità o meno del regime della semilibertà ai condannati all'ergastolo e riconobbe esplicitamente che costoro potessero fruire del beneficio in questione dopo aver espiaato almeno vent'anni di pena.¹³⁴

¹²⁸ Il Movimento Sociale Italiano (M.S.I.) riteneva che la pena di morte potesse essere l'unica risposta ai terroristi ed agli esponenti della lotta armata.

¹²⁹ La consultazione referendaria nelle giornate del 17 e 18 maggio 1981. Votarono il 79,4% degli aventi diritto; di cui il 77,4% si espresse in senso negativo.

¹³⁰ Cfr. S. FUNGARDI, 'Fine pena mai': il c.d. ergastolo ostativo tra diritto interno e giurisprudenza della Corte EDU, in www.penalecontemporaneo.it, 43-4.

¹³¹ Intitolata "Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

¹³² Cfr. l'art. 13, legge 10 Ottobre 1986, n. 663.

¹³³ Il fulcro della polemica era determinato dall'impossibilità di individuare per l'ergastolo la metà della pena che avrebbe potuto dare accesso alla semilibertà.

¹³⁴ Cfr. E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo: Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 65-77, 67.

Secondo il pensiero di fondo che informa tale novella, per poter raggiungere l'obiettivo sancito dall'articolo 27, comma 3, della Costituzione è necessario apprestare un sistema sanzionatorio che moduli e gradui la pena nel corso dell'esecuzione, rendendola quindi flessibile ed adattabile alle esigenze del percorso riabilitativo di ogni condannato.

Il riscatto morale del reo si persegue anche attraverso i c.d. "benefici della Gozzini", istituti che intendono incentivare una partecipazione effettiva del detenuto al trattamento rieducativo. Di fondamentale importanza sono i permessi premio¹³⁵, introdotti dall'articolo 9, i quali consistono nella possibilità di trascorrere fuori dal carcere un periodo fino a quindici giorni e mirano a favorire, seppur per periodi brevi, le occasioni di contatto con il mondo esterno ed il mantenimento delle relazioni interpersonali per realizzare, almeno in parte, i propri diritti all'affettività e alla sessualità.¹³⁶ Tali strumenti, per come erano concepiti, realizzavano al contempo una duplice funzione: da un lato, si ponevano come misura special-preventiva che incoraggiava il detenuto a coltivare i propri interessi affettivi, culturali e lavorativi; dall'altro invece, incarnavano una funzione premiale, poiché erano accessibili solo a coloro che, non essendo socialmente pericolosi, avessero tenuto una regolare condotta nella partecipazione al trattamento rieducativo. Bisogna ricordare che, prima di allora, l'unico permesso possibile era quello di necessità, disciplinato dall'articolo 30¹³⁷ della riforma del 1975 e concepito come strumento per rendere la pena più umana, senza alcun riferimento alla logica rieducativa.

3.4. *La legislazione d'emergenza degli anni 1991 e 1992*

Non si fecero certamente attendere le polemiche contro la legge Gozzini: essa veniva duramente criticata, sin nel suo orientamento di fondo, in quanto appariva maggiormente

¹³⁵ Cfr. l'art. 30-ter, legge 26 luglio 1975 n. 354, (nella versione in vigore dal 31/10/1986 al 6/4/1990).

¹³⁶ Cfr. L. BRESCI, *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, in www.altrodiritto.unifi.it, Cap. II, § 3, b).

¹³⁷ Cfr. l'art. 30, legge 26 luglio 1975 n. 354, (nella versione in vigore dal 24/8/1975 al 1/2/1977): "Nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, ai condannati e agli internati può essere concesso il permesso di recarsi a visitare, con le cautele previste dal regolamento, l'infermo. Agli imputati il permesso è concesso dall'autorità giudiziaria. Analoghi permessi possono essere concessi per gravi e accertati motivi. Il detenuto che non rientra in istituto allo scadere del permesso senza giustificato motivo, se l'assenza si protrae per oltre tre ore e per non più di dodici, è punito in via disciplinare; se l'assenza si protrae per un tempo maggiore, è punibile a norma del primo comma dell'articolo 385 del codice penale ed è applicabile la disposizione dell'ultimo capoverso dello stesso articolo. L'internato che rientra in istituto dopo tre ore dalla scadenza del permesso senza giustificato motivo è punito in via disciplinare".

indirizzata ad una riduzione quantitativa della popolazione carceraria piuttosto che ad un'efficacia qualitativa del percorso di recupero.¹³⁸

Ben presto, tuttavia, l'acuirsi dell'emergenza mafiosa comportò un significativo allontanamento dall'ideale rieducativo; si registrò infatti un notevole inasprimento del sistema sanzionatorio, nel tentativo di rispondere con fermezza agli attacchi che barbaramente e vilmente colpivano la Repubblica e i suoi uomini. In tale contesto, fu introdotto, ad opera del decreto legge n. 152 del 1991¹³⁹, l'articolo 4-bis della legge del 1975, il quale limitava, per i responsabili di delitti di criminalità organizzata, la possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione.¹⁴⁰ Fu proprio in ragione delle esigenze special-preventiva e di difesa sociale che si instaurò quindi, all'interno dell'ordinamento penitenziario, un regime differenziato che distinguesse in base alla tipologia di reato commesso¹⁴¹.

Successivamente, in seguito al forte allarme sociale provocato dalla strage di Capaci¹⁴² dove perdeva la vita Giovanni Falcone¹⁴³, fu adottato il decreto legge 8 giugno 1992, n.306¹⁴⁴ con cui si sancì la trasformazione dell'articolo 4-*bis* ord. pen. “da norma di selezione riguardo alle misure rieducative, [...] in una norma di incentivazione dei comportamenti di collaborazione con la giustizia”¹⁴⁵. Si stabilì¹⁴⁶ infatti che i condannati per i delitti di prima fascia dell'articolo 4-bis (quelli ritenuti di certa riferibilità al crimine organizzato) potessero godere dei benefici penitenziari solo se avessero collaborato con

¹³⁸ Cfr. le opinioni di V. Grevi e R. De Coco, riportate in L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in www.costituzionalismo.it, *Costituzionalismo.it*, 2/2015, 22, nt. 1.

¹³⁹ Cfr. d.l. n. 152 del 1991, convertito nella legge n. 203 del 1991.

¹⁴⁰ In realtà questo fu solo l'esito di un percorso che era iniziato con l'articolo 13 della legge n. 55 del 1990 coi cui si introduceva nell'articolo 30-*ter* ord. pen. il comma 1-bis (poi abrogato) per restringere l'ambito applicativo dei permessi premio. Cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis*, cit., 22, ntt. 1-2.

¹⁴¹ Sull'art. 4-bis e sulla distinzione dei delitti in due fasce, v. meglio *infra*.

¹⁴² Avvenuta il 23 maggio 1992.

¹⁴³ In quell'attentato morirono, oltre a Giovanni Falcone, anche la moglie Francesca Morvillo e gli agenti della scorta Vito Schifani, Rocco Dicillo e Antonio Montinaro.

¹⁴⁴ Cfr. d.l. 8 giugno 1992, n.306 intitolato “Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa”; convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356

¹⁴⁵ V. L. PACE, *L'art. 4-bis*, cit., 5.

¹⁴⁶ V. d.l. 8 giugno 1992, n.306, articolo 15, comma 1.

la giustizia.¹⁴⁷ Furono inoltre emanate delle circolari volte a rafforzare, all'interno del carcere, il potere decisionale degli agenti di polizia penitenziaria, limitando invece il ruolo degli educatori ed il valore delle considerazioni da questi espresse alla Magistratura di Sorveglianza in merito all'opportunità o meno di concedere i benefici previsti dalla legge.

Si era dunque costruito un nuovo paradigma di sistema premiale, basato sul c.d. pentitismo, che mirava a soddisfare esigenze differenti rispetto alla rieducazione, *in primis* l'acquisizione di elementi di indagine e di prova da utilizzare nella lotta contro la criminalità organizzata. La dottrina, riferendosi al radicale snaturamento che la legislazione d'emergenza compì nei confronti delle finalità perseguite dalla riforma Gozzini, parlò di rivoluzione promessa e poi tradita.¹⁴⁸

3.5. *La legge 12 maggio 1998, n. 165, (c.d. legge Simeone – Saraceni) ed il D.P.R. 30 giugno del 2000, n. 230*

Riassorbitasi l'emergenza mafiosa ed esauritosi il relativo allarme sociale, vide la luce la legge 12 maggio 1998 n. 165 "Modifiche all'articolo 656 del codice di procedura penale ed alla legge 20 luglio 1975, n. 354, e successive modifiche", meglio nota come legge Simeone – Saraceni, la quale decretò, nel caso di pene inferiori a tre anni (quattro per i tossicodipendenti e alcolodipendenti), un uso generalizzato delle misure alternative, ed il ricorso al regime detentivo intramurario solo in casi eccezionali.¹⁴⁹ Tale legge intendeva offrire un rimedio anche al problema del sovraffollamento carcerario in quale si poneva come palese ostacolo al trattamento individualizzato e flessibile. Si stabilì infatti che il pubblico ministero debba sospendere in via automatica l'esecuzione della pena che sia al di sotto dei limiti indicati e che il condannato possa, entro trenta giorni, fare richiesta perché gli venga applicata una delle misure tra affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare o semilibertà¹⁵⁰. Si precisò che dalla menzionata sospensione restassero esclusi coloro che avessero commesso reati particolarmente gravi, tra cui i delitti di terrorismo e di associazione mafiosa¹⁵¹.

¹⁴⁷ Cfr. art. 58-ter ord. pen. per la nozione di collaboratore di giustizia.

¹⁴⁸ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti*, cit., 189.

¹⁴⁹ Cfr. A. MATTEI, *La detenzione*, cit. Cap. I.

¹⁵⁰ Cfr. l'art. 1, co 5, legge 12 maggio 1998 n. 165, (di modifica all'art. 656 c.p.p.).

¹⁵¹ Cfr. A. MATTEI, *La detenzione*, cit., Cap. I.

Nella società maturò una sempre maggior consapevolezza che portò, nel 2000, all'emanazione del D.P.R. numero 230¹⁵², con cui ci si reindirizzava chiaramente verso l'ideale rieducativo. Il nuovo Regolamento penitenziario realizza difatti nuove forme di collegamento tra il carcere e la realtà esterna e impone, come strumento per raggiungere l'obiettivo sancito dall'articolo 27 della Costituzione, agli istituti penitenziari di garantire la possibilità di accesso a tutti i livelli di istruzione, inclusa quella universitaria.¹⁵³ Si prende inoltre consapevolezza della sempre maggior compresenza, negli istituti detentivi, di persone di nazionalità diverse e si prevede dunque la figura del mediatore culturale per facilitare l'integrazione tra culture differenti¹⁵⁴.

3.6. *La legislazione successiva: la legge 5 dicembre 2005, n. 251, il decreto legge 1 luglio 2013, n. 78 ed il decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146*

Nell'ottica di incentivare un pieno sviluppo della persona umana, l'articolo 2 del decreto legge 1 luglio 2013, n. 78, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 94, introduce il comma 4- *ter* nell'articolo 21 dell'ordinamento penitenziario prevedendo che “i detenuti e gli internati possono essere assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito nell'esecuzione di progetti di pubblica utilità”.

Degno di nota è, senza dubbio, il decreto legge n.146 del 2013 (convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10)¹⁵⁵ il quale cercò di apprestare una risposta al problema del sovraffollamento carcerario, da tempo duramente denunciato dall'allora Presidente Giorgio Napolitano come un problema urgente sul piano

¹⁵² Cfr. D.P.R. 30 giugno del 2000, n. 230 “Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà”.

¹⁵³ Cfr. D.P.R. 30 giugno del 2000, n. 230, artt. 41-44.

¹⁵⁴ Cfr. D.P.R. 30 giugno del 2000, n. 230, art. 35.

¹⁵⁵ Cfr. d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, intitolato “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria” e convertito in legge 21 febbraio 2014, n.10.

costituzionale¹⁵⁶ e per il quale l'Italia era stata condannata dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁵⁷.

Tra le novità introdotte nell'ordinamento penitenziario è bene ricordare l'inserimento¹⁵⁸, a fianco della modifica del diritto di reclamo dei detenuti e degli internati¹⁵⁹, dell'articolo 35-*bis* inerente il reclamo giurisdizionale; la previsione della liberazione anticipata speciale¹⁶⁰ con cui si prevede che per un biennio la detrazione *ex* articolo 54 ord. pen. passi da 45 a 75 giorni per ogni semestre; l'ampliamento delle ipotesi per accedere all'affidamento in prova ai servizi sociali e l'eliminazione dei limiti di accesso ad esso che erano stabiliti per i tossicodipendenti recidivi; la semplificazione della procedura di identificazione di un cittadino straniero, prevedendo che possa avvenire in carcere¹⁶¹; la modifica inerente disciplina dell'espulsione, in sostituzione degli ultimi due anni di pena detentiva, nei confronti dello straniero su parere della magistratura di sorveglianza¹⁶²; l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale¹⁶³, composto da 3 membri con carica quinquennale¹⁶⁴.

3.7. *Il regime normativo attuale.*

Risulta interessante soffermarsi brevemente e con sguardo d'insieme sull'attuale regime normativo dell'ergastolo, come risultante dalla pluralità di modifiche che si sono succedute in materia.

¹⁵⁶ L'allora Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, definì quella carceraria una "questione di prepotente urgenza sul piano costituzionale e civile" che ha raggiunto un "punto critico insostenibile" denunciando come fosse "evidente in generale l'abisso che separa la realtà carceraria di oggi dal dettato costituzionale sulla funzione rieducatrice della pena e sui diritti e la dignità della persona. È una realtà non giustificabile in nome della sicurezza, che ne viene più insediata che garantita": queste le parole pronunciate il 28 luglio 2011 al Convegno "Giustizia! In nome della legge e del popolo sovrano" promosso dal Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito, riportate in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Quando il delitto è la pena*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 13.

¹⁵⁷ Per la sentenza-pilota Torreggiani dell'8 gennaio 2013 v. *infra*.

¹⁵⁸ Cfr. d.l. n. 146 del 2013, art. 3.

¹⁵⁹ Cfr. d.l. 26 luglio 1975, n. 354, articolo 35.

¹⁶⁰ Cfr. d.l. n. 146 del 2013, art. 4.

¹⁶¹ Cfr. d.l. n. 146 del 2013, art. 6, comma 1, punto c) che introduce il comma 5-*bis* all'articolo 16 del testo unico in materia di immigrazione (d. lgs. 286/1998).

¹⁶² Cfr. d.l. n. 146 del 2013, art. 6, comma 1, punti b) – d).

¹⁶³ Cfr. d.l. n. 146 del 2013, art. 7.

¹⁶⁴ Cfr. M. FANTUZZI, *I diritti*, cit., 24.

In seguito alla soppressione della pena capitale dall'ordinamento costituzionale, l'ergastolo costituisce la pena più severa menzionata dall'articolo 17¹⁶⁵ ed è posto a sanzione di delitti di particolare gravità perpetrati contro la personalità dello Stato, la pubblica incolumità e la vita. A seguito dell'intervento della Corte costituzionale¹⁶⁶, esso è possibile solo nei confronti di imputati maggiorenni. Nel Codice Penale attualmente risultano esservi almeno 19 fattispecie (tutte imprescrittibili ai sensi dell'articolo 157 c.p.) punite con la pena perpetua, cui si debbono sommare tutte quelle per le quali il codice penale militare di guerra e le leggi militari di guerra prevedevano la pena di morte, attualmente convertita in ergastolo¹⁶⁷

L'articolo 22 c.p. recita che “La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli istituti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno¹⁶⁸. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto”. La sanzione ulteriore dell'isolamento è disciplinata all'articolo 72 c.p. quale conseguenza del compimento di una pluralità di delitti ciascuno dei quali importi la pena dell'ergastolo ovvero del concorso di un reato punito con l'ergastolo con altri che comportino una pena temporanea superiore a cinque anni.

Dalla lettura della disposizione emerge dunque come l'elemento caratterizzante tale pena sia l'assenza di termine finale all'esecuzione. Bisogna però subito precisare che tale perpetuità di durata è stata fortemente ridimensionata ad opera di importanti interventi legislativi. La legge 25 novembre 1962, n. 1634 ha esteso anche ai condannati all'ergastolo la liberazione condizionale¹⁶⁹. L'attuale articolo 176 c.p. ammette a tale istituto il condannato all'ergastolo che abbia scontato almeno ventisei¹⁷⁰ anni di pena e

¹⁶⁵ L'art. 17 c.p. elenca come pene principali stabilite per i delitti: 1) la morte (ora soppressa), 2) l'ergastolo, 3) la reclusione, 4) la multa.

¹⁶⁶ La Corte costituzionale, con sentenza n. 168 del 1994, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 17 e 22 c.p. “nella parte in cui non escludono l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile”: cfr. Corte cost., sent. n. 168 del 1994, in www.giurcost.org.

¹⁶⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 114.

¹⁶⁸ Si ricorda peraltro che, secondo la Cassazione (Cass. Pen., Sez. Prima, sent. n. 22072 del 2011, in *De Jure*, in www.iusexplorer.it) l'isolamento notturno deve essere considerato abrogato poiché in conflitto con l'articolo 6, comma 2, ord. pen.

¹⁶⁹ Cfr. R. PEROTTI, *La liberazione condizionale*, in www.altrodiritto.unifi.it.

¹⁷⁰ Inizialmente la legge n. 1634 del 1962 prevedeva che l'accesso alla liberazione condizionale fosse possibile dopo aver scontato ventotto anni di pena: fu solo ad opera della legge 10 ottobre 1986, n. 663 che la soglia venne abbassata a 26 anni (cfr. E. GALLO, *Significato*, cit., 66). Si noti inoltre che il potere di

che abbia dato prova del suo sicuro ravvedimento. È essa una misura alternativa alla detenzione¹⁷¹ la quale, ponendosi in una moderna prospettiva penalistica in linea con la Carta costituzionale, realizza un'alternativa integrale al regime detentivo protesa a valorizzare l'avvenuta risocializzazione del reo¹⁷² La liberazione condizionale consiste infatti nella sospensione dell'esecuzione della pena carceraria, cui consegue l'estinzione della stessa allo scadere del periodo residuo di pena – o, nel caso dell'ergastolo, di cinque anni – senza che si siano verificate cause di revoca del beneficio.

L'articolo 50 ord. pen. prevede invece, una volta espiati i vent'anni di pena, la possibilità di accesso alla misura alternativa della semilibertà in relazione ai progressi maturati nel trattamento; mentre in caso di regolare condotta e dopo dieci anni di pena è consentito l'accesso ai permessi premio *ex art. 30 ord. pen.*

Infine l'articolo 54 ord. pen. ha recepito la decisione della Corte costituzionale¹⁷³ che riconosceva anche agli ergastolani la liberazione anticipata, prevista nel caso di partecipazione all'opera di rieducazione, la quale importa dei notevoli abbassamenti (rispettivamente fino a 21, 16 e 8 anni) dei termini finali appena citati per l'accesso ai benefici menzionati.¹⁷⁴

Bisogna infine ricordare che, ai sensi dell'articolo 32 c.p., alla condanna all'ergastolo consegue automaticamente l'interdizione legale¹⁷⁵, pena accessoria comportante la perdita della capacità d'agire e da alcuni paragonata ad una *capitis deminutio* moderna¹⁷⁶, e la decadenza dalla responsabilità genitoriale. Nel 1981, con l'articolo 119 della legge n. 689, sono venute meno la perdita della capacità di testare e la nullità del testamento

concedere tale beneficio, originariamente spettante al Ministro di Grazia e Giustizia, è stato giurisdizionalizzato grazie alla Corte costituzionale, sent. n. 204 del 1974 in GU. n. 180 del 10 luglio 1974.

¹⁷¹ In questo senso, cfr. A. BOIDO, *Art. 176*, in M. RONCO, S. ARDIZZONE, B. ROMANO, *Codice penale commentato*, 3° ed., Torino, 2009, 1008 e G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 5° ed. rist., Bologna, 2008, pag 803.

¹⁷² Cfr. A. BOIDO, *Art. 176*, in M. RONCO, S. ARDIZZONE, B. ROMANO, *Codice penale*, cit., 1007 e M. RONCO (a cura di), *Persone e sanzioni: Presupposti soggettivi, previsione, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali*, Bologna, 2006, 584.

¹⁷³ Cfr. Corte cost., sent. n. 274 del 1983, in www.giurcost.org.

¹⁷⁴ Cfr. M. RONCO, *Persone*, cit., 285.

¹⁷⁵ Per i profili problematici sorti dal rapporto tra interdizione legale e liberazione condizionale per il condannato a pena perpetua si rimanda a M. RONCO, *Persone*, cit., 361–3.

¹⁷⁶ In questo senso cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo*, cit., 80.

precedentemente fatto, istituti inizialmente previsti al comma 2 dell'articolo 32 e ritenuto non più giustificabili in quanto meramente afflittivi¹⁷⁷.

In conclusione, dall'analisi del sistema giuridico attuale e dei vari interventi normativi volti a novellare, con misure più o meno puntuali e particolari, l'ordinamento penitenziario, si evince che in tutti questi anni al legislatore mancò il coraggio di attuare una riforma organica capace di esaustività e sistematicità.

Sembrerebbe essere questa la direzione perseguita dal Ministro della Giustizia ancora in carica nel momento in cui si scrive, Andrea Orlando, mediante l'istituzione degli Stati Generali sull'esecuzione penale¹⁷⁸. Obiettivo indicato al Comitato di esperti era formulare le proposte per "definire un nuovo modello di esecuzione penale"¹⁷⁹ così da "incrementare, nell'opinione pubblica, la consapevolezza che il sistema delle pene non detentive tutela la sicurezza della comunità, facendo diminuire il rischio di recidiva"¹⁸⁰. Nelle pagine seguenti si avrà modo di approfondire le conclusioni sancite nel Documento finale, presentato il 18 aprile 2016, ed i 'passi' realizzati verso una sua attuazione, ancora incompiuta nel momento in cui si scrive.

4. *Gli Stati Generali sull'esecuzione penale*

Riteniamo qui opportuno svolgere alcune brevi considerazioni in riferimento agli Stati Generali sull'esecuzione penale, iniziativa voluta dal Ministro della Giustizia, Andrea Orlando, per ripensare criticamente la risposta sanzionatoria apprestata dall'ordinamento ed elaborare "una migliore fisionomia del carcere"¹⁸¹.

¹⁷⁷ Cfr. M. RONCO, *Persone*, cit., 357.

¹⁷⁸ Cfr. Decreto del Ministro della Giustizia dell'8 maggio 2015 recante «Costituzione Comitato di esperti per lo svolgimento della consultazione pubblica sulla esecuzione della pena denominata "Stati Generali sulla esecuzione penale"». Per le proposte formulate in tale sede, v. *infra*. Si noti che, nel momento in cui si scrive, il Ministro della Giustizia in carica è ancora Andrea Orlando, il quale è stato nominato il 22 febbraio 2014.

¹⁷⁹ Così il Ministro Guardasigilli, Andrea Orlando, a proposito dell'obiettivo degli Stati Generali: cfr. L'OSSERVATORIO CARCERE UCPI, *Verso il nuovo modello di esecuzione penale voluto dal Ministro Orlando?*, in www.camerepenali.it.

¹⁸⁰ Cfr. G. COLOMBO, *Giustizia vuol dire in primo luogo riconoscere la dignità di qualunque persona*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 1/2017, 42-4, 44.

¹⁸¹ Così il Ministro Guardasigilli, Andrea Orlando, a proposito dell'obiettivo degli Stati Generali: cfr. L'OSSERVATORIO CARCERE UCPI, *Verso il nuovo modello di esecuzione penale voluto dal Ministro Orlando?*, in www.camerepenali.it.

L'8 maggio 2015 vedeva la luce il Decreto con il quale il Ministro Guardasigilli costituiva un Comitato di esperti¹⁸² chiamato a predisporre e a coordinare tale consultazione pubblica: essa è stata organizzata in diciotto gruppi di lavoro, i c.d. Tavoli tematici, ciascuno dei quali incaricato di riflettere su specifici profili salienti del sistema dell'esecuzione penale¹⁸³. L'iniziativa si è conclusa, con un evento svoltosi il 18 e 19 aprile 2016 nella Casa circondariale di Rebibbia, con la presentazione del Documento finale nel quale il Comitato degli esperti ha sintetizzato i risultati raggiunti nel corso di questo progetto che ha visto il contributo di più di duecento professionisti impegnati dentro e fuori i confini nazionali¹⁸⁴.

Quella intrapresa dagli Stati Generali è una “rivoluzione copernicana”¹⁸⁵ la quale, da un lato, è improntata a riequilibrare il rapporto tra rieducazione e istanze di difesa della collettività, dall'altro, risulta radicata nella convinzione che sia necessaria una “decisa riduzione dello spazio occupato dalla pena detentiva”¹⁸⁶ poiché essa rappresenta “la forma di coercizione e di compressione dei diritti fondamentali della persona più drammaticamente invasiva [...] [e] quella che meno protegge la società contro il rischio di recidiva del condannato: rivelandosi così, in definitiva, quella meno efficace”¹⁸⁷: essa dovrebbe quindi intendersi come *extrema ratio* di cui valersi allorché non sia praticabile

¹⁸² Cfr. Decreto del Ministro della Giustizia 8 maggio 2015 (in www.giustizia.it) il quale disponeva che il Comitato di esperti fosse composto da: Prof. Glauco Giostra (coordinatore), Prof. Mauro Palma, Prof. Vladimiro Zagrebelsky, Prof. Franco della Casa, Prof. Realino Marra (il quale ha rassegnato le proprie dimissioni il 13 maggio 2015), Dott.ssa Luisa Prodi, Prof.ssa Francesca Zuccari, Prof. Marco Ruotolo e Don Luigi Ciotti. La composizione del Comitato è stata integrata dal Decreto del Ministro della Giustizia 9 giugno 2015 (in www.giustizia.it) con il quale è stato nominato anche il Prof. Adolfo Ceretti.

¹⁸³ Il lavoro complessivo era stato così suddiviso tra i vari gruppi: Tavolo 1 - Spazio della pena: architettura e carcere; Tavolo 2 - Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza; Tavolo 3 - Donne e carcere; Tavolo 4 - Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze; Tavolo 5 - Minorenni autori di reato; Tavolo 6 - Mondo degli affetti e territorializzazione della pena; Tavolo 7 - Stranieri ed esecuzione penale; Tavolo 8 - Lavoro e formazione; Tavolo 9 - Istruzione, cultura, sport; Tavolo 10 - Salute e disagio psichico; Tavolo 11 - Misure di sicurezza; Tavolo 12 - Misure e sanzioni di comunità; Tavolo 13 - Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato; Tavolo 14 - Esecuzione penale: esperienze comparative e regole internazionali; Tavolo 15 - Operatori penitenziari e formazione; Tavolo 16 - Trattamento. Ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo; Tavolo 17 - Processo di reinserimento e presa in carico territoriale; Tavolo 18 - Organizzazione e amministrazione dell'esecuzione penale.

¹⁸⁴ Cfr. F. FIORENTIN, *La conclusione degli “Stati Generali” per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 1-2.

¹⁸⁵ Cfr. F. FIORENTIN, op. ult. cit., 5.

¹⁸⁶ Cfr. SGEP - Tavolo 14, *Relazione*, cit., 14.

¹⁸⁷ Cfr. SGEP - Tavolo 14, op. ult. cit., 14.

una soluzione alternativa. Ma, anche ove si debba ricorrere a tale ultima ipotesi, si ritiene indispensabile predisporre e realizzare una realtà carceraria che assicuri il rispetto di tutti i diritti che non confliggono con la tutela della collettività e che protenda davvero alla risocializzazione del detenuto¹⁸⁸. Lodevole inoltre l'attenzione riservata nel Documento finale ai programmi di giustizia riparativa (*restorative justice*) la quale rappresenta “uno degli approdi più interessanti cui è arrivata l'evoluzione del pensiero umano circa il problema della pena”¹⁸⁹ e che, nonostante la piena cittadinanza acquisita nel dibattito scientifico internazionale, sconta una notevole difficoltà ad affermarsi concretamente nel sistema penale italiano¹⁹⁰. Il Comitato degli esperti si sofferma inoltre sulla necessità di superare gli automatismi e le preclusioni che troppo spesso “si frappongono in radice alla possibilità di attuare un progetto individualizzato di risocializzazione”¹⁹¹, il quale deve – sempre – essere modulato sull'individuo e non sul crimine perpetrato. Durante il lavoro degli Stati Generali si è debitamente indagato anche il principio della territorialità della pena, secondo cui quest'ultima dovrebbe essere scontata in prossimità del centro di interessi personali del detenuto così da cercare di favorire in massimo grado il mantenimento dei rapporti affettivi tra il dentro ed il fuori le mura carcerarie, e sulla tutela delle relazioni familiari. In riferimento a quest'ultimo punto, si propone, da un lato, di estendere la *good practice*, già in uso in alcuni istituti penitenziari¹⁹², di ricorrere alle videochiamate via internet (c.d. *VoIP*) per permettere – senza particolari problemi in

¹⁸⁸ Si noti che si riconosce che “ogni *vulnus* ai diritti inviolabili del condannato, che non derivi dalle restrizioni strettamente indispensabili per la privazione della libertà, ne offende la dignità e preclude *ipso facto* la possibilità che la pena possa svolgere la funzione rieducativa, essendo impossibile rieducare alla legalità un soggetto illecitamente umiliato nella sua dignità di uomo”; cfr. SGEP, *Documento finale*, in www.giustizia.it, Parte I, § 3.

¹⁸⁹ Questa l'opinione di G.M. PAVARIN espressa nel docufilm realizzato da D. TOGNOCCHI (regia di), *Restorative Justice. Viaggio alla scoperta della giustizia riparativa*, in www.professionegiustizia.it.

¹⁹⁰ Cfr. SGEP, op. ult. cit., Parte VI, § 1. Per la definizione di *Restorative Justice*, cfr. ONU ECOSOC Resolution 2002/12, *Basic Principles on the Use of the Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, in www.un.org ove si sancisce che con essa si indica “qualunque procedimento in cui la vittima e il reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall'illecito, generalmente con l'aiuto di un facilitatore. I procedimenti di giustizia riparativa possono includere la mediazione, la conciliazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali [*conferencing*] e i consigli commisurativi [*sentencing circles*]”. Sul punto, cfr. C. MAZZUCATO, *Restorative*, cit.

¹⁹¹ Cfr. SGEP, *Documento*, cit., Parte V, § 3.3.

¹⁹² Per un'approfondita analisi sul punto, cfr. D. GALLIANI, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, in www.penalcontemporaneo.it, 1 ss., ove l'A. analizza il ruolo che la rete internet può assolvere nel facilitare il mantenimento dei rapporti familiari e, più in generale, nel potenziare il diritto allo studio e quindi la funzione rieducativa.

termini di sicurezza – un tempo maggiore rispetto alle attuali sei ore di colloquio mensili durante il quale il detenuto possa comunicare con i propri cari¹⁹³, dall’altro, si riconosce la necessità di tutelare il diritto all’affettività prevedendo degli appositi permessi che garantiscano la possibilità ai soggetti reclusi di trascorrere del tempo, anche prolungato, in intimità con i propri coniugi o partner¹⁹⁴. Nel Documento finale si prende atto altresì del serio pregiudizio che troppo spesso l’esperienza carceraria pone nella protezione, costituzionalmente necessaria, della salute “come fondamentale diritto dell’individuo”¹⁹⁵; difatti negli istituti penitenziari, ai problemi – trasversalmente noti in tutti gli ambiti della tutela sanitaria – inerenti “L’allocazione delle risorse, intesa come attribuzione dei mezzi disponibili, [la quale] costituisce [...] la sfida primaria del presente”¹⁹⁶, si sommano delle criticità specifiche: il riferimento è, *in primis*, ai suicidi, realizzati o tentati, che ogni anno si consumano dietro le sbarre¹⁹⁷, alle patologie depressive le quali si registrano, nei confronti dei soggetti detenuti, con un’incidenza decuplicata rispetto alla generalità della popolazione¹⁹⁸ ed al distacco della retina, disturbo che all’interno del carcere pare

¹⁹³ Cfr. l’articolo 18 ord. pen. e l’articolo 37 del D.P.R. n. 230 del 2000; quest’ultimo in particolare, al comma 8, dispone che “I detenuti e gli internati usufruiscono di sei colloqui al mese. Quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell’articolo 4-bis della legge e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto, il numero di colloqui non può essere superiore a quattro al mese” e al successivo comma 9 dispone che “quando il colloquio si svolge con prole di età inferiore a dieci anni ovvero quando ricorrano particolari circostanze, possono essere concessi colloqui anche fuori dei limiti stabiliti nel comma 8”. Sul punto cfr. anche la voce *Colloqui familiari*, in www.carceredibollate.it. Per una riflessione circa la sofferenza di un figlio cui il carcere sottrae il genitore, cfr. G. COLOMBO, *Il perdono*, cit., 49-50.

¹⁹⁴ Per alcune interessanti riflessioni sul riconoscimento dei diritti all’affettività ed alla sessualità delle persone detenute nell’ordinamento francese e sulle modalità per garantire realmente tali diritti anche in Italia, si rinvia a A. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all’affettività delle persone detenute: uno sguardo all’esperienza francese* (Allegato 3 per il Tavolo 14 - SGEP), in www.giustizia.it, *passim*.

¹⁹⁵ Cfr. l’articolo 32 Cost. Si noti che il diritto alla salute, nelle sue varie declinazioni, riceve tutela anche dalla Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati allegata al Decreto del Ministro della Giustizia del 5 dicembre 2012.

¹⁹⁶ Cfr. D. VON ENGELHARDT, *Allocazione delle risorse nel settore sanitario. Principi e valori di bioetica*, in www.provincia.bz.it, 1.

¹⁹⁷ Si noti che all’interno del carcere il tasso di suicidi è (almeno) quindici volte superiore rispetto a quello nella società libera: cfr. D. GALLIANI, *Appendice*, in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 212, nt 29. Secondo il rapporto del 2012 del *Consiglio d’Europa - Space I*, in Italia il suicidio rappresenta la causa del 38% delle morte avvenuto in carcere, mentre la media europea si aggira attorno al 26%; cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 5, ove l’A. riflette su pena di morte, pena fino alla morte e morte per pena. Per un’analisi statistica, riferita al 2013, su suicidi, tentati suicidi e atti di autolesionismo si rimanda a ISTAT, *I detenuti nelle carceri italiane*, in www.istat.it.

¹⁹⁸ Cfr. D. GALLIANI, *Appendice*, in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 202

risultare centoventi volte più probabile rispetto a fuori¹⁹⁹: condividiamo dunque l'opinione secondo cui “*il y a un moment où l'humanité doit prévaloir sur le crime*”²⁰⁰.

Infine, nell'elaborato presentato il 18 e 19 aprile 2016, gli esperti hanno proposto di modificare sia il c.d. carcere duro *ex* articolo 41-*bis* ord. pen. – espungendo dal relativo regime gli aspetti che si rivelerebbero, oltre che marcatamente afflittivi, anche inutili in chiave securitaria²⁰¹ – sia la variante detentiva disciplinata dall'articolo 4-*bis* ord. pen.: il suggerimento è quello di rendere *relativa* l'attuale presunzione assoluta di pericolosità che colpisce coloro che non collaborino con la giustizia ai sensi dell'articolo 58-*ter* ord. pen., permettendo dunque che sia l'autorità giudiziaria a valutare gli eventuali motivi – analizzati in seguito e a cui, dunque, si rinvia – che potrebbero determinare il reo alla non cooperazione²⁰².

4.1. *Dopo gli Stati Generali: la legge delega n. 103 del 2017*

L'istituzione degli Stati Generali – i quali hanno invero rappresentato “un'ambiziosa scommessa”²⁰³ priva di precedenti in Italia – è stata accolta, per di più, con favore dalla dottrina, consapevole della necessità di un'azione concreta per uscire dalla gravosa situazione che ha visto il nostro Paese condannato dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo a causa delle degradanti condizioni detentive presenti negli istituti penitenziari²⁰⁴; non si può tuttavia ignorare che alcuni esponenti politici hanno mosso durissime critiche agli atti normativi approvati (anche) sulla base dell'iniziativa di

¹⁹⁹ Cfr. D. GALLIANI, *op. ult. cit.*, 203.

²⁰⁰ Questa l'opinione del già ministro della giustizia francese (noto per l'impegno profuso per l'abolizione della pena di morte), R. BADINTER, citato in D. GALLIANI, *op. ult. cit.*, 216. Tradotto: “c'è un momento in cui l'umanità deve prevalere sul diritto”.

²⁰¹ Cfr. F. FIORENTIN, *La conclusione*, cit., 11.

²⁰² Per l'analisi sul punto, cfr. *infra*, Cap. V, § 8.4.

²⁰³ Questa la definizione datane dal Ministro della Giustizia Orlando: cfr. F. FIORENTIN, *op. ult. cit.*, 2, nt. 5.

²⁰⁴ Il riferimento è a Corte EDU, Sezione Seconda, sent. *Sulejmanovic c. Italia* del 16 luglio 2009, in www.hudoc.echr.coe.int (per la quale si rinvia a M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti. La CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti*, in *Questione Giustizia*, 5/2009, 111 ss.) e Corte EDU, Sezione Seconda, sent. *Torreggiani c. Italia* dell'8 gennaio 2013, in www.hudoc.echr.coe.int (per la quale si rinvia a D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 11-6). Per l'opinione favorevole espressa dal C.S.M. espressa in merito agli Stati Generali cfr. C.S.M., Nona Commissione, *Risoluzione sugli stati generali dell'esecuzione penale (delibera del 6 aprile 2016)*, in www.csm.it.

generale ripensamento critico qui in esame²⁰⁵. Come è stato rilevato, “la spinta impressa dall’umiliante condanna inflitta”²⁰⁶ a Strasburgo non si è arrestata alla mera gestione emergenziale, ma ha continuato a propagarsi portando così alla presentazione, nella XVII Legislatura, del disegno di legge n. 2798²⁰⁷, accolto con emendamenti nella legge n. 103 del 2017, meglio nota come c.d. Riforma Orlando. Il comma 82 dell’articolo 1 dell’atto da ultimo citato – nel quale sono state previste una pluralità di rilevanti modifiche inerenti il diritto penale sia sostanziale che processuale²⁰⁸ – conferisce delega al Governo per la riforma dell’ordinamento penitenziario, secondo i principi e i criteri direttivi previsti al successivo comma 85; da una rapida occhiata complessiva a questi ultimi si evince che si affida all’Esecutivo il compito di rinnovare il sistema sanzionatorio erigendo a valori cardine la tensione rieducativa e l’umanizzazione della pena: detto altrimenti, si incarica il Governo “soltanto di attuare la Costituzione, che legittima lo Stato a privare il reo della libertà, [ma] non della dignità”²⁰⁹.

4.2. *Il Consiglio dei Ministri n. 74 del 16 marzo 2018: il percorso, ancora incompleto, verso l’attuazione della riforma*

Lo scopo, dichiarato, degli Stati Generali era quello di “abbassare [i] ponti levatoi tra carcere e società”²¹⁰: non si ignorava certo che un simile obiettivo potesse essere frainteso come una folle utopia, ma si replicava che proprio quest’ultima è ciò che “serve per

²⁰⁵ Il riferimento è alle parole con le quali ci si è riferiti all’approvazione in secondo esame preliminare, ad opera del Consiglio dei Ministri n. 74 del 16 marzo 2018, di un decreto legislativo che, in attuazione della legge sulla riforma della giustizia penale (legge 23 giugno 2017, n. 103), introduce disposizioni volte a riformare l’ordinamento penitenziario. Il segretario della Lega, Matteo Salvini, ha invitato il Governo alla vergogna bollando come “ennesimo salvadadri” il provvedimento *de quo* (cfr. G. BARBACETTO, *Carceri*, cit., 6); Alfonso Bonafede, esponente di spicco del Movimento 5 Stelle, ha invece parlato di “affronto che non può essere accettato” (cfr. G. NEGRI, *Via libera sulle carceri, la Lega attacca*, in *Il Sole 24 ore*, 17 marzo 2018, 1+10).

²⁰⁶ Cfr. F. FIORENTIN, *La conclusione*, cit., 4.

²⁰⁷ Cfr. XVII Legislatura, A.C. n. 2798 (su iniziativa del Ministro della Giustizia Orlando), A.S. n. 2067 e infine A.C. n. 4368 approvato definitivamente in data 14 giugno 2017. Atti disponibili su www.senato.it.

²⁰⁸ Per una trattazione delle novità previste dalla legge n. 103 del 2017, rubricata ‘Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario’, si rimanda a AA.VV., *Speciale Riforma della giustizia penale*, in www.ilpenalista.it, *passim*, ed a REDAZIONE ALTALEX, *Codice penale e di procedura: la riforma Orlando*, in www.altalex.com, *passim*.

²⁰⁹ Cfr. G. GIOSTRA, *Le carceri, la Costituzione e la dignità*, in *Il Sole 24 ore*, 23 marzo 2018, 8. Sul punto cfr. anche F. FIORENTIN, *La conclusione*, cit., 5.

²¹⁰ Cfr. G. GIOSTRA, *Che fine hanno fatto gli Stati Generali?*, in www.penalecontemporaneo.it, 1.

continuare a camminare”²¹¹. Si era dunque consapevoli della difficoltà di raggiungere compiutamente ed entro tempi brevi le mete prefigurate nel Documento Finale, ma si ribadiva l’esigenza di procedere – forse inevitabilmente a passi lenti – in un cammino nel quale, nonostante le fortissime e “prevedibili inerzie culturali”²¹², “Mai come oggi la pena carceraria si trova ad essere ‘contestata’ in modo così radicale”²¹³. Conclusosi il lavoro di consultazione pubblica, il Ministero della Giustizia si è impegnato, coinvolgendo direttamente anche il Comitato degli Esperti e i coordinatori dei vari Tavoli tematici, per l’approvazione della legge per il conferimento della delega al Governo e per realizzare, nell’attesa del provvedimento di riforma dell’ordinamento penitenziario, le migliori possibili a quadro normativo costante²¹⁴. Solo dopo più di un anno dalla conclusione degli Stati Generali, il 23 giugno 2017, veniva approvata la legge n. 103 del 2017, con la quale – come abbiamo già indicato – l’Esecutivo veniva “delegato ad adottare decreti legislativi [...] per la riforma dell’ordinamento penitenziario”²¹⁵, dalla cui azione rinnovatrice venivano però esclusi i reati di stampo mafioso e terroristico e la disciplina del c.d. carcere duro *ex* articolo 41-*bis* ord. pen.²¹⁶. Anche dopo l’assenso maturato attorno a tale atto vi fu, questa volta all’interno della compagine governativa, un prolungato periodo di stallo imputabile, secondo alcuni, alla “preoccupazione che approvare nell’imminenza della competizione elettorale i decreti attuativi della riforma, e in particolare quello che estende i presupposti di applicabilità delle misure alternative al carcere, avrebbe potuto comportare una perdita di voti”²¹⁷.

Il 16 marzo 2018 il Consiglio dei Ministri n. 74 dell’ormai uscente Governo guidato da Paolo Gentiloni ha approvato in secondo esame preliminare, su proposta del Ministro

²¹¹ Il riferimento, fatto dal prof. Giostra durante la presentazione del Documento Finale, è E. H. GALEANO secondo cui “L’utopia è come l’orizzonte: cammino due passi, e si allontana di due passi. Cammino dieci passi, e si allontana di dieci passi. L’orizzonte è irraggiungibile. E allora, a cosa serve l’utopia? A questo: serve per continuare a camminare”: cfr. G. GIOSTRA, *op. ult. cit.*, 1.

²¹² Cfr. G. GIOSTRA, *op. ult. cit.*, 1; sul punto cfr. anche D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 11 secondo il quale esistono “fortissime resistenze emotive contro un serio ripensamento della pena perpetua”.

²¹³ Cfr. R. BARTOLI, *Il carcere*, cit., 2.

²¹⁴ Cfr. G. GIOSTRA, *Che fine*, cit., 1.

²¹⁵ Cfr. l’articolo 1, comma 82, della legge n. 103 del 2017.

²¹⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Carceri, passato il voto la riforma va recuperata*, in *Il mattino*, 13 marzo 2018, 46.

²¹⁷ Cfr. G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, 46. Il riferimento è alle elezioni politiche italiane per il rinnovo dei componenti del Parlamento svoltesi nella giornata del 4 marzo 2018.

Guardasigilli Andrea Orlando, un decreto delegato il quale mira a “rendere più attuale l’ordinamento penitenziario previsto dalla riforma del 1975, per adeguarlo ai successivi orientamenti della giurisprudenza di Corte Costituzionale, Corte di Cassazione e Corti europee”²¹⁸. Tale atto è stato accolto con animi nettamente differenti: da un lato vi era chi lo attendeva come “l’attuazione di una riforma di civiltà”²¹⁹ seppur ancora incompleta²²⁰, dall’altro chi lo riteneva una “vergogna”²²¹ o un “affronto”²²² inaccettabile. È stato evidenziato che il testo deliberato nel menzionato Consiglio dei Ministri non ha recepito tutte le indicazioni fornite dalle due Commissioni Giustizia del Parlamento: si dovrà dunque ivi ritornare per permettere alla Camera dei Deputati ed al Senato della Repubblica di esprimere i propri pareri, invero non vincolanti ma di forte peso politico²²³; vi è però, al momento in cui si scrive, “un’incognita sui tempi”²²⁴: difatti l’eventuale trasmissione al Presidente della Repubblica per l’emanazione *ex* articolo 87, comma 5, Cost. dovrà avvenire almeno entro venti giorni prima della scadenza del termine fissato dalla legge di delega²²⁵, ma le Commissioni Giustizia della XVIII Legislatura non sono ancora state costituite. Non si ignora che le elezioni del 4 marzo 2018 hanno designato vincitrici delle forze politiche di orientamento non vicino rispetto a quelle che hanno sostenuto la riforma in esame: vi è dunque il rischio che, data l’attuale composizione del Parlamento, si tenti di dilatare i tempi così da far scadere la delega²²⁶.

²¹⁸ Cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 74 del 16 Marzo 2018*, in www.governo.it, 2.

²¹⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Carceri*, cit., 46.

²²⁰ Cfr. REDAZIONE ANTIGONE, *Riforma ordinamento penitenziario approvata dal Cdm. Le nostre dichiarazioni*, in www.antigone.it, per l’opinione di P. Gonnella secondo cui “È un passo in avanti su temi delicati come la salute psichica, l’accesso alle misure alternative, la vita interna alle carceri, i rapporti con l’esterno, il sistema disciplinare. Purtroppo alcune norme essenziali sono rimaste al palo, come quelle sui minori o sulla sessualità”.

²²¹ Il riferimento è all’opinione, già menzionata, dell’on. Matteo Salvini come citata in G. BARBACETTO, *Carceri*, cit., 6.

²²² Il riferimento è all’opinione, già menzionata, dell’on. Alfonso Bonafede come citata in G. NEGRI, *Via libera*, cit., 10.

²²³ Cfr. REDAZIONE ANTIGONE, *Riforma*, cit. e G. BARBACETTO, *Carceri*, cit., 6.

²²⁴ Cfr. G. NEGRI, *Via libera*, cit., 10.

²²⁵ Cfr. l’articolo 14, comma 2, della legge n. 400 del 1988.

²²⁶ Cfr. REDAZIONE ANTIGONE, *Riforma*, cit., per l’opinione di P. Gonnella secondo cui “i tempi potrebbero dilatarsi e la delega decadere. C’è infatti tempo fino ad inizio luglio per approvarla” e G. BARBACETTO, *Carceri*, cit., 6.

Tra le ipotesi possibili vi è (o, forse, *rectius*: vi era) quella prospettata dal Ministro Guardasigilli uscente, Andrea Orlando, di affidare alle c.d. Commissioni speciali – quelle cioè incaricate della disamina dei provvedimenti urgenti in attesa della costituzione di quelle c.d. ordinarie – la discussione sul testo approvato dal Consiglio dei Ministri²²⁷; in questo modo si riuscirebbe a superare anche un’eventuale inerzia del Parlamento, ma si rischierebbe di prestare il fianco all’accusa di aver perpetrato una “forzatura istituzionale”²²⁸ e di far sorgere alcuni dubbi inerenti la legittimazione dell’Esecutivo in carica per il disbrigo degli affari correnti²²⁹ a “condurre in porto un’impresa riformistica” la quale, a prescindere dalle valutazioni sul merito, è comunque espressione di una compagine politica differente da quella designata nelle ultime elezioni dal Popolo sovrano. Comunque sia, anche questa opzione sembrerebbe ormai sfumata: il 10 aprile 2018, poco dopo aver convenuto di procedere all’istituzione della Commissione speciale della Camera dei Deputati²³⁰, la Conferenza dei presidenti di gruppo²³¹ ha annunciato che “i testi dei decreti attuativi [della c.d. Riforma Orlando] andranno nelle Commissioni giustizia quando saranno costituite”²³²; questo significa che sarà il Consiglio dei Ministri del nuovo Governo, al momento non ancora formato, a decidere la sorte dell’atto qui in esame. Sono emerse, durissime, le critiche del Garante nazionale dei diritti dei detenuti, Mauro Palma, il quale ha invitato le forze politiche “a rivedere l’ordine del giorno della Commissione speciale e a dare la possibilità che l’ultima tappa per l’adozione del provvedimento sia compiuta”²³³.

²²⁷ Cfr. G. BARBACETTO, *Carceri*, cit., 6 e, nello stesso senso, G. NEGRI, *Via libera*, cit., 10.

²²⁸ Cfr. G. NEGRI, op. ult. cit., 10.

²²⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Carceri*, cit., 46 e, per una chiarificazione al riguardo, cfr. anche R. BIN, *Una fake-news che gira indisturbata [sic!]: se, sciolte le Camere, Gentiloni non si dimette, resta nella “pienezza dei poteri”*, in www.lacostituzione.info.

²³⁰ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto stenografico dell’Assemblea. Seduta n. 4 di martedì 10 aprile 2018*, in www.camera.it, ove si legge che “La Commissione sarà convocata per la propria costituzione alle ore 11 di giovedì 12 aprile [2018] presso l’aula della Commissione bilancio”.

²³¹ Cfr. la voce *Conferenza dei Presidenti di Gruppo*, in leg.16.camera.it.

²³² Cfr. D. ALIPRANDI, *Prove d’intesa Lega M5s: stop alla riforma del carcere*, in *Il Dubbio*, 11 aprile 2018, 1+12, 12.

²³³ Cfr. D. ALIPRANDI, op. ult. cit., 12, ove si riporta l’opinione di M. Palma secondo cui questo “grave stop [...] significa non considerare che proprio tale processo di coinvolgimento e previsione normativa ha determinato una nuova fiducia dell’Europa che, partendo da una prospettiva di sanzione nel 2013 per condizioni detentive irrispettose della dignità della persona, è giunta a riconoscere i passi che l’Italia ha compiuto per sanare tale grave criticità. Con il rischio che si possa riaprire la questione ora che il Parlamento manda un segnale di non volontà di proseguire tale percorso”.

“La sorte della riforma penitenziaria è ormai nelle mani della politica”²³⁴: ci auspichiamo che essa – fermo restando l’assoluto ed imprescindibile rispetto per le vittime, dirette e indirette, di crimini ingiustificabili – sappia realizzare, con prudente coraggio e prudenza coraggiosa, quello che – ci pare – sarebbe un significativo beneficio per la collettività tutta, difatti “La società che offre un’opportunità ed una speranza alle persone che ha giustamente condannato si dà un’opportunità ed una speranza di diventare migliore”²³⁵.

Non potendo prevedere quale sarà l’esito della riforma, non ci resta che sospendere il giudizio: “ai posteri [dunque] l’ardua sentenza”²³⁶.

²³⁴ Cfr. G. GIOSTRA, *Le carceri*, 8.

²³⁵ Cfr. SGEP, *Documento*, cit., Parte VIII, § 5.

²³⁶ Cfr. A. MANZONI, *Il cinque maggio*, in *Gl’inni sacri e Il cinque maggio* (a cura di L. Venturi), Firenze, 1877, 97.

CAPITOLO II

L'ERGASTOLO: STORIA E DISCIPLINA SOVRANAZIONALE

SOMMARIO: 1. *Il dibattito in ambito europeo.* – 1.1. *Sulla funzione della pena.* – 1.2. *Sull'ergastolo.* – 1.3. *Sull'abolizione della pena di morte.* – 2. *Le carte europee ed internazionali: il rispetto della dignità e l'umanizzazione della pena.* – 2.1. *La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).* – 2.1.1. *L'articolo 2 CEDU ed i protocolli addizionali n. 6 del 1983 e n. 13 del 2002.* – 2.1.2. *L'articolo 3 CEDU.* – 2.1.3. *L'articolo 5 CEDU (cenni).* – 2.2. *La Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulle regole penitenziarie del 2006.* – 2.3. *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, c.d. Carta di Nizza.* – 2.3.1 *La dignità nel Titolo I e l'articolo 19 CDFUE (cenni).* – 2.4. *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 9 dicembre 1948.* – 2.4.1. *Il silenzio riguardo alla pena di morte.* – 2.4.2. *Il Preambolo alla Dichiarazione e l'articolo 1 Dich. Univ. (cenni).* – 2.4.3. *L'articolo 3 e l'articolo 5 Dich. Univ. (cenni).* – 2.5. *La Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti. L'articolo 1 Conv. Tort. (cenni).* – 3. *L'ergastolo nella normativa della Corte Penale Internazionale.* – 3.1. *La non promettente prima attuazione italiana (cenni).* – 4. *Uno sguardo all'estero (cenni).* – 4.1. *Il modello del Regno di Norvegia.* – 4.2. *Il modello degli Stati Uniti d'America.*

1. *Il dibattito in ambito europeo*

1.1. *Sulla funzione della pena*

Nel capitolo precedente, si è analizzato il dibattito svoltosi in Assemblea Costituente a proposito della natura della pena e come esso sia stato tradotto nelle disposizioni costituzionali, *in primis* nell'articolo 27, comma 3, della Legge fondamentale italiana¹.

È senza dubbio più difficile affrontare il tema inerente la funzione della sanzione giuridica da una prospettiva europea, e ciò per una pluralità di ragioni. Innanzitutto è bene precisare che nella nozione di 'ambito europeo' rientrano due diversi concetti: la c.d. Grande Europa composta dai 47 Paesi aderenti al Consiglio d'Europa e la c.d. Piccola Europa composta dai 28 Stati membri dell'Unione Europea. Sono essi due distinti sistemi di produzione giuridica, con differenti campi applicativi ma anche con "forti momenti di

¹ Cfr. *supra*, cap. I, § 1.1. per il dibattito in Assemblea Costituente sulla funzione della pena e il §. 2.4.3 per l'analisi sull'articolo 27, comma 3, della Costituzione.

contatto”²; a conferma di ciò si consideri che i diritti fondamentali elaborati nel sistema del Consiglio d’Europa “rappresentano un archetipo di fondo anche per la produzione normativa dell’Unione Europea e che l’Unione stessa è destinata ad aderire alla Convenzione europea”³ dei diritti dell’uomo⁴, la quale rappresenta il documento principale su cui si impernia il sistema della Grande Europa. In particolare, per quanto riguarda quest’ultima, nella Convenzione Europea non è possibile rinvenire alcuna disposizione che si pronunci esplicitamente circa la funzione della pena. Proprio la mancanza di un “referente teleologico vincolante”⁵ ha permesso alla Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU) di sviluppare un indirizzo giurisprudenziale il cui parametro di riferimento va ravvisato nell’articolo 3 della Convenzione, che proibisce i trattamenti inumani o degradanti⁶. I giudici di Strasburgo hanno individuato nel divieto di pene “nettamente sproporzionate”⁷ la linea di confine tra le misure punitive convenzionalmente legittime e quelle lesive dell’articolo 3 CEDU; la clausola di salvaguardia così elaborata viene però ritenuta operativa “solo in circostanze rare ed eccezionali”⁸ (*rare and unique occasions*), ne consegue dunque che, al di sotto della soglia summenzionata, gli Stati contraenti godono di un insindacabile margine di apprezzamento per valutare l’adeguatezza della pena al reato.

Pertanto si deve evincere che, esclusa la pena di morte per la cui trattazione si rimanda alle pagine seguenti, le altre misure sanzionatorie (e quindi anche le pene perpetue) non sono, di per se stesse, vietate da alcuna norma convenzionale. Il problema, che sarà oggetto di indagine nei capitoli successivi, si pone invece nel caso di una pena perpetua non riducibile, cioè laddove nell’ordinamento giuridico interno non sia contemplata né la possibilità di liberazione anticipata né una possibilità di riesame delle cause che

² Cfr. R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, 3° ed., Milano, 2017, 5.

³ Cfr. R.E. KOSTORIS, op. ult. cit., 5.

⁴ V. *infra*, cap. II, § 2.2.1.

⁵ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 109.

⁶ V. *infra*.

⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli (L’ergastolo all’incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2013, 6.

⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, op. ult. cit., 6.

giustificano la prosecuzione dell'ergastolo⁹. Inoltre, proprio dall'assenza di un'esplicita previsione normativa in merito alle funzioni delle sanzioni penali, si deve dedurre che, nel sistema della CEDU, esse siano giustificabili fin tanto che soddisfino “*anche uno solo* dei molteplici fini legittimamente ascrivibili alla pena, indicati nelle funzioni di retribuzione («repressione»), prevenzione generale e speciale («dissuasione»), difesa sociale «tutela del pubblico»), rieducazione «reinserimento»)»¹⁰.

In un contesto europeo nel quale il dialogo tra le Corti Costituzionali dei vari paesi è sempre più intenso, riteniamo interessante ricordare che il 22 gennaio 2011¹¹ il Tribunale Costituzionale Federale Tedesco ha tradotto in chiave legale il principio che impone allo Stato di posticipare o, se del caso, perfino di rinunciare alla pretesa punitiva nell'ipotesi in cui non sia in grado di assicurare un'esecuzione della pena che non sia lesiva della dignità¹², e questo deve valere a prescindere dalla teoria abbracciata per giustificare la risposta sanzionatoria.

1.2. *Sull'ergastolo*

Per comprendere quanto complesso e attuale sia il dibattito in ambito europeo riguardo alla pena perpetua, basti considerare che essa è stata ritenuta “la più importante questione penalistica nella agenda europea di oggi”¹³. In questa sede si cercherà di ripercorrere a grandi linee, così da poter offrire una visione di insieme, l'evoluzione di questo tema, mentre si rimanda ai capitoli seguenti per un'analisi più attenta e dettagliata sulle singole tappe del percorso.

Fino al 2013, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva quasi sempre fatto salve le normative poste dai vari Stati membri a disciplina dell'ergastolo. E questo avveniva in

⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, op. ult. cit., 6.

¹⁰ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 113-4, dove l'A. si riferisce a Corte EDU, Grande Camera, sent. *Kafkaris c. Cipro* del 12 febbraio 2008, in www.hudoc.echr.coe.int.

¹¹ V. la sentenza 1 BvR 409/09 – 22/02/2011 del Tribunale costituzionale federale tedesco, disponibile, annotata, in lingua italiana in F. D'ANIELLO, *La dignità umana e gli spazi della detenzione La sentenza 1 BvR 409/09 – 22/02/2011 del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in www.altrodiritto.unifi.it, nt. 1.

¹² Cfr. A. PUGIOTTO, *Nessuno tocchi Caino, mai. Ragionando attorno alla legge costituzionale n. 1 del 2007*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 59.

¹³ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment and the European right to hope*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2015, 1. Secondo l'A.: “*The most important penological issue on the European agenda today is life imprisonment*”.

virtù dell'orientamento giurisprudenziale, elaborato nel *leading case Kafkaris c. Cipro* del 2008, secondo cui solo una pena perpetua che si fosse rivelata *de jure* e *de facto* irriducibile avrebbe concretizzato una violazione dell'articolo 3 della CEDU¹⁴. Pertanto, il potere del Capo dello Stato di accordare la grazia, commutare la pena e concedere la condizionale era sufficiente, indipendentemente dalla previsione della liberazione condizionale, a garantire la riducibilità della pena perpetua. Proprio l'esistenza di tale potere permetteva – secondo i giudici di Strasburgo – di escludere la natura disumana e degradante dell'ergastolo e, quindi, la sua illegittimità convenzionale¹⁵. Da questa posizione della Corte, nonostante dure critiche provenienti dai suoi stessi componenti¹⁶, emergeva la volontà di preservare al massimo grado il margine di apprezzamento riservato agli Stati nazionali¹⁷.

Il cambio di passo si registrò con la sentenza della Grande Camera *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, in cui la Corte dedicò particolare attenzione, anche da una prospettiva comparatistica, ai concetti di dignità dell'uomo e funzione della pena¹⁸. La pronuncia, senza volersi intromettere nello spinoso dibattito inerente lo scopo delle sanzioni e senza voler abbracciare manifestamente una determinata corrente di pensiero al riguardo, sancisce il diritto di ognuno di conoscere, sin dal momento in cui venga pronunciata la condanna, il comportamento che debba tenere per poter un giorno sperare nella scarcerazione¹⁹. La Corte sembra così propendere per una teoria polifunzionale della pena secondo la quale la giustificazione in chiave retributiva della sanzione legittimamente inflitta non può trascurare la funzione di risocializzazione cui si riconosce una importanza

¹⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in www.costituzionalismo.it, *Costituzionalismo.it*, 3/2013, 7.

¹⁵ Cfr. D. GALLIANI, *Ultime da Strasburgo*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 1/2017, 14–5, 14.

¹⁶ In particolare, il giudice spagnolo Javier Borrego Borrego, nella *dissenting opinion* in *Kafkaris*, accusò la maggioranza di essersi rinchiusa in una torre d'avorio.

¹⁷ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 971.

¹⁸ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 14.

¹⁹ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 972. Tale diritto del condannato deve essere sussistere già “*at outset of his sentence*”.

pari agli altri possibili scopi della pena²⁰: un ergastolo che al momento della sua irrogazione risultava giusto, potrebbe nel corso del tempo apparire ingiusto²¹.

Si teorizza il diritto alla speranza o c.d. *right to hope*, il quale, radicato nell'articolo 3, considera la speranza come elemento essenziale della vita di ciascuno ed impone il riconoscimento anche all'autore dei crimini più efferati della capacità di cambiare²²; è quindi necessario che una pena perpetua sia soggetta ad un riesame (*review*) che permetta alle autorità nazionali di valutare se siano intervenuti, nella vita del detenuto, dei cambiamenti verso la riabilitazione tali da far venir meno, in chiave penalistica, ogni giustificazione ad un'ulteriore proseguimento dello stato detentivo²³. La Corte precisa che è riservato al margine di apprezzamento degli Stati decidere la forma, amministrativa o giudiziaria, e le tempistiche con cui detto riesame debba avvenire. Non manca però di indicare che lo Statuto della CPI, avente giurisdizione su reati di notevole gravità, prevede un termine di 25 anni²⁴.

Nella sentenza *Vinter* la Corte europea esprime con fermezza il conflitto insanabile tra l'obiettivo *preponderante* della risocializzazione ed una pena perpetua irriducibile, la quale, in virtù dei suoi effetti de-socializzanti e de-umanizzanti, costituisce un trattamento inumano proibito dall'articolo 3 della Convenzione²⁵. È bene precisare sin d'ora che tale orientamento giurisprudenziale concerne solo l'ergastolo senza condizionale (*life sentence without parole*), e non il regime dell'ergastolo ostativo il quale, a differenza del primo, non esclude la liberazione condizionale, ma prevede che essa possa essere concessa solo a particolari condizioni per la cui trattazione si rimanda ai capitoli a venire.

²⁰ Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 972.

²¹ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 15.

²² Cfr. *Concurring opinion of Judge Power-Forde*, in Corte EDU, Grande Camera, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 9 luglio 2013, in www.hudoc.echr.coe.int.

²³ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 2. Si rimanda a C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 113 per un'analisi circa la procedura di riesame di cui ragiona la Corte EDU.

²⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Ultime da Strasburgo*, cit., 14.

²⁵ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 2 Secondo cui “*irreducible life sentence is akin to inhuman treatment in view of the dissocializing and dehumanizing effects of long term imprisonment*”.

L'orientamento intrapreso con la sentenza *Vinter* e consolidatosi, con decisioni all'unanimità, in tre pronunce del 2014²⁶ subì un'inaspettata battuta d'arresto ad opera della sentenza *Hutchinson v. Regno Unito*, pronunciata dalla IV Sezione nel febbraio 2015 e confermata dalla Grande Camera due anni più tardi²⁷. Nel risolvere questo caso, i giudici di Strasburgo sembrano accontentarsi del riconoscimento, avvenuto ad opera della Corte d'Appello del Regno Unito²⁸, dell'obbligo gravante sul Ministro – unico esponente cui compete la possibilità di liberare anticipatamente un ergastolano senza condizionale sulla base dei motivi umanitari – di agire conformemente al diritto convenzionale e giurisprudenziale europeo. Questo mera presa d'atto di un vincolo per altro già preesistente è bastato alla Corte europea per ritenere il sistema non più in violazione dell'articolo 3 della CEDU, benché di fatto nulla sia cambiato rispetto a *Vinter* poiché non vi è alcun parametro a cui tali ergastolani possano attenersi per poter un giorno sperare nella scarcerazione. Si avrà modo, nei capitoli seguenti, di ritornare su tale decisione che la dottrina ha giudicato un “grosso passo indietro rispetto a *Vinter*”²⁹ dal sapore poco giuridico e molto politico³⁰.

Infine, sotto un altro punto di vista, significativa per il nostro campo di indagine è la sentenza emessa dalla Quarta Sezione nel caso *Vinter* del 2012, prima cioè del *referral* alla Grande Camera della Corte europea. In tale pronuncia i giudici tracciano una tripartizione dell'ergastolo, su cui si ritornerà più avanti ma che conviene sin d'ora presentare, in tre sottocategorie: l'ergastolo (obbligatorio o discrezionale) con possibilità di accesso alla liberazione anticipata, quello discrezionale senza tale possibilità e quello obbligatorio senza tale possibilità³¹.

²⁶ Il riferimento è ai casi pronunciati tra marzo e luglio 2014: *Öcalan v. Turchia* (n. 2), Sezione Seconda; *Laszlo Magyar v. Ungheria*, Sezione Seconda e *Harachiev e Tolumov v. Bulgaria*, Sezione Quarta.

²⁷ In precisione, la pronuncia da parte della Sezione IV è datata 3 febbraio 2015, mentre la conferma della Grande Camera è avvenuta il 17 gennaio 2017.

²⁸ Il riferimento è al caso *R. v. McLoughlin*, deciso il 18 febbraio 2014.

²⁹ Cfr. D. GALLIANI, *Ultime da Strasburgo*, cit., 15.

³⁰ In questo senso, D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 975.

³¹ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 11.

1.3. *Sull'abolizione della pena di morte*

Sempre maggiore, nello scenario internazionale, l'attenzione riservata al tema della pena capitale e le conseguenti iniziative, di carattere sia normativo che politico, volte ad un suo superamento o, quanto meno, limitazione. Ad entrambi i livelli europei, sia quello della Grande che della Piccola Europa³², si mira manifestamente all'“esportazione del principio abolizionista all'interno di Stati che ancora mantengono la pena capitale”³³. Nello specifico, l'Unione Europea, dopo aver individuato nell'abolizione della pena capitale³⁴ una condizione necessaria per poter permanere o entrare a far parte di essa³⁵, ha adottato, coerentemente alla propria politica estera volta a sviluppare e consolidare il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali³⁶, un impegno costante ed attivo per il superamento di tale pena anche al di fuori dell'Unione³⁷. Di particolare interesse risultano gli “Orientamenti dell'UE in materia di pena di morte”³⁸ adottati dal Consiglio dell'Unione Europea a Bruxelles il 5 giugno 2008, ove ci si impegna ad adoperarsi in vista della abolizione universale della pena capitale, in quanto ferma posizione politica condivisa da tutti gli stati membri, e si prevedono delle norme minime il cui rispetto è considerato importante nei paesi che insistano sul mantenimento della pena di morte. L'Unione Europea si impegna altresì ad intensificare le sue iniziative in seno alle organizzazioni internazionali, in particolare nel sistema ONU, per ottenere il progressivo abbandono del ricorso alla pena capitale³⁹.

Importanti passi avanti sono stati fatti anche dal Consiglio d'Europa il quale richiede alle Parti contraenti un'immediata moratoria della estrema pena ed impone la ratifica almeno

³² Per la distinzione tra la c.d. Grande Europa e la c.d. Piccola Europa, si v. *supra*, cap. II, § 2.1.1.

³³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Nessuno*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 55.

³⁴ Il richiamo è innanzitutto all'articolo 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, per la cui trattazione si rimanda alle pagine seguenti.

³⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *Nessuno*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 55.

³⁶ Cfr. OFFICIAL WEBSITE OF THE EUROPEAN UNION, *EU by topic – Foreign & Security Policy*, in www.europa.eu.

³⁷ Cfr. L. GOISIS, *La revisione*, cit., 1678.

³⁸ Disponibile, tradotto in lingua italiana, nel sito internet: unipd-centrodirittiumani.it.

³⁹ Cfr. UFFICIO DELLE PUBBLICAZIONI PER L'UNIONE EUROPEA, *Orientamenti dell'UE in materia di pena di morte*, in www.eur-lex.europa.eu. Il 18 dicembre 2007, nella 62^a sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, è stata approvata, con 109 voti favorevoli e 54 contrari, una risoluzione co-patrocinata dall'Unione Europea (approvata dal Parlamento Europeo nell'aprile dello stesso anno) e relativa all'introduzione della moratoria universale sul ricorso alla pena di morte nello scenario internazionale.

del 6° protocollo addizionale alla CEDU del 1983, il quale sancisce l'abolizione della pena di morte in tempo di pace⁴⁰. È questo un cammino destinato a proseguire e ad alzare l'asticella della tutela nell'ambito della c.d. Grande Europa: il 3 maggio 2002, a Vilnius, è stato firmato da tutti i Paesi membri del Consiglio d'Europa il 13° protocollo addizionale, il quale mira all'abolizione della pena di morte anche in tempo di guerra⁴¹.

Si può dunque concludere evidenziando come “in ambito UE e CEDU [...] la scelta abolizionista vi assume un inedito rilievo identitario configurandosi come un aspetto essenziale per lo sviluppo del processo di unificazione di entrambi gli ordinamenti sovranazionali”⁴².

2. *Le Carte europee ed internazionali: il rispetto della dignità e l'umanizzazione della pena*

2.1. *La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)*

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (nota più come Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo o, con il suo acronimo, CEDU) è un trattato internazionale nel quale le nazioni europee all'indomani del secondo conflitto mondiale manifestano l'intenzione di riconoscere a livello regionale quei diritti solennemente proclamati nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948⁴³. Essa fu firmata a Roma il 4 novembre 1950 in seno al Consiglio d'Europa ed entrò in vigore il 3 settembre 1953; la Repubblica italiana la ratificò due anni più tardi, con la legge 4 agosto 1955, n. 848⁴⁴. Di essa sono parte costitutiva i 14 Protocolli

⁴⁰ V. *infra*.

⁴¹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Nessuno*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 55–6.

⁴² Cfr. A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, 55.

⁴³ Cfr. G. MORBIDELLI, *Diritto pubblico comparato*, 5° ed., Torino, 2016, 326, dove l'A. ricostruisce lo stretto legame ideale e sostanziale tra Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁴⁴ Per molto tempo ci si è interrogati circa il valore ed il grado di vincolatività della CEDU nell'ordinamento italiano. La Corte costituzionale con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 (c.d. sentenze gemelle) ha qualificato la Convenzione come parametro interposto di legittimità costituzionale, che si pone a livello inferiore rispetto alla Legge fondamentale italiana ma al di sopra della legge ordinaria. Ne consegue, dunque, che una legge che non sia compatibile con la CEDU risulti altresì incostituzionale per violazione dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione il quale impone nell'esercizio della potestà legislativa il “rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

addizionali intervenuti nel corso del tempo per apportare significative integrazioni alla disciplina. Attualmente gli stati firmatari sono 47, tra cui tutti e 28 i membri dell'Unione Europea. Benché nella Convenzione Europea non vi sia alcun riferimento esplicito alla dignità umana, essa costituisce “lo sfondo comune su cui si collocano le diverse specifiche enunciazioni dei diritti fondamentali”⁴⁵.

2.1.1. *L'articolo 2 CEDU ed i protocolli addizionali n. 6 del 1983 e n. 13 del 2002*

La Convenzione europea si apre con l'obbligo, sancito all'articolo 1⁴⁶, che le Alte Parti contraenti hanno di rispettare i diritti e le libertà dell'uomo. L'articolo 2⁴⁷, che inaugura il Titolo I, ammette espressamente una deroga all'inviolabilità del diritto all'esistenza; difatti, dopo aver accordato protezione legale alla vita di ciascuno, la disposizione riconosce legittimità convenzionale alla privazione intenzionale della stessa qualora ciò avvenga “in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena”⁴⁸. Questa circostanza non deve destare alcun stupore, sia in quanto scelta perfettamente coerente con la matrice culturale

La questione è tornata in auge in seguito alla ratifica, ad opera della legge 130/2008, del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007. Tale trattato prevede l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU (art. 6, co. 2 TUE) e afferma che “I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione Europea in quanto principi generali” (art. 6, co. 3 TUE). La Corte costituzionale, con la sentenza 230/2012, ha negato che tale disposizioni avessero comportato la ‘comunitarizzazione’ della CEDU, la quale, non essendole stato attribuito lo stesso valore giuridico dei trattati, continua ad avere la natura di fonte sub-costituzionale. Per i commenti alla sentenza costituzionale del 2012 si rimanda a A. Ruggeri, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai 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 www.giurcost.org.

⁴⁵ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Manuale*, cit., 164.

⁴⁶ V. art. 1 CEDU che proclama che “Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione”.

⁴⁷ V. art. 2 CEDU il quale sancisce che “1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione”.

⁴⁸ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2015, 5.

dell'epoca⁴⁹ sia per la natura della CEDU la quale è “espressione di un minimo comune denominatore”⁵⁰ tra tutti i Paesi aderenti alla c.d. Grande Europa.

Il 28 aprile 1983, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adottò a Strasburgo il Sesto Protocollo addizionale alla Convenzione⁵¹, il quale prevede il divieto di pena di morte in tempo di pace. È, questo, uno dei primi atti in cui, a livello internazionale, si manifesta una tendenziale, seppur non assoluta, volontà abolizionista⁵². Difatti, mentre l'articolo 1⁵³ dichiara l'abolizione dell'estremo supplizio, l'articolo 2⁵⁴ prevede che ad esso si possa ricorrere solo “per atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra”, fermo restando il rispetto del principio di legalità.

Solo a distanza di vent'anni, si riuscì ad estendere il divieto della pena capitale anche al contesto bellico. Il Protocollo n. 13 alla CEDU⁵⁵, sottoscritto a Vilnius il 3 maggio 2002, prevede infatti il divieto della pena di morte in ogni circostanza. Degno di menzione il Preambolo dove si sancisce che il “diritto di qualsiasi persona alla vita è un valore fondamentale in una società democratica, e che l'abolizione della pena di morte è essenziale per la protezione di questo diritto ed il pieno riconoscimento della dignità

⁴⁹ Si ricordi infatti che, fino al 2007, la pena di morte era ammessa, seppur in circostanze eccezionali, anche nella Carta costituzionale italiana, all'articolo 27, co. 4: cfr. *supra*, cap. I, §§ 1.2.4.4-5.

⁵⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Scoppola*, cit., 7.

⁵¹ V. il Protocollo n° 6 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali sull'abolizione della pena di morte, entrato in vigore, con 5 ratifiche, in data 01/03/1985. Ad oggi è stato firmato e ratificato da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, ad eccezione della Russia che, dopo averlo firmato nel 1997, non ha proceduto alla ratifica. Per l'Italia la ratifica avvenne ad opera della legge 2 gennaio 1989, n. 8. Cfr. UFFICIO DEI TRATTATI COE, *Stato delle firme e ratifiche di trattato 114: Protocollo n° 6 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali sull'abolizione della pena di morte*, in www.coe.int.

⁵² Cfr. L. GOISIS, *La revisione*, cit., 1679.

⁵³ V. Articolo 1 Protocollo n. 6 alla CEDU: “La pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena, né giustiziato”.

⁵⁴ V. Articolo 2 Protocollo n. 6 alla CEDU: “Uno Stato può prevedere nella sua legislazione la pena di morte per atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra; una tale pena sarà applicata solo nei casi previsti dalla detta legislazione e conformemente alle sue disposizioni. Questo Stato comunicherà al Segretario Generale del Consiglio d'Europa le disposizioni in materia della suddetta legislazione”.

⁵⁵ V. Protocollo n. 13 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, relativo all'abolizione della pena di morte in qualsiasi circostanza, entrato in vigore, con 10 ratifiche, in data 1/7/2003. Ad oggi, esso è stato firmato da 45 Stati, i quali, tranne l'Armenia, lo hanno anche ratificato. Cfr. UFFICIO DEI TRATTATI COE, *Stato delle firme e ratifiche di trattato 187: Protocollo n° 13 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali relativo all'abolizione della pena di morte in ogni circostanza*, in www.coe.int.

inerente a tutti gli esseri umani”. Solo nel 2007, con l’approvazione della legge costituzionale n. 1, sono state raggiunte dall’Italia le condizioni ordinamentali indispensabili per la ratifica del Protocollo n. 13, la quale è finalmente avvenuta ad opera della legge 15 ottobre 2008, n. 179⁵⁶.

2.1.2. *L’articolo 3 CEDU*

Di massima importanza in tutto il nostro campo di indagine è l’articolo 3⁵⁷ CEDU il quale sancisce che “Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”. Secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, la disposizione qui in esame, che ha carattere inderogabile⁵⁸ e non bilanciabile con altri valori⁵⁹, mira essenzialmente a tutelare le modalità esecutive della pena ed annovera tre distinte fattispecie, i cui confini sono da tracciare mediante un criterio empirico di decrescente gravità⁶⁰. L’atto con il quale sono inflitte ad un soggetto acute sofferenze, fisiche o psichiche, al fine di punirlo per un gesto commesso o al fine ottenere informazioni o confessioni risponde al nome di “tortura”. Da questa si distingue invece, per la minore intensità delle sofferenze intenzionalmente cagionate, il trattamento “inumano”. “Degradante” è infine il trattamento correlato a comportamenti atti ad indurre paura, angoscia e senso di inferiorità e volti ad annichilire la persona o a vincere la sua resistenza fisica o psichica, così da indurla ad agire anche contro la sua volontà. Il livello di sofferenza arrecato, pur essendo relativo, deve aver superato un minimo di gravità e va constatato caso per caso, considerando tutte le circostanze oggettive e soggettive⁶¹. Risulta evidente come queste siano nozioni dai contorni sfumati e, pertanto, di non sicura identificabilità tra loro.

Dall’articolo 3 discendono, per gli Stati, sia degli obblighi positivi in tema di salvaguardia dei diritti fondamentali dei detenuti sia degli obblighi negativi, cioè dei divieti;

⁵⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Nessuno*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 56.

⁵⁷ Cfr. Articolo 3 CEDU, Proibizione della tortura: “Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”.

⁵⁸ L’articolo 3 CEDU è da annoverare, ex articolo 15, tra le poche disposizioni che non possono mai essere derogate. Tale affermazione deve valere sempre ed in tutte le circostanze.

⁵⁹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Manuale*, cit., 165.

⁶⁰ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 127.

⁶¹ Sono, queste, le condizioni stabilite dalla Giurisprudenza di Strasburgo per potersi riconoscere la violazione dell’articolo 3 CEDU. Esse furono individuate a partire dalla sentenza *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, (Application no. 5310/71) e poi confermate in numerose decisioni successive.

precipuamente tale disposizione, da un lato, proibisce il ricorso a determinate tipologie di misure punitive poiché in contrasto con la dignità umana e, dall'altro, pretende che l'esecuzione delle pene non vietate avvenga con modalità tali da non risultare degradanti od inumane⁶². Tale disposizione della Convenzione è stata al centro di un lungo percorso, per la cui analisi si rimanda ai capitoli seguenti, che nel 2013⁶³ ha portato la Corte europea dei diritti dell'uomo ad affermare che una pena perpetua irriducibile costituisca un trattamento inumano quanto agli effetti de-socializzanti e de-umanizzanti⁶⁴. Proprio in quell'occasione è stata riconosciuta cittadinanza al c.d. *diritto alla speranza*, contenuto nell'articolo 3 qui in esame, da intendersi come elemento costitutivo della persona la quale, a prescindere dalle atrocità commesse, conserva la capacità di cambiare⁶⁵.

2.1.3. *L'articolo 5 CEDU (cenni)*

Rilevanza primaria è attribuita all'articolo 5 della Convenzione Europea, rubricato "Diritto alla libertà e alla sicurezza". Le previsioni ivi contenute mirano a tutelare la "regina delle libertà"⁶⁶, ossia la libertà della persona contro le misure coercitive arbitrarie. In questo senso la nozione di sicurezza assume una concezione accessoria e processuale, intesa come strumento per respingere qualsivoglia privazione arbitraria della libertà personale⁶⁷. La norma in esame prevede due diverse, ma collegate, tipologie di garanzia: nel primo paragrafo si prevedono i casi e i modi che legittimano una privazione della libertà, mentre in quelli seguenti si enumerano i diritti che debbono necessariamente essere riconosciuti a quanti siano stati ristretti di tale libertà.

Le ipotesi di cui al paragrafo 1 sono da intendersi come tassative e soggette ad interpretazione restrittiva da parte della Corte di Strasburgo; quelle di maggior importanza sono: la legittima detenzione in seguito a condanna da parte di un tribunale

⁶² Cfr. F. Fiorentin, *Diritto alla pena giusta* in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, 641-2.

⁶³ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, cit.

⁶⁴ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 2. Secondo l'A.: "Under this light, irreducible life sentence is akin to inhuman treatment in view of the dissocializing and therefore dehumanizing effects of long term imprisonment".

⁶⁵ Cfr. *Concurring opinion of Judge Power-Forde*, in Corte EDU, Grande Camera, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, cit.

⁶⁶ Cfr. G. SILVESTRI, *La dignità*, cit., 4.

⁶⁷ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Manuale*, cit., 159.

competente (*lett. a*), la custodia cautelare allorché vi sia il plausibile sospetto della commissione di un reato o si ritenga sussista il pericolo di commissione di un reato o il pericolo di fuga (*lett. c*) e, infine, la detenzione o l'arresto per impedire l'ingresso illegale nel territorio di un Paese o per dare esecuzione al procedimento di espulsione o di estradizione in corso (*lett. f*)⁶⁸. Ai paragrafi successivi sono invece elencate le garanzie di natura processuale. In particolare, il paragrafo 2 prevede il diritto della persona arrestata di essere informata al più presto circa i motivi dell'arresto e sull'accusa. Al paragrafo 3 è infine sancito il diritto di ogni persona arrestata o detenuta di essere tradotta davanti ad un giudice o ad un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie. Essa è una garanzia ricollegabile al principio dell'*habeas corpus*, il *great writ* (grande ordine) noto all'ordinamento inglese sin da epoca antecedente alla *Magna Charta* del 1215. È altresì previsto il diritto ad essere giudicati entro un termine ragionevole o il c.d. diritto al rilascio quando si eccedano i limiti di tale ragionevolezza⁶⁹. Negli ultimi due paragrafi sono, infine, riconosciuti il diritto al ricorso al tribunale e, nel caso di arresto o detenzione realizzati in violazione delle disposizioni dell'articolo qui in esame, il diritto alla riparazione.

2.2. *La Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulle regole penitenziarie del 2006*

Di grande importanza, nell'ambito di indagine che stiamo approfondendo, è la Raccomandazione sulle regole penitenziarie⁷⁰ adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006. Essa costituisce tappa fondamentale di un cammino dipanatosi a livello internazionale a partire dalle "Regole Minime Standard per il trattamento dei detenuti" confezionate nel 1955 e approvate due anni più tardi in seno al Consiglio Economico e Sociale. Le previsioni della Raccomandazione convergono verso l'obiettivo del rispetto assoluto della dignità e mirano ad umanizzare il trattamento sanzionatorio.

⁶⁸ Cfr. R.E. KOSTORIS, op. ult. cit., 160.

⁶⁹ Cfr. R.E. KOSTORIS, op. ult. cit., 162.

⁷⁰ Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee, disponibile in italiano in www.ec.europa.eu.

Ciò si può evincere chiaramente dalla lettura della Parte I che si apre elencando i principi fondamentali che debbono orientare l'ordinamento penitenziario. Dopo aver sancito, alla regola 1, il rispetto dei diritti umani di cui tutti i detenuti devono godere, la regola 2 proclama che "Le persone private della libertà conservano tutti i diritti che non sono tolti loro secondo la legge con la loro condanna o in conseguenza della loro custodia cautelare". Di particolare interesse, al fine di avere un trattamento punitivo che abbia al centro l'uomo, è la previsione di cui alla regola 3 che pretende che tutte le restrizioni imposte a chi si trovi ristretto nella propria libertà siano connotate dai criteri di stretta necessità e proporzionalità rispetto agli obiettivi legittimi per i quali sono state previste. Al fine di avere una condizione detentiva volta a restituire al consorzio umano un membro riabilitato, le regole 5 e 6 statuiscono di ridurre al minimo possibile le differenze tra la vita in carcere e gli aspetti positivi di quella fuori dalle mura e richiedono inoltre una gestione del sistema detentivo che faciliti il reinserimento nella società libera. La regola 4 infine erige un monito tassativo: "Le condizioni detentive che violano i diritti umani del detenuto non possono essere giustificate dalla mancanza di risorse". Da tali disposizioni emerge anche la consapevolezza che la tutela della dignità passa necessariamente attraverso il rispetto dei requisiti minimi di vivibilità all'interno del carcere. In particolare, nella Parte II, la regola 18, al punto 1, prescrive che locali di detenzione soddisfino "le esigenze di rispetto della dignità dell'uomo e, per quanto possibile, della vita privata" e che siano conformi alle condizioni minime di salubrità ed igiene. Degna di nota, nella Parte VIII, la regola 102 la quale sancisce che "il regime dei condannati deve essere concepito per permettere loro di condurre una vita responsabile ed esente dal reato" e impone, dato che "la privazione della libertà costituisce una punizione in sé", che il regime dei condannati non aggravi le sofferenze inerenti la detenzione.

2.3. *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, c.d. Carta di Nizza*

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), nota anche come Carta di Nizza in virtù della città ove fu adottata, è un documento che venne siglato il 7 dicembre del 2000. Concepita come fonte di *soft law*, priva dunque di valore cogente, era inizialmente destinata ad essere inclusa nel Trattato istitutivo di una Costituzione per

l'Europa del 2004⁷¹. Essa traspone in un testo positivo le elaborazioni raggiunte in via pretoria dalla Corte di giustizia andando a creare uno stretto collegamento tra i diritti riconosciuti dalla tale giurisprudenza e quelli riconosciuti in ambito CEDU⁷². A seguito della mancata entrata in vigore di quest'ultimo per l'opposizione di alcuni Stati membri, la Carta dei diritti fondamentali venne inglobata nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007. L'articolo 6, comma 1, del Trattato sull'Unione Europea proclama infatti il riconoscimento da parte dell'Unione dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti dalla Carta di Nizza la quale acquisisce lo stesso valore giuridico dei trattati⁷³.

Obiettivo di tale Carta era quello di riunire in un solo testo, “catalogandoli però in maniera originale in base ai valori riconosciuti come comuni”⁷⁴ ai popoli europei, i diritti e le libertà che erano stati nel corso del tempo riconosciuti da una pluralità di atti internazionali e dalla giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo. La Carta di Nizza è composta da 54 articoli, divisi in 7 capi, e preceduti da un Preambolo nel quale trova spazio il riconoscimento della necessità di rafforzare la tutela dei diritti umani e della dignità come valore fondamentale.

2.3.1. *La dignità nel Titolo I e l'articolo 19 CDFUE (cenni)*

Di particolare interesse nel Titolo I, dedicato proprio alla dignità, sono gli articoli 1, 2 e 4 CDFUE, ove, nei primi due, si proclama l'inviolabilità della dignità umana e del diritto alla vita e, nell'ultimo, la proibizione sia della tortura sia delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti. Sono, queste, disposizioni connotate da assolutezza, non passibili cioè di compressioni e di eccezioni alcune. L'articolo 4 riprende letteralmente l'articolo 3 della CEDU, di cui ha significato e portata identici⁷⁵.

Di grande importanza per il tema di indagine da noi svolto è altresì l'articolo 19, il quale, dopo aver vietato il ricorso alle espulsioni collettive, sancisce al comma 2 che “Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio

⁷¹ Il riferimento è al “Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa”, firmato a Roma in data 29/10/2004.

⁷² Cfr. R.E. KOSTORIS, *Manuale*, cit., 82 in cui l'A. parla di “scritturazione” dei diritti fondamentali.

⁷³ V. art. 6, comma 1, Trattato sull'UE (versione consolidata).

⁷⁴ Così A. Rinella in G. MORBIDELLI, *Diritto*, cit., 326.

⁷⁵ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Manuale*, cit., 165.

di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”. La disposizione si impone in tutta la sua maestosa efficacia allorché uno Stato membro dell’Unione Europea intenda allontanare, espellere o estradare un soggetto verso un Paese terzo nel quale non vengano rispettate le prescrizioni di cui ai summenzionati articoli 1, 2 e 4. Da questa norma si evince chiaramente come, in sede di redazione della Carta di Nizza, sia stata fatta una chiara scelta di priorità: il rispetto della dignità dell’uomo, nelle tre declinazioni richiamate nell’articolo 19, è anteposto sempre e comunque alla necessità, pur presente, di cooperazione giudiziaria con i governi extra-europei. Le garanzie poste dalla norma qui in esame sono di carattere assoluto (la disposizione parla infatti di *rischio*, seppur qualificato come *serio*) e di portata universale (l’articolo 19 usa il lemma “nessuno”, includendo tutti, senza distinzione tra cittadini europei o meno); ne consegue dunque che a nulla varrebbero le eventuali rassicurazioni, avanzate da parte dello Stato verso cui si intenda estradare, espellere o allontanare, di non ricorrere alla pena capitale, alla tortura o a trattamenti inumani o degradanti⁷⁶.

2.4. *La Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 9 dicembre 1948*

Il 10 dicembre 1948 veniva proclamata, da parte dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite a Parigi, la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo. Per la prima volta nella Storia, veniva approvato un documento che si rivolgeva a tutti ed a ciascuno e che riconosceva dei diritti in capo ad ogni essere umano in virtù del semplice fatto di esistere. Tale atto, in quanto dichiarazione di principi, non ha, formalmente, forza vincolante nei confronti dei Paesi membri dell’Organizzazione delle Nazioni Unite; tuttavia, però, si ritiene che quanto sancito nel Preambolo e nei 30 articoli di cui si compone la Dichiarazione possa essere considerato espressione di principi generali del diritto, vevoli, dal punto di vista sostanziale, per tutti i soggetti dell’ordinamento internazionale.

⁷⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Nessuno*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 51–4, per il divieto, in riferimento alla situazione italiana, di allontanamento e di estradizione passiva verso Paesi che contemplano la pena di morte. L’A. ritiene che l’art. 19 della Carta di Nizza risulti oggi irrobustito dalla previsione di cui all’articolo 27, comma 4, della Costituzione italiana.

2.4.1. *Il silenzio riguardo alla pena di morte*

Nel Documento qui in esame, non v'è alcuna disposizione che si riferisca esplicitamente alla pena di morte per proibirne o limitarne il ricorso. La dottrina ritiene però che a partire dall'articolo 3⁷⁷, il quale riconosce in capo ad ogni individuo il diritto alla vita, si possa scorgere la prospettiva abolizionista propria della Dichiarazione Universale⁷⁸. A conferma di questa convinzione vi sarebbe il fatto che nei lavori preparatori non si possa trovare “una sola parola spesa a favore della pena capitale”⁷⁹ poiché essa “non poteva essere giustificata né scientificamente né filosoficamente”⁸⁰.

2.4.2. *Il Preambolo alla Dichiarazione e l'articolo 1 Dich. Univ. (cenni)*

In uno scacchiere internazionale irreversibilmente segnato dalla Seconda Guerra Mondiale, la Dichiarazione universale vuole porsi come un punto di rottura con il passato. Il Preambolo si apre con il “riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali e inalienabili”, i quali costituiscono “il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo”. Si evince dunque che la dignità viene riconosciuta come valore fondante, al di sopra della sovranità dei singoli Stati⁸¹. È qui espresso un principio, che tornerà utile anche nel nostro campo di indagine, secondo cui “la migliore garanzia dei diritti umani è quella che previene la loro violazione”⁸². Nell'articolo 1⁸³ si esplicita chiaramente come la persona sia il fondamento dei diritti umani, i quali connotano tutti e ciascuno sin dalla nascita e per tutta la vita⁸⁴: essi non sono vengono posti o concessi dal legislatore internazionale, ma da questo solamente riconosciuti in quanto preesistenti.

⁷⁷ V. art. 3 Dich. Univ. secondo cui “Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona”.

⁷⁸ Cfr. C. GIUSTI, *La pena di morte nel diritto internazionale*.in win.agliincrociadeiventit.it.

⁷⁹ Cfr. W.A. SCHABAS, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 2° ed., Cambridge, 1997, 43 come riportato, tradotto, in C. GIUSTI, *La pena*, cit.

⁸⁰ Cfr. W.A. SCHABAS, op. ult. cit., 43.

⁸¹ Cfr. A. PAPISCA, *La Dichiarazione Universale dei diritti umani commentata dal Prof. Antonio Papisca*, in www.unipd-centrodirittiumani.it, sub Preambolo.

⁸² Cfr. A. PAPISCA, op. ult. cit., sub Preambolo.

⁸³ V. Art. 1 Dich. Univ. il quale proclama che “Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza”.

⁸⁴ Cfr. A. PAPISCA, *La Dichiarazione*, cit., sub Articolo 1. A tale documento si rimanda anche per un'analisi inerente la Dichiarazione adottata il 9 dicembre 1998 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e nota come *Magna Charta dei difensori dei diritti umani*.

2.4.3. *L'articolo 3 e l'articolo 5 Dich. Univ. (cenni)*

L'articolo 3 sancisce in forma perentoria che "Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona". Tale disposizione contiene quella che la dottrina chiama norma "della radice"⁸⁵, perché esprime la triade vitale indissociabile: vita, libertà e sicurezza. Le ragioni della sicurezza non possono offuscare la tutela profonda della vita e della libertà⁸⁶, ne deriva dunque che, anche qualora una privazione della libertà nello stato detentivo si ponga come necessaria, non sarà mai giustificabile la violazione dei diritti fondamentali.

L'articolo 5⁸⁷ proibisce la tortura e i trattamenti e le punizioni crudeli, inumani o degradanti. Tale disposizione, che non ammette deroghe neppure in stato di necessità, è volta a tutelare anche e soprattutto le persone che si trovino in stato di reclusione: traccia infatti un confine invalicabile tra i trattamenti sanzionatori legittimamente comminabili e quelli che debbono essere categoricamente respinti in quanto crudeli, inumani o degradanti.

2.5. *La Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti. L'articolo 1 Conv. Tort. (cenni)*

Un rapidissimo cenno merita di essere fatto anche alla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 10 dicembre 1984 ed in vigore dal 27 giugno 1987. In Italia l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione si sono avuti ad opera della legge 3 novembre 1988, n. 489 e la Convenzione è divenuta efficace dall'11 febbraio dell'anno seguente. Essa concretizza il divieto assoluto e categorico della tortura, impegnando gli Stati contraenti ad adottare i necessari provvedimenti, ed istituisce un sistema di controllo internazionale il cui perno è da ravvisare nel Comitato contro la tortura (o, con l'acronimo inglese, CAT) cui gli Stati debbono rendere conto, con cadenza quadriennale, delle misure da loro intraprese per garantire il rispetto di quanto sancito dalla Convenzione⁸⁸. Particolarmente

⁸⁵ Cfr. A. PAPISCA, op. ult. cit., *sub* Articolo 3.

⁸⁶ In questo senso, cfr. A. PAPISCA, op. ult. cit., *sub* Articolo 3.

⁸⁷ L'art. 5 Dich. Univ. recita che "Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizioni crudeli, inumani o degradanti".

⁸⁸ Cfr. ACAT ITALIA, *Convenzione dell'ONU contro la tortura*, in www.acatitalia.it.

interessante è la definizione di *tortura* offerta dall'articolo 1, comma 1, secondo cui essa indica “qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito”. Degna di nota è la clausola di salvaguardia contenuta nell'ultima proposizione del comma qui citato secondo cui non la nozione di tortura non si estende “al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate”. Tale clausola non si rinviene invece nei summenzionati articoli 3 della CEDU e 4 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea a cui – per il resto – si deve riconoscere portata analoga nel vietare la tortura e le pene e trattamenti inumani o degradanti⁸⁹.

3. *L'ergastolo nella normativa della Corte Penale Internazionale*

Come la più attenta dottrina non ha mancato di rilevare, la sempre maggior frequenza con cui, in diverse parti del mondo, vengono perpetrati atti in dispregio dei diritti umani pare dover indurre alla “massima cautela nel ritenere, in simili frangenti, *ex abrupto* inapplicabile la pena dell'ergastolo”⁹⁰. È possibile rinvenire una esplicita conferma di ciò proprio nell'istituzione della Corte Penale Internazionale, tribunale permanente avente sede a L'Aia e competente a giudicare per i casi di genocidio, di aggressione, di crimini di guerra e di altri crimini contro l'umanità⁹¹.

Dallo Statuto della Corte, firmato a Roma il 17 luglio 1998, si evince che sono ivi previste due tipologie di pene: la reclusione e l'ergastolo. Non è invece menzionata la pena di

⁸⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 128.

⁹⁰ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 5.

⁹¹ Si rimanda a D. GALLIANI, *Riflessioni costituzionalistiche sull'ergastolo entro le maglie dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2015, 2 per l'interessante similitudine tra la giustizia penale internazionale e la testa di Giano. In particolare l'A. indaga la giustapposizione tra la concezione “forte” del diritto penale e quella “debole”.

morte, la quale, a prescindere dalla particolare gravità dei crimini internazionali, non trova spazio alcuno nell'ordinamento della Corte Penale Internazionale⁹². È questo un traguardo significativo, condiviso anche con gli statuti dei Tribunali penali internazionali istituiti appositamente per i crimini di guerra commessi in ex-Jugoslavia⁹³ e in Ruanda⁹⁴, che segna un evidente punto di rottura rispetto alle precedenti esperienze di Norimberga (1945) e Tokyo (1946); difatti gli statuti di entrambi i Tribunali post-bellici citati prevedevano la pena capitale, alla quale si fece ricorso in concreto⁹⁵.

Esclusa le pena di morte dall'alveo della Corte Penale Internazionale, bisogna evidenziare che non vi è neppure stata una decisa accoglienza dell'ergastolo⁹⁶. Esso è sì contemplato, ma la pena ordinariamente prevista è quella detentiva a tempo determinato la quale potrà estendersi fino a un massimo di 30 anni⁹⁷. L'eccezionalità della pena perpetua è rivelata dalle condizioni imposte affinché essa possa essere comminata: l'articolo 77 dello Statuto sancisce infatti che si possa irrogare l'ergastolo solo "se giustificato dall'estrema gravità del crimine e dalla situazione personale del condannato"⁹⁸ fatto salvo quanto previsto all'articolo 110. Quest'ultimo, al comma 3, impone alla Corte, allorché il colpevole abbia

⁹² La dottrina ipotizza che la ripetizione, all'articolo 1 e all'articolo 80 dello Statuto, del principio generale di complementarità possa essere letta come una sorta di ricompensa concessa ai Paesi mantenitori della pena capitale, i quali rimangono liberi di prevederla nel loro ordinamento interno. Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 4.

⁹³ Cfr. lo Statuto del Tribunale internazionale per giudicare le persone responsabili per gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel Territorio dell'ex-Jugoslavia dal 1991, adottato dalla risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite 827 (1993) del 25 maggio 1993, disponibile in unipd-centrodirittiumani.it.

⁹⁴ Cfr. lo Statuto del Tribunale penale internazionale per giudicare le persone responsabili del genocidio e delle altre gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commessi nel Territorio del Ruanda e i cittadini ruandesi responsabili del genocidio e di simili violazioni commesse nel Territorio degli Stati confinanti, tra il 1 gennaio 1994 e il 31 gennaio 1994, adottato dalla risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite 955 (1994) dell'8 novembre 1994, disponibile in unipd-centrodirittiumani.it.

⁹⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *Nessuno*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 55. Per comprendere il decisivo cambio di passo rappresentato dalla Corte Penale Internazionale può essere utile ricordare che, delle 19 condanne emesse durante il processo di Norimberga, 12 erano capitali.

⁹⁶ In questo senso D. GALLIANI, *Riflessioni*, cit., 4.

⁹⁷ Art. 77 Statuto CPI: "1. Fatto salvo l'articolo 110, la Corte può pronunciare contro una persona dichiarata colpevole dei reati di cui all'articolo 5 del presente Statuto, una delle seguenti pene: a) reclusione per un periodo di tempo determinato non superiore nel massimo a 30 anni; b) ergastolo, se giustificato dall'estrema gravità del crimine e dalla situazione personale del condannato. 2. Alla pena della reclusione la Corte può aggiungere: a) un'ammenda fissata secondo i criteri previsti dalle Regole Procedurali e di Ammissibilità delle Prove. b) la confisca di profitti, beni ed averi ricavati direttamente o indirettamente dal crimine, fatti salvi i diritti di terzi in buona fede".

⁹⁸ In inglese: "when justified by the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person".

scontato i due terzi della pena o 25 anni di reclusione nel caso di condanna all'ergastolo, di riesaminare la sanzione pronunciata per valutare se debba essere ridotta⁹⁹. Un'ulteriore conferma si può ricavare dall'articolo 78¹⁰⁰, il cui comma 3 prevede che, anche nel caso in cui una persona sia riconosciuta colpevole di più reati, la pena massima non possa eccedere quanto previsto all'articolo precedente. Ne consegue che, finanche dinanzi al concorso di reati, si rifugge ogni automatismo e, pertanto, l'ergastolo può essere comminato solo qualora siano soddisfatte le condizioni oggettive e soggettive indicate all'articolo 77, paragrafo 1, lettera b).

Da qui si evince l'adesione, fatta in sede di redazione dello Statuto, del c.d. *Totally Principle* secondo cui la Corte non deve attenersi ad una somma aritmetica delle pene previste per la pluralità degli illeciti commessi, ma deve valutare il comportamento dell'imputato così come si è palesato nel complesso unitario delle differenti violazioni¹⁰¹. Emerge dunque come lo Statuto della Corte ammetta, per altro solo in via eccezionale e residuale, un solo tipo di ergastolo: quello che ammette la *review* dopo 25 anni, cioè un ergastolo *de jure* e *de facto* riducibile. Per la prima volta in un documento internazionale giuridicamente vincolante, si bandisce statutariamente la pena perpetua senza possibilità di condizionale. Benché al momento non si possa ritenere che il divieto di *Life Without Parole* costituisca un principio generale del diritto, essendo lo Statuto della Corte Penale Internazionale stato ratificato da solo 123 Paesi, non si può negare come questo costituisca un chiaro indicatore di direzione per orientare i prossimi passi della giustizia penale internazionale.

⁹⁹ Art. 110, comma 3, Statuto CPI: "Se la persona ha scontato i due terzi della pena, o venticinque anni di reclusione nel caso di una condanna all'ergastolo, la Corte riesamina la pena per decidere se sia il caso di ridurla. La Corte non procede a questo riesame prima di detto termine".

¹⁰⁰ Art. 78 Statuto CPI: "1. Nel determinare la pena, la Corte tiene conto, secondo le Regole Procedurali e di ammissibilità delle Prove di elementi quali la gravità del reato e la situazione personale del condannato. 2. Nel pronunciare una pena di reclusione, la Corte detrae il tempo trascorso, su suo ordine, in detenzione. La Corte può inoltre detrarre ogni altro periodo trascorso in detenzione per condotte collegate al crimine. 3. Se una persona è riconosciuta colpevole di più reati la Corte quantifica sia la pena per ciascun reato che quella cumulativa, specificando la durata totale dell'imprigionamento. Tale durata non può essere inferiore a quella della pena più alta applicata per un singolo crimine e non può superare i 30 anni di reclusione o l'ergastolo previsto all'articolo 77, paragrafo 1, capoverso b)".

¹⁰¹ Cfr. D. GALLIANI, *Riflessioni*, cit., 7.

La dottrina¹⁰² però scorge un possibile punto problematico nella *Rule 223* delle Regole di procedura e di prova, la quale rischia di rendere l'ergastolo, di cui lo Statuto proclama la possibilità di revisione, *de facto* non più riducibile.

In tale disposizione sono infatti indicati i criteri cui attenersi in sede di riduzione della sentenza. Oltre a quanto indicato alle lettere *a)* e *b)* del quarto paragrafo dell'articolo 110 dello Statuto – e cioè la disponibilità del condannato a collaborare con la Corte e il suo impegno per facilitare in altri casi l'esecuzione di decisioni e ordinanze – i tre giudici della *Appeals Chamber* devono tenere in considerazione altri cinque parametri. Accanto alla condotta della persona durante lo stato detentivo da cui si deduca una genuina dissociazione dai crimini commessi (*lett. a*), alle sue condizioni personali (*lett. e*), alla prospettiva di risocializzazione e reinserimento nel consorzio sociale¹⁰³ (*lett. b*), si richiede altresì una valutazione prognostica circa la possibile instabilità sociale che possa derivare dalla liberazione anticipata (*lett. c*) e soprattutto si prevede che si debba valutare ogni azione significativa che il reo abbia compiuto a favore delle vittime e ogni conseguenza che su di esse avrebbe un rilascio anzi tempo del detenuto (*lett. d*). Gli ultimi due criteri citati manifestano tutta la loro problematicità in quanto, proprio per la gravità dei crimini riservati alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale, è difficile immaginare casi in cui la liberazione anticipata di un condannato a pena perpetua possa non avere impatto alcuno sulle vittime e i loro parenti. (*'any impact on the victims and their families'*). Il rischio è quello di incorrere in una fattispecie di ergastolo che sia solo *de jure*, ma non anche *de facto*, riducibile¹⁰⁴.

3.1. *La non promettente prima attuazione italiana (cenni)*

La Repubblica italiana è stata il quarto paese al Mondo, ed il primo a livello europeo, ad aver ratificato lo Statuto della Corte Penale Internazionale. Ciò fu fatto ad opera della legge 20 dicembre 2012, n. 237, il cui articolo 17 ha destato molte perplessità in quanto ha sancito che il Ministro della Giustizia possa disporre l'applicazione del regime di cui

¹⁰² Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 12–5.

¹⁰³ In inglese è usato il termine, di difficile traduzione, *'resettlement'*.

¹⁰⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Riflessioni*, cit., 15. Secondo l'A. "la Corte, dopo 25 anni, potrà sempre *de jure* scarcerare anticipatamente un condannato, ma *de facto* risulterà arduo provare che non ci sia un impatto negativo tra le numerose vittime del reato e soprattutto tra i loro parenti".

all'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario anche nei confronti di chi sia stato condannato di fronte al tribunale permanente avente sede a L'Aia e debba scontare la pena in Italia. Tale disposizione è stata duramente criticata in quanto non terrebbe in debito conto le peculiarità del c.d. carcere duro¹⁰⁵, la cui vigenza sarebbe giustificata da una logica (non condivisa con la normativa della Corte Penale Internazionale) volta ad incentivare la collaborazione con la giustizia italiana¹⁰⁶.

4. *Uno sguardo all'estero (cenni)*

Nella convinzione di vivere in un mondo globalizzato nel quale la tecnologia e la velocità dei mezzi di trasporto hanno accorciato le distanze geografiche, crediamo che ogni scelta di lungo termine (anche se in ipotesi ritenuta costituzionalmente necessaria) debba essere maturata dopo aver valutato anche la situazione esistente negli altri Paesi: riteniamo perciò opportuno spendere alcune considerazioni, inevitabilmente incomplete e sommarie, su due sistemi fra loro fortemente divergenti, la Norvegia e gli Stati Uniti d'America.

4.1. *Il modello del Regno di Norvegia*

Nel Regno norvegese la pena capitale per i civili è stata abolita nel 1902, mentre l'ergastolo è stato eliminato nel 1981¹⁰⁷. Attualmente, dunque, la sanzione massima che un'autorità giudiziaria può comminare è la reclusione a ventuno anni, anche se, come è stato notato, una pena 'indefinita' risulta – seppur rara¹⁰⁸ – comunque possibile: difatti “il fine pena può essere posticipato [di cinque anni in cinque anni¹⁰⁹] senza alcun limite dall'amministrazione penitenziaria centrale, qualora il detenuto mantenga un elevato livello di pericolosità”¹¹⁰ sociale; a ben vedere, infatti, è vero che l'ergastolo non è

¹⁰⁵ Per la cui trattazione vedi *infra*.

¹⁰⁶ In questo senso, D. GALLIANI, op. ult. cit., 9.

¹⁰⁷ Cfr. A. FIORELLO, *Halden, un'altra idea del carcere*, in www.ilpost.it.

¹⁰⁸ Cfr. M. SARTI, *Anders, il killer norvegese, farà al massimo 21 anni di carcere*, in www.linkiesta.it, ove si riporta l'opinione dell'Ambasciata italiana di Oslo secondo la quale, questo “è un sistema che viene utilizzato molto raramente”.

¹⁰⁹ Cfr. A. CICCONE, *La strage, il massimo della pena e la Norvegia, una civiltà dell'altro mondo*, in www.valigiablu.it.

¹¹⁰ Cfr. G. CAPUTO, *Report viaggio studio in Norvegia 9-12 novembre 2015 per il Tavolo 8 SGEP*, in www.giustizia.it, 2.

contemplato tra le sanzioni edittalmente previste dal codice penale, ma è altrettanto vero che esso risulta realizzabile “per via meramente amministrativa”¹¹¹; si condivide allora l’osservazione secondo la quale “Nel regime legislativo, in Norvegia non vi è alcuna previsione inerente la pena perpetua [...]. Tuttavia, allorché si esamini con maggior attenzione il sistema normativo, diviene evidente che la Norvegia fa uso di una detenzione preventiva di seconda traccia, disposta a seguito della sentenza di condanna, nella forma del *fovaring*, istituto che consente di mantenere in stato detentivo per un tempo indefinito individui che abbiano espiato la totalità della pena loro inflitta ma che siano ancora considerati pericolosi”¹¹². Da quel che risulta, il sistema norvegese fa un ampio utilizzo delle misure alternative alla detenzione¹¹³, le quali possono essere applicate direttamente – senza necessità di un previo periodo trascorso in carcere – dal *Norwegian Correctional Service*. Anche qualora non si possa optare per un’esecuzione extramuraria della pena, il regime penitenziario appare basato sulla convinzione che “per ridurre la criminalità non basta chiudere a chiave i criminali in una stanza, ma bisogna educarli e aiutarli con i fatti a reintegrarsi nella società”¹¹⁴; difatti è stato evidenziato che anche negli istituti di massima sicurezza vi è una grande attenzione alla qualità della vita dei detenuti e si cerca di ricreare “un ambiente quanto meno alienante possibile, che riproduca villaggi, comunità e il senso della quotidianità in famiglia”¹¹⁵. In particolare, si noti che, nonostante i problemi di sovraffollamento carcerario presenti anche in Norvegia, ad ogni detenuto è riconosciuto il diritto a soggiornare in una cella singola e che il sistema è informato al principio di copertura carceraria: “non [si] può ospitare neanche un detenuto

¹¹¹ Cfr. G. CAPUTO, op. ult. cit., 2.

¹¹² Cfr. D. VAN ZYL SMIT – C. APPLETON – G. BENFORD, *Introduction*, in D. VAN ZYL SMIT, C. APPLETON (a cura di), *Life imprisonment and Human Rights*, 1° ed. dig Bloomsbury, 2016, § F; traduzione nostra; letteralmente: “In law, notoriously Norway does not have any provision for life imprisonment [...] However, when the legal regime is examined more closely, it becomes clear that Norway does make use of a second-track, post-sentence preventive detention in the form of *fovaring*, which allows it to detain indefinitely individuals who have served their full sentences if they continue to be considered dangerous”.

¹¹³ Questa è l’opinione di Marianne Vollan, Direttore Generale del *Directorate of the Norwegian Correctional Service*, riportata in G. COLOMBO, *Stati generali dell’esecuzione penale. Viaggio in Norvegia 9-12 novembre 2011 [sic!]. Aspetti rilevanti per il Tavolo 12 e alcune osservazioni generali*, in www.giustizia.it, 1.

¹¹⁴ Questa l’opinione di Knut Stroberget, Ministro della Giustizia norvegese dal 2005 al 2011, come riportata in A. LAUDATI, *L’efficacia del sistema penitenziario norvegese. Un ottimo esempio per l’Italia e non solo*, in www.serviziocivilemagazine.it.

¹¹⁵ Cfr. A. LAUDATI, op. ult. cit.

di più di quelli che [si] è in grado di collocare nelle celle singole”¹¹⁶. Nel complesso, i principi ispiratori del diritto dell’esecuzione penale parrebbero orientati dalla consapevolezza che “la punizione di un carcerato consiste nell’essere in carcere e non nel perdere i suoi diritti di cittadino”¹¹⁷; anche se questo non è ciò che sempre avviene nella concreta realtà dei fatti¹¹⁸, bisogna riconoscere che, in Norvegia, sono stati intrapresi notevoli (e lodevoli) progetti per realizzare un sistema sanzionatorio che funzioni, e un cambiamento che duri¹¹⁹, il riferimento è precipuamente al carcere di Bastøey¹²⁰ e a quello di massima sicurezza di Halden¹²¹.

Non si ignora che non sarebbe possibile importare *ex abrupto* il modello norvegese in Italia: le differenze sono molte e notevoli, e riguardano il tasso di criminalità¹²², la percezione di un’esigenza securitaria della popolazione e la sostenibilità economica, almeno nel breve periodo¹²³; ma si ritiene che, posto quanto sancisce l’articolo 27, comma 3, della nostra Costituzione, non si possa ignorare *in toto* il sistema adottato in Norvegia, il quale, complessivamente, parrebbe funzionare: la recidiva si aggira attorno al 20% dopo due anni dalla cessazione della pena, mentre sale al 35% dopo quattro anni¹²⁴; numeri ben distanti, come si vedrà, da quelli italiani.

¹¹⁶ G. CAPUTO, *Report*, cit., 1 ss., cui si rimanda per una breve analisi delle soluzioni adottate dal Governo norvegese: la *waiting list* e la scelta di affittare delle prigioni nei Paesi Bassi.

¹¹⁷ Questa l’opinione di A. Sottero, in A. LAUDATI, *L’efficacia*, cit. Interessante ricordare l’opinione di Jens Stontelberg, all’epoca Primo Ministro norvegese, il quale, ai funerali di Stato all’indomani dell’attentato del 2011 nel quale Anders Breivik uccise settantasette persone, ebbe a dire “La nostra risposta sarà più libertà e più democrazia. Ma questo non vuol dire più ingenuità”: cfr. F. COSTA, *Il modello norvegese*, in www.francescocosta.net.

¹¹⁸ Cfr. G. COLOMBO, *Stati generali*, cit., 2, per l’analisi critica circa la non applicazione nella prassi dei principi ispiratori, soprattutto in riferimento alla prigione di Oslo ed ai relativi problemi di suicidi tra detenuti.

¹¹⁹ Il riferimento è alla frase “*punishment that works, change the lasts*” in G. CAPUTO, *Report*, cit., 3.

¹²⁰ Per un approfondimento al riguardo si rinvia a C. SASSO, *Lavoro, villetta e aria aperta: ecco il carcere alla norvegese*, in www.repubblica.it.

¹²¹ Per un approfondimento al riguardo si rinvia a A. FIORELLO, *Halden*, cit.; a J. BENKO, *The Radical Humaneness of Norway’s Halden Prison*, in www.nytimes.com e a L. COTZA, *La prigione più umana del mondo*, in www.tpi.it.

¹²² Sul punto, cfr. A. LAUDATI, *L’efficacia*, cit.

¹²³ Cfr. A. LAUDATI, op. ult. cit., secondo cui è “dimostrato (non solo in Norvegia) che gli investimenti nella rieducazione dei carcerati producono externalità positive, valutabili anche in un risparmio monetario sul lungo periodo, varrebbe la pena impegnarsi a rivedere l’intero sistema giudiziario, più che servirsi di “escamotage” inutili e potenzialmente dannosi come l’ultimo indulto”.

¹²⁴ Cfr. G. COLOMBO, *Stati generali*, cit., 2.

4.2. *Il modello degli Stati Uniti d'America*

Nella repubblica federale statunitense sono solo quindici Stati su cinquanta ad aver rifiutato la pena di morte, ma, come è stato evidenziato¹²⁵, anche ove questa permanga, un ruolo decisivo è giocato dai precetti imposti in materia dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America: la sanzione capitale è stata dichiarata incostituzionale nel 1988 nei confronti dei soggetti infrasedicenni¹²⁶, nel 2002 nei confronti delle persone con dei ritardi mentali¹²⁷, nel 2005 nei confronti degli infradiciottenni¹²⁸ e infine nel 2008 nei casi di violenza sessuale da cui non derivi la morte¹²⁹. Nella sentenza *Glossip c. Gross*, emessa il 29 giugno 2015¹³⁰, la Corte Suprema ha sentenziato, con cinque voti favorevoli e quattro contrari, che le iniezioni letali di Midazolam¹³¹ non costituiscono dei “*cruel and unusual punishments*”¹³² vietati dall’ottavo emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti; si è trattata di una decisione in un certo senso prevedibile¹³³: la Corte non poteva ignorare che, dei trentacinque Stati mantenitori della pena capitale, in venti l’unico metodo per cagionare la morte per pena è l’iniezione, mentre negli altri quindici sono previste delle alternative a questa, quali ad esempio la sedia elettrica¹³⁴ o la camera a gas¹³⁵. Per quanto concerne l’ergastolo, invece, esso è ampiamente noto al sistema americano: nell’ambito di una popolazione carceraria composta, nel 2015, pressappoco

¹²⁵ Cfr., *ex multis*, D. GALLIANI, *Riflessioni*, cit., 3, secondo il quale l’elenco degli Stati americani abolizionisti è, probabilmente, destinato a crescere nel prossimo futuro.

¹²⁶ Cfr. SCOTUS, sent. *Thompson vs. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988), in www.supreme.justia.com.

¹²⁷ Cfr. SCOTUS, sent. *Atkins vs. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), in www.supreme.justia.com.

¹²⁸ Cfr. SCOTUS, sent. *Roper vs. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), in www.supreme.justia.com.

¹²⁹ Cfr. SCOTUS, sent. *Kennedy vs. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008), in www.supreme.justia.com.

¹³⁰ Cfr. SCOTUS, sent. *Glossip vs. Gross*, 576 U.S. (2015), in www.supreme.justia.com.

¹³¹ Esso è un potente farmaco sedativo ad azione immediata.

¹³² Cfr. 8° emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d’America secondo cui “*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*” (la cui traduzione in lingua italiana è la seguente: “Non si dovranno esigere cauzioni eccessivamente onerose, né imporre ammende altrettanto onerose, né infliggere pene crudeli e inconsuete”).

¹³³ Cfr., sul punto, D. GALLIANI, *Riflessioni*, cit., 3-4; cfr. op. ult. cit., 11, nt. 33 ove l’A. ragiona circa la decisione *Ernest Dewayne Jones vs. Kevin Chappell*, (cv 09-02158-cjc) pronunciata dalla U.S. District Court for the Central District of California il 16 luglio 2014 (disponibile in graphics8.nytimes.com) la quale dichiara l’incostituzionalità della pena capitale in California ritendendo che i lasciare un condannato in attesa di esecuzione per più di 20 anni costituisca un trattamento crudele ed inconsueto, in quanto tale inammissibile.

¹³⁴ Ad esempio in Florida.

¹³⁵ Ad esempio nel Wyoming.

da 2'300'000 persone, gli individui condannati alla pena perpetua si aggiravano attorno a 130'000, di cui quasi il 25% (pari a circa 30'000 detenuti) senza possibilità di liberazione condizionale¹³⁶. Si noti che per coloro i quali siano stati condannati al *whole life imprisonment without parole*, la sola "possibilità che l'ordinamento ammette è la concessione della grazia (*pardon*) e della commutazione (*commutation*) da parte dei Governatori"¹³⁷ dei singoli Stati o dal Presidente degli Stati Uniti a seconda che si tratti di reati sanzionati dai singoli ordinamenti nazionali oppure a livello federale. Anche in relazione alla pena senza fine, un ruolo di prim'ordine è giocato dalla Corte Suprema: nel 2010, con la sentenza *Graham c. Florida*¹³⁸, è stata dichiarata, sei voti contro tre, l'incostituzionalità dell'ergastolo senza condizionale allorché applicato ad infradiciottenni per casi diversi dall'omicidio poiché "si trattava di una pena che non lasciava alcuna speranza"¹³⁹; mentre nel 2012, con la sentenza *Miller c. Alabama*¹⁴⁰, l'incompatibilità con la Costituzione americana è stata ravvisata, sempre a riguardo dei minori di diciotto anni, in riferimento al *mandatory life without parole*¹⁴¹.

Nel 2013 la Corte Suprema della Florida ha implementato quanto affermato dalla Corte Suprema federale nel caso *Graham* e, nella sentenza *Horsley Jr. v. State of Florida*¹⁴², ha esplicitato che ciò che si deve garantire ai soggetti infradiciottenni è una opportunità *realistica* di ottenere il rilascio, la quale deve quindi porsi sin dal momento della condanna come una prospettiva possibile per il detenuto¹⁴³. Si deve infine ricordare che una

¹³⁶ Questi i dati riportati in D. GALLIANI, *Riflessioni*, cit., 5 ove l'A. nota come la Cina, pur avendo una popolazione complessiva quadrupla rispetto a quella statunitense, abbia un numero inferiore di detenuti. Per alcune somiglianze tra il sistema federale statunitense e l'ergastolo ostativo italiano, cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 973, nt. 14.

¹³⁷ Cfr. D. GALLIANI, *Riflessioni*, cit., 5.

¹³⁸ Cfr. SCOTUS, sent. *Graham vs. Florida*, 560 U.S. 48 (2010), in www.supreme.justia.com.

¹³⁹ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 979, ove l'A. ragiona circa i possibili punti di contatto tra questa sentenza e quella, che tratteremo nel capitolo a seguente, della Grande Camera della Corte EDU *Hutchinson c. Regno Unito*. Cfr. sul punto anche D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 3, ove emerge che la dichiarazione d'incostituzionalità ha, nel caso di specie, anche effetto retroattivo.

¹⁴⁰ Cfr. SCOTUS, sent. *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012), in www.supreme.justia.com.

¹⁴¹ Cfr. D. GALLIANI, *Riflessioni*, cit., 11 e J. ROVNER, *Juvenile Life Without Parole: An Overview*, in www.sentencingproject.org. Cfr. sul punto anche D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 3, ove emerge che la dichiarazione d'incostituzionalità ha, nel caso di specie, anche effetto retroattivo.

¹⁴² Cfr. Supreme Court of the State of Florida, sent. *Horsley Jr. v. State of Florida*, 5D12-138 (2013), in caselaw.findlaw.com.

¹⁴³ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 979.

sostanziale modifica del regime dell'isolamento nelle carceri federali è stata realizzata dall'allora presidente degli Stati Uniti, Barack Obama, il quale lo ha soppresso in riferimento ai minorenni ed ha disposto che si possa fare riferimento ad esse solo per fini diversi da quelli disciplinari e, comunque, per un periodo massimo di due mesi, prorogabili; (si ricordi che in precedenza il tetto era invece di un anno, prorogabile)¹⁴⁴.

È stato detto che, anche nel sistema americano, “il *Life Without Parole* [...] inizia ad accusare i primi «cedimenti»”¹⁴⁵: certamente alcuni progressi sono stati fatti, ma è indubbio che vi è ancora molto da fare in un modello che ha dei tassi di recidiva vicini al 60%¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 5 e REDAZIONE AMERICA24, *Obama vieta l'isolamento nelle carceri federali per i giovani*, in www.america24.com.

¹⁴⁵ Cfr. D. GALLIANI, *Riflessioni*, cit., 11.

¹⁴⁶ Questi i dati, al 2010, riportati in A. LAUDATI, *L'efficacia*, cit.

CAPITOLO III

LE FINALITÀ DELLA PENA DETENTIVA

SOMMARIO: 1. *Introduzione al problema.* – 2. *Le finalità della pena.* – 2.1. *Nella Costituzione della Repubblica italiana.* – 2.2. *Nella giurisprudenza costituzionale.* – 2.2.1. *La teoria polifunzionale della pena.* – 2.2.2. *Le sentenze della Corte costituzionale n. 204 e n. 264 del 1974: una prima apertura all'ideale rieducativo.* – 2.2.3. *La sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 1989: una maggior apertura all'ideale rieducativo.* – 2.2.4. *La sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 1990: il superamento della concezione polifunzionale e la valorizzazione della finalità rieducativa.* – 2.2.5. *L'approccio attuale.* – 2.3. *Nelle Carte europee e nello Statuto della Corte Penale Internazionale (cenni).* – 2.4. *Nella giurisprudenza della Corte EDU.*

1. Introduzione al problema

Il sistema delle pene, nonostante il variegato catalogo di cui agli articoli 17 – 19 del codice penale, si dipana in un contesto ove l'assoluta centralità spetta alla pena detentiva temporanea, “perno dell'intero apparato”¹ che rivela la volontà del legislatore codicistico di riservare un ruolo di prim'ordine alla funzione di prevenzione generale².

L'opzione fatta in sede di redazione del codice subisce però una profonda influenza ad opera dei principi consacrati nella Carta costituzionale della Repubblica italiana; essa riconosce alla libertà personale un valore preminente e proclama, come unico scopo esplicitamente previsto della pena³, il finalismo rieducativo.

¹ Cfr. M. RONCO, *Personae*, cit., 272.

² Cfr. M. RONCO, op. ult. cit., 272, nt. 5, per la Relazione del Guardasigilli al Re, secondo cui “Delle varie funzioni che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio”.

³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 2.

Si comprende dunque perché la pena detentiva venga considerata un’“arma a doppio taglio”⁴: una sanzione che, per impedire l’aggressione dei beni giuridici della comunità, aggredisce beni di carattere primario del destinatario della stessa⁵.

L’affermarsi di tale sanzione come modello prevalente di punizione è stato accompagnato da un maggior interesse critico circa le finalità della pena ed ha portato ad indagare in profondità i *contenuti* della rieducazione menzionata dalla Costituzione⁶. Difatti mentre le pene di natura corporale e quelle capitali hanno un carattere istantaneo marcatamente retributivo, poiché “Quando il reo è punito, giustizia è fatta”⁷, la pena detentiva (temporanea o perpetua) presenta un problema *di tempo* perché “Il carcerato [...] è presente. Il suo tempo è disponibile, e questo tempo è vuoto. Coloro i quali lo tengono in custodia devono con e in questo tempo intraprendere qualche cosa di ragionevole”⁸.

La necessità di legittimare tale strumento punitivo impone dunque di ritornare sul dibattito inerente lo scopo della sanzione, la sua giustificazione, il fine emendativo e le vie per raggiungerlo.

In questa rinnovata cornice teorica di riferimento, si pone altresì la disputa inerente l’ergastolo: pena detentiva perpetua sospettata di incompatibilità con il contesto costituzionale. Le critiche più rilevanti, su cui si tornerà, riguardano la pretesa frizione con il principio proclamato all’articolo 27, comma 3, della Carta fondamentale ed il suo carattere di pena fissa che si porrebbe come ostacolo alla necessità di individualizzazione della pena.

⁴ Espressione usata da Listz in ‘Teoria dello scopo nel diritto penale’ e riportata in A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 27-28*, cit., 223.

⁵ Cfr. A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, op. ult. cit., 223.

⁶ Cfr. A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, op. ult. cit., 275.

⁷ Così W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, p. 266, citato in A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 27-28*, cit., 276.

⁸ Cfr. W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, p. 266, citato in A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 27-28*, cit., 276.

2. *Le finalità della pena*

2.1. *Nella Costituzione della Repubblica italiana*

Come la dottrina non ha mancato di evidenziare, risulta oramai pacifica la natura costituzionale del problema inerente la finalità della pena, e ciò a prescindere dalla presenza o meno nel Testo fondamentale di una disposizione al riguardo⁹.

Per quanto concerne la Repubblica italiana, già in Assemblea Costituente si sviluppò un vivace dibattito inerente la finalità della pena, il quale finì per polarizzarsi attorno a due posizioni antagoniste. Da un lato vi era l'opinione portata avanti dagli onn. Umberto Nobile e Umberto Elia Terracini secondo cui la rieducazione del condannato era da intendersi come il fine precipuo a cui la pena dovesse mirare, d'altro lato invece il pensiero espresso dall'on. Paolo Rossi secondo cui quello rieducativo era solo uno tra i più scopi attribuiti alla pena, a cui si doveva tendere "in quanto possibile"¹⁰.

Il divieto di trattamenti inumani ed il finalismo rieducativo divengono il fondamento principe del sistema sanzionatorio accolto dalla Costituzione, senza distinzione tra reati o tra condannati e indipendentemente dalla teoria, retributiva o rieducativa, abbracciata¹¹. La tendenza alla rieducazione delle pene scaturisce dal riconoscimento della relazionalità che connota l'esperienza umana come "valore «autonomo» di una comunità politica"¹² in cui "i momenti di frattura coevi alle dinamiche delittuose debbono essere ricomposti"¹³.

Come abbiamo già avuto modo di constatare¹⁴, nella Carta costituzionale la dignità assurge a valore fondante ed irrinunciabile in cui le diversità individuali di ciascuno si consacrano nell'eguaglianza sociale di tutti. Quella che si delinea è un'impostazione

⁹ Cfr. *ibi*, 222, ove è citata, a titolo d'esempio, la situazione tedesca: difatti, benché nella *Grundgesetz* non vi sia alcuna disposizione che si pronunci al riguardo, la dottrina e la giurisprudenza hanno rilevato la portata costituzionalistica della questione inerente la finalità della pena.

¹⁰ Era questa l'integrazione, proposta dall'on. Paolo Rossi, al finalismo rieducativo sancito nell'articolo 20, comma 2, del testo approvato dal Comitato di redazione e sottoposta all'analisi dell'Adunanza Plenaria il 25 gennaio 1947. Cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 585.

¹¹ Cfr. D. CHINNICI, *I "buchi"*, cit., 3.

¹² Cfr. M. RONCO, *Persone*, cit., 273 riflettendo sulla nozione di 'autonomia' di ispirazione classica, da intendersi, conformemente all'etimologia, come attitudine all'autoregolamentazione delle interazioni interpersonali.

¹³ Cfr. M. RONCO, op. ult. cit., 273.

¹⁴ V. *supra*, Capitolo I, paragrafi 1.1 e 1.2.

profondamente personalistica¹⁵ attenta a costruire un sistema al cui centro ci sia sempre (dunque anche durante l'esperienza carceraria) l'individuo.

Ciò che ne deriva è che la umanità di cui deve essere intrisa la pena serve al raggiungimento dello scopo della rieducazione di cui all'articolo 27 Cost., “ma, prima ancora, al rispetto della dignità dell'uomo”¹⁶, il primo dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'articolo 2 Cost.

2.2. Nella giurisprudenza costituzionale

Il vincolo teleologico sancito nell'articolo 27, comma 3, della Carta fondamentale, a lungo inteso come norma meramente programmatica, è stato al centro di un lungo percorso con il quale la giurisprudenza della Corte costituzionale ha cercato di collocarlo al cuore del dibattito sulla funzione della pena fino ad elevarlo a vincolo positivo gravante su tutte le scelte legislative in ambito penale. Si è trattato di un tragitto approdato, dopo molte tappe non lineari, ad assicurare massima rilevanza al “principio costituzionale della risocializzazione del reo”¹⁷.

2.2.1. La teoria polifunzionale della pena

La Corte costituzionale (e non solo¹⁸) ha abbracciato, sin dalle prime sentenze al riguardo¹⁹, una teoria polifunzionale della pena. Secondo tale concezione, la rieducazione cui le pene debbono tendere è “finalità ultima, ma non unica”²⁰ della sanzione, la quale dunque persegue anche altri scopi – quali la difesa sociale, la dissuasione e la prevenzione – cui la giurisprudenza finisce per riconoscere equivalenza e parità di rango²¹. Secondo questo orientamento, che si riteneva trovasse conferma implicita proprio nel disposto

¹⁵ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 6

¹⁶ Cfr. D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 10.

¹⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 2.

¹⁸ Si consideri, per esempio, l'ordinanza delle SS.UU. penali della Corte di Cassazione 16 giugno 1956, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1956, 485ss., su cui si tornerà *infra*.

¹⁹ Così, ad esempio, Corte cost., sent. n. 12 del 1966, cit. la quale, affrontando la questione di costituzionalità delle pene pecuniarie prive di scopo special-preventivo, ebbe a riconoscerne la legittimità “in ragione delle altre funzioni della pena, che al di là della prospettiva di miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine pubblico contro la delinquenza”.

²⁰ Cfr. R. D'ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 196.

²¹ Cfr. P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2015, 39.

dell'articolo 27, comma 3, della Carta fondamentale²², per ritenere giustificata (e quindi costituzionalmente legittima) una pena era sufficiente che fosse soddisfatto anche uno solo dei plurimi scopi posti alla base della vicenda punitiva²³.

2.2.2. *Le sentenze della Corte costituzionale n. 204 e n. 264 del 1974: una prima apertura all'ideale rieducativo*

A metà degli anni Settanta si intravide una prima, timida, apertura all'ideale rieducativo. Nella sentenza n. 204 del 1974 – nella quale venne censurato, affidandolo al giudice²⁴, il potere del Ministro di Grazia e Giustizia di concedere la liberazione condizionale²⁵ – la Corte costituzionale riconosce l'esistenza del “diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale²⁶, 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”²⁷. È, questa, la prima volta in cui la Consulta menziona il diritto alla rieducazione prevedendo che il legislatore debba tenerne conto ed altresì predisporre tutti i mezzi e le forme atti a

²² In tal senso, cfr. Corte cost., sent. n. 313 del 1990, in www.giurcost.org, la quale, riferendosi alla passata giurisprudenza costituzionale, ebbe a dire “Ne è derivata quella nota concezione polifunzionale della pena che – ad avviso della Corte – non solo non sarebbe contraddetta, ma sarebbe anzi ribadita dal disposto costituzionale”. Cfr. altresì G. VASSALLI, *Funzione e insufficienze della pena*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2/1961, 296 ss., secondo cui l'essenza della sanzione penale è la retribuzione, ma essa può essere comminata “in vista di finalità le più diverse” (cfr. op. ult. cit., 308), le quali sono almeno tre: la soddisfazione, la prevenzione generale e la prevenzione speciale. L'A. inoltre sostiene che, tra tutte, un ruolo di prim'ordine è riservato, anche e soprattutto nel nostro sistema costituzionale, alla prevenzione speciale.

²³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 2.

²⁴ Il vuoto legislativo provocato dalla sentenza n. 204 del 1974 fu colmato dalla legge n. 6 del 12 febbraio 1975, la quale aveva previsto la competenza della Corte d'Appello (art. 1) ad avere disciplinato la procedura, nei vari casi applicabile, per valutare se vi siano i presupposti per la concessione della liberazione condizionale (art. 2) e per riproporre istanza alla Corte d'Appello a fronte di un precedente diniego (art. 4). L'articolo 7 della legge citata stabiliva che la disciplina da essa posta avrebbe avuto efficacia solo fino all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale. E così avvenne. Il codice del 1989, all'articolo 682, conferma l'opzione fatta dall'articolo 22 della c.d. legge Gozzini del 1986, il quale aveva affidato al tribunale di sorveglianza, anziché alla Corte di appello, la competenza inerente la concessione della liberazione condizionale. Il comma 2 dell'articolo 682 c.p.p. sancisce inoltre che “Se la liberazione non è concessa per difetto del requisito del ravvedimento, la richiesta non può essere riproposta prima che siano decorsi sei mesi dal giorno in cui è divenuto irrevocabile il provvedimento di rigetto”.

²⁵ Cfr. P. TRONCONE, *Manuale*, cit., 40.

²⁶ Cfr. l'art. 176 c.p. secondo cui “Il condannato all'ergastolo che, durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena”.

²⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 204 del 27 giugno 1974, in www.giurcost.it.

garantirlo²⁸. Questa prima apertura avvenne comunque in un contesto imperniato sulla concezione polifunzionale della pena, come confermato dalla sentenza n. 264 del novembre di quello stesso anno²⁹, nella quale si afferma che “funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile”³⁰ e si precisa che “dissuasione, prevenzione, difesa sociale siano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena”³¹.

2.2.3. *La sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 1989: una maggior apertura all’ideale rieducativo*

Una più marcata accoglienza dell’ideale rieducativo, pur restando nel terreno della teoria polifunzionale³², avvenne ad opera della sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 1989. In essa, da un lato, si ribadisce che “non è consentito stabilire *a priori*, [...] (neppure a favore della finalità rieducativa)”³³ una gerarchia tra i vari scopi della pena, ai quali è invece assicurata differente prevalenza in considerazione delle “varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione) o [...] [dei] diversi istituti di volta in volta considerati”³⁴, dall’altro, si sancisce che la finalità rieducativa deve prevalere su ogni altra nell’ipotesi in cui “l’esame della personalità del reo e il conseguente giudizio prognostico sulla sua ‘futura’ vita nella società impongano [...] di sospendere o ridurre, sia pur condizionatamente, l’esecuzione stessa”³⁵. In tale pronuncia, ove si stabilisce che la pena comminata all’esito del processo possa essere disattesa in virtù del percorso del

²⁸ Cfr. P. TRONCONE, *Manuale*, cit., 40 in riferimento a Corte cost., sent. n. 204 del 1974, cit., ove la Consulta esaminando l’istituto della liberazione condizionale afferma che esso “presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle”.

²⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 264 del 1974, in www.giurcost.org. È questa la sentenza, ancora alla base del orientamento della Corte in materia di ergastolo, con cui venne dichiarata non fondata la questione di costituzionalità dell’ergastolo e su cui si tornerà *infra*.

³⁰ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.

³¹ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.

³² Cfr. L. PACE, *L’art. 4-bis*, cit., 18.

³³ Cfr. Corte cost., sent. n. 282 del 1989, cit.

³⁴ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit. Per l’analisi del ragionamento si v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale: Parte generale*, 6° ed., Torino, 2016, 42.

³⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 282 del 1989, cit.

condannato verso la rieducazione, è possibile rinvenire un ulteriore colpo inferto dalla Consulta al principio di intangibilità del giudicato in materia penale³⁶.

2.2.4. *La sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 1990: il superamento della concezione polifunzionale e la valorizzazione della finalità rieducativa*

A poco più di un anno di distanza, nel giugno del 1990, maturò nella giurisprudenza costituzionale la “svolta culturale”³⁷ che portò al definitivo superamento della teoria polifunzionale classica³⁸ e ad una piena valorizzazione della tensione rieducativa sancita dalla Costituzione³⁹. Nella sentenza n. 313 del 26 giugno 1990 la Consulta prende atto, in quanto innegabili indipendentemente dalla concezione posta a giustificazione della sanzione penale, dei profili “in qualche misura afflittivi”⁴⁰ della pena, i quali invero “riflettono quelle condizioni minime senza le quali la pena cesserebbe di essere tale”⁴¹ e riconosce, tra i caratteri inerenti alla natura della stessa, anche quelli di difesa sociale e prevenzione generale, i quali – ed è qui il punto di svolta – sono sì valori con un proprio “fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa”⁴² consacrata nella Legge fondamentale. Difatti, prosegue la Corte, “Se la finalizzazione venisse orientata verso”⁴³ tali obiettivi, diversi da quello rieducativo, “si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione”⁴⁴. E ciò non deve ritenersi ammissibile in un ordinamento informato dal principio personalistico, come il nostro, che ha inteso porre al centro l'uomo, sempre

³⁶ Cfr. P. TRONCONE, *Manuale*, cit., 40. Secondo quanto riportato dall'A., il primo colpo inferto dalla Corte Costituzionale al principio di intangibilità del giudicato penale sarebbe da rinvenirsi nella sent. cit. 204 del 1974.

³⁷ Cfr. D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 2.

³⁸ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti*, cit., 189.

³⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 2.

⁴⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 313 del 1990, cit.

⁴¹ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.

⁴² Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.

⁴³ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.

⁴⁴ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.

come fine e mai come mezzo⁴⁵. Con questa pronuncia, assunta a “pietra angolare”⁴⁶ in materia di finalismo penale, la Corte recupera la coerenza necessaria tra la disposizione di cui all’articolo 27, comma 3, della Costituzione e la sua interpretazione⁴⁷. Viene infatti abbandonato l’orientamento volto a intendere la tensione rieducativa come mero attributo proprio della sola fase finale del trattamento penitenziario⁴⁸ e, invece, si afferma esplicitamente che essa “indica [...] proprio una delle 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”⁴⁹. Il “vincolo teleologico”⁵⁰ consacrato dalla Carta costituzionale si impone dunque in tutte le fasi della complessa vicenda ordinamentale⁵¹, poiché – ammonisce la Corte – “Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto”⁵². Dunque ne consegue che, per valutare la legittimità costituzionale di una sanzione, è necessaria una considerazione globale dei momenti di posizione normativa, di cognizione e di applicazione della stessa.⁵³ È bene precisare che tale pronuncia, considerata da una certa dottrina come il punto di partenza per elaborare un “diritto alla rieducazione del detenuto”⁵⁴ di portata nazionale, conferisce stabilità ed universalità⁵⁵ alla finalità rieducativa, definita “patrimonio della cultura giuridica europea”⁵⁶, ma lo fa avallandone

⁴⁵ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti*, cit., 190.

⁴⁶ Cfr. Bailo in A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 2.

⁴⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, op. ult. cit., 2.

⁴⁸ Cfr. D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 2.

⁴⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 313 del 1990, cit.

⁵⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 3.

⁵¹ Cfr. A. PUGIOTTO, op. ult. cit., 2-3, secondo cui tale vincolo orienta sia la dimensione statica (*i.e.* la pena minacciata dal legislatore ed inflitta dal giudice) sia quella dinamica (*i.e.* la pena eseguita nel trattamento penitenziario).

⁵² Cfr. Corte cost., sent. n. 313 del 1990, cit.

⁵³ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 970 e E. GALLO, *Significato*, cit., 73. Cfr. anche A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 3, ove è riportata l’opinione di P.P. Emanuele circa l’“illimitata espansione” dell’ideale rieducativo il quale si pone come criterio guida per il legislatore, per i giudici di cognizione, di esecuzione e di sorveglianza e per le autorità penitenziarie.

⁵⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 970, nt. 5.

⁵⁵ Cfr. L. PACE, *L’art. 4-bis*, cit., 18; il riferimento è alle opinioni di P.P. Emanuele e A. Pugiotto.

⁵⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 313 del 1990, cit.

una concezione secolarizzata⁵⁷. Difatti la Corte prende atto della divaricazione, possibile nella prassi, tra il fine cui le pene debbono tendere ai sensi dell'articolo 27, comma 3, Cost. e l'adesione di fatto del detenuto al percorso di rieducazione⁵⁸. Il condannato ha dunque un diritto a ricevere un'offerta trattamentale volta al suo recupero alla società⁵⁹, ma, nella sua incomprimibile libertà morale, ha facoltà di scegliere se aderirvi o meno⁶⁰. La dottrina non ha però mancato di rilevare la problematica questione – di difficile inquadramento costituzionale e su cui, dunque, si tornerà – della volontarietà (non) libera per il condannato all'ergastolo; per costui infatti la scelta di aderire al trattamento rieducativo rappresenta l'unica via per accedere alla liberazione condizionale e vedere successivamente estinta la propria pena⁶¹.

2.2.5. *L'approccio attuale*

La successiva giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di consolidare e rinvigorire gli innovativi principi in materia penale elaborati dalla Corte nel 1990 e tradotti, con la chiarezza propria della penna di Ettore Gallo⁶², nella sentenza n. 313. Si è così inaugurato un orientamento giurisprudenziale volto a potenziare al massimo grado il divieto di trattamenti inumani ed il connotato rieducativo della vicenda sanzionatoria. Abbracciando una lettura congiunta degli articoli 3 e 27 della Carta fondamentale si è inteso concepire la pena in un'ottica umana⁶³, “quale strumento capace di favorire il reinserimento del condannato nella società”⁶⁴. La Consulta, consapevole che la tutela dei

⁵⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 3 s. Cfr. I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2014, 2 ove l'A. afferma che “il Costituente non ha immaginato un trattamento sanzionatorio con la pretesa di giungere ad un'intima conversione del reo ai valori del vivere civile, ritenendo sufficiente l'acquisizione di una condotta esteriore che consenta il suo reinserimento nella comunità”. Cfr. anche D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 3, nt. 11, ove l'A. prospetta una endiadi per i concetti di rieducazione e risocializzazione.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 313 del 1990, cit.

⁵⁹ Cfr. *supra*, in riferimento a Corte cost., sent. n. 204 del 1974, cit.

⁶⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 3. Cfr. anche I. NICOTRA, *Pena*, cit., 2 per la relazione tra funzione rieducativa e rispetto dell'autodeterminazione dell'individuo.

⁶¹ Cfr. D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 2, nt. 5.

⁶² Giudice relatore ed estensore della sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 1990

⁶³ A tal proposito, cfr. E. GALLO, *Significato*, cit., 74 secondo cui “l'afflittività, pur necessaria, si illumina di «umanità»”.

⁶⁴ Cfr. I. NICOTRA, *Pena*, cit., 3. Cfr. altresì G.M. FLICK, *I diritti*, cit. 190, secondo cui “non può esserci rieducazione – nella pluralità di accezioni cui la giurisprudenza costituzionale si è riferita, nel tempo, con molteplicità di espressioni: «reinserimento nell'ordine sociale» (sentenza n. 168 del 1972); «reinserimento del reo nel contesto economico e sociale» (sentenza n. 126 del 1984); «reinserimento nel corpo sociale»

diritti del detenuto rappresenta la via più piana per restituire al consorzio umano una persona riabilitata⁶⁵, ha proseguito nel cammino volto a rendere effettive, all'interno del carcere, le garanzie costituzionali. E così, tra le varie pronunce adottate in questa prospettiva, degne di nota sono quelle con cui la Corte costituzionale ha imposto il necessario controllo, ad opera dell'autorità giudiziaria, dei principi di legalità e di proporzionalità allorché si reputi necessaria un'ulteriore restrizione nella condizione del soggetto privato della libertà⁶⁶; ha ribadito, in quanto espressione del diritto di difesa, il diritto del detenuto a conferire con il proprio difensore sin dall'inizio dell'esecuzione della pena⁶⁷ ed ha affidato al giudice il compito di valutare, con particolare attenzione ai profili di natura umanitaria, il giusto bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e la tutela della salute di chi si trovi in carcere⁶⁸. In questo contesto con ancor maggior forza sono risuonate le perplessità, sollevate dalla dottrina, a fronte della volontà della Corte costituzionale di considerare in linea con il Testo fondamentale, – e dunque legittima – la vicenda penale così come strutturata nel regime di cui all'articolo 41-*bis* ord. penit. Il c.d. carcere duro è infatti una modulazione sanzionatoria differenziata in cui, nonostante le primarie e innegabili esigenze che ne sono alla base, risulta difficile scorgere il finalismo rieducativo⁶⁹. Si avrà modo, nelle pagine seguenti, di analizzare la disciplina normativa di tale istituto sospettato, da più parti, di incostituzionalità.

2.3. *Nelle Carte europee e nello Statuto della Corte Penale Internazionale (cenni)*

La Costituzione italiana, nella disposizione di cui all'articolo 27, comma 3, esprime una chiara indicazione circa la funzione delle pene: esse, infatti, “non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del

(sentenza n. 274 del 1983); «risocializzazione» (sentenza n. 450 del 1998); «ravvedimento» o «recupero sociale» (sentenza n. 271 del 1998); «riadattamento alla vita sociale» (sentenza n. 204 del 1974); acquisizione di «valori fondamentali della vita sociale» (sentenza n. 138 del 2001) – senza previo rispetto del limite invalicabile della dignità”.

⁶⁵ Cfr. D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 3 ove l’A. rimanda, in tal senso, a Corte cost., cit. sentt. n. 26 del 1999, n. 341 del 2006 e n. 279 del 2013.

⁶⁶ Cfr. G. SILVESTRI, *La dignità*, cit. 4 ove l’A. si riferisce a Corte cost., sentt. n. 349 del 1993 e n. 526 del 2000.

⁶⁷ Cfr. G. SILVESTRI, op. ult. cit., 4 ove il riferimento è Corte cost., sent. n. 212 del 1997, in www.giurcost.org.

⁶⁸ Cfr. G. SILVESTRI, op. ult. cit., 4 ove il riferimento è Corte cost., sentt. n. 70 del 1994, nn. 438 e 439 entrambe del 18 ottobre 1995, n. 264 del 2009, tutte in www.giurcost.org.

⁶⁹ Cfr. D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 3.

condannato”.

Non è invece possibile riscontrare una simile presa di posizione nelle principali Carte europee ed internazionali poste a tutela dei diritti umani e della legalità. Come si è già avuto modo di indicare nelle pagine precedenti⁷⁰, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non contiene alcuna disposizione che si pronunci esplicitamente a proposito della funzione della sanzione. Questa lacuna, per altro comprensibile se si consideri la natura di minimo comune denominatore sovranazionale della Convenzione, non ha però impedito alla giurisprudenza della Corte EDU di elaborare un rilevante orientamento al riguardo, che sarà oggetto di indagine nelle pagine a venire. Lo stesso deve dirsi a proposito dei Documenti dell'Unione Europea, nei quali infatti non vi è alcuna indicazione dello scopo cui debbano mirare le misure sanzionatorie. Nell'ambito della c.d. Piccola Europa⁷¹, il “problema della pena”⁷² ha – finora – ricevuto minore attenzione da parte della giurisprudenza rispetto a quanto avvenuto in sede di Consiglio d'Europa, ma si deve supporre, come evidenziato dalla dottrina, che ben presto anche la Corte di giustizia dell'Unione Europea sarà chiamata ad esprimersi sulla funzione della sanzione nel settore penale⁷³. Non dissimile la situazione per quanto concerne la Corte Penale Internazionale. Benché la normativa posta a disciplina di tale tribunale permanente abbia giocato un ruolo fondamentale nell'alimentare il dibattito internazionale sulla funzione della pena, non è possibile rinvenire, né nello Statuto né nel Regolamento di procedura e di prova della Corte Penale Internazionale, norma alcuna che si pronunci espressamente al riguardo. La difficoltà di individuare con certezza i fini della pena nell'alveo di questa Corte è

⁷⁰ V. *supra*, cap. II, 1.1.

⁷¹ Per la nozione della c.d. Piccola Europa, cfr. *supra*, Cap. II, § 1.1.

⁷² Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 969.

⁷³ Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 969, nt. 3. In particolare, secondo l'A., tra i vari motivi che imporranno alla CGUE di affrontare il dibattito circa lo scopo della pena, si deve menzionare la normativa posta a disciplina del mandato di arresto europeo. Difatti, l'art. 5 §2 della Decisione Quadro del Consiglio 2002/584/GAI prevede che “Se il reato in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso è punibile con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà a vita, l'esecuzione di tale mandato può essere subordinata alla condizione che lo Stato membro emittente preveda nel suo ordinamento giuridico una revisione della pena comminata – su richiesta o al più tardi dopo 20 anni – oppure l'applicazione di misure di clemenza alle quali la persona ha diritto in virtù della legge o della prassi dello Stato membro di emissione, affinché la pena o la misura in questione non siano eseguite”. Cfr. Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in www.eur-lex.europa.eu.

accresciuta, come ha rilevato la dottrina, proprio dall'“assenza di uno Stato «dietro»”⁷⁴ all'ordinamento nel quale essa opera. Il rischio che si corre, ogni qual volta manchi un testo di diritto positivo che sancisca esplicitamente quale sia la funzione della punizione penale, è che gli organi giurisdizionali giungano ad ammettere, nella concretezza delle loro decisioni, praticamente tutti gli scopi teorizzati dalle speculazioni dottrinali⁷⁵.

2.4. Nella giurisprudenza della Corte EDU

Dopo aver accennato alla situazione nei Documenti di diritto positivo, è bene spendere qualche parola sulla produzione giurisprudenziale europea. In particolare, la Corte di Strasburgo si è a lungo occupata della dibattuta questione della funzione della pena nell'ambito del Consiglio d'Europa. Non avendo potuto trovare nel testo della CEDU un appiglio normativo che facesse luce sugli scopi della sanzione, i giudici hanno elaborato un orientamento giurisprudenziale imperniato, come abbiamo già avuto modo di affermare, sull'articolo 3 della Convenzione⁷⁶. Si può ritenere che, nel grande “viaggio” affrontato dalla giurisprudenza, il primo passo sia stato segnato dalla sentenza *Tyrer c. Regno Unito* del 25 aprile 1978, ove la Corte per la prima volta ancorò, nell'assenza di un'esplicita menzione nelle disposizioni della Convenzione, la nozione di dignità umana all'interpretazione dell'articolo 3 CEDU, del quale uno degli scopi principali consiste proprio nel proteggere tale valore fondamentale⁷⁷. Inoltre in tale pronuncia i giudici affermarono che, nel valutare la natura degradante di una pena, non rileva cosa pensi la società dal momento che la vittima potrebbe essersi sentita umiliata “*in his own eyes*”⁷⁸, a prescindere dall'opinione delle altre persone⁷⁹. Nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, dunque, si è riflettuto, più che sulle teoretiche funzioni della pena, sui

⁷⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Riflessioni*, cit., 2.

⁷⁵ Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 19.

⁷⁶ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 109.

⁷⁷ Cfr. Corte EDU, Camera, sent. *Tyrer c. Regno Unito* del 25 aprile 1978, in www.hudoc.echr.coe.int secondo cui “[it] constituted an assault on precisely that which it is one of the main purposes of Article 3 (art. 3) to protect, namely a person's dignity and physical integrity”.

⁷⁸ Questa espressione, di difficile traduzione in italiano, letteralmente significa “ai suoi propri occhi”. Corte EDU, Camera, sent. *Tyrer c. Regno Unito* del 25 aprile 1978, in www.hudoc.echr.coe.int secondo cui “it may well suffice that the victim is humiliated in his own eyes, even if not in the eyes of others”.

⁷⁹ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 182, nt. 4. Interessante l'opinione dell'A. il quale nota che “Se anche la maggior parte delle persone [espressasi magari mediante referendum] ritenesse la pena non degradante e non inumana, questo, per la Corte, non è importante”.

risvolti pratici derivanti dalla disposizione posta a divieto dei trattamenti inumani e degradanti. A tal riguardo, è significativo notare che, nel percorso volto a bandire la pena capitale dall'ordinamento europeo, i giudici di Strasburgo abbiano fatto maggior ricorso, come grimaldello per sancirne l'umanità, alle concrete modalità esecutive dell'estremo supplizio rispetto che alla sua contrarietà in via di principio con le disposizioni convenzionali⁸⁰. Inoltre, fino al 2013 la Corte ha escluso l'incompatibilità tra l'ergastolo – la sanzione più severa nel sistema europeo dopo l'abolizione della pena di morte – e la CEDU, allorché fossero rispettate tre condizioni: in primo luogo, l'applicazione della *poena sine fine* doveva risultare non “gravemente o manifestamente sproporzionata”⁸¹ rispetto alla fattispecie sanzionata; il suo mantenimento doveva essere altresì giustificato da uno dei molteplici fini ascrivibili all'ergastolo; e, infine, doveva esservi per il detenuto la possibilità, *de jure* o *de facto*⁸², di una scarcerazione anticipata⁸³. Di particolare interesse è il secondo dei tre criteri menzionati; difatti, stando all'orientamento elaborato dai giudici di Strasburgo, sono cinque le funzioni che possono essere poste alla base del trattamento sanzionatorio in ambito penale: la prevenzione special-positiva (il cui obiettivo è restituire al consorzio umano una persona riabilitata); la prevenzione special-negativa (la quale consiste nell'evitare future lesioni del diritto mantenendo il reo avulso dalla società); la prevenzione general-positiva (ossia promuovere misure per aumentare la condiscendenza della norma violata dal delitto); la prevenzione general-negativa (e cioè la deterrenza nei confronti degli altri consociati); la retribuzione (intesa come espiazione del male commesso)⁸⁴. Nell'estate del 2013 avvenne la svolta nell'approccio della Corte EDU all'ergastolo: la già citata sentenza *Vinter e Altri c. Regno Unito* del 9 luglio 2013 dichiarò l'illegittimità convenzionale, per lesione dell'articolo 3 CEDU, della pena perpetua non riducibile⁸⁵. In riferimento ad essa, “la Corte fece una chiara scelta in

⁸⁰ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 5.

⁸¹ In inglese “*grossly or dearly disproportionate*”. Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. *Kafkaris c. Cipro* del 2008, cit.

⁸² La possibilità poteva essere anche solo meramente eventuale e ipotetica, In tal senso, cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 1. Secondo l'A., riferendosi alle condanne all'ergastolo, “*they could be imposed and, in practice, served in their entirety*”, cioè esse potevano essere comminate e, nella pratica, scontate nella loro interezza.

⁸³ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 109.

⁸⁴ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 2.

⁸⁵ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 110. È bene precisare che tale pronuncia della Corte EDU riguarda solo una peculiare tipologia di ergastolo: la pena perpetua non

merito alla funzione preponderante della pena detentiva: la prevenzione special positiva, ossia la risocializzazione del colpevole⁸⁶. Nel capitolo seguente si avrà modo di tornare su tale sentenza, ma conviene indicare già da ora che la Grande Camera, nell'indagare in ottica comparata le nozioni di dignità umana e di funzione della pena, si soffermò anche sull'articolo 27, comma 3, della Carta costituzionale italiana e sulla giurisprudenza su di esso elaborata dalla Consulta⁸⁷.

riducibile (*life sentence without parole*). Si noti inoltre che, per quanto riguarda l'ergastolo comune, quello sancito dalla giurisprudenza europea è uno standard che il nostro ordinamento ha raggiunto da tempo. L'istituto della liberazione condizionale fu esteso agli ergastolani nel 1962, con la legge n. 1634 e fu giurisdizionalizzato, ad opera della Corte Cost., con la sent. n. 204 del 1974. Cfr. anche op. ult. cit., 112-4.

⁸⁶ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 2. In inglese: “*The Court clearly made -a choice as to the preponderant aim of imprisonment: it is positive special prevention (resocialization of the offender)*”. È bene precisare che l'A. parla di scopo *preponderante*, non unico. Si deve ritenere che l'ordinamento nazionale italiano offra un livello di tutela maggiore, in quanto pone un vincolo di scopo già nella Costituzione, all'articolo 27, comma 3, ove si afferma perentoriamente la tensione rieducativa delle pene.

⁸⁷ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, cit., § 72. Si rinvia a D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 14 e ntt. 49-53 per un'indicazione più precisa sulle disposizioni di diritto europeo, internazionale e comparato richiamate dai giudici in tale pronuncia.

CAPITOLO IV

LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E L'ERGASTOLO

SOMMARIO: 1. *La CEDU come minimo comun denominatore e la Corte EDU.* – 2. *La giurisprudenza europea sull'“umanizzazione” dell'ergastolo.* – 2.1. *La sentenza della Grande Camera Kafkaris c. Cipro del 2008.* – 2.1.1. *Il caso prospettato dinanzi alla Corte.* – 2.1.2. *La decisione della Corte.* – 2.1.3. *Le separate opinions nella sentenza Kafkaris c. Cipro.* – 2.2. *La sentenza della Grande Camera Vinter e altri c. Regno Unito del 2013.* – 2.2.1. *L'ergastolo nel Regno Unito (cenni).* – 2.2.2. *I casi prospettati dinanzi alla Corte.* – 2.2.3. *La decisione della Quarta Sezione.* – 2.2.4. *La decisione della Grande Camera: una nuova sensibilità.* – 2.2.5. *Le quattro separate opinions nella sentenza Vinter e altri c. Regno Unito.* – 2.3. *Il consolidamento e l'espansione della c.d. dottrina Vinter.* – 2.4. *La sentenza della Grande Camera Hutchinson v. Regno Unito del 2017.* – 2.4.1. *Il caso prospettato e le decisioni della Quarta Sezione e della Grande Camera.* – 2.4.2. *Le separate opinions nella sentenza Hutchinson c. Regno Unito*

1. La CEDU come minimo comun denominatore e la Corte EDU

Come abbiamo già avuto modo di notare, la pena perpetua, la quale viene considerata “la più importante questione penalistica nell’odierna agenda europea”¹, è stata a lungo oggetto di indagine da parte della Corte di Strasburgo. Conviene sin d’ora spendere qualche parola sulla duplice funzione di tale Corte dei diritti dell’uomo, la quale, da un lato, opera come giudice del caso concreto allorché un individuo proponga ricorso sostenendo di essere stato leso nei propri diritti convenzionali ad opera di un Paese membro del Consiglio d’Europa, dall’altro invece, è interprete unica delle disposizioni della Convenzione europea. Ne emerge dunque la natura ibrida, confermata dal fatto che tale Corte emana delle dichiarazioni di principio direzionate – o, se si preferisce, ‘inquisite’ – dalle particolarità del caso concreto prospettato dinanzi ad essa.

Per quanto concerne l’ergastolo, infine, esso rappresenta, per gli ordinamenti nazionali, una questione di ordine (anche) costituzionale; lo stesso deve dirsi per quanto riguarda l’ordinamento europeo ove la Corte EDU, la quale è formalmente una corte

¹ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 1. Secondo l’A. “*The most important penological issue on the European agenda today is life imprisonment*”.

sovrana, svolge materialmente il ruolo di giudice costituzionale². Vero è che la CEDU, intesa come “espressione di un minimo comune denominatore tra tutti i Paesi aderenti al Consiglio d’Europa”³, è alla base dell’operare della Corte di Strasburgo, ma non di meno si deve tenere a mente che quest’ultima rappresenta la Corte europea dei diritti dell’uomo; sono pertanto questi – i diritti dell’uomo – a dover essere tutelati dalle pronunce giurisprudenziali⁴. Nelle pagine a seguire si cercherà dunque di ripercorrere brevemente l’evolversi dell’approccio maturato dai giudici europei nei confronti della pena perpetua.

2. *La giurisprudenza europea sull’“umanizzazione” dell’ergastolo*

2.1. *La sentenza della Grande Camera Kafkaris c. Cipro del 2008*

2.1.1. *Il caso prospettato dinanzi alla Corte*

È finalmente giunto il momento di indagare con maggiore profondità la sentenza, più volte citata, *Kafkaris c. Cipro* del 12 febbraio 2008, la quale rappresenta la *leading case* dell’orientamento seguito fino al 2013 dalla Corte EDU in materia di pena perpetua. Tale pronuncia rappresenta il momento di chiusura di una vicenda nella quale il ricorrente, il cipriota Panayiotis Agapiou Panayi condannato a tre ergastoli obbligatori⁵, si era rivolto alla Corte europea dei diritti dell’uomo lamentando la violazione di quattro disposizioni convenzionali: gli articoli 3, 5 § 4, 7 e 14 CEDU. In particolare, egli riteneva di essere vittima di un sistema normativo nazionale nel quale le pene obbligatorie erano connotate da una funzione esclusivamente punitiva, data l’impossibilità del giudice di modularle in base alla fattispecie concreta, e nel quale l’assenza di una disciplina sulla liberazione condizionale impediva ai detenuti di ritornare ad essere membri del consorzio sociale⁶. Difatti nel sistema cipriota, sul quale era intervenuta la Corte costituzionale nel

² Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 969-70.

³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Scoppola*, cit., 7.

⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 972.

⁵ La condanna era intervenuta nel 1989 come sanzione per i tre omicidi premeditati compiuti nel 1987 di cui il signor Panayiotis Agapiou Panayi, *alias* Kafkaris, era stato accertato responsabile. Per tali illeciti la pena applicabile, secondo il codice penale cipriota, doveva essere necessariamente l’ergastolo. Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 5 e S. FUNGARDI, *‘Fine pena’*, cit., 174.

⁶ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 5.

1996 e consequenzialmente il Parlamento⁷, l'unica speranza per un condannato all'ergastolo di essere scarcerato anticipatamente era rappresentata dal potere del Presidente della Repubblica di porre fine anzi tempo a qualsiasi pena detentiva⁸. Si trattava di un provvedimento discrezionale del Capo dello Stato, in quanto il parere del Procuratore Generale era obbligatorio ma non vincolante. Il ricorrente sosteneva inoltre di soffrire di un continuo stato di angoscia ed incertezza causato dal protrarsi del suo stato detentivo oltre i quindici anni nei quali, secondo quanto da lui ragionevolmente prospettato al momento della condanna, sarebbe dovuta esaurirsi la sua pena⁹. Egli aggiungeva che tale patema d'animo aveva provocato in lui una situazione di afflizione circa il proprio futuro analoga a quella subita da chi si trovi nel c.d. braccio della morte¹⁰.

2.1.2. *La decisione della Corte*

Nell'affrontare la questione, la Corte europea ribadì, in primo luogo, il proprio orientamento costante alla luce del quale l'ergastolo non era, allorché comminato ad un soggetto adulto, di per sé contrario ad alcuna disposizione convenzionale e precisò poi che eventuali problemi di compatibilità con l'articolo 3 CEDU avrebbero potuto sorgere solo a fronte di una pena perpetua che fosse *de jure* e *de facto* irriducibile¹¹. Fu inoltre esplicitato che la Convenzione non attribuisce alcun diritto alla liberazione condizionale né alla revisione della pena ad opera delle autorità nazionali¹², ma che nel valutare la

⁷ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 5, ove si ripercorrono brevemente le modifiche di natura giurisprudenziale e legislativa intervenute nell'ordinamento cipriota.

⁸ Tale potere fu attribuito al Presidente della Repubblica a seguito della riforma legislativa del 1996 approvata dal Parlamento in seguito alla declaratoria di incostituzionalità della Corte Costituzionale del 1996, per la quale v. nt. seguente. Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 5.

⁹ Difatti, benché il ricorrente fosse stato condannato alla pena perpetua, egli originariamente si era ragionevolmente prospettato una detenzione carceraria della durata di quindici anni. Questo era il risultato di un atto di normazione secondaria, in vigore al momento della sentenza, secondo il quale il ricorrente avrebbe dovuto espriare, nel caso di specie, quindici anni di pena. Tale norma fu però oggetto, nel 1996, di censura per incompatibilità costituzionale da parte della Corte costituzionale. Il Parlamento, chiamato a rimediare al vuoto lasciato dalla pronuncia della Corte, varò una riforma con la quale affidava al Capo dello Stato anche il potere di decretare anzi tempo la fine di qualsivoglia pena detentiva, temporanea o perpetua. Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 5.

¹⁰ Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 5.

¹¹ Cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 2- 3.

¹² Secondo la Corte “the Convention does not confer, in general, a right to release on licence or a right to have a sentence reconsidered by a national authority, judicial or administrative, with a view to its remission or termination”. Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. *Kafkaris c. Cipro* del 2008, cit., § 99, e S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 175.

compatibilità di una particolare pronuncia di condanna all'ergastolo con l'articolo 3 si debba tenere conto dell'“esistenza di un sistema che prenda in considerazione la possibilità di rilascio”¹³. Dopo aver delineato il perimetro entro il quale intendeva muoversi, la Corte rinvenne nel potere del Presidente della Repubblica di concedere la grazia una possibilità di liberazione anticipata che, per quanto limitata, era comunque sussistente¹⁴, indipendentemente da un termine minimo e da una procedura giurisdizionalizzata al riguardo¹⁵. Esclusa dunque l'ipotesi di una pena perpetua *de jure* e *de facto* irriducibile e considerato *a fortiori* che il Capo dello Stato cipriota aveva già fatto uso del proprio potere in altre circostanze¹⁶, la Corte affermò che non era dunque possibile ravvisare, sotto questo aspetto, una violazione dell'articolo 3 della Convenzione¹⁷. Per quanto concerne il secondo motivo di doglianza, ossia lo stato d'ansia ingenerato dal prolungarsi della detenzione oltre l'aspettativa di rilascio, la Corte ritenne che non fossero stati superati i livelli di gravità necessari per rendere la questione rilevante ai sensi della disposizione in esame¹⁸. I giudici di Strasburgo, compatti, esclusero altresì le violazioni pretese dal ricorrente in riferimento agli articoli 5, 14 e 7, salvo rinvenire, in riferimento a quest'ultimo, una violazione del principio della *quality of law*, la quale aveva però nel caso di specie un'importanza marginale. In particolare era stata applicata retroattivamente la nuova disciplina penitenziaria cipriota la quale era in vigore al momento della condanna ma non al momento dei reati contestati. Tuttavia la Corte ritenne che tale novella, che di fatto privava i condannati all'ergastolo di ogni possibilità di liberazione condizionale, fosse relativa alla sola fase esecutiva della pena e non avesse dunque natura sostanziale¹⁹. La dottrina criticò come un'aporia disancorata dalla realtà il ragionamento sviluppato dalla Corte la quale aveva, di fatto, legittimato l'esclusività del

¹³ Letteralmente: “the existence of a system providing for consideration of the possibility of release is a factor to be taken into account when assessing the compatibility of a particular life sentence with Article 3”. Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. *Kafkaris c. Cipro* del 2008, cit., § 99. Cfr. anche J.H. GERARDS – E. BREMS, *Shaping rights in the ECHR. The role of the European court of human rights in determining the scope of human rights*, Cambridge, 2015, 147.

¹⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 7.

¹⁵ Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 175.

¹⁶ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 971: l'A. riporta che difatti il ricorrente era, nel momento in cui adì la Corte EDU, l'ultimo ergastolano presente nelle carceri di Cipro.

¹⁷ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 7 e F. VIGANÒ, *Ergastolo*, cit., 3.

¹⁸ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 7.

¹⁹ Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 24, nt. 29 e F. VIGANÒ, *Ergastolo*, cit., 3, nt. 5.

potere discrezionale di un organo politico (il Presidente della Repubblica cipriota) di interrompere la pena detentiva perpetua. Da tale sentenza, che suscitò non poche perplessità, è possibile scorgere la “posizione guardinga [assunta dalla Corte dell’epoca, la quale era massimamente] attenta a non intromettersi nel margine di apprezzamento statale”²⁰.

2.1.3. *Le separate opinions nella sentenza Kafkaris c. Cipro*

La sentenza della Corte europea qui in esame fu oggetto, prima ancora delle censure dottrinali cui abbiamo accennato, di aspre critiche da parte dei suoi stessi componenti. In essa si distinsero diverse *separate opinions*. I giudici di Lituania e Cipro stilarono una *partly dissenting opinion* nella quale disconobbero la marginale violazione dell’articolo 7 riscontrata dalla maggioranza, mentre il giudice del Regno Unito, nella sua *concurring opinion*, sosteneva che l’impossibilità di impugnare dinanzi ad un organo giurisdizionale l’eventuale diniego della liberazione anticipata concretizzasse una violazione dell’articolo 5 posto a tutela della libertà personale. I giudici di Belgio, Portogallo, Svezia, Lussemburgo e Norvegia confezionarono invece una *partly dissenting opinion* nella quale denunciavano la natura prettamente discrezionale e lo scarso uso in concreto del poter del Presidente della Repubblica di porre fine anzi tempo ad una pena detentiva e contestavano l’opinione della maggioranza secondo la quale il detenuto godeva nel sistema cipriota di una genuina possibilità di rilascio anticipato. La critica più incisiva venne dal giudice spagnolo²¹, il quale accusò la maggioranza della Corte di essersi arroccata in una torre d’avorio²² per fingere di non vedere le palesi contraddizioni tra il sistema cipriota e la Convenzione europea. In primo luogo ritenne gravemente violato l’articolo 7 CEDU, poiché la nuova disciplina penitenziaria cipriota, la quale nel caso di specie era stata applicata retroattivamente violando il principio della *quality of law*, aveva senza dubbio natura sostanziale, e non procedurale. Rimproverò inoltre la maggioranza di insensibilità,

²⁰ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 971 e D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 8.

²¹ Il giudice spagnolo era Javier Borrego Borrego; è bene ricordare che all’epoca la Spagna era uno dei pochi Paesi ad aver bandito la pena dell’ergastolo dal proprio ordinamento nazionale.

²² Cfr. il c.d. *Ivory-tower reasoning* nella *Partly dissenting opinion of judge Borrego Borrego* in Corte EDU, Grande Camera, sent. *Kafkaris c. Cipro* del 2008, cit., disponibile in www.menschenrechte.ac.at.

“indegna per una corte dei diritti umani”²³, poiché non era stata capace di cogliere che le autorità cipriote avevano di fatto modulato la mancata scarcerazione del ricorrente come una tortura, proibita dall’articolo 3 CEDU, dato che essa dipendeva dalla sua volontà di non collaborare nell’identificazione del mandante dei crimini da lui perpetrati. Inoltre ebbe a qualificare come un insulto all’intelligenza umana il ritenere che il ricorrente non avesse subito una discriminazione, vietata dall’articolo 14 CEDU, dato che egli era l’ultima persona condannata all’ergastolo ancora presente nelle carceri cipriote²⁴.

2.2. *La sentenza della Grande Camera Vinter e altri c. Regno Unito del 2013*

Nel 2013 la Grande Camera della Corte europea fu chiamata, come giudice d’appello rispetto alla Quarta Sezione²⁵, a pronunciarsi su un caso simile a quello affrontato nella sentenza del 2008: la parte ricorrente, condannata all’ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale, lamentava la lesione dei propri diritti convenzionali ad opera del Regno Unito. In tale circostanza, la Corte, i cui componenti erano frattanto quasi tutti rinnovati²⁶, maturò una nuova sensibilità nell’approccio all’ergastolo irriducibile e realizzò un significativo cambio di passo²⁷, dimostrandosi così capace di superare la c.d. dottrina *Kafkaris* elaborata solo cinque anni prima. Conviene, prima di indagare l’innovativa sentenza del 2013, spendere qualche parola sul contesto normativo e sui casi specifici portati all’attenzione della Corte.

2.2.1. *L’ergastolo nel Regno Unito (cenni)*

In seguito all’abolizione nel 1965 della pena capitale, l’ordinamento inglese prevede l’ergastolo come pena obbligatoria per i responsabili della particolare tipologia di

²³ Il giudice spagnolo constatò “*a lack of sensibility that is unworthy of a court of human rights*”. Cfr. *Partly dissenting opinion of judge Borrego Borrego* in Corte EDU, Grande Camera, sent. *Kafkaris c. Cipro* del 2008, cit., disponibile in www.menschenrechte.ac.at.

²⁴ Per tutte le *separate opinions*, cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 7- 8 e 24, ntt. 33 e 34; D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 971; F. VIGANÒ, *Ergastolo*, cit., 3.

²⁵ Il primo grado di giudizio venne risolto con la sentenza emessa dalla Quarta Sezione in data 17 gennaio 2012, mentre la sentenza della Grande Camera, attivata in seguito al ricorso dei soccombenti in primo grado, è datata 9 luglio 2013.

²⁶ Il giudice del Lussemburgo, Dean Spielmann, era difatti l’unico componente della Corte ad aver preso parte sia alla risoluzione del caso *Kafkaris* che a quella del caso *Vinter*. Al momento di decidere tale ultima vicenda, costui ricopriva il ruolo di Presidente della Corte. Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 24, nt. 35.

²⁷ Il riferimento è a D. GALLIANI, *Ultime da Strasburgo*, cit., 14 ove l’A., riferendosi a tale sentenza, dice che “la Corte di Strasburgo cambia veramente passo”.

omicidio qualificata come *murder*²⁸. Il Giudice è dunque vincolato, senza alcuna discrezionalità al riguardo, a comminare tale pena, salvo poter poi fissare la c.d. tariffa, ossia stabilire il periodo di tempo minimo decorso il quale il condannato possa chiedere la scarcerazione²⁹. Tale istanza deve essere rivolta ad un organo indipendente dal potere politico, il *Parole Board*, il quale valuta, con le garanzie proprie di un organo giurisdizionale³⁰, la sussistenza dei presupposti per rilasciare il detenuto³¹. La durata della c.d. tariffa deve essere stabilita valutando la gravità del reato commesso e tenendo altresì in considerazione i parametri forniti dal *Criminal Justice Act*³². Tale atto, entrato in vigore nel 2003, prevede inoltre che per i più gravi casi di *murder*, specificamente indicati dalla legge, il giudice possa pronunciare un *whole life order*³³, con cui dispone che la pena perpetua sia *without parole*, debba cioè essere effettivamente espiata nella sua interezza, senza alcuna tariffa decorsa la quale si possa chiedere la scarcerazione anticipata³⁴. In tale ipotesi di ergastolo senza liberazione condizionale, l'unica speranza per il detenuto di uscire dal carcere consiste nel potere discrezionale del Ministro della Giustizia, il quale può eccezionalmente concedere il preventivo rilascio per "*compassionate grounds*"³⁵, cioè per "motivi compassionevoli".

Infine è bene precisare che sino al 2003 il potere, ora in capo al giudice, di stabilire la c.d. tariffa spettava al Ministro, il quale si pronunciava in seguito a raccomandazione non

²⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo*, cit., 4. Per la differenza tra *homicide*, *murder* e *manslaughter* si rimanda a www.murphy-law-office.org. In questa sede basti accennare che, mentre con il termine *homicide* si indica semplicemente l'atto con cui una persona ne uccide un'altra, con *murder* si intende "*a homicide committed with 'malice aforethought'*", ossia "un omicidio commesso con 'deliberata malizia', mentre *manslaughter* equivale al nostro omicidio colposo.

²⁹ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 8

³⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo*, cit., 4, ove l'A., riferendosi al *modus operandi* di tale organo indipendente, la qualifica "una procedura assistita da garanzie giurisdizionali".

³¹ Cfr. S. FUNGARDI, '*Fine pena*', cit., 179-80.

³² Cfr. *Criminal Justice Act 2003*, *UK Public General Acts 2003 c. 44*, in www.legislation.gov.uk.

³³ Cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo*, cit., 4. Era previsto che tale tipologia di pena perpetua potesse essere comminata solo a soggetti che avessero già compiuto gli anni 21 al momento del reato di cui risultavano colpevoli. Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 9.

³⁴ La miglior categoria del nostro ordinamento entro cui trasporre la nozione, di difficile traduzione, di *whole life imprisonment without parole* è quella di ergastolo senza condizionale.

³⁵ Cfr. *Criminal Justice Act* del 2003. Il Ministro, non essendo vincolato al *Prison Service Order* del 1999 nel quale sono riportate le fattispecie giustificative della scarcerazione a titolo umanitario o a tutela della salute, dispone della massima discrezionalità nel valutare le "*exceptional circumstances*" nelle quali poter far uso del potere non delegabile attribuitogli. Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 9 e D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 972.

vincolante del giudice e del *Lord Chief Justice*. La novella del 2003, oltre a sottrarre il potere al Ministro per affidarlo al giudice di cognizione, prevede anche un peculiare regime per i detenuti che all'entrata in vigore del provvedimento stessero già scontando l'ergastolo (con o senza tariffa): costoro potevano rivolgersi alla *High Court* la quale, nel riesaminare quanto precedentemente deciso dal Ministro, poteva rimodulare (al ribasso) la tariffa o confermare l'effettività dell'ergastolo³⁶.

2.2.2. *I casi prospettati dinanzi alla Corte*

Le vicende prese in considerazione dalla Corte di Strasburgo nel caso *Vinter e altri c. Regno Unito* riguardavano tre condanne al *whole life imprisonment without parole*, delle quali solo una pronunciata dopo l'entrata in vigore della novella del 2003. Il primo caso concerneva il signor Douglas Gary Vinter, responsabile dell'omicidio della moglie mentre beneficiava della liberazione condizionale in relazione ad una precedente condanna. Il processo di primo grado venne incardinato nel 2008 e si svolse dunque secondo le regole introdotte nel 2003 dal *Criminal Justice Act* secondo cui la modulazione della c.d. tariffa spettava al giudice di cognizione. Costui comminò l'ergastolo (obbligatorio) e lo rese effettivo pronunciando il *no parole*. Tale opzione venne confermata in sede di appello. Il secondo caso aveva invece come protagonista il signor Jeremy Neville Bamber il quale nel 1986 era stato condannato per aver barbaramente ucciso i suoi familiari. Il Ministro della Giustizia, cui all'epoca spettava ancora il potere di fissare la c.d. tariffa, optò per l'ergastolo senza liberazione condizionale, decidendo così di ignorare il termine di 25 anni proposto dal giudice e assecondando invece l'opinione del *Lord Chief Justice*, il quale ebbe a dire "*For my part I would never release him*"³⁷. Nel 2008 il ricorrente presentò, secondo quanto previsto dalla riforma del 2003, domanda di riesame alla *High Court*. Essa confermò l'effettività dell'ergastolo poiché il crimine commesso da Bamber era senza dubbio da annoverare tra quelli sanzionabili con la pena perpetua senza tariffa e, comunque, non vi erano stati rilevanti progressi nel suo trattamento penitenziario. Il detenuto propose allora ricorso alla Corte d'Appello la quale ribadì quanto già esposto dalla *High Court* e si spinse inoltre in alcune brevi riflessioni

³⁶ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 9.

³⁷ "Per quanto mi concerne, io non lo rilascerei mai": questa l'opinione del *Lord Chief Justice* riportata in D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 10; cfr. anche op. ult. cit., 26, nt. 43 ove l'A. riporta che, nella missiva, il termine '*never*' risultava addirittura sottolineato.

secondo le quali l'ergastolo effettivo era da considerarsi pienamente compatibile con la CEDU, in quanto, nonostante il *whole life order*, esso non era certo irriducibile, dato il potere del Ministro di concedere la liberazione anticipata³⁸. L'ultimo caso riguardava invece il signor Peter Howard Moore, il quale era stato condannato, nel 1996, all'ergastolo per quattro efferati omicidi. Curioso notare che in questa vicenda, contrariamente a quella appena analizzata, il giudice propendeva per il *no parole*, mentre il *Lord Chief Justice* suggeriva una c.d. tariffa di trent'anni. Il Ministro optò per l'ergastolo effettivo non riducibile. Anche in questo caso il detenuto si rivolse, invano, alla *High Court* per il riesame della propria vicenda³⁹.

2.2.3. *La decisione della Quarta Sezione*

I signori Vinter, Bamber e Moore, reputandosi lesi nei propri diritti convenzionali ad opera del sistema normativo inglese, cercarono tutela presso la Corte europea dei diritti dell'uomo la quale nel gennaio 2012 addivenne alla (prima) sentenza per i ricorsi presentati due anni prima⁴⁰. In tale pronuncia, emessa il 17 gennaio contestualmente alla sentenza *Harkins e Edwards c. Regno Unito*⁴¹, la Quarta Sezione applicò fedelmente la c.d. dottrina *Kafkaris* elaborata dalla Grande Camera nel 2008. Come abbiamo già anticipato, i giudici, nel dipanare il proprio ragionamento, elaborarono una tripartizione

³⁸ Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 10.

³⁹ Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 10.

⁴⁰ I tre detenuti presentarono i loro ricorsi alla Corte EDU tra il dicembre 2009 e il gennaio 2010 (ricc. n. 66069/09; 130/10; 3896/10), mentre la sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* della Quarta Sezione è datata 17 gennaio 2012. Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 11.

⁴¹ Cfr. Corte EDU, Sezione Quarta, sent. *Harkins e Edwards c. Regno Unito* del 17 gennaio 2012, in www.hudoc.echr.coe.int. I due ricorrenti, l'inglese Harkins e lo statunitense Edwards, erano i destinatari di un ordine di estradizione dall'Inghilterra verso gli Stati Uniti ove rischiavano di essere condannati dai giudici americani, rispettivamente, di Florida e Maryland al *life imprisonment without parole*. In tale sentenza la Quarta Sezione applicò all'extradizione i principi elaborati nell'allora *leading case Kafkaris*. Pertanto, dopo aver escluso che le pene di cui si discuteva fossero gravemente o manifestamente sproporzionate rispetto ai reati contestati, i giudici ritennero che il potere dei Governatori di Florida e Maryland di disporre la liberazione anticipata degli ergastolani fosse tale da escludere l'irriducibilità *de jure* e *de facto* e pertanto negarono la violazione dell'articolo 3 CEDU. Si noti inoltre che l'11 novembre 2014 il signor Harkins presentò nuovamente istanza alla Corte EDU per veder tutelate le proprie ragioni. In seguito al *relinquish* della Sezione, della questione venne investita la Grande Camera, la quale, dopo l'udienza tenutasi in data 11 gennaio 2017, "ha respinto, a maggioranza, le doglianze del signor Harkins per quanto concerne l'articolo 3 in quanto inammissibili sulla base del fatto che esse erano «sostanzialmente identiche» alle denunce già esaminate dalla Corte il 17 gennaio 2012 nel caso *Harkins e Edwards* e che la sua successiva giurisprudenza non costituiva «nuove informazioni rilevanti» ai fini dell'articolo 35 § 2 (b) della Convenzione". Così il comunicato stampa rilasciato il 10 luglio 2017 dal Cancelliere della Corte, in www.hudoc.echr.coe.int.

della pena perpetua in tre sottocategorie: l'ergastolo (obbligatorio o discrezionale) con possibilità di liberazione anticipata, quello discrezionale senza tale possibilità e quello obbligatorio senza tale possibilità. Il primo, in quanto riducibile, non rilevava in riferimento all'articolo 3 della Convenzione europea; nel secondo invece, in cui un ruolo chiave era giocato dal bilanciamento delle varie circostanze lasciato alla discrezionalità del giudice, la violazione della norma convenzionale si concretizzava allorché non vi fosse più alcun motivo tra quelli posti alla base della vicenda punitiva capace di giustificare la perdurante detenzione e la pena fosse *de jure* e *de facto* irriducibile. L'ipotesi più problematica era quella di ergastolo obbligatorio senza possibilità di liberazione anticipata in riferimento al quale, pur dovendo ricorrere agli stessi criteri menzionati per la seconda sottocategoria, era necessaria una maggior attenzione nel verificare che tale pena non risultasse nettamente sproporzionata⁴². Nell'affrontare la questione portata dinanzi a loro, i giudici di Strasburgo, i quali diedero prova di conoscere gli argomenti recentemente proposti dalla Corte d'Appello e dalla *House of Lords* inglesi⁴³, distinsero il momento della pronuncia della pena perpetua da quello della sua esecuzione. Per quanto riguarda il primo, l'ergastolo effettivo (rientrante nella seconda delle tre sottocategorie summenzionate) venne considerato senza dubbio legittimo nei confronti di tutti e tre i ricorrenti in quanto misura non gravemente o manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità dei reati di cui si erano resi responsabili⁴⁴. Per quanto riguarda la fase esecutiva, invece, i Giudici ricordarono che una pena inumana o degradante, vietata dall'articolo 3 CEDU, si concretizzava solo ove si riuscisse a dimostrare che il permanente stato detentivo non fosse più giustificabile in relazione ad alcuno dei molteplici fini ad esso ascrivibili e che non vi fosse possibilità alcuna di liberazione anticipata. La Corte ritenne che i ricorrenti non fossero riusciti a dimostrare nemmeno la prima delle due condizioni menzionate in riferimento alla fase esecutiva⁴⁵ e,

⁴² Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 11 e F. VIGANÒ, *Ergastolo*, cit., 6.

⁴³ I riferimenti sono al caso *R. v. Bieber* affrontato dalla *Court of Appeal* inglese nel 2009 e al caso *Wellington v. Secretary of State for the Home Department* affrontato dalla *House of Lords* nel 2008.

⁴⁴ Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 181-182. Cfr. anche F. VIGANÒ, *Ergastolo*, cit., 5, ove l'A. nota che il 'criterio della non grave o manifesta sproporzione della pena', enunciato dalla *House of Lords* nel caso *Wellington* e fatto proprio dalla Corte EDU nel caso *Vinter*, ha vigenza in virtù dell'ampio consenso riscosso nello scenario internazionale nonostante la mancanza di un riferimento ad esso nel testo della CEDU.

⁴⁵ Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 182 e F. VIGANÒ, *Ergastolo*, cit., 6-7 in riferimento a Corte EDU, Sezione Quarta, sent. *Vinter e a. c. Regno Unito*, del 17 gennaio 2012, in www.hudoc.echr.coe.int, §§ 92-95.

pertanto, non esaminò neppure la relazione tra il potere del Ministro della Giustizia inglese di disporre il rilascio anticipato e il divieto di pene *de jure* o *de facto* irriducibili sancito dalla giurisprudenza europea⁴⁶. La Quarta Sezione dichiarò dunque, seppur con un solo voto di scarto⁴⁷, la compatibilità del *whole life imprisonment without parole* con la Convenzione europea.

Interessanti le perplessità manifestate, a margine della sentenza, dai tre giudici di minoranza⁴⁸ circa il fondamento “*on compassionate grounds*”⁴⁹ del potere del Ministro di disporre la liberazione anticipata: nella loro opinione, infatti, una retta interpretazione del diritto convenzionale, e dell’articolo 3 CEDU in particolare, imponeva un controllo *giurisdizionale* per verificare, decorso un dato periodo dalla sentenza di condanna, se vi fossero ancora delle ragioni alla base della sanzione detentiva. Solo così – sostenevano – i detenuti alla pena perpetua avrebbero potuto preservare quella speranza di libertà futura la quale era invece nettamente stroncata dal sistema inglese ove l’unica possibilità concreta di rilascio anticipato dipendeva da motivi pietistico-compassionevoli, peraltro eccezionali, quali gravi malattie terminali⁵⁰.

2.2.4. *La decisione della Grande Camera: una nuova sensibilità*

Non soddisfatti del responso negativo ricevuto in primo grado, i tre ricorrenti si rivolsero in appello alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale, ribaltando le conclusioni elaborate dalla Quarta Sezione, giunse a sentenza il 9 luglio 2013. La Grande Camera, dopo aver esaminato le argomentazioni ulteriori presentate dal Regno Unito e dai ricorrenti, dimostrò di aver maturato una nuova sensibilità nell’approccio alla pena perpetua che la portò ad abbandonare l’orientamento da essa stessa elaborato nel 2008. Difatti se la Corte avesse affrontato la questione prospettata alla luce della c.d. dottrina *Kafkaris*, avrebbe senza dubbio concluso per la compatibilità, garantita dal potere del Ministro della Giustizia di concedere la scarcerazione anticipata,

⁴⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo*, cit., 7.

⁴⁷ Vi furono infatti 4 voti favorevoli e 3 contrari.

⁴⁸ Il cipriota George Nicolaou, l’islandese David Thór Björgvinsson e il polacco Lech Garlicki.

⁴⁹ Cfr. *Criminal Justice Act 2003 (UK Public General Acts 2003 c. 44)*, Section 248, in www.legislation.gov.uk.

⁵⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo*, cit., 7. “Pietistico-compassionevoli” è la traduzione dell’inglese “*compassionate*” proposta da Galliani in D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 972.

dell'ergastolo senza tariffa con la Convenzione europea. I giudici della Grande Camera valorizzarono invece le opinioni espresse dalla minoranza della Quarta Sezione nel giudizio di primo grado e cambiarono il campo di gioco nel quale esaminare le doglianze dei tre detenuti Vinter, Bamber e Moore. Il ragionamento sviluppato nella sentenza del 2013 risulta infatti imperniato sulle nozioni di dignità dell'uomo e funzione rieducativa della pena. La Corte EDU, consapevole della permeabilità degli ordinamenti giuridici, non mancò di prendere in considerazione anche la situazione al di fuori del sistema del Consiglio d'Europa⁵¹: in tale contesto, accanto alla normativa posta alla base della Corte Penale Internazionale e dell'ordinamento comunitario, una particolare attenzione venne dedicata alla Carte costituzionali tedesca e italiana le quali avevano sancito, rispettivamente, che “La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla”⁵² e che “Le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato”⁵³. I giudici di Strasburgo erano ben consci che il terreno sul quale avevano incardinato il processo era alquanto impervio e difficile; difatti, nelle argomentazioni aggiuntive esposte alla Grande Camera, il Governo del Regno Unito aveva rivendicato la possibilità, ben nota al sistema inglese, che a fronte di gravi reati la pena si reggesse sul solo scopo afflittivo. Da quest'ultimo concetto, ben distante dalla funzione rieducativa di cui dissertava la Corte europea, si può evincere tutta la difficoltà e la problematicità della vicenda che si era chiamati ad affrontare a Strasburgo⁵⁴. La Grande Camera, dimostrando di non volersi indebitamente avventurare nell'annoso dibattito circa le finalità delle sanzioni penali, precisò che tale questione era riservata all'insindacabile margine di apprezzamento dei singoli Stati. L'obiettivo perseguito non era dunque mettere in discussione la capacità dei Paesi membri di comminare l'ergastolo a fronte dei reati più gravi, bensì quello di conferire importanza, (almeno) pari rispetto agli altri scopi della pena, alla funzione di risocializzazione, la quale risultava categoricamente esclusa in un sistema, come quello inglese, ove l'unica possibilità che il destinatario dell'*whole life order* aveva di uscire vivo dal carcere era legata a valutazioni pietistico-umanitarie. Non si contestava dunque l'eventualità che l'ergastolo potesse davvero essere effettivo qualora

⁵¹ Per un elenco dettagliato delle disposizioni e dei documenti presi in considerazione dalla Grande Camera si v. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 14 e 27, ntt. 49-53.

⁵² Cfr. art. 1, comma 1, Cost. tedesca, disponibile in italiano in www.art3.it.

⁵³ Cfr. art. 27, comma 3, Cost.

⁵⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 12-14.

supportato dal permanere degli scopi posti alla base, bensì che esso potesse proseguire anche qualora non vi fosse più alcun fondamento giustificativo, neppure la prevenzione⁵⁵. Difatti – secondo la Corte – un ergastolo, che al momento della sua irrogazione fosse risultato giusto, nel corso del tempo sarebbe potuto apparire ingiusto⁵⁶. La Grande Camera ritenne di dover rimodulare i parametri per valutare l'irriducibilità della pena perpetua elaborati nella precedente sentenza *Kafkaris*: se nel 2008 si era ragionato sul *de jure* e sul *de facto* della liberazione anticipata, ora i criteri guida dovevano essere i valori – eletti a perni processuali nella pronuncia del 2013 – della funzione rieducativa e della dignità della pena. Si ribadì dunque che, di per sé, l'ergastolo effettivo – inteso come evenienza che un detenuto potesse espiare la totalità della pena in regime detentivo – non contrastava con il diritto convenzionale⁵⁷, il problema si poneva invece a causa dell'assenza di una possibilità di riesame della sanzione inflitta poiché si concretizzava un qualcosa di “simile ad un trattamento inumano in considerazione degli effetti de-socializzanti e perciò de-umanizzanti della reclusione di lungo termine”⁵⁸. Quindi, affinché la pena perpetua potesse essere considerata riducibile, come preteso dal diritto convenzionale⁵⁹, essa doveva essere suscettibile di riesame (*review*) con il quale le autorità nazionali potessero “verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto [...] [avesse] fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena [...] [permettesse] più di giustificare il suo mantenimento in detenzione”⁶⁰. Da qui emerge con chiarezza la scelta della Corte la quale aveva eletto la

⁵⁵ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 972.

⁵⁶ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 15.

⁵⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie tra ergastolo e pene temporanee: il rebus dei rimedi ex art. 35-ter o.p. per inumana detenzione*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2016, 1, secondo cui la “giurisprudenza [della Corte di Strasburgo], infatti, non è di per sé contraria a sanzioni detentive di durata indeterminata, purché l'indeterminatezza non si traduca in carattere assoluto di perpetuità”.

⁵⁸ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 2 Secondo cui “*irreducible life sentence is akin to inhuman treatment in view of the dissocializing and dehumanizing effects of long term imprisonment*”.

⁵⁹ Difatti la Corte EDU ritiene che, “per quanto riguarda le pene perpetue, l'articolo 3 [CEDU] debba essere interpretato nel senso che esige che esse siano riducibili”. Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, cit., §119 nella traduzione a cura del Ministero della Giustizia italiano. Cfr. invece A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie*, cit., 2, ove l'A. accusa la Corte europea di “interpretazione rinnegante”, perché ritiene che il sintagma ‘pena perpetua riducibile’ sia un ossimoro suggestivo, nel quale “significante e significato entrano in cortocircuito”.

⁶⁰ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, cit., §119, nella traduzione a cura del Ministero della Giustizia italiano.

risocializzazione del detenuto a “scopo preponderante [ma non unico] della pena”⁶¹. Difatti viene riconosciuta validità alla giustificazione retributiva – sulla cui base si può dunque decidere per la prosecuzione della pena – ma senza che si possa per questo trascurare la funzione rieducativa, la quale impone, prima o poi, un riesame della pena per valutare se siano ancora attuali i motivi che la giustificarono quando venne comminata⁶². La Corte – soffermandosi sull’altro valore eretto a cardine processuale, la dignità – ritenne che essa sarebbe stata inaccettabilmente lesa ove l’unica speranza che i detenuti avessero di riguadagnare la libertà perduta fosse confinata a motivi pietistico-compassionevoli. È questa la via con la quale si riconobbe ad ognuno, anche al colpevole del più grave reato, la possibilità di riscatto. Nella sentenza si sancì il diritto di ogni condannato all’ergastolo effettivo di “sapere, sin dall’inizio della sua pena, cosa deve fare perché sia esaminata una sua possibile liberazione e quali siano le condizioni applicabili. Egli ha il diritto, in particolare, di conoscere il momento in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto”⁶³. Dopo aver proclamato la riducibilità della pena perpetua, la Corte, attenta a non invadere il margine di apprezzamento degli Stati membri, precisò che spettava a questi ultimi il compito di stabilire *chi e quando* dovesse procedere al riesame. Per quanto concerne il primo punto, dunque, non veniva espressa alcuna preferenza per l’organo, amministrativo o giudiziario, competente in materia; per quanto concerne il secondo punto invece, ferma la libertà dei singoli Paesi, la Corte non mancò di ricordare che lo Statuto della Corte Penale Internazionale prevede un termine di venticinque anni decorso il quale l’ergastolo deve essere riesaminato. È questa un’indicazione non vincolante, ma sicuramente significativa se si considera la gravità degli illeciti su cui il tribunale internazionale ha giurisdizione⁶⁴. Si ritiene che il margine di apprezzamento degli Stati rimanga comunque soggetto alla supervisione della Corte; una discrezionalità illimitata permetterebbe agli Stati di stabilire dei periodi di tempo così

⁶¹ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 2.

⁶² Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 972 e D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 15, ove l’A. ritiene tale conclusione un “esito alquanto interessante”.

⁶³ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, cit., §122, nella traduzione a cura del Ministero della Giustizia italiano. Interessante l’opinione di A. Pugiotto secondo cui l’interpretazione fornita nel caso qui in esame dell’articolo 3 CEDU assorbe quell’esigenza di chiarezza e prevedibilità della legge penale che in precedenza era stata ricavata dall’articolo 7 CEDU. Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 118, nt. 154.

⁶⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Ultime da Strasburgo*, cit., 14 e D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 973.

lungi da nullificare nella pratica l'obbligo di riesame su loro gravante⁶⁵. Infine, smentendo la tesi prospettata nelle argomentazioni presentate dal Governo inglese secondo cui i trattamenti inumani e degradanti convenzionalmente vietati potevano concretizzarsi solo nella fase esecutiva della pena, la Grande Camera nella sentenza sancì che “quando il diritto nazionale non prevede alcun meccanismo né alcuna possibilità di riesame delle pene dell'ergastolo effettivo, la conseguente incompatibilità con l'articolo 3 decorre dalla data in cui la pena è stata inflitta e non in una fase successiva della detenzione”⁶⁶. Se così non fosse – evidenzia la Corte – non sarebbe logico immaginare che una persona condannata alla pena perpetua si impegni per il proprio reinserimento nel consorzio sociale⁶⁷.

Una volta individuato il nuovo *legal reasoning* che doveva orientarli, i giudici di Strasburgo affrontarono direttamente il punto cruciale della questione prospettata dinanzi a loro: il potere del Ministro della Giustizia inglese come unica possibilità di scarcerazione anticipata di cui disponevano i destinatari di un *whole life order*. Non vi era dubbio che l'ergastolo nel sistema inglese fosse *de jure* riducibile, dato che il Ministro poteva disporre il rilascio anzi tempo di qualsiasi individuo ristretto nella propria libertà. Seri dubbi emergevano invece in merito alla sua connotazione *de facto*: l'interpretazione estremamente restrittiva adottata dal governo britannico aveva fatto sì che nella prassi l'unica possibilità, peraltro eventuale, di scarcerazione anticipata consistesse nell'aspettativa di morte imminente⁶⁸, concetto diverso rispetto a quello di prospettiva di rilascio la quale avrebbe dovuto spingere il detenuto verso il reinserimento sociale. La Grande Camera ritenne quindi che il *whole life imprisonment without parole* non fosse riducibile nel senso richiesto dall'articolo 3 CEDU, come interpretato dalla Corte. Difatti l'unica possibilità di scarcerazione anticipata consisteva nel potere ministeriale fondato su basi pietistico-compassionevoli e limitato a circostanze eccezionali: pertanto la mancanza di una possibilità di riesame che valutasse l'attualità della pena concretizzava

⁶⁵ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 4.

⁶⁶ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, cit., §122, nella traduzione a cura del Ministero della Giustizia italiano.

⁶⁷ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 16 e Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, cit., §122, nella traduzione a cura del Ministero della Giustizia italiano.

⁶⁸ Risultava inoltre, per ammissione dello stesso governo britannico, che dal 2000 nessun condannato alla pena effettivamente perpetua avesse mai beneficiato, neppure per motivi umanitari, del potere del Ministro della Giustizia inglese.

un trattamento inumano e degradante. Nella sentenza del 9 luglio 2013, quindi, i giudici di Strasburgo, con sedici voti favorevoli ed un contrario, dichiararono l'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale come previsto nell'ordinamento del Regno Unito in violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶⁹.

2.2.5. *Le quattro separate opinions nella sentenza Vinter e altri c. Regno Unito*

Nel caso *Vinter*, affrontato e risolto dalla Grande Camera nel 2013, vi furono quattro *separate opinions*, di cui solo una dissenziente. Questa fu quella del giudice del Liechtenstein Villiger, secondo il quale la violazione dell'articolo 3 CEDU avrebbe dovuto essere indagata, ed esclusa, avendo in considerazione la sola fase esecutiva della pena. Difatti, a suo modo di vedere, la disposizione convenzionale citata non rilevava per i casi dei signori Vinter e Moore, i quali stavano scontando la pena, rispettivamente, da cinque e diciassette anni. Più difficoltoso era invece il caso del signor Bamber, in carcere da quasi ventisette anni, nel quale però la gravità e quantità dei reati accertati portavano a reputare che i motivi che giustificano la sua detenzione non fossero ancora mutati e che il principale di questi, ossia la repressione, restasse determinante⁷⁰. La giudice lettone Ziemele sottoscrisse una *concurring opinion* ove criticava la scelta della Corte, espressa nel punto 3 del dispositivo, di considerare la constatazione della violazione come un'equa soddisfazione per il danno morale subito e proponeva di rivedere la formula processuale da impiegare allorché non si ritenesse di accordare alcuna somma a fronte della richiesta di indennizzo. La *concurring opinion* del giudice inglese Mahoney si limita a ripercorrere il ragionamento della Corte e a formulare marginali proposte *de jure condendo*. Infine vi è la *concurring opinion* della giudice d'Irlanda Power-Forde, secondo la quale la sentenza della Grande Camera ha offerto cittadinanza, nell'alveo dell'articolo 3 CEDU, a quello che potrebbe essere chiamato 'diritto alla speranza' o, spesso non tradotto, '*right to hope*'. Difatti – si legge nelle poche righe di cui si compone la sua opinione – “La sentenza riconosce, implicitamente, che la speranza è un aspetto importante e costitutivo della persona umana. Gli autori degli atti più odiosi ed estremi [...] conservano comunque la

⁶⁹ La violazione venne dichiarata solo per l'incompatibilità con l'articolo 3 della Convenzione come interpretato dalla Corte EDU. Per quanto concerne invece il motivo di ricorso relativo all'articolo 5 § 4 della Convenzione, la Corte dichiarò, all'unanimità, che esso esulava dall'oggetto della controversia.

⁷⁰ Cfr. *Dissenting opinion of Judge Villiger* in Corte EDU, Grande Camera, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, cit.

loro umanità fondamentale e hanno la capacità intrinseca di cambiare. Per quanto lunghe e meritate siano le pene detentive inflitte, essi conservano la speranza che, un giorno, potranno riscattarsi per gli errori commessi. [...] Impedire loro di nutrire tale speranza significherebbe negare un aspetto fondamentale della loro umanità e, pertanto, sarebbe degradante”⁷¹.

2.3. *Il consolidamento e l’espansione della c.d. dottrina Vinter*

L’orientamento delineato nella sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013 fu ben presto consolidato da successive pronunce della Corte europea, la quale fu chiamata a giudicare l’ergastolo senza condizionale come introdotto, in vece della abrogata pena capitale, in Turchia, Ungheria e Bulgaria. Nella disciplina prospettata da tali ordinamenti, solo le gravi condizioni di salute del detenuto o l’esercizio da parte del Capo dello Stato del potere di commutare le sanzioni o concedere la grazia potevano determinare l’esaurimento anticipato della pena perpetua effettiva: non vi era, dunque, spazio alcuno per quel ‘diritto alla speranza’ teorizzato dalla Grande Camera e esplicitato dalla giudice Power-Forde. È significativo notare che i giudici di Strasburgo, nel dichiarare la violazione dell’articolo 3 CEDU da parte delle normative introdotte dai tre Paesi menzionati, si pronunciarono all’unanimità⁷². Degna di nota, per più motivi, la sentenza *Öcalan c. Turchia (n. 2)* del 18 marzo 2014, ove la Seconda Sezione ebbe modo di confermare la nuova sensibilità nell’approccio alla pena perpetua. Tale decisione risulta per noi di particolare interesse poiché la fattispecie prospettata dinanzi ai giudici di Strasburgo si può definire, *mutatis mutandis*, simile al regime italiano del c.d. ergastolo ostativo⁷³. Il signor Öcalan, esponente di punta del Partito dei lavoratori curdo, riteneva di essere lesa nei propri diritti convenzionali sia a causa della condanna irrogatagli sia a causa delle modalità con cui essa veniva eseguita. Per quanto concerne la prima doglianza, era stato condannato a pena perpetua senza condizionale e, per di più, senza

⁷¹ Cfr. *Concurring opinion of Judge Power-Forde*, in Corte EDU, Grande Camera, sentt. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, cit., nella traduzione a cura del Ministero della Giustizia italiano.

⁷² Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 972-3. Il riferimento è alle sentt. Corte EDU, Sezione Seconda, *Öcalan c. Turchia (n. 2)* del 18 marzo 2014; Sezione Seconda, *Laszlo Magyar v. Ungheria* del 20 maggio 2014; Quarta Sezione, *Harachiev e Tomulov c. Bulgaria* dell’8 luglio 2014; tutte in www.hudoc.echr.coe.int.

⁷³ Cfr. R. CASIRAGHI – S. ZIRULLA, *Monitoraggio CORTE EDU marzo 2014*, § b), in www.penalecontemporaneo.it, ove l’A. parla di ergastolo ostativo e Fungardi, 190.

possibilità di accesso ad alcuna misura premiale o beneficio penitenziario⁷⁴; per quanto riguarda le modalità di esecuzione, l'espiazione avveniva in stato di isolamento detentivo. In riferimento a quest'ultimo la Corte ritenne che la violazione dell'articolo 3 si era concretizzata solo per il periodo precedente al 2009, anno in cui la Turchia si conformò alle previsioni impartite dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT). Per quanto riguarda la tipologia di sanzione inflitta, nella sentenza del 2014 si applicano i principi elaborati dalla c.d. dottrina *Vinter* secondo cui è disumano e degradante prevedere una pena perpetua senza un meccanismo di *review* che ne valuti, dopo un dato termine, il permanere delle esigenze giustificative⁷⁵. A fronte delle argomentazioni presentate dal Governo turco secondo cui, considerata l'avvenuta abolizione della pena capitale e la gravità delle azioni di cui era responsabile il signor Öcalan, non era possibile ipotizzare per il ricorrente sanzione diversa dall'ergastolo senza condizionale, la Corte si premurò di replicare che una pena può essere inumana e degradante *indipendentemente* dalla fattispecie criminosa per la quale sia stata comminata. Dunque “nemmeno il più grave dei reati [...] può giustificare una determinata pena se questa è inumana o degradante”⁷⁶. Dunque la Seconda Sezione, all'unanimità, sentenziò l'incompatibilità con l'articolo 3 CEDU dell'ergastolo (ostativo) senza condizionale comminato al ricorrente. Si noti che quella qui affrontata è un'ipotesi più severa rispetto a quella analizzata dalla Grande Camera nel 2013: difatti la normativa turca condivideva con quella inglese la previsione di una pena senza fine e senza possibilità di riesame, ma, in aggiunta, imponeva il diniego anche degli altri benefici penitenziari⁷⁷.

Nella sentenza *Trabelsi c. Belgio* del 4 settembre 2014, la Quarta Sezione, chiamata nuovamente a pronunciarsi circa il rapporto tra pena perpetua senza condizionale e richiesta di estradizione verso un Paese non membro del Consiglio d'Europa, applicò i principi elaborati dalla Grande Camera nel caso *Vinter* superando così il suo recente

⁷⁴ Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 191 secondo l'A. il diniego di accesso alle misure premiale e a benefici penitenziari costituisce un trattamento simile a quello in cui si trovi l'ergastolano ostativo in Italia,

⁷⁵ La Corte non ritenne sufficiente né il potere di grazia del Capo dello Stato né la possibilità di una legge d'amnistia la quale neppure risultava inserita nell'agenda politica del governo turco.

⁷⁶ Cfr. D. GALLIANI, *Riflessioni*, cit., 10.

⁷⁷ Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 192.

orientamento in materia⁷⁸. Il signor Trabelsi, condannato in Belgio a dieci anni di reclusione e richiesto dagli Stati Uniti in quanto sospettato di terrorismo⁷⁹, nel 2011 fece ricorso alla Corte europea, sostenendo che la decisione del Governo belga di concedere l'extradizione concretizzasse una violazione dell'articolo 3 CEDU dato il serio rischio che i giudici federali americani pronunciassero contro di lui una *whole life sentence*; contestualmente il ricorrente chiese, ed ottenne, la sospensione provvisoria⁸⁰ del procedimento di consegna⁸¹. Giunta a sentenza nel 2014, la Quarta Sezione unanime ritenne convenzionalmente illegittima, alla luce della c.d. dottrina *Vinter*, l'extradizione verso gli Stati Uniti di una persona sospettata di reati punibili con l'ergastolo senza condizionale. Non mancarono inoltre le dure critiche al Belgio il quale, ignorando la misura interinale disposta dalla Corte, aveva già consegnato il ricorrente alle autorità americane prima della conclusione del giudizio, minando in questo modo l'effettività di quanto statuito⁸².

Nelle sentenze *Murray c. Paesi Bassi* del 26 aprile 2016 della Grande Camera e *T.P. e A.T. c. Ungheria* del 4 ottobre 2016 della Quarta Sezione, la Corte, chiamata a giudicare la pena perpetua senza condizionale nelle normative – rispettivamente – olandese⁸³ e ungherese, ebbe modo di confermare l'orientamento *Vinter* aggiungendo alcune interessanti considerazioni. Per quanto concerne la prima, risulta degno di nota il rilievo della Grande Camera la quale, sottolineando l'importanza della possibilità di rieducazione durante l'esecuzione delle sanzioni, non mancò di rilevare che tale opportunità, nel caso di specie, non vi era stata dal momento che il detenuto aveva espiato la propria pena in un'ordinaria struttura carceraria e non invece in un istituto adatto ai

⁷⁸ Il riferimento è Corte EDU, Sezione Quarta, sent. *Harkins e Edwards c. Regno Unito* del 17 gennaio 2012 pronunciata lo stesso giorno della sentenza, sempre della Sezione Quarta, *Vinter e altri c. Regno Unito*. Nella prima pronuncia citata la Corte applicò all'extradizione i principi elaborati nell'allora *leading case Kafkaris*. In tal senso v. *supra*.

⁷⁹ La condanna in Belgio era avvenuta nel 2003 per la partecipazione del signor Trabelsi ad un'azione volta a far esplodere una base militare. La richiesta di estradizione da parte degli Stati Uniti d'America fu invece presentata nel 2008 a causa del sospetto che il signor Trabelsi fosse implicato in azioni terroristiche progettate contro l'ambasciata statunitense in Francia.

⁸⁰ Ex art. 39 delle Regole della Corte EDU.

⁸¹ Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 196-7.

⁸² Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 973 e S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 197-8.

⁸³ *Rectius*: neerlandese.

propri disturbi psichiatrici⁸⁴. Nella pronuncia *T.P. e A.T. c. Ungheria*, la Quarta Sezione dovette valutare la compatibilità convenzionale della disciplina ungherese come rimodulata in seguito al caso *Laszlo Magyar* del 2014 ove la Seconda Sezione aveva riscontrato la violazione dell'articolo 3 CEDU⁸⁵. L'Ungheria aveva infatti elaborato un complicato sistema per mezzo del quale l'ergastolo rimaneva senza condizionale, ma si affidava al *Clemency Board* il compito di elaborare, dopo quarant'anni di espiazione della pena, un parere motivato che avrebbe orientato la richiesta di clemenza formulata dal Ministro della Giustizia al Capo dello Stato. Nell'affrontare la vicenda alla luce della c.d. dottrina *Vinter*, i giudici di Strasburgo aggiunsero “un ulteriore tassello al mosaico della compatibilità convenzionale della pena perpetua”⁸⁶: se difatti la pronuncia del 2013 aveva lasciato al margine di apprezzamento statale il compito di fissare il termine entro il quale svolgere il riesame della pena, la sentenza del 2016 sancì che un intervallo lungo quarant'anni impedisce quella riducibilità *de facto* pretesa dall'interpretazione dell'articolo 3 CEDU⁸⁷. Fu questo un (ulteriore) traguardo significativo perché, oltre a ribadire i principi inaugurati dalla Grande Camera, la Quarta Sezione valorizzò quel richiamo allo Statuto della Corte Penale Internazionale fatto a mo' di mera indicazione nel 2013. Emerse chiaramente che la determinazione della parentesi di tempo dopo cui rivalutare l'attualità della sanzione spetta sì agli Stati, ma sotto la supervisione della Corte EDU la quale è chiamata a vagliare la legittimità di quei termini per i quali, eccedendo i venticinque anni fissati dallo Statuto della Corte Penale Internazionale, non si può asserire

⁸⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 973. Per un'analisi della sentenza in esame, cfr. D. GALLIANI, *Murray c. Paesi bassi: progressi in materia di pena perpetua*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/2016, 603 ss., *passim*.

⁸⁵ Nella sentenza *Laszlo Magyar v. Ungheria* del 20 maggio 2014, la Seconda Sezione aveva applicato la dottrina *Vinter* e, consequenzialmente, ritenuto che il ricorrente, colpevole di diversi omicidi, rapine, sequestri e furti, fosse stato leso nei propri diritti convenzionali poiché sottoposto a pena perpetua senza possibilità di liberazione condizionale e quindi privato di ogni prospettiva di rilascio informata al diritto alla speranza. Cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 626.

⁸⁶ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 973. Interessante notare, come evidenziato dall'A., che nella precedente sentenza *Bodein c. Francia* del 13 novembre 2014 la Quinta Sezione aveva considerato legittima la normativa francese nella quale, in talune circostanze, può essere fissato un termine di trent'anni nei quali non è possibile presentare istanza alcuna di liberazione anticipata.

⁸⁷ Cfr. P. BERNARDONI, *Ancora in tema di ergastolo e art. 3 CEDU: la Corte di Strasburgo pone un limite al margine di apprezzamento degli Stati*, in www.penalecontemporaneo.it, 1. Interessante notare che, nel caso qui analizzato, la Corte EDU, per constatare l'illegittimità convenzionale, si limitò ad esaminare la durata del termine previsto perché potesse attivarsi il *Clemency Board*, senza neppure prendere in considerazione l'operare di questo, del Ministro della Giustizia e del Capo dello Stato.

a priori la ragionevolezza rispetto al c.d. diritto alla speranza e quindi la compatibilità con il diritto convenzionale⁸⁸.

2.4. La sentenza della Grande Camera *Hutchinson v. Regno Unito* del 2017

2.4.1. Il caso prospettato e le decisioni della Quarta Sezione e della Grande Camera

La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo tornò, in sede di rinvio (*referral*) rispetto alla sentenza della Quarta Sezione⁸⁹, ad esaminare la pena perpetua nel Regno Unito. Il signor Hutchinson – riconosciuto colpevole, nonostante si sia sempre dichiarato innocente, di aver pugnalato tre persone, tra cui la moglie e il figlio, e di aver violentato la figlia – era il destinatario di un *whole life order* e la sua posizione giuridica era del tutto simile a quella già vagliata a Strasburgo nel precedente caso *Vinter*⁹⁰. Proprio questo rappresenta il punto critico della vicenda dal momento che la decisione adottata dalla Quarta Sezione il 3 febbraio 2015, e poi confermata dalla Grande Camera il 17 gennaio 2017, costituisce una pietra d'inciampo o, se si preferisce, “un’inaspettata battuta d’arresto”⁹¹ nel cammino di consolidamento della nuova sensibilità verso la pena perpetua intrapreso, contro la medesima parte resistente, nel 2013. Conviene allora ripercorrere rapidamente il ragionamento della Corte ed il contesto nel quale si svolse. È bene tenere conto che nel febbraio 2014 veniva celebrato dinanzi alla Corte d’Appello del Regno Unito il caso *R. c. McLoughlin*⁹², ove i giudicanti furono chiamati a valutare se, a loro avviso, la normativa inglese costituisse o meno una violazione del diritto convenzionale europeo. La soluzione prospettata fu negativa poiché, da un lato, il Ministro della Giustizia era vincolato al rispetto dell’articolo 3 CEDU come interpretato dalla Corte europea e, dall’altro, il suo potere di concedere la liberazione anticipata

⁸⁸ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 974.

⁸⁹ La Grande Camera si attivò in seguito a rinvio (*referral*) rispetto alla decisione adottata dalla Quarta Sezione in data 3 febbraio 2015.

⁹⁰ Nel 1984 il giudice, nel comminare la condanna all’ergastolo, proponeva una c.d. tariffa di 18 anni. Dieci anni più tardi, invece, il Ministro rese noto di aver optato, dato la particolare crudeltà dei reati commessi, per il regime del *no parole*, il quale rimaneva fermo anche dopo l’impugnazione, a vuoto, della decisione. Cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 627.

⁹¹ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 974.

⁹² Il caso *R. c. McLoughlin* fu deciso in data 18 febbraio 2014 dalla Corte d’Appello di Inghilterra e Galles composta dal *Lord Chief Justice*, dal Presidente della *Queen Bench Division*, dal Vice-Presidente della *Criminal Division* della Corte stessa, dal un altro *Lord Justice* e da un *Senior Judge* della *Hight Court*. Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., nt. 20.

risultava già sufficientemente delimitato nei presupposti applicativi consistenti nelle “circostanze eccezionali” senza che fosse necessaria un’ulteriore specificazione. Inoltre non vi era neppure bisogno di precisare i “*compassionate grounds*” poiché essi ben dovevano essere vagliati caso per caso dal Ministro, la cui decisione – proseguirono i giudici inglesi – era peraltro rivedibile in sede giurisdizionale. La Quarta Sezione della Corte EDU, allorché si trovò ad esaminare le doglianze proposte dal signor Hutchinson, ritenne le argomentazioni elaborate dalla Corte d’Appello inglese sufficienti per escludere la violazione della Convenzione europea. Tale pronuncia e la relativa conferma ad opera della Grande Camera sono state salutate con forte criticità dalla dottrina che non ha mancato di rilevare come sia “bastata un’oscura decisione di una rilevante composizione di un’autorevole corte inglese per arrestare il cammino intrapreso da *Vinter* in avanti”⁹³. Difatti la Corte di Strasburgo sembrò considerare il riconoscimento, da parte dei giudici del Regno Unito, dell’obbligo del Ministro di conformarsi al diritto europeo come una garanzia del fatto che questo, in concreto, si verificherà sempre. Ma in realtà nel sistema inglese nulla era cambiato sul piano legislativo rispetto a 2013: la sentenza *R. c. McLoughlin* altro non è che il ribadimento per via giurisprudenziale del preesistente obbligo di conformità del potere ministeriale con il diritto europeo così come interpretato dalla Corte EDU⁹⁴; inoltre è vero che tale potere è suscettibile di un controllo giurisdizionale ma, non essendo necessario motivare il diniego del rilascio anticipato, esso sarà nei fatti intangibile. Si deve infatti riconoscere, con onestà intellettuale e senza gridare allo scandalo, che in tale vicenda i giudizi, sia della Quarta Sezione che della Grande Camera⁹⁵, risultano orientati più da considerazioni di natura politica che da ragionamenti di stretto diritto⁹⁶. E questo emerge con chiarezza se si considera la bassa capacità persuasiva delle argomentazioni proposte, le quali cercano di convincersi della sopravvenuta compatibilità, esclusa nel 2013, di un sistema nel quale nulla è cambiato

⁹³ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 975.

⁹⁴ Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 975.

⁹⁵ La Quarta Sezione deliberò con sei voti favorevoli ed uno solo contrario, mentre la Grande Camera con quattordici favorevoli e tre contrari.

⁹⁶ Cfr. M. BOCCHI, *I casi Hutchinson e Paradiso Campanelli: la Grande camera riscrive il diritto della Convenzione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2017, 443.

, ove l’A., citando G. Tarello, considera la decisione qui in esame “come un esempio di quel «diritto sociologico» [...] che si manifesta quando la Corte asseconda le conseguenze politiche delle decisioni che si appresta ad adottare, evitando di sovrapporre l’applicazione del diritto alle dinamiche sociali”.

rispetto a quella data, e che pertanto costituiscono “un grosso passo indietro”⁹⁷ rispetto all’orientamento inaugurato nella sentenza *Vinter*. Difatti nel Regno Unito il destinatario di un *whole life order* continua ad essere violato nel suo diritto, sancito dalla giurisprudenza europea, di sapere come comportarsi per sperare di poter un giorno uscire dal carcere. Se non stupisce la circostanza che la Corte d’Appello inglese, nel tentativo di difendere la sovranità nazionale nell’ambito penale, abbia ritenuto che non vi fosse violazione alcuna dell’articolo 3 CEDU, maggiori perplessità scaturiscono dalla cedevolezza con cui i giudici di Strasburgo riconoscono ad una pronuncia inglese la capacità di conformare la normativa nazionale alle previsioni convenzionali, limitandosi semplicemente ad auspicare una novella legislativa con la quale il Parlamento con sede a Westminster recepisca quanto maturato in sede giurisdizionale nazionale. Conseguenza è che la Corte nella sentenza *Hutchinson c. Regno Unito* del 2017 dichiarò la legittimità di un sistema che, continuando a prevedere la pena perpetua senza condizionale, non garantisce spazio alcuno per il riesame dell’attualità degli scopi della sanzione, salvo il riconoscimento teorico, ad opera della Corte d’Appello, del dovere di un organo politico – il Ministro – di agire in conformità al diritto europeo come interpretato dalla Corte EDU⁹⁸. Secondo la dottrina, alla base delle valutazioni fortemente politiche e poco giuridiche che hanno orientato i giudici di Strasburgo in tale pronuncia vi potrebbe essere il comprensibile timore che la Gran Bretagna decida di abbandonare, oltre al sistema della c.d. Piccola Europa, anche quello del Consiglio d’Europa⁹⁹.

⁹⁷ Cfr. D. GALLIANI, *Ultime da Strasburgo*, cit., 15.

⁹⁸ Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 15 e D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 976-7. Noto inoltre il rilievo dell’A. il quale, nel riportare l’opinione della Corte di Strasburgo secondo cui la motivazione che deve corredare la decisione ministeriale in merito alla liberazione anticipata sia mezzo idoneo per intendere come il Ministro intenda esercitare il suo potere, evidenzia che secondo l’orientamento *Vinter* il detenuto ha diritto di sapere come comportarsi per sperare nel rilascio anticipato (e non di certo di sapere come il Ministro utilizzerà i propri poteri).

⁹⁹ Cfr. D. GALLIANI, *Ultime da Strasburgo*, cit., 15 e D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 980 e nt. 34 ove l’A. ricorda le significative parole pronunciate dal Primo Ministro inglese Theresa May, e riportate sul quotidiano *the Guardian* in data 25 aprile 2016, secondo la quale “A proposito del referendum sull’Unione, il mio punto di vista è questo: se noi, in questo Paese, vogliamo riformare la normativa riguardanti [*sic!*] i diritti umani, non è l’Unione che dobbiamo abbandonare, ma la Convenzione e la giurisdizione della sua Corte”.

2.4.2. *La separate opinions nella sentenza Hutchinson c. Regno Unito*

Come abbiamo già rilevato, la sentenza della Grande Camera *Hutchinson c. Regno Unito* del 17 gennaio 2017 fu approvata con quattordici voti favorevoli e tre contrari; vale la pena di spendere alcune parole sulle tre *separate opinions* che vennero presentate.

Il giudice spagnolo Luiz López Guerra, nella sua *dissenting opinion*, qualificò come sconcertante (*puzzling*) la posizione della maggioranza la quale, sostenendo che le doglianze del ricorrente fossero limitate allo stato attuale della legislazione nazionale, non prese in considerazione la situazione vigente prima della pronuncia *R. v. McLoughlin*. Ad avviso del giudice López Guerra, invece, la vicenda aveva concretizzato una lesione dell'articolo 3 CEDU per violazione del c.d. diritto alla speranza sin dal 1984, anno in cui intervenne la condanna a pena perpetua non riducibile, e (almeno) fino al 2014, anno in cui venne risolto il caso *R. v. McLoughlin*. Difatti, anche a voler ritenere – nonostante i molti e ragionevoli dubbi – che la sentenza della Corte d'Appello inglese fosse stata sufficiente a rendere l'ordinamento inglese conforme alla CEDU, era indubbio che (almeno) fino a quel momento vi fosse una frizione con il diritto convenzionale, giacché la stessa Corte europea aveva riconosciuto che la situazione esistente prima di tale sentenza inglese era la medesima sanzionata nel caso *Vinter*¹⁰⁰.

Il giudice portoghese Paulo Pinto de Albuquerque, nella sua lunga ed articolata *dissenting opinion*, evidenziò come lo sforzo della maggioranza della Corte di conciliare la pronuncia inglese *R. v. McLoughlin* con la lettera e lo spirito dell'orientamento inaugurato dalla Grande Camera nel 2013 fosse fonte di dubbi irrisolti inerenti la precisione linguistica, la coerenza logica e la certezza giuridica. In particolare egli ritenne che le conclusioni elaborate dalla maggioranza potessero avere delle “conseguenze sismiche per il sistema europeo di protezione dei diritti umani”¹⁰¹ di portata tale da scatenare profonde crisi circa il ruolo della Corte di Strasburgo e il suo orientamento in materia di pena

¹⁰⁰ Cfr. *Dissenting opinion of Judge López Guerra* in Corte EDU, Grande Camera, sent. *Hutchinson c. Regno Unito* del 17 gennaio 2017, in www.hudoc.echr.coe.int, secondo cui “*Even admitting that, in the opinion of the Grand Chamber, there is not at present a violation of Article 3 with respect to the applicant as a result of the above ruling, an issue remains concerning his situation between the point that he was sentenced to a whole life term and the date on which the McLoughlin judgment was delivered, thus translating into the United Kingdom’s legal system the principles set out by this Court in Vinter*”.

¹⁰¹ Cfr. *Dissenting opinion of Judge Paulo Pinto de Albuquerque* in Corte EDU, Grande Camera, sent. *Hutchinson c. Regno Unito* del 2017, cit.

perpetua e constatò l'esistenza di uno scenario catastrofico¹⁰² ove si rischia di legittimare l'idea di un'applicazione non omogenea della Convenzione europea nell'ambito della c.d. Grande Europa¹⁰³ con conseguente pericolo che la Corte venga intesa "come una commissione di natura non giurisdizionale composta da 47 esperti altamente qualificati e politicamente legittimati, che non emette sentenze vincolanti, almeno per quanto riguarda talune Parti Contraenti, ma pronuncia mere raccomandazioni su 'cosa sarebbe auspicabile' che le autorità nazionali facessero, agendo in mera capacità ausiliaria, al fine di 'aiutarli' nell'adempiere i loro obblighi statutari e internazionali"¹⁰⁴.

Infine la *dissenting opinion* del giudice ungherese András Sajó il quale, nell'aderire a quanto espresso dal collega portoghese, precisò che "anche qualora l'espressione «motivi compassionevoli» possa significare qualsiasi cosa un giudice trovi ragionevoli nel Regno Unito, essa non può certamente fornire [nell'ambito europeo] la guida specifica per il detenuto che è stata sancita appena sei mesi fa nella sentenza *Murray c. Paesi Bassi*"¹⁰⁵.

Sono, quelle espresse dai tre giudici di minoranza, parole dure ma ragionevoli, con cui si vuole richiamare la maggioranza a tornare sul sentiero disegnato da *Vinter* assecondando la natura della Corte di organo preposto alla tutela giurisdizionale dei diritti, incluso quello alla speranza¹⁰⁶.

In conclusione, pur consapevoli che talune delle argomentazioni elaborate dai giudici di Strasburgo nelle sentenze sopracitate siano dovute alla considerazione delle situazioni peculiari di un determinato Paese, bisogna riconoscere, considerato lo sviluppo dei rapporti tra la Corte europea "e le Corti costituzionali degli Stati membri [...], [che] non

¹⁰² Cfr. *Dissenting opinion of Judge Paulo Pinto de Albuquerque* in Corte EDU, Grande Camera, sent. *Hutchinson c. Regno Unito* del 2017, cit., secondo cui "the pre-catastrophic scenario is now aggravated".

¹⁰³ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 977.

¹⁰⁴ Cfr. *Dissenting opinion of Judge Paulo Pinto de Albuquerque* in Corte EDU, Grande Camera, sent. *Hutchinson c. Regno Unito* del 2017, cit. Cfr. anche S. FILIPPI, *Il "diritto alla speranza" è l'ultimo a morire? L'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nella giurisprudenza della Grande Chambre, da Vinter and others v. United Kingdom a Hutchinson v. United Kingdom*, in www.diritticomparati.it.

¹⁰⁵ Cfr. *Dissenting opinion of Judge András Sajó* Corte EDU, Grande Camera, sent. *Hutchinson c. Regno Unito* del 2017, cit., secondo cui "Even assuming that «compassionate grounds» may mean anything a judge finds reasonable in the United Kingdom, it certainly cannot provide the specific guidance to the prisoner that was stipulated in *Murray v. the Netherlands* a mere six months ago".

¹⁰⁶ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 977 e S. FILIPPI, *Il "diritto"*, cit.

sembra più possibile limitare nessun giudizio della Corte EDU al solo caso di specie e quindi alla sola parte resistente”¹⁰⁷, tornando quindi a ragionare della “vocazione [, illustrata in apertura di capitolo,] della Corte EDU a porsi «in sostanza» come un giudice costituzionale”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 19. Senza voler smentire tale considerazione, si noti però che le pronunce della Corte EDU non hanno neppure una chiara efficacia *erga omnes*: abbiamo precedentemente analizzato le valutazioni con la quale la Corte ha, nei vari casi prospettati, ritenuto che l’ergastolo senza condizionale concretizzi una pena irriducibile e, dunque, lesiva dell’articolo 3 CEDU; ma tali arresti giurisprudenziali non hanno inteso minare efficacia dell’ergastolo senza condizionale in tutti gli ordinamenti dei Paesi membri del Consiglio d’Europa. E ciò è ben dimostrato dallo stesso autore di qui abbiamo riportato la citazione: costui infatti, in altro scritto, afferma “Dato che in Bulgaria la grazia è procedimentalizzata e la sua concessione è prevedibile – per effetto di una pronuncia della Corte costituzionale, che ne ha chiarito meglio i confini – ecco che l’ergastolo senza condizionale non viola l’art. 3 della Convenzione, la dignità umana (*Harachiev e Tulomov*, 8 luglio 2014)”. Cfr. D. GALLIANI, *Una pena clemente. Qualche riflessione in materia di umanità penitenziaria*, in www.questionegiustizia.it, 2.

¹⁰⁸ Cfr. Cfr. D. GALLIANI, *Il diritto*, cit., 19.

CAPITOLO V

PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA PENA PERPETUA

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Quanti e quali tipi di ergastolo?* – 2.1. *La pena perpetua ridicibile e la pena perpetua non ridicibile (rinvio).* – 2.2. *L'ergastolo c.d. comune ex articolo 22 del Codice penale.* – 2.3. *L'ergastolo con isolamento diurno.* – 2.4. *L'ergastolo c.d. ostativo ed il regime del c.d. carcere duro (rinvio).* – 2.5. *L'ergastolo c.d. bianco o nascosto.* – 3. *La pena perpetua e il giudizio abbreviato: il c.d. ergastolo (quasi) rimosso.* – 4. *L'evoluzione giurisprudenziale in riferimento alla pena dell'ergastolo.* – 4.1. *L'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 16 giugno 1956.* – 4.1.1. *Considerazioni critiche sull'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 16 giugno 1956.* – 4.2. *La sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 22 novembre 1974.* – 4.2.1. *Considerazioni critiche sulla sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 1974.* – 4.3. *La sentenza della Corte costituzionale n. 274 del 21 settembre 1983.* – 5. *La sentenza della Corte costituzionale n. 168 del 28 aprile 1994: l'inapplicabilità dell'ergastolo ai minorenni.* – 6. *Ritornare a riflettere sulla legittimità costituzionale dell'ergastolo.* – 7. *I sospetti di illegittimità costituzionale dell'ergastolo.* – 7.1. *L'ergastolo come pena fissa.* – 7.2. *L'ergastolo e la rieducazione del condannato.* – 7.3. *L'ergastolo, la dignità e i trattamenti contrari al senso di umanità.* – 8. *L'ergastolo c.d. ostativo.* – 8.1. *Introduzione all'ergastolo c.d. ostativo.* – 8.2. *L'evoluzione storica della disciplina normativa.* – 8.3. *La configurazione attuale.* – 8.4. *I sospetti di illegittimità dell'ergastolo ostativo.*

1. *Introduzione*

Dopo aver analizzato l'evoluzione maturata in sede europea, ed in particolare nell'alveo del Consiglio d'Europa, nell'affrontare il tema (difficile e problematico) della *poena sine fine*, è giunto il momento di indagare con maggior attenzione il quadro normativo e giurisprudenziale nella Repubblica italiana: per fare ciò con l'onestà intellettuale e la sensibilità critica proprie di ogni riflessione giuridica (e non solo), conviene porre due premesse che debbono essere tenute ferme per mettersi al riparo da eventuali accuse di ingenuità o di buonismo.

In primo luogo bisogna riconoscere che ogni indagine inerente il diritto interno dovrà essere condotta tenendo in debita considerazione il contesto esistente oltre i confini nazionali: difatti, per quanto ci riguarda, “Sarebbe semplicemente sbagliato, oggi, pensare che i problemi dello *ius terribile* possano essere affrontati entro il recinto di ogni singola

esperienza statale”¹ e questo perché “il nuovo diritto costituzionale penale [...] si nutre di comparazione, è influenzato dall’esperienza materialmente costituzionale sovranazionale, non può prescindere dall’apporto giurisprudenziale e si fonda sull’importanza di ogni singolo essere umano, più in particolare sulla dignità di ciascun individuo [...]. Questo nuovo diritto costituzionale penale è veramente cosmopolitico”². La seconda premessa necessaria consiste nell’aver chiaro che “Discutere della pena dell’ergastolo non significa assolutamente svilire la gravità dei reati per cui questa pena è comminata, ma significa proporre un altro tipo di riflessione”³ nella quale si studia la compatibilità e gli eventuali punti di frizione di questo istituto con la lettera e lo spirito della Costituzione.

2. *Quanti e quali tipi di ergastolo?*

Se è vero, come è vero, che le parole hanno un proprio peso, conviene sin d’ora menzionare la pluralità di fattispecie riconducibili al *genus* dell’ergastolo: in effetti, benché l’articolo 22 c.p. – nel descrivere la pena perpetua – si riferisca ad essa al singolare, la dottrina ritiene che in virtù delle differenti modulazioni normative per essa previste “più corretto sarebbe parlare di *ergastoli* al plurale”⁴.

2.1. *La pena perpetua riducibile e la pena perpetua non riducibile (rinvio)*

Come abbiamo avuto modo di constatare nel capitolo precedente, la Corte europea dei Diritti dell’Uomo, chiamata a giudicare la legittimità convenzionale dell’ergastolo, ha elaborato una distinzione a seconda che esso sia o meno riducibile.

Nell’orientamento elaborato nella sentenza della Grande Camera *Kafkaris c. Cipro* del 2008 e rimasto il *leading case* fino al 2013, la Corte EDU aveva interpretato in modo eccessivamente restrittivo l’articolo 3 CEDU ritenendo che una qualsiasi prospettiva di

¹ Cfr. D. GALLIANI, *Una questione di limiti. A proposito di «Fine pena: ora» di Elvio Fassone*, in www.penalecontemporaneo.it, 2.

² Cfr. D. GALLIANI, op. ult. cit., 2.

³ Cfr. L. ARATA, *La mission del mio lavoro è quella di dare speranza anche a chi non ce l’ha*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 1/2017, 7-9, 8.

⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell’ergastolo*, in www.penalecontemporaneo.it, 5-6.

rilascio⁵, per quanto remota e lasciata alla discrezionalità del potere politico, fosse sufficiente ad escludere l'irriducibilità *de jure* e *de facto* della pena perpetua e, dunque, la violazione del diritto europeo⁶. Nella sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013, la Grande Camera si reinterrogò sul problema e ridefinì i parametri in base ai quali interpretare la nozione, orientata dal diritto convenzionale europeo, di ergastolo riducibile: ritenne infatti che, per essere davvero tale, esso imponeva la presenza di un meccanismo di revisione della condizione del condannato per valutare se fosse ancora giustificabile la prosecuzione dello stato detentivo⁷. In particolare venne sancito il diritto di ogni persona sottoposta alla pena perpetua di sapere, sin dall'esito del processo, come debba comportarsi per poter un giorno sperare nella scarcerazione anticipata e le condizioni da soddisfare per renderla possibile⁸.

2.2. *L'ergastolo c.d. comune ex articolo 22 del Codice penale.*

L'articolo 22 c.p. descrive quello che potrebbe essere chiamato, con formula impropria ma eloquente, *ergastolo comune*⁹. La disposizione citata prevede che “La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli istituti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto”. Le previsioni contenute nella norma in esame devono essere però raccordate con le importanti modifiche via via intervenute nell'ordinamento giuridico. In primo luogo, come abbiamo già evidenziato, la legge 26 luglio 1975 n. 354 ha provveduto ad abolire i c.d. ergastoli, ossia gli stabilimenti penitenziari dedicati all'espiazione della sanzione *sine fine*: l'articolo 61 ord. pen. prevede infatti che la pena detentiva prevista per i delitti sia sempre scontata nelle case di reclusione, senza che rilevi la sua natura perpetua o temporanea. Per quanto concerne l'obbligo del lavoro, l'art. 20 ord. pen. sancisce che in esso non vi sia alcun connotato afflittivo e riconosce il diritto alla

⁵ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 1, ove l'A. si riferisce a “any prospect of release”.

⁶ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, op. ult. cit., 1.

⁷ Cfr. S. FUNGARDI, *Fine pena*, cit., 178.

⁸ Cfr. *supra*, per la tripartizione elaborata nel caso *Vinter e a. c. Regno Unito* dalla Quarta Sezione della Corte EDU nel 2012, prima quindi del *referral* alla Grande Camera. In tale pronuncia i giudici tracciarono una tripartizione dell'ergastolo nelle seguenti sottocategorie: l'ergastolo (obbligatorio o discrezionale) con possibilità di accesso alla liberazione anticipata, quello discrezionale senza tale possibilità e quello obbligatorio senza tale possibilità.

⁹ In questo senso, cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 6, nt. 22.

remunerazione e alle tutele assicurative e previdenziali¹⁰. La previsione inerente l'isolamento notturno si deve ritenere, se non tacitamente abrogata, quantomeno non tassativa; l'articolo 6, comma 2, ord. pen. dispone infatti che i locali per il pernottamento dei detenuti consistono "in camere dotate di uno o più posti"¹¹. La Corte di Cassazione con la sentenza n. 22072 del 25 febbraio 2011 ha escluso che l'isolamento notturno, a differenza di quello diurno su cui si tornerà, rappresenti una vera e propria sanzione, qualificandolo come mero inasprimento sanzionatorio¹²; ne consegue dunque che esso non costituisce un diritto soggettivo individualmente azionabile¹³. Per quanto concerne il connotato principe indicato all'articolo 22 c.p., ossia la perpetuità dell'ergastolo, esso è stato fortemente ridimensionato – ma, si badi, non escluso dalle previsioni che ne "mitigano significativamente il rigore applicativo"¹⁴. Il riferimento, come si è già indicato, è:

- all'articolo 176 c.p., che ammette alla liberazione condizionale anche il condannato all'ergastolo che abbia scontato almeno ventisei anni di pena e che abbia dato prova del suo sicuro ravvedimento¹⁵;
- all'articolo 50 ord. pen., il quale sancisce la possibilità di beneficiare della semilibertà dopo aver espiato vent'anni di pena; all'articolo 30 ord. pen., il quale prevede che in caso di regolare condotta e dopo dieci anni di pena sia consentito l'accesso ai permessi premio;

¹⁰ Cfr. M. RONCO, *Persone*, cit., 290.

¹¹ Cfr. M. RONCO, op. ult. cit., 290 e L. BROLI– F. KING, *Art. 22 c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI, (a cura di), *Codice penale commentato*, 4° ed., Assago, 2011, 312 ss. Per un approfondimento sul tema si rimanda a M. CAGOSI, *Isolamento notturno per i condannati all'ergastolo: per la Cassazione non è più previsto*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹² Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 24-5, ove l'A. non manca di rilevare che, sebbene l'isolamento notturno sia qualificato dalla Corte di Cassazione come un inasprimento dell'esecuzione della pena, esso finisce – quasi per una sorta di eterogenesi dei fini – per risultare a fronte delle critiche situazioni di sovraffollamento carcerario come un privilegio.

¹³ Cfr. S. RIONDATO, *Art. 22 c.p.*, in A. CRESPI – G. FORTI – G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2014, 142-4 e Cass. Pen., Sez. Prima, sent. n. 22072 del 2011, cit. Dalla qualificazione dell'isolamento notturno come mero inasprimento sanzionatorio deriva che il detenuto non ha alcun interesse giuridicamente rilevante per chiedere una più severa esecuzione della sua pena e, pertanto, non risulta fondata la sua doglianza relativa alla mancata attuazione dell'isolamento notturno.

¹⁴ Cfr. M. RONCO, *Persone*, cit., 285.

¹⁵ Inizialmente la legge n. 1634/1962 prevedeva che l'accesso alla liberazione condizionale fosse possibile dopo aver scontato ventotto anni di pena. Fu solo ad opera della legge 10 ottobre 1986, n. 663 che la soglia fu abbassata a 26 anni. Si noti inoltre che il potere di concedere tale beneficio, originariamente spettante al Ministro di Grazia e Giustizia, è stato giurisdizionalizzato grazie alla Corte costituzionale, sent. n. 204 del 27 giugno – 4 luglio 1974 in GU. n. 180 del 10 luglio 1974. V. *supra*.

– e, infine, all’articolo 54 ord. pen., con cui si è recepito l’intervento con cui la Corte Costituzionale ha ammesso anche gli ergastolani alla liberazione anticipata¹⁶.

2.3. *L’ergastolo con isolamento diurno*

L’articolo 72 c.p. disciplina il c.d. ergastolo con isolamento diurno, prevedendo che esso debba essere applicato nel caso di concorso “di più delitti, ciascuno dei quali importa la pena dell’ergastolo”¹⁷, ovvero “di un delitto che importa la pena dell’ergastolo, con uno o più delitti che importano pene detentive temporanee per un tempo complessivo superiore a cinque anni”¹⁸. La compatibilità costituzionale di tale istituto fu vagliata dalla Consulta nel 1964: in particolare, con la sentenza n. 115 del 22 dicembre 1964 ebbe a escludere il contrasto con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità sancito dalla Legge fondamentale e ritenne dunque di dichiarare non fondata la prospettata questione di legittimità; difatti, secondo la Corte costituzionale, la considerazione della funzione propria dell’isolamento diurno, delle sue modalità e dei limiti applicativi (in particolare la partecipazione all’attività lavorativa¹⁹) impediva di qualificarlo come misura disumana²⁰. Si noti, inoltre, che non è univoca la qualificazione giuridica della fattispecie in esame. In particolare si discute se essa costituisca una mera modalità di esecuzione della detenzione carceraria²¹ o se invece sia una sanzione ulteriore²² da aggiungersi a quella prevista dall’articolo 22 c.p. Parte della dottrina ritiene però che quella risultante dalla lettura congiunta delle norme citate sia una pena perpetua a sé stante, dotata di un “autonomo regime giuridico”²³ rispetto al c.d. ergastolo comune. La Corte di Cassazione è intervenuta nel dibattito inerente la natura dell’isolamento diurno, ritenendo che esso, a

¹⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 274 del 1983, cit.

¹⁷ Cfr. art. 72, comma 1, c.p. In tal caso si applica l’ergastolo con l’isolamento diurno da sei mesi a tre anni.

¹⁸ Cfr. art. 72, comma 2, c.p. In tal caso si applica l’ergastolo con l’isolamento diurno da due a diciotto mesi.

¹⁹ La Corte Costituzionale ritenne che l’art. 2, legge n. 1634/1962, di modifica all’art 72 c.p., avesse sensibilmente ridotto, grazie all’introduzione del diritto di partecipare all’attività lavorativa, il carico afflittivo derivante dall’isolamento diurno. Cfr. S. FUNGARDI, *‘Fine pena’*, cit., 27

²⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 1964, in www.giurcost.org. Per una rapida analisi sul ragionamento della Consulta, cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 593-4.

²¹ Cfr. G. ALTAVISTA, *L’isolamento diurno e la sua applicazione nel codice penale e nel regolamento penitenziario*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1952, p. 89 ss. e, riferendosi a questi, S. FUNGARDI, *‘Fine pena’*, cit., 25.

²² In questo senso, cfr. M. RONCO, *Persone*, cit., 285.

²³ In questo senso, cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 6, nt. 22.

differenza di quello notturno, abbia “funzione di sanzione per i delitti concorrenti con quello per cui viene inflitto l’ergastolo, che altrimenti rimarrebbero impuniti, in quanto la pena per essi prevista (perpetua o temporanea) non sarebbe concretamente applicabile [e che pertanto debba] trovare immediata esecuzione non appena la sentenza di condanna diviene irrevocabile, al pari della pena dell’ergastolo con questa inflitta”²⁴. La Corte della nomofilachia ha inoltre escluso la violazione del finalismo rieducativo sancito dalla Costituzione, poiché l’applicazione della disciplina di cui all’articolo 72 c.p. comporta una legittima attenuazione, e non una soppressione, del trattamento penitenziario²⁵. Serie riserve circa la compatibilità dell’isolamento diurno con l’articolo 3 CEDU sono state espresse dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT), il quale ha evidenziato come l’intervallo di tempo indicato all’articolo 72, comma 1, c.p. contrasta il principio generalmente accettato secondo il quale l’autore di un crimine venga messo in prigione a titolo di punizione e non per essere ivi punito²⁶.

2.4. *L’ergastolo c.d. ostativo ed il regime del c.d. carcere duro (rinvio)*

Dal combinato disposto degli articoli 22 c.p. e 4-*bis* ord. pen. emerge il c.d. ergastolo ostativo, ossia quella “particolare variante del regime del carcere a vita”²⁷ che si verifica allorché venga comminata la sanzione perpetua per uno dei gravissimi reati indicati nella disposizione da ultimo menzionata. Questo tema sarà oggetto di indagine approfondita nelle pagine a venire, ove si vaglieranno altresì i forti dubbi, da esso posti, di illegittimità costituzionale. In questa sede, basti notare che la qualifica gergale di *ostativo* allude alla preclusione, gravante sul condannato che non collabori con la giustizia ai sensi dell’articolo 58-*ter* ord. pen., di accedere a benefici penitenziari²⁸, fatta salva la sola

²⁴ Cfr. Cass. Pen, Sez. Prima, sent. n. 2116 del 2000, in *De Jure*, in www.iusexplorer.it. Cfr. anche G. LATTANZI, *Codice penale: annotato con la giurisprudenza*, 4° ed., Milano, 2008, 303.

²⁵ Cfr. S. FUNGARDI, *‘Fine pena’*, cit., 26

²⁶ Cfr. CPT, *Rapport au Gouvernement de l’Italie relatif à la visite effectuée en Italie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 21 novembre au 3 décembre 2004*, in rm.coe.int, secondo cui “*Cette approche va à l’encontre du principe généralement accepté que l’auteur d’une infraction est envoyé en prison à titre de punition, et non pour y être puni*”. Cfr. anche F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1/2007, 42 ss.

²⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 126

²⁸ L’articolo 4-*bis* ord. pen. menziona l’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal Capo VI, escludendo espressamente la liberazione anticipata. Si noti che il divieto di accesso alla liberazione condizionale, non disciplinata nel Capo IV ord. pen., è invece

liberazione anticipata²⁹. La condizione detentiva così realizzata risulta estranea ad ogni previsione premiale che tenga in considerazione il percorso compiuto dal detenuto ed è pertanto avulsa dalla tensione rieducativa sancita dalla Carta costituzionale. Inoltre per i reati ostativi il regime applicato è spesso quello, più gravoso, di cui all'articolo 41-*bis* ord. pen., ossia il c.d. carcere duro³⁰. In questo senso, la dottrina ha coniato l'espressione, efficace e terribile, di "triplice schiacciamento"³¹ per indicare lo *status* di chi sia stato condannato al c.d. ergastolo ostativo e si trovi sottoposto al regime differenziato disciplinato dalla disposizione da ultimo citata.

2.5. *L'ergastolo c.d. bianco o nascosto*

Ergastolo bianco o nascosto è l'espressione, impropria ma eloquente, con la quale si indica la situazione che, fino a poco tempo fa, poteva verificarsi a seguito di un ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario di cui agli articoli 215, n. 3 e 222 c.p. Tale misura di sicurezza, per la quale il comma 2 della disposizione da ultimo citata prevede una durata minima di dieci anni se per il fatto commesso la legge stabilisce l'ergastolo³², "di rinnovo in rinnovo, assume[va] troppe volte la forma di una vera e propria reclusione *sine die*"³³. Il d.l. n. 52 del 31 marzo 2014, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e convertito con ampie modificazioni nella legge n. 81 del 30 maggio del 2014, rappresenta una "epocale riforma della disciplina delle misure di sicurezza"³⁴ detentive. La novella legislativa ha difatti previsto che esse, provvisorie o definitive che siano e "compreso il ricovero nelle residenze per

previsto dall'art. 2, comma 1, del d.l. 152/1991, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 1991, n. 203 (in G.U. 12/07/1991, n.162).

²⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 127. Cfr. anche A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 21; M. PISANI, *La pena*, cit., 605-6.

³⁰ Per un approfondimento sul tema del regime di cui al 41-*bis* ord. pen. si rimanda a R. ZUNINO, *L'art. 41-bis ord. penit.: il regime di "carcere duro" in equilibrio tra istanze securitarie e tutela delle garanzie costituzionali*, in www.giurisprudenzapenale.com.

³¹ Cfr. D. CHINNICI, *I "buchi"*, cit., 5.

³² Cfr. art. 222, comma 2, c.p.

³³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 6, nt. 22.

³⁴ Cfr. G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli opg e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive*, in www.penalecontemporaneo.it.

l'esecuzione delle misure di sicurezza³⁵, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima³⁶. Tale disposizione, che però non si applica ai “delitti puniti con la pena dell'ergastolo”³⁷, vuole dunque superare l'impostazione tradizionale del codice penale, la quale ancorava il protrarsi delle misure di sicurezza, indeterminate nel massimo, al perdurare della pericolosità sociale, accertata periodicamente dal magistrato di sorveglianza, del soggetto prosciolto *ex art 222 c.p.*: quella accolta è una “prospettiva nuova”³⁸, animata dall'esigenza improrogabile di porre fine al c.d. ergastolo bianco o nascosto, a causa del quale gli autori di reati – talvolta bagatellari³⁹ – sono rimasti, data la mancanza di una prognosi favorevole, troppo a lungo rinchiusi negli ex ospedali psichiatrici giudiziari i quali “nella prassi, salvo isolate eccezioni, hanno sempre mantenuto un'impronta sostanzialmente carceraria [...] [e che a causa di] croniche carenze organizzative e di risorse hanno del tutto vanificato le funzioni di cura degli internati, costretti a subire sistematiche violazioni dei propri diritti fondamentali”⁴⁰. Di per sé, la previsione qui richiamata si riferisce esplicitamente alle sole misure di sicurezza detentive; tuttavia la dottrina, compatta, si è pronunciata nel senso di un'estensione per via analogica a tutte le misure di sicurezza⁴¹.

La novella del 2014, se da un lato rappresenta certamente un lodevole punto di svolta, dall'altro pone dei complicati problemi che non possono essere ignorati. In primo luogo,

³⁵ Esse, note anche con l'acronimo R.E.M.S., sono le nuove strutture residenziali per l'esecuzione delle misure di sicurezza, le quali però, nelle immutate disposizioni al riguardo del codice penale, continuano ad essere indicate come ospedali psichiatrici giudiziari (O.P.G.) e case di cura e di custodia (C.C.C.).

³⁶ Cfr. art. 1, comma 1-*quater*, d.l. n. 52 del 31 marzo 2014, inserito in sede di conversione ad opera della legge n. 81 del 2014.

³⁷ Cfr. art. 1, comma 1-*quater*, d.l. n. 52 del 2014. Sul punto, cfr. anche A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie*, cit., 12 ove l'A. criticamente osserva che “A una pena infinita, infatti, non può che corrispondere parallelamente una misura di sicurezza potenzialmente infinita”.

³⁸ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3/2015, 1238 ss., 1243.

³⁹ Nei lavori parlamentari che hanno portato alla conversione con ampie modificazione del d.l. n. 52 del 2014 si è citato, a titolo di esempio, un caso di furto di 7.000 lire (quelli che ora sarebbero 3,62 euro).

⁴⁰ Cfr. G.L. GATTA, *Aprite le porte*, cit. Cfr. anche G. NAPOLITANO, *Messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano*, in *presidenti.quirinale.it*, ove l'allora Capo dello Stato, dopo aver qualificato “la realtà angosciata delle carceri” come “dato persistente di inciviltà da sradicare”, definì gli ospedali psichiatrici giudiziari un “autentico orrore indegno di un paese appena civile”.

⁴¹ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1243, e G.L. GATTA, *Aprite le porte*, cit.

sotto il profilo teorico-sistematico, il concetto di una correlazione tra la durata massima delle misure di sicurezza detentive e la gravità del reato commesso appare di difficile comprensione in un sistema, come il nostro, ove le prime sono concepite per proteggere dalla pericolosità sociale di un soggetto che o ha già espiato la sua pena, se imputabile o semi-imputabile, oppure non è punibile, in quanto non imputabile, e nel quale quindi la misura edittale massima prevista per la fattispecie criminosa non dovrebbe rilevare. Risulta dunque agevole comprendere i notevoli problemi che sorgono anche sotto il profilo politico-criminale. Difatti se la proroga della misura di sicurezza sarà legittima solo fino al raggiungimento del summenzionato tetto di durata, non è chiaro quali accorgimenti verranno adottati per tutelare la collettività a fronte della liberazione di soggetti per i quali vi sia una prognosi di persistente pericolosità sociale che ritenga probabile la reiterazione di gravi reati.⁴² Al proposito la dottrina scorge una palese contraddizione di un sistema il quale, da un lato, impone necessariamente di rimettere in libertà, decorso un certo intervallo di tempo, un internato socialmente pericoloso, mentre, dall'altro, considera giuridicamente accettabile la reclusione *sine die* di un condannato all'ergastolo⁴³.

3. *La pena perpetua e il giudizio abbreviato: il c.d. ergastolo (quasi) rimosso*

Spesse volte ci si riferisce all'ergastolo come ad un male necessario, come ad una "dolorosa necessità"⁴⁴ cui non si può rinunciare. Ammesso, e non concesso, che un male possa essere inteso come necessario in virtù della c.d. ragion di Stato, è opportuno vagliare se sia questo il caso. In molti Paesi, non solo europei, la pena perpetua è stata abolita senza far registrare ripercussioni negative sulla recidiva o sulla percezione di

⁴² Cfr. G.L. GATTA, op. ult. cit., ove l'A. al riguardo considera che "il prezzo che il nuovo congegno legislativo paga sull'altare dell'abolizione dell'ergastolo bianco può insomma essere molto elevato: il sacrificio della orrenda ma evidente necessità, in funzione di difesa sociale, di neutralizzare la persistente pericolosità sociale di alcuni autori di reato, che vengono ciononostante rimessi in libertà".

⁴³ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1243-4.

⁴⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 1 ove l'A. estende alla pena dell'ergastolo la riflessione, fatta relativamente alla pena capitale, da Albert Camus in A. CAMUS, *Riflessioni sulla pena di morte*, trad. it., Milano, 2006, 12-3 secondo cui "Nella nostra civilissima società la gravità di un male è rivelata dalla reticenza con cui se ne parla. [...] Non si esita invece a presentare la pena di morte come una dolorosa necessità, che legittima dunque a uccidere, poiché è necessario, e a non parlarne, poiché il farlo è sconveniente".

sicurezza sociale⁴⁵. Pertanto, fermo restando che ogni vicenda nazionale ha le proprie peculiarità e che non è possibile un'espertazione aprioristica di modelli giuridici stranieri, bisogna riconoscere che la prospettiva comparatistica induce a considerare possibile, anche in Italia, il superamento dell'ergastolo. Tale percezione è rafforzata, in un'ottica squisitamente interna, da alcuni istituti presenti nel nostro sistema penale. Il riferimento è al quadro normativo costruito attorno all'articolo 442, comma 2, c.p.p. secondo cui, qualora l'imputato opti per il rito speciale del c.d. giudizio abbreviato, "Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta"⁴⁶. Tale previsione era già presente nella versione originaria del codice del 1988, ma su di essa si era abbattuta la declaratoria di incostituzionalità, per eccesso di delega, ad opera della sentenza della Corte costituzionale n. 176 del 23 aprile 1991⁴⁷. A distanza di otto anni intervenne quindi la legge n. 479 del 16 dicembre 1999 (c.d. legge Carotti, dal nome dell'onorevole relatore) con la quale il Parlamento reintrodusse nell'articolo 442 c.p.p. quanto la Consulta aveva espunto⁴⁸. Dalla formulazione dell'articolo 30, di modifica all'articolo 442 c.p., della c.d. legge Carotti non risultava chiaro se la sostituzione con la reclusione di anni trenta riguardasse il solo ergastolo c.d. comune di cui all'articolo 22 c.p. o anche quello con isolamento diurno di cui all'articolo 72 c.p. L'orientamento maggioritario riteneva che l'interpretazione corretta fosse la seconda qui prospettata, la quale poneva però delle "disparità di trattamento inaccettabili"⁴⁹ poiché sottoponeva allo stesso trattamento sanzionatorio – la reclusione a trent'anni – agli autori di fattispecie oggettivamente differenti, sanzionate rispettivamente *ex* articoli 22 o 72 c.p. Il dubbio circa l'estensione

⁴⁵ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1254, e *L'ergastolo in Europa. Dove è stato abolito?*, www.31mag.nl.

⁴⁶ Cfr. art. 442, comma 2, c.p.p.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 176 del 1991, in www.giurcost.org. La Consulta aveva ravvisato la violazione dell'articolo 76 Cost. in quanto, a suo avviso, dalla legge di delega (in particolare dall'articolo 2 n. 53) si evinceva che il giudizio abbreviato avrebbe dovuto riguardare esclusivamente i reati sanzionati con sanzioni detentive temporanee o pecuniarie. Difatti la previsione secondo la quale le pene previste avrebbero dovuto essere ridotte di un terzo escludeva con chiarezza l'ergastolo in quanto pena quantitativamente indeterminata. Cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 12° ed., Torino, 2017, 464.

⁴⁸ Cfr. legge n. 479 del 16 dicembre 1999, art. 30, comma 1, lett. b). Si noti che tale novella legislativa, sul piano costituzionale, era pienamente in linea con le motivazioni espresse dalla Consulta nella motivazione della sentenza n. 176/1991. La Corte aveva infatti indicato che l'unico profilo di incostituzionalità si poneva per l'eccesso di delega e che pertanto l'impraticabilità del giudizio abbreviato per i casi di fattispecie sanzionate con l'ergastolo non era legato ad una questione concettuale, ma dipendeva unicamente dall'impossibilità di operare la riduzione di pena in relazione ad una pena quantitativamente indeterminata.

⁴⁹ Cfr. G. LOZZI, *Lezioni*, cit., 465.

applicativa della novella del 1999 venne risolto dal decreto legge n. 341 del 24 novembre 2000 (convertito in legge n. 4 del 19 gennaio 2001)⁵⁰, il cui articolo 7, comma 2, intervenendo in via di interpretazione autentica⁵¹, dispone che nel caso di opzione per il c.d. giudizio abbreviato, la pena dell'ergastolo con isolamento diurno sia sostituita con la pena perpetua c.d. comune⁵².

Risulta dunque carica di significato l'espressione '*ergastolo rimosso*', coniata dalla dottrina in riferimento all'"assoluto potere dell'imputato, cui si addebiti un delitto punibile con l'ergastolo [c.d. comune], di 'rimuovere' il medesimo"⁵³. In riferimento al quadro normativo testé delineato, ci sembra di poter affermare, a buon diritto, che dalle scelte del legislatore risulti come la rinuncia alla pena perpetua non appaia più un dramma⁵⁴: condividiamo dunque l'opinione espressa in dottrina secondo cui "L'impressione generale è che [...] la pena perpetua sia diventata uno strumento 'flessibile', rinunciabile o aggravabile (come nell'ergastolo ostativo) per scopi di politica criminale del tutto avulsi dal volto costituzionale della sanzione penale"⁵⁵.

Dimostrato che l'ergastolo non è una "dolorosa necessità"⁵⁶ per l'ordinamento giuridico, ci chiediamo dunque (ma la domanda è retorica) se tale sanzione non debba essere superata, in via generale, in virtù di esigenze – come la tutela della dignità dell'uomo e il

⁵⁰ Per i problemi di diritto intertemporale causati dal d.l. n. 341 del 24 novembre 2000 e affrontati, prima, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – nelle sentenze *Scoppola c. Italia* della Sezione Seconda del 26 gennaio 2009 (n. 50550/06) e della Grande Camera del 17 settembre 2009 (n. 10249/03) – e, poi, dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 210 del 18 luglio 2013 si rimanda a C. GRAVANI, *Art. 442*, in G. CONSO – G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale, Appendice 2016*, Padova, 2016, 256-7 e ad A. PUGIOTTO, *Scoppola*, cit., *passim*.

⁵¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 210 del 2013, in www.giurcost.org, ove si afferma che "era entrato in vigore il decreto-legge n. 341 del 2000, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 4 del 2001, il cui art. 7, nel dichiarato intento di dare una interpretazione autentica al secondo periodo dell'art. 442, comma 2, cod. proc. pen., come modificato dalla legge n. 479 del 1999".

⁵² Cfr. d.l. n. 341 del 24 novembre 2000, convertito in legge con modificazione dalla l. n. 4 del 19 gennaio 2001, il cui art. 7, comma 2, dispone che "All'articolo 442, comma 2, del codice di procedura penale, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo.».

⁵³ Cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 607.

⁵⁴ Il riferimento è a L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1255, secondo cui "Anche rispetto al nostro sistema penale complessivo, la rinuncia all'ergastolo non appare più drammatica". Difatti l'applicazione della pena perpetua è già apparsa barattabile a fronte dei benefici di economia processuale derivanti dall'opzione del giudizio abbreviato da parte dell'imputato.

⁵⁵ Cfr. L. RISICATO, op. ult. cit., 1255.

⁵⁶ Cfr. ancora A. CAMUS, *Riflessioni sulla pena di morte*, Milano, 2006, 12-3.

finalismo rieducativo delle pene – costituzionalmente più pressanti rispetto a quelle, pur sentite, di economia processuale poste alla base del giudizio abbreviato.

4. *L'evoluzione giurisprudenziale in riferimento alla pena dell'ergastolo*

4.1. *L'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 16 giugno 1956*

Nell'affrontare l'evoluzione giurisprudenziale nell'approccio alla pena perpetua, non si può non riconoscere che un ruolo di prim'ordine va senza dubbio riservato all'ordinanza della Corte di Cassazione pronunciata il 16 giugno 1956. Tale decisione, benché storicamente datata, è ancora tenuta in debita considerazione in virtù della prolificità delle argomentazioni espresse e della vivacità del dibattito scaturitone⁵⁷. In particolare durante lo svolgimento del processo di legittimità venne eccepita, in riferimento all'articolo 27, comma 3, del Testo fondamentale, la questione di compatibilità costituzionale dell'ergastolo⁵⁸, la quale venne però considerata manifestamente infondata e, dunque, respinta dai giudici senza investire la Consulta⁵⁹. La Corte nomofilattica passò in rassegna le norme poste a disciplina del giudizio di cui all'articolo 134 Cost.⁶⁰ soffermandosi sul ruolo del giudice *a quo*, chiamato a svolgere una sobria deliberazione per vagliare e motivare adeguatamente⁶¹, “pur senza necessità di una «penetrante esegesi critica»”⁶², la manifesta infondatezza che preclude l'accesso alla Corte costituzionale. Dopo aver posto tali premesse, le Sezioni Unite non esitarono a spingersi in una decisione “più diffusa e accuratamente motivata della grandissima parte delle sentenze delle Sezioni penali”⁶³, andando così ad indagare il nucleo dell'eccezione sollevata.

⁵⁷ In riferimento alla prolificità delle argomentazioni espresse, basti notare che le considerazioni elaborate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nell'ordinanza qui in esame costituiscono il punto di partenza del ragionamento intrapreso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 264 del 21 novembre 1974.

⁵⁸ Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 67.

⁵⁹ Cfr. E. GALLO, *Significato*, cit., 69.

⁶⁰ Il riferimento è precipuamente alla l. cost. n. 1 del 9 febbraio 1948 (G.U. n. 43 del 20 febbraio 1948) e alla l. n. 87 dell'11 marzo 1953 (GU n.62 del 14 marzo 1953)

⁶¹ Cfr. l. n. 87 dell'11 marzo 1953, art. 24.

⁶² Cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 587.

⁶³ Cfr. P. CALAMANDREI, *Sulla nozione di “manifesta infondatezza”*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2/1956, 164 ss., 165.

Per quanto concerne la prima metà dell'articolo 27, comma 3, Cost, secondo cui "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità"⁶⁴, la Cassazione ritenne che esso fosse unicamente volto a "ribadire il principio della umanizzazione della esecuzione della pena"⁶⁵, andando così a bandire (solo) quelle concretizzazioni sanzionatorie – peraltro considerate oramai superate – che si fossero rivelate lesive della dignità umana e ripugnanti per la coscienza sociale. Per questi motivi non fu rinvenuto alcun punto di frizione con l'istituto dell'ergastolo, poiché – si disse – la nozione di 'trattamento' doveva essere intesa come specificamente riferita alla mera *modalità di esecuzione* delle sanzioni penali, ma non alla *specie* di pena⁶⁶. In riferimento al finalismo rieducativo proclamato nella seconda metà dell'articolo citato, le Sezioni Unite ebbero a sostenere che "Non vi è ragione di limitare il concetto di rieducazione del condannato alla sola finalità del suo recupero sociale, ma deve intendersi inclusa nel detto concetto anche quella della redenzione morale del reo, ossia quel percorso attuoso dello spirito, diretto a facilitare il pentimento, che, liberando il condannato dal peso del delitto commesso, lo porti a redimersi"⁶⁷. Secondo la Corte, non vi era alcun motivo, né logico né normativo, che inducesse a pensare che la tensione rieducativa di cui all'articolo 27, comma 3, Cost. avesse come unico obiettivo la *restitutio* del detenuto al consorzio sociale dal quale era stato sottratto a causa del reato commesso. Difatti – si esplicò nell'ordinanza – il processo di rieducazione, inteso come moralizzazione della pena, può dipanarsi anche durante l'esecuzione dell'ergastolo, nel quale sono comunque possibili, seppur limitati, dei momenti di vita di relazione che agevolino il reo nel suo percorso di acquisizione di consapevolezza del male commesso e di conseguente redenzione⁶⁸. Ad ulteriore conferma della compatibilità dell'ergastolo con la Legge fondamentale, la Corte nomofilattica fece riferimento al quarto comma dell'articolo 27 Cost.: dal momento che tale disposizione bandisce la (sola) pena capitale, secondo un ragionamento *a contrario sensu* si evince che quella perpetua, debba considerarsi ammessa nell'ordinamento costituzionale. Infine non si mancò di rilevare che, nonostante la qualificazione di cui all'articolo 22 c.p., l'ergastolo

⁶⁴ Cfr. art. 27, comma 3, Cost.

⁶⁵ Cfr. Cass., SS.UU., ord. 16 giugno 1956, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1956, 485ss.

⁶⁶ Cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 587-8 e E. GALLO, *Significato*, cit., 69.

⁶⁷ Cfr. Cass., SS.UU., ord. 16 giugno 1956, cit.

⁶⁸ Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 67-8 e M. PISANI, *La pena*, cit., 586-7.

“non può ritenersi nella realtà una pena sempre perpetua”⁶⁹ dato il potere, costituzionalmente previsto, in capo al Presidente della Repubblica di concedere la grazia e di commutare le pene⁷⁰.

4.1.1. *Considerazioni critiche sull’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 16 giugno 1956*

L’ordinanza qui in esame fu oggetto di critiche aspre e numerose con le quali si rimproverò alle Corte di Cassazione, in primo luogo, di essersi inammissibilmente sostituita alla Consulta nella conduzione del giudizio di costituzionalità e, per di più, di averlo fatto abbracciando argomentazioni scarsamente convincenti e di opinabile pregio giuridico e logico⁷¹.

In riferimento al primo punto, le Sezioni Unite “mascherarono da delibazione di manifesta infondatezza quello che, nella sostanza, fu un vero e proprio esercizio di sindacato (diffuso, dunque non ammesso) di costituzionalità”⁷². Per quanto concerne invece il merito del ragionamento dipanato nell’ordinanza, esso fu qualificato come un “misero ed ipocrita sofisma”⁷³ corredato da un’eccessiva motivazione, ingiustificata considerato la tipologia di atto⁷⁴, della quale non vi sarebbe stato bisogno “se la eccezione proposta fosse stata davvero manifestamente infondata”⁷⁵. La dottrina evidenziò come l’interpretazione offerta dalla Corte di Cassazione a proposito dell’articolo 27, comma 3, Cost. si poneva “in contraddizione con il paradigma liberale dello Stato di diritto”⁷⁶; difatti ritenere che la possibilità di redenzione interiore del detenuto sia sufficiente a soddisfare la tensione rieducativa sancita dalla Carta fondamentale significa violare la separazione, necessaria

⁶⁹ Cfr. Cass., SS.UU., ord. 16 giugno 1956, cit.

⁷⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo*, cit., 83.

⁷¹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 119; secondo l’A., “Che se tratti di un’argomentazione di pregio, è davvero lecito dubitare, nonostante l’autorevolezza della sua genesi” e E. GALLO, *Significato*, cit., 69.

⁷² Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 2. Nello stesso senso, cfr. anche M. PISANI, *La pena*, cit., 587, ove l’A. qualifica l’operato delle Sezioni Unite come una “vera e propria usurpazione dei poteri riservati al Palazzo della Consulta” e P. CALAMANDREI, *Sulla nozione*, cit., *passim*.

⁷³ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo*, cit., 83.

⁷⁴ Si noti infatti che si trattava di una mera ordinanza con la quale le Sezioni Unite respingevano, per manifesta infondatezza, l’eccezione di illegittimità costituzionale proposta.

⁷⁵ Cfr. P. CALAMANDREI, *Sulla nozione*, cit., 165.

⁷⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo*, cit., 82.

in ogni Stato laico, tra diritto e morale in spregio alla libertà che ogni persona ha di non mutare la propria interiorità. Pertanto l'unica accezione costituzionalmente plausibile della disposizione qui in esame è quella che miri al reinserimento sociale, inteso come possibilità del reo di ritornare ad essere membro attivo della comunità di appartenenza. E, pur nella consapevolezza che si tratti di un obiettivo non sempre raggiungibile, è ciò che la Costituzione impone di perseguire allorché sancisce che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato⁷⁷. Forti perplessità furono sollevate anche dal ragionamento *a contrario sensu* in riferimento al comma quarto dell'articolo 27 Cost. Difatti, se presa sul serio, questa argomentazione darebbe adito a serie problematiche poiché porterebbe a ritenere costituzionalmente ammissibili tutte le tipologie di sanzione che non siano esplicitamente proibite, andando così a legittimare orrende misure punitive quali la fustigazione o altre pratiche atte a ledere irrimediabilmente, ma senza uccidere, i destinatari⁷⁸. Inoltre, nell'esegesi della Carta fondamentale, l'interpretazione letterale deve sempre essere accompagnata da quella sistematica, la quale impone di tenere in debita considerazione, nel tracciare il contenuto normativo di una disposizione, la trama costituzionale nel suo complesso la quale nel caso di specie impedisce di ritenere applicabile il criterio *ubi voluit dixit, ubi non voluit tacuit*⁷⁹. Infine, si deve ricordare che il riferimento alla sola pena capitale nel quarto comma dell'articolo 27 risulta comprensibile se si considera che, come già ampiamente indicato nei capitoli precedenti, nella sua formulazione originaria la disposizione costituzionale si componeva di una regola generale, che dichiarava inammissibile la pena di morte, e da una deroga, la quale sottraeva in via d'eccezione i casi previsti dalle leggi militari di guerra⁸⁰. Ultimo, ma non meno importante, l'argomento inerente il potere di grazia, il quale – secondo le Sezioni Unite – impedirebbe di considerare l'ergastolo come una pena sempre perpetua. Questo schema concettuale, successivamente rimodellato dalla Corte costituzionale in

⁷⁷ Cfr. E. GALLO, *Significato*, cit., 69.

⁷⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 120.

⁷⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, op. ult. cit., 120, ove l'A enumera come componenti la trama costituzionale al riguardo rilevante “il principio testualmente espresso per cui le pene «devono tendere alla rieducazione del condannato» (ex art. 27 co. 3 Cost.); la clausola di salvaguardia costituzionale che vieta trattamenti inumani e degradanti in sede cautelare (art. 13 co. 4 Cost.), in sede esecutiva della pena (art. 27 co. 3 Cost.), in sede di trattamenti sanitari (art. 32 co. 2 Cost.); il principio supremo del rispetto della dignità umana (compendiato nell'art. 2 Cost.)”.

⁸⁰ V. supra. Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 121.

riferimento all'istituto della liberazione condizionale⁸¹, rappresenta in realtà “la miglior dimostrazione, anziché della manifesta infondatezza, della sostanziale fondatezza dell'eccezione, [...] [poiché la Consulta aveva] in sostanza riconosciuto che se l'ergastolo fosse davvero ergastolo (cioè, secondo l'art. 22 c.p. pena perpetua) non sarebbe compatibile colla finalità di recupero sociale scritta nell'articolo 27 della Costituzione”⁸².

4.2. *La sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 22 novembre 1974*

È stato giustamente osservato che la sopra citata ordinanza delle Sezioni Unite del 1956 ha avuto, in considerazione dell'eminenza dell'organo emittente e dell'ampiezza delle argomentazioni prodotte, un peso nettamente maggiore rispetto alla sua natura di precedente non vincolante ed ha pertanto contribuito a paralizzare, per lungo tempo, la riflessione giurisprudenziale circa la legittimità dell'ergastolo⁸³. Solo dopo sedici anni, nel 1972, la Corte di assise di Verona vinceva la generale e diffusa riluttanza a porsi come giudice *a quo* in riferimento alla materia in esame e, con l'ordinanza di rimessione del 15 marzo 1972⁸⁴, prospettava alla Consulta il dubbio inerente la compatibilità con l'articolo 27, comma 3, Cost. della pena perpetua, ancorché la legge n. 1634 del 1962 avesse esteso ai condannati a tale sanzione la possibilità di accesso alla liberazione condizionale⁸⁵. La questione venne finalmente affrontata dalla Corte Costituzionale con la sentenza, ancor oggi alla base dell'orientamento giurisprudenziale al riguardo, n. 264 del 21 novembre 1974, alla quale si giunse mediante un *iter* sicuramente legittimo, ma peculiare.

⁸¹ Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 264 del 1974, cit.

⁸² Cfr. P. CALAMANDREI, *Sulla nozione*, cit., 173.

⁸³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 3. Cfr. anche l. n. 87 dell'11 marzo 1953, art. 24, comma 2, secondo cui “L'eccezione è [di illegittimità costituzionale] può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo”. L'ordinanza di manifesta infondatezza delle Sezioni Unite non ha pertanto effetto preclusivo *erga omnes*. Cfr. anche L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale del prof. Livio Paladin (a cura di B. Barel – N. Cospite – M. Marpillero)*, Padova, 1974, 146.

ove l'A. osservava che la struttura del ricorso in via incidentale “presenta però il pericolo di paralizzare l'attività della Corte [costituzionale]”.

⁸⁴ In *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* n. 180 del 12 luglio 1972.

⁸⁵ Si noti che al tempo dell'ordinanza di rimessione (15 marzo 1972) il potere di concedere la liberazione condizionale spettava ancora al Ministro di Grazia e Giustizia. Fu solo con la sentenza n. 204 del 1974 che la Corte costituzionale, investita con la successiva ordinanza emessa dal giudice di sorveglianza di Biella in data 24 novembre 1972, dichiarò l'incostituzionalità del potere ministeriale di concedere la liberazione condizionale e lo affidò al giudice, giurisdizionalizzandolo.

Difatti il Giudice delle leggi – investito non solo con la testé menzionata ordinanza del 15 marzo 1972, ma anche con la successiva ordinanza del 24 novembre 1972⁸⁶ in cui il giudice di sorveglianza di Biella contestava che il potere di concedere la liberazione condizionale spettasse al Ministro di Grazia e Giustizia e non al giudice – decise di invertire l'ordine di trattazione e affrontò prima la seconda questione, sfociata nella sentenza n. 204 del 1974 in cui sancì l'incostituzionalità del potere ministeriale di concedere la liberazione condizionale e lo giurisdizionalizzò⁸⁷, e solo dopo, nella sentenza n. 264 del 1974, il tema sollevato dalla Corte d'assise di Verona⁸⁸. In riferimento alla pronuncia da ultimo citata, la Consulta liquidò in poche decine di righe le criticità costituzionali evidenziate nell'ordinanza del giudice remittente, il quale, sollecitato dal pubblico ministero con l'appoggio della difesa e della parte civile⁸⁹, aveva “ribalta[to] la concezione secondo la quale la pena è unicamente la «difesa» sociale e l'intimidazione dei futuri rei”⁹⁰ e aveva ritenuto che la natura perpetua dell'ergastolo contrastasse con la tensione rieducativa, intesa come finalità precipua attribuita dalla Legge fondamentale alla sanzione in abito penalistico⁹¹.

La Corte costituzionale rigettò la questione di legittimità prospettata, giudicandola non fondata in base a due presupposti. In primo luogo, ritenne che il riadattamento sociale del detenuto, peraltro non sempre possibile, non fosse l'unica “funzione (e fine) della pena”⁹² dal momento che “dissuasione, prevenzione, difesa sociale [...] [sono], non meno della sperata emenda, alla radice”⁹³ della stessa, e ciò “A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste secondo

⁸⁶ In *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* 28 febbraio 1973.

⁸⁷ V. *supra*, Cap. III, § 2.2.2.

⁸⁸ Cfr. D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 970-1, nt. 6. Si noti anche che l'A. non manca di evidenziare come la strada percorsa dalla legge sia sicuramente legittima ma “astuta”.

⁸⁹ Interessante notare che l'eccezione di incostituzionalità fu prospettata al giudice remittente dal pubblico ministero e condivisa poi dalla difesa e dalla parte civile.

⁹⁰ Cfr. R. CABRI, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Rivista penale*, 1990, 528.

⁹¹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 3; D. GALLIANI, *Il problema*, cit., 970-1, nt. 6 e S. FUNGARDI, *Fine pena*, cit., 72.

⁹² Cfr. Corte cost., sent. n. 264 del 1974, cit.

⁹³ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.

cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili”⁹⁴. Come si è già evidenziato, è questo un rilevante indicatore della teoria polifunzionale della pena sposata dalla giurisprudenza dell’epoca⁹⁵. Inoltre, per escludere l’illegittimità dell’ergastolo, la Corte costituzionale fece leva sulla liberazione condizionale *ex* articolo 176 c.p., istituto che la legge n. 1634 del 1962⁹⁶ aveva esteso anche ai condannati alla pena perpetua e che la di poco precedente sentenza costituzionale n. 204 del 1974⁹⁷ aveva, per di più, giurisdizionalizzato⁹⁸. Ne conseguiva dunque – secondo la sentenza – che tale beneficio, sottratto al potere politico, sarà concesso “in base ad una decisione dell’autorità giudiziaria (cui l’interessato avrà diritto di rivolgersi) che con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale accerterà se il condannato abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento”⁹⁹.

4.2.1. *Considerazioni critiche sulla sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 1974*

Dalla sentenza in esame emerse dunque un intendimento della liberazione condizionale come “la porta che «consente l’effettivo reinserimento anche dell’ergastolano nel consorzio civile»”¹⁰⁰: non si fecero attendere, e su più fronti, le critiche dottrinali a siffatta presa di posizione. Innanzitutto, si evidenziò che quello preso in considerazione dal Giudice delle leggi era il momento *dinamico* dell’applicazione della pena perpetua, e non quello *statico* della sua previsione legislativa e della sua irrogazione in sede di

⁹⁴ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit., ove – prosegue la Consulta – “ciò basta per concludere che l’art. 27 della Costituzione [...] non ha proscritto la pena dell’ergastolo [...], quando essa sembri al legislatore ordinario [...] indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l’efferatezza della loro indole”. Sul punto cfr. anche R. D’ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 197.

⁹⁵ Per quanto concerne la teoria polifunzionale abbracciata dalla Corte costituzionale ed il suo progressivo superamento, reso definitivo ad opera della sentenza n. 313 del 1990, si rimanda all’analisi svolta *supra*, Cap. III, § 2.2.

⁹⁶ Inizialmente la legge n. 1634/1962 prevedeva che l’accesso alla liberazione condizionale fosse possibile dopo aver scontato ventotto anni di pena. Fu solo ad opera della successiva legge 10 ottobre 1986, n. 663 che la soglia fu abbassata a 26 anni.

⁹⁷ La sentenza n. 204 del 1974 fu infatti adottata in data 27 giugno, mentre la sentenza n. 264 del 1974 fu adottata in data 21 novembre.

⁹⁸ Cfr. E. GALLO, *Significato*, cit., 70.

⁹⁹ Cfr. Corte cost sent. n. 264 del 22 novembre 1974, in www.gazzettaufficiale.it.

¹⁰⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 2-3, ove l’autore riflette sul testo della sentenza in esame.

cognizione¹⁰¹. La strategia argomentativa adottata veniva inoltre considerata foriera di un certo “imbarazzo”¹⁰² poiché, in via paradossale, la pena *perpetua* è stata dichiarata costituzionalmente ammissibile “nella misura in cui è in realtà *non-perpetua*”¹⁰³, ossia si è detto che “*l’ergastolo esiste in quanto tende a non esistere*”¹⁰⁴, o meglio ad esistere esclusivamente come sanzione astratta¹⁰⁵. Secondo la Consulta, dunque, l’ergastolo sarebbe una pena esistente solo nel mondo intangibile delle norme e non in quello reale degli uomini, connotata da una perpetuità pronunciata nelle sentenze di condanna, ma mai scontata nella prassi¹⁰⁶. Anche a voler prescindere dalle insormontabili perplessità che tale ragionamento pone in riferimento ai reati c.d. ostativi di cui all’articolo 4-*bis* ord. pen.¹⁰⁷, non si può tacere che la Corte costituzionale “presuppone [...] che la concessione dei benefici penitenziari ai condannati alla pena dell’ergastolo sia un effetto automatico del decorso del tempo, ma così non è”¹⁰⁸. Difatti, bisogna riconoscere che sotto il profilo giuridico la perpetuità dell’ergastolo rimane intatta¹⁰⁹ e quella che il condannato a tale pena nutre in riferimento alla liberazione condizionale è una mera, seppur importante, “*spes beneficii*”¹¹⁰, e non una certezza. Ciò è confermato dall’esistenza di persone, tante o poche che siano, costrette ad espiare l’ergastolo nella sua interezza¹¹¹, perché “non poss[o]no o non «vogli[o]no» guadagnarsi la liberazione condizionale”¹¹².

¹⁰¹ Cfr. G. GEMMA, *Pena dell’ergastolo per i minori: davvero incostituzionale?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, 1277 ss. e A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie*, cit., 1.

¹⁰² Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 7.

¹⁰³ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo*, cit., 83.

¹⁰⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 123.

¹⁰⁵ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1245. Anche qui allora si potrebbe estendere alla pena perpetua la riflessione elaborata in riferimento alla pena capitale in A. CAMUS, *Riflessioni sulla ghigliottina*, in A. CAMUS – A. KOESTLER, *La pena di morte*, trad. it., Roma, 1972, 113, ove l’A. riconosce che “quando il silenzio o le scaltrezze del linguaggio, contribuiscono a mantenere un abuso che deve essere riformato, o una sventura che può essere alleviata, non c’è altra soluzione che di parlar chiaro, e di svelare l’oscenità che si nasconde sotto il manto delle parole”.

¹⁰⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo*, cit., 83.

¹⁰⁷ La materia sarà oggetto di indagine nel capitolo seguente.

¹⁰⁸ Cfr. L. ARATA, *La mission*, cit., 8 e, nello stesso senso, L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1245.

¹⁰⁹ In senso parzialmente contrario, cfr. R. D’ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 197, ove si afferma che “il carattere di perpetuità della pena dell’ergastolo è indubbiamente venuto meno, dipendendo la durata effettiva della stessa dall’esito del trattamento rieducativo”.

¹¹⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 20.

¹¹¹ Cfr. A. PUGIOTTO, op. ult. cit., 21.

¹¹² Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 8.

Dall'argomentazione espressa nella sentenza, qualificata dalla dottrina come sofisma¹¹³ e paragonate ad un arabesco¹¹⁴ in quanto delinea un "ergastolo ossimorico"¹¹⁵, si evince *a contrario* che una reclusione a vita è senza dubbio *extra ordinem*¹¹⁶.

Si noti, inoltre, che così facendo la Consulta ha espresso un giudizio sulla legittimità costituzionale non delle *leggi*, come imposto dall'articolo 134 Cost., bensì di un *fatto*. Dalla lettura della sentenza in esame si evince che ad essere stata vagliata non è la *disposizione* di cui all'articolo 22 c.p. che qualifica la pena dell'ergastolo come perpetua, bensì la *circostanza fattuale* consistente nell'eventualità che l'ergastolano possa accedere alla liberazione condizionale. In altre parole, in questo modo, la Corte costituzionale "invece di giudicare della legge impugnata, [...] ha finito per giudicare della sua occasionale disapplicazione"¹¹⁷.

4.3. *La sentenza della Corte costituzionale n. 274 del 21 settembre 1983*

Degna di nota è anche la sentenza n. 274 del 21 settembre 1983, la quale – secondo la dottrina – condivide con la precedente pronuncia del 1974 quello stesso imbarazzo dovuto all'orientamento della Corte costituzionale che si trovò nuovamente a far salva la compatibilità della pena perpetua con la Legge fondamentale solo grazie alla presenza di istituti che consentano al detenuto di recuperare un giorno la propria libertà¹¹⁸. In altre parole, nella decisione del 1983 (come d'altronde in quella del 1974) "è la stessa Corte Costituzionale che ha dovuto ammettere l'incompatibilità dell'ergastolo con la finalità [...] della rieducazione del reo. Ma lo ha fatto nella medesima sentenza con la quale [...] ne ha ribadito la costituzionalità"¹¹⁹.

¹¹³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 20.

¹¹⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 118.

¹¹⁵ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1245.

¹¹⁶ Cfr. L. RISICATO, op. ult. cit., 1245. e A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 123. Cfr. anche A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie*, cit., 2 ove l'A. qualifica quella svolta dalla Corte costituzionale nel caso in esame come un'"interpretazione rinnegante".

¹¹⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 124. Nello stesso senso, cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 3 ove l'A. nota che "Per salvare la costituzionalità dell'ergastolo, il fuoco dell'attenzione di è dovuto concentrare necessariamente sulla dimensione esecutiva" e A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie*, cit., 1, nt. 1.

¹¹⁸ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 7.

¹¹⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo*, cit., 83.

In particolare, nella pronuncia qui in esame, la Consulta fu chiamata ad indagare la portata degli articoli 3 e 27 Cost. in relazione alla *poena sine fine* e, precisamente, si trovò ad affrontare, in un procedimento riunito, due diverse questioni di legittimità sollecitate dalle ordinanze di rimessione provenienti dalle Corti d'Appello di Palermo, Firenze e Bologna¹²⁰.

Per quanto concerne la prima questione di compatibilità costituzionale, il problema era sorto a causa della formulazione testuale dell'articolo 54 ord. pen. e dall'orientamento che su di esso si era attestato: difatti la versione originaria della disposizione citata, nel disciplinare la liberazione anticipata, non faceva riferimento alcuno alla situazione dei condannati a pena perpetua; da qui il dibattito circa l'applicabilità o meno anche a questi ultimi di tale beneficio. La soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione era in senso negativo, poiché – si argomentava – la liberazione anticipata consiste in una riduzione (su base semestrale) della pena, nozione che presuppone un termine finale e che pertanto risulta concettualmente incompatibile con una sanzione *sine fine*¹²¹. Si sosteneva inoltre che il beneficio in esame non potesse essere concesso ai condannati all'ergastolo neppure limitatamente al fine di ridurre l'intervallo di tempo necessario per essere ammessi alla liberazione condizionale di cui all'articolo 176 c.p., poiché la disposizione in esame indicava un termine di almeno ventotto anni di pena *effettivamente* scontata¹²². Sul punto venne allora investito il Giudice delle Leggi. Secondo le ordinanze di rimessione, infatti, l'esclusione dell'ergastolano, sia pure per il solo fine di comprimere il termine relativo alla liberazione condizionale, dall'istituto di cui all'articolo 54 ord. pen., il quale era esplicitamente volto al più efficace reinserimento nella società¹²³, concretizzava una violazione del finalismo rieducativo garantito ex articolo 27, comma 3, Cost. a tutti i condannati, e quindi anche ai condannati a pena perpetua. Si riteneva inoltre sussistente

¹²⁰ La Sezione di sorveglianza della Corte d'appello di Palermo, con ordinanza emessa il 1° giugno 1978, contestava la legittimità costituzionale dell'articolo 54 ord. pen. in riferimento agli articoli 3 e 27 Cost.; la Sezione di sorveglianza della Corte d'appello di Bologna, con ordinanza emessa il 17 giugno 1982, contestava la legittimità costituzionale dell'articolo 54 ord. pen. in combinato disposto con l'articolo 176 c.p. in riferimento al solo articolo 3 Cost.; infine la Sezione di sorveglianza della Corte d'appello di Firenze, con ordinanze emesse il 26 novembre 1980 e il 20 ottobre 1981, contestava la legittimità costituzionale dell'articolo 50 ord. pen. in riferimento al solo articolo 27 Cost. Le ordinanze sono pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 38 del 1979 e nn. 12, 262 e 324 del 1982.

¹²¹ Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 79, nt. 49 e CORTE COST n. 274.

¹²² Il riferimento è, ovviamente, all'articolo 176 c.p. nella sua formulazione originaria.

¹²³ Cfr. art. 54 ord. pen.

una violazione del principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 Cost. per ingiustificata disparità di trattamento tra i condannati all'ergastolo e i condannati a pena detentiva temporanea, specie se comminata in misura particolarmente elevata¹²⁴. La Corte costituzionale, accogliendo le teorie espresse dai giudici remittenti, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 54 ord. pen. nella parte in cui non prevedeva la possibilità di riferire, al solo fine del computo richiesto per l'ammissione alla liberazione condizionale, la riduzione di pena della liberazione anticipata anche al condannato all'ergastolo.¹²⁵

Per quanto concerne la seconda *quaestio*, la Corte d'Appello di Firenze sospettava di incostituzionalità, in riferimento all'articolo 27 Cost., l'articolo 50, comma 2, ord. pen. il quale risultava inapplicabile ai condannati all'ergastolo. La disposizione da ultimo citata prevedeva che il detenuto potesse essere ammesso al regime della semilibertà solo dopo aver scontato almeno *metà* della pena, punto temporale non individuabile in riferimento ad una sanzione indefinita. Il giudice remittente chiedeva pertanto che ne fosse dichiarata l'illegittimità per violazione del principio rieducativo e che si provvedesse ad integrare debitamente la norma denunciata inserendo delle condizioni temporali, soddisfatte le quali il condannato alla pena perpetua avrebbe potuto essere ammesso alla misura alternativa della semilibertà¹²⁶. La Consulta respinse la questione poiché essa “si appalesa[va] inammissibile”¹²⁷: difatti – esplicò – la determinazione del *quantum* di pena espiato il quale si possa eventualmente accedere al regime della semilibertà implicherebbe una scelta di carattere discrezionale eccedente i poteri attribuiti alla Corte costituzionale¹²⁸.

Bisogna però notare che il legislatore si dimostrò recettivo rispetto alle criticità delineate dalla sentenza qui in esame e vi pose rimedio con la già citata legge n. 663 del 1986, meglio nota come ‘legge Gozzini’¹²⁹. L'articolo 18 di tale novella legislativa interveniva modificando l'articolo 54 ord. pen.: oltre ad incrementare la detrazione semestrale da

¹²⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 274 del 1983, cit.

¹²⁵ Cfr. R. D'ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 197.

¹²⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 274 del 1983, cit.

¹²⁷ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.

¹²⁸ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit. e S. FUNGARDI, *Fine pena*, cit., 83 e M. PISANI, *La pena*, cit., 598.

¹²⁹ Per le novità introdotte da tale legge si rimanda a *supra*, Cap. 1 § 3.3.3.

venti a quarantacinque giorni¹³⁰, al comma quattro proclamò, estendendola esplicitamente anche ai condannati all'ergastolo, che la parte di pena detratta in virtù del beneficio della liberazione anticipata valesse in riferimento non solo – come imposto dalla Corte costituzionale – alla liberazione condizionale, ma altresì ai permessi premio e alla semilibertà¹³¹.

5. *La sentenza della Corte costituzionale n. 168 del 28 aprile 1994: l'inapplicabilità dell'ergastolo ai minorenni*

In origine il codice Rocco prevedeva, a differenza del precedente codice Zanardelli, che la pena perpetua potesse essere comminata anche nei confronti dei minori imputabili di cui all'articolo 98 c.p.¹³² Fu solo nell'aprile del 1994, difatti, che la sentenza n. 168¹³³, considerata il più rilevante intervento della Consulta in materia di ergastolo¹³⁴, dichiarò l'illegittimità costituzionale degli articoli 17, 22, 69 e 73 comma 2 c.p. nella parte in cui non escludevano l'applicazione di tale pena ai soggetti minorenni. Proprio la specificità del percorso rieducativo riconosciuto a questi ultimi veniva posto dal Giudice delle Leggi alla base del proprio ragionamento, nel quale veniva peraltro ribadita, in via di *obiter dictum*, la piena compatibilità con la Carta fondamentale della sanzione in esame allorché irrogata a maggiori d'età¹³⁵. Risulta interessante ripercorrere sinteticamente le argomentazioni elaborate in tale sentenza, qualificabile come additiva c.d. di garanzia¹³⁶, in riferimento ai parametri costituzionali individuati dal Tribunale rimettente¹³⁷, ossia gli articoli 10, comma 1, 27, comma 3, e 31, comma 2, Cost.

¹³⁰ Cfr. legge n. 663 del 1986, art. 18, comma 1.

¹³¹ Cfr. legge n. 663 del 1986, art. 18, comma 4.

¹³² Cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 602-3 per una rapida analisi circa l'esclusione, nei confronti dei minorenni, della pena dell'ergastolo nel codice Zanardelli del 1899 e per la sua inclusione nel codice Rocco del 1930.

¹³³ Cfr. Corte cost., sent. n. 168 del 1994, cit. Cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 603 in rif. alla sent. n. 140 del 16 aprile 1993 ove la Consulta fu chiamata per la prima volta ad analizzare la compatibilità dell'ergastolo per i minorenni con i parametri di cui agli articoli 2, 3 comma 1, 10 comma 1, 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost. Il Giudice delle Leggi dichiarò inammissibile la questione prospettata, ma non mancò di auspicare un intervento legislativo volto a diversificare il trattamento punitivo del minore rispetto a quello generale.

¹³⁴ Cfr. M. RONCO, *Persone*, cit., 287.

¹³⁵ Cfr. M. RONCO, op. ult. cit., 287.

¹³⁶ Per la nozione di sentenze additive di garanzia e per la loro distinzione rispetto a quelle additive di prestazione, cfr. M. RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, 359.

¹³⁷ I.e. il Tribunale per i minorenni delle Marche, sede di Ancona

In particolare, secondo il giudice *a quo*, era ravvisabile una violazione della prima disposizione menzionata – la quale impone la conformazione alle norme di diritto internazionale *generalmente* riconosciute da parte dell’ordinamento giuridico italiano – poiché quest’ultimo aveva omesso di adeguarsi “a numerose norme *pattizie* del diritto internazionale”¹³⁸, che non venivano però specificate. La Corte respinse tale assunto per la sua genericità¹³⁹, ma decise ugualmente di passare in rapida rassegna, “al fine di chiarire il significato degli altri parametri costituzionali”¹⁴⁰, le Convenzioni internazionali a tutela del minore cui la Repubblica italiana aveva aderito¹⁴¹: dalla cui analisi (che induceva ad una “netta diversificazione del diritto penale minorile rispetto a quello comune, attraverso la caratterizzazione di esso più come diritto della personalità che come diritto del fatto”¹⁴²), emerse l’evidente necessità che la tutela e la protezione del minore fossero debitamente garantite.

In riferimento all’articolo 27 Cost., la questione portata all’attenzione della Consulta – ossia la compatibilità dell’ergastolo con la Legge fondamentale – era la medesima affrontata, e rigettata in considerazione della c.d. teoria polifunzionale della pena¹⁴³, nella precedente sentenza n. 264 del 1974, cui pertanto si rimanda. Nella sentenza del 1994 la Corte ribadì quanto già espresso nella pronuncia di vent’anni prima e ritenne che la presenza dei benefici di ordinamento penitenziario, in particolare la possibilità *ex* articolo

¹³⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 168 del 1994, cit. Il virgolettato è il riferimento, presente nella pronuncia della Consulta, all’ordinanza con la quale il tribunale rimettente sollevò la questione di legittimità costituzionale. Corsivo nostro.

¹³⁹ Per una considerazione critica sul punto, cfr. E. GALLO, *Un primo passo per il superamento dell’ergastolo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1994, 1268, ove l’A. rileva che “Sul punto la sentenza ingenera qualche perplessità. Non si trattava, infatti, di respingere a causa del fatto che non venivano individuate dall’ordinanza di rinvio «le norme pattizie del diritto internazionale vigente in materia». Era sufficiente rilevare l’errore del giudice rimettente che riferiva l’art. 10 co. 1 Cost. a norme pattizie, mentre è pacifico che quella disposizione riguarda esclusivamente il «diritto internazionale generale», essendo stata esclusa dall’art. 10 tutta la materia dei trattati, come ampiamente risulta dalla discussione della I Sottocommissione della Commissione dei 75”.

¹⁴⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 168 del 1994, cit.

¹⁴¹ Vennero prese in considerazione la *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* della Società delle Nazioni del 1924, la *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* del 1948, *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* dell’ONU del 1959, le *Regole minime per l’amministrazione della giustizia minorile* (c.d. Regole di Pechino) del 1985, *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo* del 1989, per la cui analisi si rimanda a S. FUNGARDI, *Fine pena*, cit., 95-6.

¹⁴² cfr. M. RUOTOLO, *L’illegittimità*, cit., 359.

¹⁴³ Cfr. *supra*, Cap. III, § 2.2.1.

21 del regio decreto legge n. 1404/1934 di ammettere in qualunque momento il minore alla liberazione condizionale¹⁴⁴, garantivano il rispetto del finalismo rieducativo di cui all'articolo 27, comma 3, Cost.

Lo stesso però – proseguì la Consulta – non valeva in riferimento all'articolo 31, comma 2, Cost. ove si accorda una speciale protezione all'infanzia e alla gioventù, “favorendo gli istituti necessari a tale scopo”¹⁴⁵. Difatti dalla lettura congiunta delle due disposizioni costituzionali da ultimo citate si delineava un sistema normativo differente, il quale impone, in precipuo riferimento ai minori, una diversificazione del trattamento punitivo che attribuisca alla pena, “proprio perché applicata nei confronti di un soggetto ancora in formazione e alla ricerca della propria identità, una connotazione educativa più che rieducativa, in funzione del suo inserimento maturo nel consorzio sociale”¹⁴⁶. La Corte, riconoscendo che tale finalità “per i soggetti minori di età è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente”¹⁴⁷, considerò fondata la questione di legittimità prospettata e dichiarò l'incostituzionalità degli articoli 17 e 22 c.p. – e, in via consequenziale, degli articoli 69 e 73, comma 2, c.p.¹⁴⁸ – per contrasto con l'articolo 31, comma 2, Cost., in relazione all'articolo 27, comma 3, Cost., nella parte in qui non escludevano il minore dalla previsione, sia pure astratta, della pena perpetua.

Tale sentenza, come abbiamo già indicato, è stata salutata con favore dalla dottrina¹⁴⁹, sia in riferimento alla “realizzazione di un sistema penale minorile in cui [...] si tenga in maggiore considerazione la personalità dell'individuo, prevedendo, magari, la possibilità di rinunciare ad applicare la sanzione ogni qual volta possa ritenersi sufficiente la «relazione sociale costituita dal contatto col giudice»”¹⁵⁰ sia in riferimento ad una nuova

¹⁴⁴ cfr. M. RUOTOLO, *L'illegittimità*, cit., 360-1.

¹⁴⁵ Cfr. art. 31, comma 2, Cost.

¹⁴⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 168 del 1994, cit.

¹⁴⁷ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.

¹⁴⁸ La dichiarazione di incostituzionalità parziale degli articoli 69 e 73, comma 2, c.p. avvenne in virtù della legge n. 87 del 1953, il cui articolo 27 prevede che la Corte costituzionale possa, in vista di una valutazione complessiva della questione sollevata, estendere l'oggetto proposto dal giudice *a quo* per rilevare eventuali illegittimità consequenziali. Per una rapida analisi della rilevanza degli articoli 69 e 73, comma 2, c.p. nel caso di specie, cfr. M. RUOTOLO, *L'illegittimità*, cit., 361 e S. FUNGARDI, *Fine pena*, cit., 97-9.

¹⁴⁹ Cfr. E. GALLO, *Un primo passo*, cit., 1267 ove l'A. offre “incondizionata approvazione” a tale sentenza.

¹⁵⁰ Cfr. M. RUOTOLO, *L'illegittimità*, cit., 362, in rif. a F. PALOMBA, *Quale sistema penale per minorenni?*, in *Giustizia e Costituzione*, 3-4/1981, 65.

riflessione sull'ergastolo *tout court*, della quale si auspicava che questa pronuncia costituisse un'importante premessa¹⁵¹.

E, di fatto, così è stato, anche se il dibattito apertosi al proposito è ancora ben lontano da una definizione condivisa: ma se è vero che i “Pensieri che incedono con passi di colomba guidano il mondo”¹⁵², si può nutrire fiducia a fronte dell'interesse attuale che il tema, per la verità urgente, sta suscitando dentro e fuori i confini nazionali. Degni di nota sono allora gli interrogativi sollevati dalla dottrina, la quale si chiede se lo stesso ragionamento adottato, in riferimento ai minori, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 168 del 1994 non possa (*rectius*: debba) essere esteso anche agli adulti in considerazione del diritto, riconosciuto loro dall'orientamento *Vinter* della Corte EDU, di godere delle misure per la risocializzazione¹⁵³. Si noti infatti che, sebbene la Costituzione non delimiti la nozione di ‘gioventù’¹⁵⁴, nel contesto attuale un solo giorno di scarto nell'età al *tempus commissi delicti* può fare “la differenza tra avere o non avere la pena perpetua”¹⁵⁵, creando un vuoto incolmabile tra minorenni e giovani adulti. Da qui allora la necessità di riflettere, traendo spunto (anche) dalla condizione di questi ultimi e ampliando poi alla generalità degli imputati, sulla legittimità costituzionale dell'ergastolo.

6. Ritornare a riflettere sulla legittimità costituzionale dell'ergastolo

È stato autorevolmente detto che “La questione dottrinale di maggior dibattito in relazione all'ergastolo è certamente quella che attiene ai temi della sua legittimità costituzionale [...] e della conseguente necessità di collaudarne la tenuta”¹⁵⁶ all'interno dell'ordinamento giuridico. Dopo aver inquadrato il contesto legislativo e giurisprudenziale nella materia in esame, è necessario porsi una domanda di antica

¹⁵¹ Cfr. M. RUOTOLO, *L'illegittimità*, cit., 362.

¹⁵² Cfr. F. NIETZSCHE, *Ecce homo*, 1° ed. dig., Milano, 2016, Prologo, § 4.

¹⁵³ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 9.

¹⁵⁴ Si noti infatti che all'articolo 31 Cost. il riferimento è alla ‘gioventù’, e non alla ‘maggiore età’ come invece all'articolo 48 Cost.

¹⁵⁵ Cfr. L. ARATA, *La mission*, cit., 8.

¹⁵⁶ Cfr. M. RONCO, *Persone*, cit., 286.

formulazione, ma di ancora drammatica attualità: “i giudici italiani, condannando taluno all’ergastolo, irrogano una pena costituzionalmente legittima?”¹⁵⁷.

Conviene sin d’ora fugare alcuni dubbi che potrebbero altrimenti inquinare la bontà del quesito proposto. L’obiettivo è quello di intraprendere un’indagine che elegga a campo di gioco il diritto, e precipuamente la Costituzione, lasciando invece fuori le emozioni. Non è nostro interesse – non qui almeno – esplorare gli impulsi e le passioni. Non è questa la sede per affrontare scelte di politica legislativa attiva. L’unico terreno sul quale ci si vuole misurare con il *dubium* prospettato è quello della legalità costituzionale, la quale non ha niente a che vedere con il buonismo, il sentimentalismo¹⁵⁸ o con la scelta – senza dubbio rispettabile – di un approccio umanitario alla sanzione penale¹⁵⁹.

Stando così le cose, il problema sorge – prima ancora che sul piano applicativo – su quello, logicamente e temporalmente antistante, della previsione edittale. Se si riuscirà a far valere le ragioni che inducono a ritenere che la pena perpetua non sia in linea con la Carta fondamentale, tale illegittimità dovrà essere ritenuta sussistente sin dalla fase della generale e astratta previsione normativa: perché – a nostro avviso – una sanzione che si riveli incostituzionale non può essere giurisdizionalmente “*inflitta* né, prima ancora, legislativamente *minacciata*”¹⁶⁰. A tal riguardo, conviene far luce su un punto spesso oscuro. Si è soliti ritenere che la perpetuità predicata all’articolo 22 c.p. possa esistere nelle disposizioni elaborate dal legislatore, nelle pronunce redatte dai giudici, ma mai nella concreta realtà dell’espiazione della pena. In altre parole, si è soliti ritenere che, nei

¹⁵⁷ Questo l’interrogativo formulato nel 1960 e ancor oggi attuale. Cfr. L. GULLO, *Il problema dell’ergastolo è sempre attuale*, in *Democrazia e Diritto*, 2/1960, 56 riportato in A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 1, nt. 2 Non diverso il senso della domanda “La pena dell’ergastolo è costituzionale?” eletta a titolo del saggio di F. CARNELUTTI, *La pena*, cit.

¹⁵⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 2 ove l’A. riflette sull’equivoco di attribuire motivazione di carattere sentimentali o sentimentalistiche alle teorie proiettate verso il superamento dell’ergastolo.

¹⁵⁹ Per alcune interessanti considerazioni in materia di umanità penitenziaria e sulla clemenza della pena si rimanda a D. GALLIANI, *Una pena*, cit., *passim*. A nostro avviso, inoltre, un esemplare spunto di riflessione viene dalla preghiera – pronunciata il 13 febbraio 1980 durante i funerali di Stato di Vittorio Bachelet, vicepresidente del Consiglio superiore della magistratura assassinato dalle Brigate Rosse – nella quale il figlio Giovanni ebbe a dire “Vogliamo pregare anche per quelli che hanno colpito il mio papà perché, senza nulla togliere alla giustizia che deve trionfare, sulle nostre bocche ci sia sempre il perdono e mai la vendetta, sempre la vita e mai la richiesta della morte degli altri”; disponibile in E. PARASILITI, *Ti chiamo per nome: storie di riconciliazioni possibili*, Milano, 2013, 11.

¹⁶⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 2.

fatti, l'ergastolo non esista più perché – usando le parole della Corte di Cassazione – esso, a seguito delle modifiche intervenute nell'ordinamento giuridico, “ha cessato di essere una pena perpetua [...] e ciò non solo per la possibilità della grazia, ma altresì per la possibilità di un reinserimento incondizionato del condannato nella società libera, in virtù degli istituti del vigente diritto penitenziario”¹⁶¹. Ma così non è. A riconoscerlo è stata la stessa Corte costituzionale la quale, ragionando sulla liberazione condizionale e sulle misure alternative alla detenzione, ha ritenuto che “l'ergastolo non può mai essere considerato una pena temporanea”¹⁶².

È stato rettamente osservato che l'ammissione alla liberazione condizionale rappresenta la possibilità pressoché esclusiva che il condannato alla pena perpetua abbia di ritornare al consorzio sociale da cui è stato allontanato¹⁶³: tale qualifica non sarebbe invece condivisa dagli istituti della grazia e dell'indulto. La prima, potere clemenziale di antichissima origine che l'articolo 87 Cost. affida al Presidente della Repubblica, ha carattere eccezionale e particolare, in quanto si rivolge ad un soggetto determinato, ed è orientata a finalità di carattere equitativo-umanitario¹⁶⁴. L'indulto, invece, per il quale l'articolo 79 Cost. impone una gravosa procedura c.d. rinforzata che ne rende difficile (e rara) l'approvazione parlamentare, necessita di una chiara volontà politica per potersi applicare anche all'ergastolo: quest'ultimo infatti, data la sua durata indefinita, non è condonabile in parte; è pertanto necessario che la legge di concessione faccia esplicito riferimento alla pena perpetua sancendo che essa sia condonata *in toto* oppure convertita in pena detentiva temporanea¹⁶⁵.

Escluso dunque che indulto e grazia possano – per la loro rarità e discrezionalità¹⁶⁶ – alimentare quel diritto alla speranza riconosciuto dalla giurisprudenza europea, non resta

¹⁶¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. Prima, sent. n. 33018 del 2012, in *De Jure*, in www.iusexplorer.it.

¹⁶² Cfr. Corte cost., ordinanza n. 337 del 12 luglio 1995, in www.giurcost.org.

¹⁶³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 19.

¹⁶⁴ Cfr. la voce ‘*potere di grazia*’ in www.quirinale.it e M. PISANI, *La pena*, cit., 612-3, ove l’A. enumera i casi – 23 in tutto dal 1946 al 2016 – in cui è stata concessa la grazia a favore di soggetti condannati alla pena perpetua. Non risulta che il presidente Sergio Mattarella abbia, dalla data del suo insediamento (3 febbraio 2015) al momento in cui si scrive, concesso alcun atto di clemenza individuale nei confronti di soggetti ergastolani.

¹⁶⁵ Cfr. sul tema Cass. Pen., Sez. Prima, sent. n. 2128 del 2000, in *De Jure*, in www.iusexplorer.it.

¹⁶⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 19 ove indulto e grazia vengono qualificati come “*chances di liberazione «anticipata» del condannato all'ergastolo soltanto teoriche e, comunque, davvero remote*”.

che la liberazione condizionale. Ma, come si è già detto, la concessione dei benefici penitenziari non è un effetto automatico correlato al solo decorso del tempo, e ciò vale anche (e segnatamente) in relazione alla liberazione condizionale la quale – per quanto giurisdizionalizzata – “è pur sempre sottopost[a] alla discrezionalità [...] dell’interpretazione del giudice, soprattutto con riferimento al significato del «sicuro ravvedimento»”¹⁶⁷ di cui all’articolo 176 c.p. Quella che il detenuto nutre nei confronti della misura alternativa da ultimo citata¹⁶⁸ è una mera *spes*. Per questo motivo si ritiene dunque di dover criticare quell’orientamento, dottrinale e giurisprudenziale, che confonde *possibilità* (sperata) e *certezza*, ritenendo che la prima sia capace di obliterare la perpetuità che connota l’ergastolo¹⁶⁹.

Conviene affrontare e risolvere subito un dubbio che potrebbe sorgere a fronte del richiamo poc’anzi fatto al diritto alla speranza di matrice europea. La Corte europea dei diritti dell’uomo ha ravvisato nella pena perpetua irriducibile una violazione dell’articolo 3 CEDU¹⁷⁰; ne deriva dunque che la liberazione condizionale, istituto volto ad escludere l’irriducibilità della pena, è sufficiente a garantire il c.d. *right to hope* enucleato nell’alveo della disposizione convenzionale citata. È, questo, un requisito che il nostro ordinamento soddisfa dal 1962, anno in cui la legge n. 1634 estese anche agli ergastolani la liberazione condizionale, la cui concessione è stata per di più giurisdizionalizzata nel 1974¹⁷¹. La circostanza che il sistema italiano risulti – almeno da questo punto di vista – conforme alle previsioni europee non esonera dall’indagare se esso sia altresì compatibile con la Costituzione. Vero dunque che il mancato rispetto degli obblighi internazionali può concretizzare una violazione costituzionale¹⁷², non è però vero che la conformità al diritto internazionale vale a garantire la congruenza con quello interno. Si noti che la

¹⁶⁷ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 8 e nello stesso senso, L. ARATA, *La mission*, cit., 8.

¹⁶⁸ Per la qualificazione della liberazione condizionale come misura alternativa alla detenzione, cfr. *supra*, Cap. 1, § 3.7.

¹⁶⁹ Forse potrebbe essere interessante – per chi creda che il diritto non sia diviso in compartimenti stagni – provare a ragionare sulla scorta della differenza che si riscontra in ambito civilistico, rilevante in riferimento all’articolo 1472 c.c., tra le nozioni di *spes* e *rei speratae*: per il significato delle nozioni appena richiamate, cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 40° I ed., Padova, 2004, 764 e M. CARUSO, *Il contratto in generale nell’attività negoziale*, ed. dig. *Singulab Italia*, 2013, 278.

¹⁷⁰ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 2.

¹⁷¹ Il riferimento è alla già citata sentenza della Corte cost., n. 204 del 1974.

¹⁷² Cfr. art. 11 e 117, primo comma, Cost.

salvaguardia delle norme nazionali più favorevoli è esplicitamente sancita all'articolo 53 CEDU. Tale circostanza non deve stupire; la tutela apprestata dalla CEDU è invero “espressione di un minimo comune denominatore tra tutti i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa”¹⁷³.

Si comprende dunque perché sia opportuno, anzi necessario¹⁷⁴, tornare a ragionare della legittimità costituzionale dell'ergastolo, guardando alla norma e non alla sua eventuale (rara o probabile che sia) non applicazione. Difatti, nonostante i summenzionati istituti di diritto penitenziario, riteniamo, con un gioco di parole al limite del lapalissiano, che la pena perpetua sia davvero *perpetua*. E questo è drammaticamente confermato dalla concretezza delle persone sottoposte a detenzione da più di ventisei anni, intervallo di tempo decorso il quale il condannato all'ergastolo può ambire alla liberazione condizionale¹⁷⁵. L'indagine circa la compatibilità di tale pena con la Carta fondamentale è quindi, a nostro avviso, un atto dovuto per coloro i quali – “molti o pochi o addirittura uno solo”¹⁷⁶ – debbano espiare una pena della quale, senza voler nulla togliere alla gravità dei reati perpetrati, non si può non riconoscere che elemento imprescindibile è la sofferenza¹⁷⁷.

Abbiamo or ora sostenuto le *necessità* di vagliare la compatibilità costituzionale dell'ergastolo. Ma, preliminarmente, bisogna chiedersi se ciò sia *possibile*, se vi siano cioè le condizioni per rimettere in discussione le valutazioni di conformità che, talvolta goffamente, sono state fatte dai giudici della Consulta e della Corte di Cassazione¹⁷⁸.

Nello specifico, i profili da prendere in esame sono due. In primo luogo ci si dovrà chiedere se l'orientamento giurisprudenziale che ha tacciato di infondatezza la questione di legittimità costituzionale della pena perpetua abbia avuto l'ultima parola o se sia invece

¹⁷³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Scoppola*, cit., 7.

¹⁷⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 1.

¹⁷⁵ Cfr. art. 176, comma 3, c.p.

¹⁷⁶ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 8. Secondo il Ministero della Giustizia, gli ergastolani, al 31 dicembre 2017, erano 1735: cfr. sezione *Statistiche*, in www.giustizia.it.

¹⁷⁷ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti*, cit., 2.

¹⁷⁸ Per quanto concerne la Corte costituzionale, il riferimento è, *in primis*, alla ben nota sent. n. 264 del 1974 ma, per le considerazioni implicite, anche alle sentt. nn.115 del 1964 e 168 del 1994. Per quanto concerne la Corte di Cassazione, il riferimento è, *in primis*, all'ordinanza delle Sezioni Unite de 16 giugno 1956. Sul punto, cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 9.

possibile – e, se sì, su quali presupposti – riaprire il dibattito puntando ad avere come interlocutore proprio la Consulta¹⁷⁹. Inoltre si dovrà indagare se l'ergastolo sia una, per quanto odiosa, necessità dell'ordinamento.

In riferimento al primo punto, si ritiene non vi siano seri motivi che impediscano di interpellare nuovamente il Giudice delle Leggi. Essi non sono ravvisabili né nell'ordinanza delle Sezioni Unite del 1956 né nella sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 1974 né infine nella chiarezza con la quale il popolo sovrano ha risposto al quesito referendario del 1981. Nonostante il notevole peso avuto nella concreta realtà dei fatti¹⁸⁰, la delibazione di manifesta infondatezza effettuata dalla Corte di Cassazione¹⁸¹ costituisce un mero (per quanto autorevole) precedente non vincolante, privo dunque di effetto preclusivo *erga omnes*. Anzi, si consideri che la legge prevede che, quandanche l'eccezione di legittimità venga respinta, essa possa essere riproposta all'inizio di ogni (eventuale) grado ulteriore di processo¹⁸². Per quanto concerne la pronuncia della Consulta del 1974, essa è una sentenza costituzionale di rigetto il cui unico effetto preclusivo consiste nell'impedire al giudice che ha emesso l'ordinanza di rimessione di riproporre in quello stesso giudizio la medesima questione di legittimità. Nessun ostacolo dunque per le altre autorità giurisdizionali¹⁸³. Quanto al referendum del 17-18 maggio 1981, i cittadini hanno chiaramente indicato la propria contrarietà all'abrogazione dell'ergastolo. Ma se è vero – come è vero – che il terreno eletto a campo di gioco della nostra indagine è quello della Costituzione, è ad essa che bisogna guardare. In particolare al primo capoverso dell'articolo 1 Cost. secondo cui “La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”. Pertanto, fermo restando “Che

¹⁷⁹ Difatti, un'analisi disincantata della realtà induce ad aspettative non positive riguardo alle altre due strade astrattamente percorribili. In particolare, per quanto concerne la via legislativa, non si dimentichi che i disegni di legge volti all'abolizione dell'ergastolo che furono approvati dal Senato della Repubblica nella V, VI e XIII legislatura si arenarono poi alla Camera dei Deputati. Non dissimile l'esito per quanto riguarda le proposte – mai approvate – di modifica al codice penale formulate nei progetti *Riz* del 1996, *Grosso* del 1998 e *Pisapia* del 2006 per la cui trattazione si rimanda a M. PISANI, *La pena*, cit., 614 ss. e S. FUNGARDI, *Fine pena*, cit., 45 ss. Per quanto concerne la via referendaria, invece, oggi i voti favorevoli all'abolizione dell'ergastolo sarebbero probabilmente ancora minori rispetto a quelli palesati nel 1981. Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 116-7.

¹⁸⁰ Cfr. *supra*, Cap. V, § 4.2.

¹⁸¹ Sul punto e le perplessità al riguardo, cfr. *supra*, Cap. V, § 4.1.1.

¹⁸² Non esistente nello specifico caso in esame. Cfr. l. n. 87 dell'11 marzo 1953, art. 24.

¹⁸³ Cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2011, 457.

il popolo abbia un diritto originale a stabilire [...] i principi che, nella sua opinione, devono produrre la sua felicità”¹⁸⁴, vi sono “determinati limiti che non possono essere superati”¹⁸⁵, e tra questi vi è sicuramente quello di una pena conforme alla Legge fondamentale. Se dunque si dimostrerà che l’ergastolo è incostituzionale, a nulla varrà obiettare che il popolo sovrano si è nettamente espresso per il suo mantenimento e parimenti inefficace sarà l’eventuale richiamo alle “fortissime resistenze emotive contro un serio ripensamento della pena perpetua”¹⁸⁶. E questo proprio in virtù del richiamo, di cui all’articolo 1 Cost., alle *forme* e ai *limiti* nell’esercizio della sovranità popolare: altrimenti non si capirebbe “per quale motivo i poteri sono limitati, e perché questi limiti sono stati scritti, se essi possono in qualunque momento essere superati da coloro che si voleva vincolare”¹⁸⁷.

Anzi – e così si passa al secondo dei punti da prendere in considerazione – quasi per una sorta di eterogenesi dei fini l’esperienza referendaria smentisce la tesi secondo cui la pena perpetua sia l’“orribile necessario”¹⁸⁸ dell’ordinamento. Difatti con la sentenza n. 23 del 9 febbraio 1981, volta a dichiarare l’ammissibilità della richiesta di referendum per l’abrogazione degli articoli 17, comma 1, n. 2 e 22 c.p., la Consulta ha implicitamente confermato che tali disposizioni legislative – e, con esse, la pena ivi disciplinata – non sono costituzionalmente irrinunciabili¹⁸⁹. Secondo quanto emerge da tale pronuncia della Corte, l’ergastolo – in quanto non *prescritto*, ma nemmeno *proscritto* dalla Carta fondamentale – è “solo un problema di volontà politica”¹⁹⁰ rimesso perciò alla

¹⁸⁴ Cfr. SCOTUS, sent. *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), in www.supreme.justia.com, nella traduzione disponibile in R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto*, cit., 426-7. La sentenza è disponibile per intero, tradotta, in www.giurcost.org.

¹⁸⁵ Cfr. SCOTUS, sent. ult. cit.

¹⁸⁶ Cfr. D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 11.

¹⁸⁷ Cfr. SCOTUS, sent. *Marbury c. Madison*, cit.

¹⁸⁸ Cfr. A. BERNARDI, *L’orribile necessario*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 85 ss.

¹⁸⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 9 e A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 117 ove si evidenzia che “le leggi costituzionalmente necessarie non sono sottoponibili a referendum popolare”.

¹⁹⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, op. ult. cit., 117 da cui si riprende anche il gioco di parole tra *prescrivere* e *proscrivere*.

discrezionalità del legislatore¹⁹¹. Ma in tale ottica – rimanendo dunque in un momento antecedente il vaglio di costituzionalità o meno della sanzione senza fine (come in un *etiamsi daremus* di groziana memoria¹⁹²) – il legislatore ha dimostrato di ritenere che la pena perpetua sia bilanciabile a fronte di altri interessi dell'ordinamento. Il riferimento è precipuamente all'articolo 442, comma 2, c.p.p., ove si prevede la sostituzione dell'ergastolo c.d. comune con la reclusione ad anni trenta nell'ipotesi in cui il processo si svolga nelle forme del c.d. giudizio abbreviato¹⁹³. Dalla considerazione dell'“assoluto potere dell'imputato”¹⁹⁴ di optare per tale rito speciale e rendere consequenzialmente inapplicabile la sanzione *sine fine*, si evince che quest'ultima sia apparsa anche al legislatore ordinario, alla cui discrezionalità la Corte aveva rimesso la perpetuità della pena, un *quid* rinunciabile a fronte di altre esigenze, quali quelle di economia processuale¹⁹⁵.

In sintesi, ciò che ne risulta è non solo che la Consulta ha inteso l'ergastolo come istituto non costituzionalmente necessario, ma anche (e soprattutto) che tale esigenza è stata negata anche dal Parlamento: il quale, come emerge dall'articolo 442 c.p.p., ha accettato di ‘barattare’ l'ergastolo con altri (pur lodevoli) interessi dell'ordinamento.

Infine, un ulteriore motivo che incoraggia il dibattito volto al riconoscimento, *melius re perpensa*, dell'incostituzionalità della sanzione perpetua si ravvisa nella consapevolezza che il contesto attuale presenta delle notevoli e rilevanti differenze rispetto a quello in cui videro la luce le sopraccitate pronunce del 1956 e del 1974.

Fu difatti abbandonato l'orientamento secondo cui per legittimare la pena era sufficiente il soddisfacimento di una qualsiasi delle varie finalità ad essa ascrivibili e si riconobbe

¹⁹¹ Si noti che in tale accezione di ‘legislatore’ deve essere annoverato, giusta la nozione di referendum come una forma di legislazione negativa, anche il popolo referendario: cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto*, cit., 376.

¹⁹² *Mutatis mutandis*, il parallelismo starebbe nel fatto che, come Ugo Grozio (condannato peraltro al carcere a vita) ha ragionato sull'ipotesi dell'inesistenza di Dio pur ritenendola una “gravissima empietà”, così noi ipotizziamo la costituzionalità dell'ergastolo pur senza esserne convinti. Cfr. U. GROZIO, *Prolegomeni al diritto della pace e della guerra*. (a cura di G. Fassò e C. Faralli), Napoli, 1979, 38 e F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Padova, 2009, 159 ss.

¹⁹³ Sul punto, cfr. *supra*, Cap. 5, §3.

¹⁹⁴ Cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 607.

¹⁹⁵ Cfr. anche L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1255.

che queste ultime debbono necessariamente essere “intese come contenuto unitario della polivalente funzione”¹⁹⁶, senza però dimenticare che la rieducazione del condannato è eletta dalla Costituzione a “nuovo e moderno teleologismo”¹⁹⁷. Il riferimento è, *in primis*, alla nota sentenza della Consulta n. 313 del 1990¹⁹⁸ la quale, con approccio realista e privo di ipocrisie¹⁹⁹, ha cercato di valorizzare in massimo grado il principio di cui all’articolo 27, comma 3, Cost., considerato “patrimonio della cultura giuridica europea”²⁰⁰ da cui emerge “il volto costituzionale” della sanzione penale²⁰¹.

Degna di menzione, anche in questo contesto, la già analizzata legge costituzionale n. 1 del 2007. Con essa sono state soppresse le eccezioni alla regola di cui all’articolo 27, comma 4, Cost. e, pertanto, la pena di morte è stata categoricamente bandita dall’ordinamento della Repubblica. Secondo la dottrina, tale novella conferma l’orientamento con cui la Consulta, a partire dal 1990, ha riconosciuto l’illegittimità delle pene *esclusivamente* retributive in quanto lesive del “precepto costituzionale che impone comunque la tendenza alla rieducazione del condannato”²⁰²: la modifica della Carta fondamentale esalta inoltre il finalismo rieducativo, laicamente declinato, proteso cioè alla risocializzazione di un soggetto che, a prescindere dalla gravità dei reati commessi, non può mai essere considerato definitivamente perso²⁰³. Difatti con la riforma del 2007 viene eliminato dall’articolo 27 Cost. il riferimento ai “casi previsti dalle leggi militari di guerra”²⁰⁴, uniche evenienze nelle quali un’espressa deroga costituzionale ammetteva la pena di morte, sanzione di indubbio carattere retributivo e priva di finalità educativa. Ne consegue dunque che, espunta dall’ordinamento l’eccezione, non solo il divieto di cui al comma 4 assume portata assoluta, ma inoltre si estende la regola sancita al comma 3

¹⁹⁶ Cfr. E. GALLO, *Significato*, cit., 70.

¹⁹⁷ Cfr. E. GALLO, op. ult. cit., 69.

¹⁹⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 10 per un’enumerazione di sentenze che, secondo l’A., si pongono nel solco tracciato dalla sentenza n. 313 del 1990.

¹⁹⁹ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti*, cit., 189 ove l’A. riporta che la Corte non abbia finto di non vedere i caratteri afflittivi che connotano intrinsecamente l’esperienza della pena.

²⁰⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 313 del 1990, cit.

²⁰¹ Cfr. il titolo di A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit. Cfr. anche D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 2-3.

²⁰² Cfr. E. GALLO, *Significato*, cit., 70.

²⁰³ Cfr. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 4 ove l’A. afferma che “nessuna persona è mai persa per sempre”.

²⁰⁴ Cfr. articolo 27, comma 4, Cost. nella sua formulazione anteriore alla l. cost. n. 1 del 2007.

secondo la quale le pene – tutte le pene – devono tendere alla rieducazione del condannato²⁰⁵. Per una trattazione più approfondita circa l’abolizione dell’estremo supplizio e le analogie tra esso e la pena perpetua, si rimanda alle considerazioni precedentemente svolte²⁰⁶.

Fatte queste premesse necessarie, conviene analizzare le ragioni che inducono a sospettare della legittimità costituzionale della pena perpetua.

7. *I sospetti di illegittimità costituzionale dell’ergastolo*

È stato osservato che “Ci stiamo abituando sempre di più a tollerare la realtà di una pena legittimamente inflitta, con un processo giusto, che si trasforma in una pena eseguita illegittimamente in un carcere ingiusto”²⁰⁷. Ferma restando la consapevolezza dell’“abisso che separa [...] la realtà carceraria di oggi dal dettato costituzionale sulla funzione rieducatrice della pena e sui diritti e la dignità della persona”²⁰⁸, proveremo ad esporre i motivi che ci portano a dubitare della considerazione dell’ergastolo come pena conforme a Costituzione.

²⁰⁵ Si noti che, in questo senso, “Lo statuto della pena così tracciato in Costituzione garantisce uno *standard* di tutela più elevata di quello assicurato nella CEDU (come pure nei Trattati e nella Carta dei diritti dell’UE), dove è assente un referente teleologico vincolante per la funzione della pena”. Ma – si ripete – esso non deve né scandalizzare né stupire. Come già indicato, il motivo lo si comprende agilmente se si considera la natura degli ordinamenti della c.d. Piccola e Grande Europa, i quali rappresentano le espressioni di *standard* minimi comuni ai Paesi aderenti.

²⁰⁶ Cfr. *supra*, Cap. I, § 2.4.4., § 2.4.5. e § 2.5.

²⁰⁷ Cfr. G. M. FLICK, *La contraddizione dell’ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine*, in www.federalismi.it, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 22/2010, 12. L’osservazione qui riportata fu elaborata nel 2010. Interessante notare che l’A., presidente Emerito della Corte costituzionale, nel 2015 pubblicò un saggio intitolato “*Ergastolo: perché ho cambiato idea*” (cit.) da cui emerge l’elasticità mentale dell’uomo e del giurista capace di rimettere in discussione le proprie opinioni. In tale ultimo scritto, dopo aver ripreso la frase qui citata, evidenzia che “non riusciamo neppure ad eseguire legittimamente, in modo giusto, e a ‘sanare’ una pena come l’ergastolo, che è certamente illegittima nel momento in cui viene inflitta” ed afferma di considerare “l’ergastolo non compatibile con la Carta costituzionale anche in linea di principio, in astratto e non solo in concreto”: cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 3.

²⁰⁸ Cfr. l’intervento dell’allora Presidente della Repubblica Napolitano al convegno ‘*Giustizia! In nome della legge e del popolo sovrano*’ tenutosi in Roma il 28-29 luglio 2011, disponibile in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 253 ss., 255.

7.1. *L'ergastolo come pena fissa*

Dalla qualifica, ex articolo 22 c.p., dell'ergastolo come pena *perpetua* deriva che, in riferimento ad esso, non è possibile distinguere il minimo ed il massimo edittali; detto altrimenti, l'ergastolo rientra nel novero delle sanzioni *fisse* o *rigide*, nell'applicazione delle quali il giudice non ha possibilità di modulare il *quantum* di pena in ragione delle specificità della fattispecie concreta e della personalità dell'imputato. A tal riguardo la dottrina paventa che si concretizzino delle criticità costituzionali relativamente ai principi di eguaglianza, di rieducazione e di personalità della responsabilità penale. La Consulta – più volte chiamata, anche se mai con precipuo riferimento all'ergastolo, a giudicare della costituzionalità di tale tipologia di sanzioni – ne ha sempre sostenuto la legittimità, nonostante le significative evoluzioni intervenute nell'orientamento in materia²⁰⁹.

Il tema fu affrontato, per la prima volta, nella sentenza della Corte costituzionale n. 67 dell'8 maggio 1963²¹⁰ in riferimento all'articolo 54 del regio decreto legge 2033 del 1925, ove era prevista un'ammenda di 2.500.000 lire per delle particolari contravvenzioni in materia agraria²¹¹. Nello specifico, il giudice *a quo*²¹² riteneva che il carattere fisso della pena pecuniaria prevista dalla disposizione in esame concretizzasse una violazione degli articoli 3, comma 1, e 27, commi 1 e 3, Cost.: a suo parere, l'impossibilità gravante sul giudice di calibrare la risposta sanzionatoria tra un minimo ed un massimo creava un punto di frizione sia rispetto al principio di colpevolezza di cui all'articolo 27, comma 1, Cost. sia rispetto al principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 Cost. Il primo, oltre a vietare la responsabilità penale per fatto altrui, veniva inteso nel senso di imporre una c.d. forbice edittale, regolando la quale il giudice avrebbe potuto adeguare la pena alle condizioni personali del reo, incluso il grado di colpevolezza. Il secondo invece si pretendeva violato sostenendo che la natura rigida della pena comportava un trattamento uguale (l'ammenda sopracitata) a fronte di condotte concrete necessariamente diverse. Infine, l'ordinanza di rimessione evidenziava che una pena inflitta senza poter essere

²⁰⁹ Cfr. R. D'ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 194.

²¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 67 del 1963, in www.giurcost.org.

²¹¹ Cfr. art. 54 del r.d.l. n. 2033 del 1925, in www.edizionieuropee.it. Si noti che le violazioni previste come reato dal r.d.l. citato sono state convertite in illeciti amministrativi ad opera dell'art. 1 del d. lgs. n. 507 del 30 dicembre 1999, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 205 del 25 giugno 1999.

²¹² Il giudice *a quo* del caso in esame era la Corte d'appello del Tribunale di Napoli, la quale sollevò la questione su sollecitazione della difesa.

adeguata alla personalità del reo ed alle specificità del fatto predisponere ad un sentimento ostativo al finalismo rieducativo imposto dalla Costituzione. Il Giudice delle Leggi sostenne che l'articolo 27, comma 1, Cost. mirasse esclusivamente a riaffermare nel campo penale "quell'alto principio di civiltà per cui ciascuno deve portare la pena soltanto delle proprie colpe e non anche di quelle altrui"²¹³ e che non vi fosse alcun elemento a sostegno dell'interpretazione del remittente; respinse inoltre la motivazione costruita attorno al comma terzo dello stesso articolo "perché l'emenda del condannato, che questo pone quale *una delle* finalità della pena, è affidata piuttosto ai modi della sua esecuzione, e comunque non può riuscire compromessa per la sola circostanza del carattere di rigidità impresso alla pena medesima dalla legge"²¹⁴. Infine per quanto concerne l'articolo 3 Cost., se ne negò la violazione in quanto la graduazione della pena era comunque possibile attraverso l'applicazione di talune circostanze aggravanti ed attenuanti. Con queste argomentazioni, tutti i motivi proposti dal giudice *a quo* vennero respinti e la questione di legittimità dell'articolo 54 del regio decreto legge 2033 del 1925 venne dichiarata infondata. In tale pronuncia, considerata dalla dottrina troppo tributaria alla teoria polifunzionale classica²¹⁵, la Consulta non mancò però di riconoscere che il miglior strumento, seppur non l'unico, per il raggiungimento della finalità di eguaglianza "sia la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo"²¹⁶.

Solo dopo più di quindici anni si ritornò a discutere in un giudizio di fronte al Giudice delle Leggi²¹⁷ di tali tipologie di pene, avendo a riferimento l'ammenda (800.000 lire) e l'arresto (15 giorni) stabiliti a sanzione di una norma del codice della strada²¹⁸. Nonostante la pluralità di questioni sollevate – inevitabile dato il gran numero di ordinanze rimettenti²¹⁹ – il principale sospetto di incompatibilità riguardava l'articolo 3

²¹³ Cfr. Corte cost., sent. n. 67 del 1963, cit.

²¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit. Corsivo nostro.

²¹⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 13.

²¹⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 67 del 1963, cit.

²¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 50 del 1980, cit.

²¹⁸ Cfr. l'art. 121 del D.P.R. n. 393 del 15 giugno 1959, come modificato dall'articolo 5 della legge n. 313 del 5 maggio 1976.

²¹⁹ La Corte costituzionale fu sollecitata con le ordinanze emesse dai Pretori di: S. Donà di Piave del 15 giugno 1977; Udine del 21 maggio 1977; Adria del 10 maggio 1977; Cittadella del 19 settembre (n. 2 ordinanze) e del 26 settembre 1977; S. Vito al Tagliamento del 26 gennaio 1978 (n. 5 ordinanze); S. Donà

Cost., ritenuto leso dall'applicazione del medesimo *quantum poenae* a fattispecie diverse sia relativamente all'elemento soggettivo del reato (dolo o colpa) che relativamente a quello oggettivo (diversa gravità del fatto)²²⁰. Nella sentenza n. 50 del 14 aprile 1980, la Corte Costituzionale dichiarò l'infondatezza delle questioni prospettate richiamandosi alle considerazioni svolte a proposito delle misure sanzionatorie fisse nella pronuncia del 1963. Nella decisione qui in esame vi fu però un passo ulteriore rispetto alla precedente: la Consulta riconobbe che "In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono [...] in armonia con il «volto costituzionale» del sistema penale"²²¹ poiché – sempre in via di principio – la modulazione della pena in ragione delle esigenze della concreta fattispecie prospettata al giudice "si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale"²²². Da ciò si evince che, se l'individualizzazione della sanzione mediante la discrezionalità del giudice è la regola, il carattere rigido della pena è l'eccezione della quale il dubbio di incostituzionalità – escluso nel caso di specie – "potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito

di Piave del 18 gennaio 1978; Biella del 10 febbraio 1978; Agordo del 22 marzo 1978; Piana degli Albanesi dell' 11 aprile 1978; Portogruaro del 2 maggio 1978; Cento del 19 aprile 1978; Porto Torres del 19 aprile 1978 (n. 2 ordinanze); Pattada del 27 aprile 1978; dal Tribunale di Orvieto del 12 aprile 1978; Città di Castello del 12 maggio 1978 (n. 2 ordinanze); Sorgono del 20 aprile 1978; Cittadella del 19 giugno 1978 (n. 2 ordinanze); Cervignano del Friuli del 21 febbraio 1978; Cittadella del 19 giugno 1978; Piacenza dell'11 dicembre e del 24 novembre 1978; Codogno del 19 dicembre 1978; Grosseto, dell'11 dicembre 1978; Cervignano del Friuli del 21 febbraio 1978; Casalmaggiore dell' 1 dicembre 1978; S. Donà di Piave del 3 febbraio 1979; Codroipo del 22 novembre 1978; Codogno del 14 marzo 1979; Pergine Valsugana del 3 marzo 1979; Trento, dell'8 marzo 1979; Codogno del 30 gennaio 1979; Gemona del Friuli del 10 febbraio 1979; Piombino del 20 marzo 1979; Massa dell'8 marzo 1979; Codogno del 26 aprile 1979; Empoli del 24 aprile 1979; Massa dell'8 marzo 1979; Castelfranco Veneto del 4 maggio 1979; Grumello del Monte del 10 aprile 1979 (n. 4 ordinanze); Trento dell'11 maggio 1979, iscritte ai nn. 358, 387, 410, 509, 510, e 561 del Registro ordinanze 1977; ai nn. 174, 175, 176, 177, 178, 215, 235, 306, 335, 342, 381, 387, 388, 395, 405, 409, 410, 490, 558, 559, 668 del registro ordinanze 1978; ai nn. 3, 59, 60, 87, 106, 112, 260, 286, 306, 388, 389, 395, 396, 397, 432, 433, 462, 469, 490, 495, 502, 503, 504, 505, 518 del registro ordinanze 1979 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 272, 286, 299 del 1977; nn. 11, 46, 164, 179, 186, 257, 271, 278, 300, 307, 313 del 1978; nn. 17, 59, 73, 87, 95, 102, 154, 168, 189, 203, 217, 230, 237, 244 del 1979.

²²⁰ Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 87. Si noti inoltre che alcune ordinanze di remissione ipotizzavano che la disposizione sospettata di illegittimità costituzionale a causa della sua rigidità contrastasse altresì con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.; con i principi sulla funzione giurisdizionale, di cui agli artt. 101 e 102 Cost.; con i principi della responsabilità personale e della funzione rieducativa della pena (art. 27, primo e terzo comma, Cost.). Cfr. Corte cost., sent. n. 50 del 1980, cit.

²²¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 50 del 1980, cit.

²²² Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.; la Consulta prosegue spiegando che "L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, «proporzione» della pena rispetto alle «personali» responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale".

sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente «proporzionata» rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato»²²³.

Fatte queste necessarie premesse, conviene dunque tornare a ragionare del tema di nostro interesse. Per sapere se la pena *sine fine* riesca a vincere l'indizio di illegittimità derivante dal suo carattere rigido e se, quindi, essa risulti conforme al volto costituzionale sancito per il sistema penale, bisognerà verificare se, nonostante il carattere anelastico, «le attuali previsioni normative dell'ergastolo risultino [...] congrue rispetto all'intera gamma dei fatti tipizzati nelle fattispecie sanzionate con la massima pena»²²⁴. Se così sarà, questi ultimi dovranno essere giocoforza considerati intrisi della medesima gravità e dello stesso disvalore²²⁵. Ma se ne dubita.

L'ergastolo – il quale, oltre ad essere fisso, è anche automatico dato che il ricorso ad esso è rigidamente imposto dalle relative comminatorie²²⁶ – si ritiene confliggere con il principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 Cost. Il primo comma di quest'ultimo infatti, nell'esprimere la nozione di eguaglianza *formale*, impone di trattare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse²²⁷. Traslando il precetto costituzionale in ambito penale, si evince che la risposta punitiva apprestata dall'ordinamento a fronte di un reato debba essere debitamente differenziata in considerazione dell'entità del fatto commesso e delle condizioni personali del colpevole. In riferimento alla generalità dei casi, questa esigenza è soddisfatta dagli articoli 132 e 133 c.p. ove si disciplina il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena. È chiaro che, come anche esplicitato in apertura dell'articolo 132 c.p., nel fare ciò ci si debba attenere ai «limiti fissati dalla legge»²²⁸, tra i quali è indubbio si annoveri anche il vincolo del c.d. spazio edittale, ossia la forbice tra minimo e massimo di pena.

²²³ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit. Cfr., sul punto, anche M. BIANCHI, *Poena*, cit., 3834.

²²⁴ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 6°, cit., 730.

²²⁵ Cfr. anche S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 88.

²²⁶ Le quali, come ben si nota in A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 13, possono essere sia autonome che circostanziate.

²²⁷ Cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto*, cit., 483-4.

²²⁸ Cfr. articolo 132, comma 1, c.p. Tra i limiti presenti, si distingue tra quelli c.d. esterni (ovvero la c.d. forbice tra il minimo ed il massimo edittale) e quelli c.d. interni di cui all'articolo 133 c.p.

Nell'ergastolo invece, in quanto pena fissa, il c.d. spazio edittale è ridotto a zero: minimo e massimo coincidono nella perpetuità di durata sancita dall'articolo 22 c.p. Risulta pertanto evidente che, ove sia prescritta la pena perpetua, non sia possibile modulare la risposta sanzionatoria alle peculiarità della singola fattispecie o del singolo agente. Come la dottrina non ha mancato di evidenziare, a risolvere tale punto di frizione non basta il bilanciamento tra circostanze. Esso difatti prende in considerazione “situazioni esterne alla dosimetria sanzionatoria”²²⁹, le quali, per di più, sono solo eventuali e talvolta perfino inibite per espressa previsione normativa²³⁰. Vi è per tale motivo un sospetto di violazione del principio di eguaglianza formale di cui all'articolo 3 Cost. poiché si trattano allo stesso modo (cioè con la medesima pena, perpetua) situazioni che fra loro sono necessariamente diverse in virtù della specifica entità di ogni singolo fatto e delle condizioni personali proprie di ogni singolo individuo²³¹.

Secondo la dottrina, l'articolo 3 Cost. rileva altresì, questa volta sotto il profilo dell'eguaglianza *sostanziale*, in riferimento all'eccessivo appiattimento “delle manifestazioni estreme di criminalità [...] sotto l'unica sanzione dell'ergastolo, essendo affidata esclusivamente alla diversa modulazione dell'isolamento diurno l'ineludibile esigenza della differenziazione di trattamento”²³². Difatti nel caso di compimento di una pluralità di delitti ciascuno dei quali importi la pena dell'ergastolo, ai sensi dell'articolo 72 c.p. si dispone la pena perpetua con isolamento diurno da sei mesi a tre anni. Si è riconosciuto a quest'ultimo la “funzione di sanzione per i delitti concorrenti con quello

²²⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 13.

²³⁰ Il riferimento, a titolo d'esempio, è all'art. 1, comma 3, d.l. n. 625 del 15 dicembre 1979, convertito con modificazioni nella legge n. 15 del 6 febbraio 1980 in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie generale n. 37 del 07/02/1980*. Per il giudizio di bilanciamento tra circostanze, cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 6°, cit., 428 ss. e la voce ‘*Il bilanciamento di circostanze*’ in P. FRANCESCHETTI, *Le circostanze del reato*, in www.altalex.com.

²³¹ Cfr. sul punto D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 12, nt. 15, ove l'A. ritiene che vi sia una violazione del diritto penale del fatto e del principio di eguaglianza per i “casi [...] nei quali è prevista la pena perpetua anche nei casi di tentativo, ad esempio per il reato di strage”. Per una diversa ricostruzione del crimine da ultimo menzionato, cfr. G. COCCO – E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI, *I reati contro i beni pubblici*, 2° ed., Padova, 2013, 88, secondo il quale il reato di ‘devastazione, saccheggio e strage’ ex articolo 285 c.p. rientra nella categoria dei c.d. delitti di attentato i quali – giusto quanto detto in M. RONCO, *Appunti di diritto penale. Anno accademico 2012-2013*, Padova, 2012, 112 – sono incompatibili con il delitto tentato poiché lo stadio di realizzazione del fatto che sarebbe di per sé considerabile come *tentativo* viene considerato dal legislatore, secondo quanto richiesto dal c.d. principio di offensività, come già *consumato*.

²³² Cfr. COMMISSIONE PALAZZO, *Relazione allegata allo ‘Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale’*, in www.penalecontemporaneo.it, § III/10.

per cui viene inflitto l'ergastolo, che altrimenti rimarrebbero impuniti²³³. Si coglie dunque la volontà del legislatore di predisporre una risposta punitiva più severa a fronte di una più grave condotta; quello che si contesta è la modalità esperita: crediamo infatti che il summenzionato isolamento diurno da sommarsi alla pena *perpetua* non riesca a soddisfare adeguatamente l'esigenza costituzionale di trattare in modo (debitamente) diverse situazioni (concretamente) diverse²³⁴.

Inoltre, sempre in riferimento all'articolo 3 Cost., la dottrina ravvisa un profilo problematico per quanto concerne la peculiare disparità di trattamento che l'ergastolo realizzerebbe nei confronti dei soggetti a cui venga comminato; invero, essendo editualmente prevista *usque ad mortem*, la sanzione qui in esame concretizza, una volta inflitta, una situazione nella quale il protrarsi della misura punitiva dipende dall'effettiva durata della vita del condannato e non invece dalla specifica gravità della fattispecie esaminata. A fronte di due soggetti che, per ipotesi, siano parimenti colpevoli del medesimo reato e che siano dunque assoggettati alla medesima pena (*perpetua*), si realizzerebbe una "differenza enorme"²³⁵ nel *quantum poenae* a seconda della loro età; difatti immaginando che uno dei responsabili sia poco più che maggiorenne, mentre l'altro sia in età avanzata, il primo si troverebbe ad avere un'aspettativa di vita – e dunque di pena – notevolmente superiore rispetto al secondo, nonostante siano autori del medesimo delitto. Per liquidare siffatta criticità, la quale andrebbe ad erodere il carattere retributivo della risposta sanzionatoria apprestata dallo Stato, non basterebbe sostenere che tale situazione si verifichi in relazione ad ogni misura punitiva ed indipendentemente dall'età dei soggetti coinvolti; difatti, fermo restando che nessuno potrà mai sapere quando morirà, nelle pene punitive "il [...] massimo edituale funge da limite alla sofferenza *eguale per tutti*"²³⁶, il quale non è invece presente nell'ergastolo, di cui è normativamente previsto che si protragga per tutta la vita o – ed è lo stesso – sino alla

²³³ Cfr. Cass. Pen, Sez. Prima, sent. n. 2116 del 2000, cit.

. Cfr. anche G. LATTANZI, *Codice penale: annotato con la giurisprudenza*, 4° ed., Milano, 2008, 303.

²³⁴ Si noti che nella soluzione elaborata dalla Commissione Palazzo – e mai accolta – si propone di sanzionare con la detenzione temporanea speciale le fattispecie per le quali è attualmente previsto l'ergastolo e di limitare la pena *perpetua* alla sola ipotesi di concorso di reati ognuno dei quali sia individualmente punito con la detenzione temporanea speciale.

²³⁵ Cfr. E. FASSONE, *Fine pena*, cit., 197, nt. 5.

²³⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 15.

morte. Gli studiosi, interrogandosi su quale potrebbe essere la posizione della Consulta qualora venisse sollecitata ad affrontare la questione, hanno ipotizzato che “la Corte probabilmente risponderebbe [...] replicando che gli inconvenienti di fatto derivanti da situazioni, per così dire, ‘estreme’, non possono essere utilizzati per scalzare una norma dalle fondamenta”²³⁷.

In considerazione della natura fissa e dell’automatismo che connotano l’ergastolo, sono stati infine ravvisati dei motivi di tensione rispetto all’esigenza – fondamentale per attuare il finalismo rieducativo di cui all’articolo 27, comma 3, Cost. – di individualizzare la specie e la durata dell’esperienza punitiva. La dottrina ha ritenuto che tale aspetto sia rilevante altresì in riferimento al comma primo della disposizione da ultimo citata, ove si sancisce che “La responsabilità penale è personale”. Difatti (anche) la previsione testé indicata imporrebbe una pena che sia sempre commisurata all’*unicum* prospettato al giudice e derivante dalla peculiarità della persona coinvolta e dall’irripetibilità del concreto fatto verificatosi. Tale necessità viene in via generale soddisfatta, come si è già evidenziato, dalle disposizioni di cui agli articoli 132 e 133 c.p., la cui applicazione è però preclusa nel caso della pena perpetua²³⁸.

7.2. *L’ergastolo e la rieducazione del condannato*

“L’incompatibilità tra ergastolo e rieducazione è intuitiva. Chi sostiene l’ergastolo non pensa né punto né poco alla rieducazione del condannato ma soltanto a farlo soffrire quanto egli ha fatto soffrire; e a spaventare, con tale sofferenza, chi possa essere tentato

²³⁷ Cfr. E. FASSONE, *Fine pena*, cit., 197, nt. 5.

²³⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 13-4 e R. D’ALESSIO, *Art. 27*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario*, cit., 194. In tal senso, cfr. anche G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 3, ove l’A. riconosce che “Noi abbiamo un sistema che impone la personalizzazione non soltanto della responsabilità, ma anche della pena, nel senso che questa deve essere adeguata e proporzionale al fatto ed alla personalità del suo autore: tanto – giova ribadirlo – nella sua astratta comminatoria, quanto nella sua determinazione concreta da parte del giudice e, per finire, nella sua esecuzione”.

di commettere un delitto simile a quello che egli ha commesso”²³⁹. Questa l’osservazione formulata nel 1956 da Francesco Carnelutti il quale, interrogando se stesso e gli altri giuristi italiani sulla costituzionalità di tale sanzione in riferimento all’articolo 27 Cost.²⁴⁰, riconosceva che “Il fine dell’educazione, a cui tende o meglio in cui consiste la pena [...], è quello di restituire al condannato l’idoneità a vivere nell’ambiente sociale”²⁴¹. È indubbio, come è stato autorevolmente evidenziato e come abbiamo cercato di esplicitare, che la disciplina positiva presa in esame dal sommo studioso citato risulta ben diversa da quella attualmente vigente²⁴²; eppure riteniamo che vi siano valide ragioni che inducano ancora a dubitare della capacità della pena perpetua – la quale, ora come allora, appare retta da un’idea di giustizia secondo cui “al male si risponde con il male”²⁴³ – di soddisfare la tensione rieducativa imposta dalla Carta fondamentale. È bene fugare subito alcuni possibili dubbi. L’articolo 27, comma 3, Cost. prescrive che “Le pene [...] *devono tendere* alla rieducazione del condannato”²⁴⁴; a tal riguardo, ci sembra da accogliere la distinzione, proposta in dottrina, tra la nozione di rieducazione come *obiettivo* e quella di rieducazione come *vincolo*; la prima costituisce una *tensione* non coercibile verso una meta e si riferisce al percorso mediante il quale il colpevole si riappropria dei valori costitutivi del consorzio sociale; la seconda invece rappresenta un *vinculum iuris* – e,

²³⁹ Cfr. F. CARNELUTTI, *La pena*, cit., 4. Inoltre, sul punto, risuonano ancora le parole dell’on. Filippo Turati, pronunciate alla Camera dei Deputati il 18 marzo 1904 e riprese nel celebre *Bisogna aver visto* del 1949, secondo le quali “Le carceri italiane [...] rappresentano l’esplicazione della vendetta sociale nella forma più atroce che si sia mai avuta: noi crediamo di aver abolita la tortura, e i nostri reclusori sono essi stessi un sistema di tortura la più raffinata; noi ci vantiamo di aver cancellato la pena di morte dal codice penale comune, e la pena di morte che ammanniscono a goccia a goccia le nostre galere è meno pietosa di quella che era data per mano del carnefice; noi ci gonfiamo le gote a parlare di emenda dei colpevoli, e le nostre carceri sono fabbriche di delinquenti, o scuole di perfezionamento dei malfattori”: cfr. P. CALAMANDREI (a cura di), *Bisogna aver visto*, in *Il Ponte: rivista mensile diretta da Piero Calamandrei*, 3/1949, 225-27, 225.

²⁴⁰ Cfr. F. CARNELUTTI, op. ult. cit., 1, ove si legge: “Il problema, che io pongo ai giuristi italiani, è *se la pena dell’ergastolo sia conforme al senso di umanità e, d’altra parte, possa dirsi tendente alla rieducazione del condannato*”.

²⁴¹ Cfr. F. CARNELUTTI, op. ult. cit., 2.

²⁴² Cfr. M. RONCO, *Persone*, cit., 286.

²⁴³ Cfr. G. COLOMBO, *Giustizia*, cit., 43. Nello stesso senso, v. anche C. MAZZUCATO, *Restorative Justice*, in www.tedxmilanowomen.it, secondo cui “Il diritto penale e i sistemi di giustizia penale nascono per combattere la violenza, ma di fatto, da millenni, hanno utilizzato la violenza per fare giustizia, anzi, hanno reso la violenza giustizia. Il modo più antico di fare giustizia è proprio quello della ritorsione del male, del fare del male a chi ha fatto del male e di chiamare questo male raddoppiato, questo raddoppio del male, ‘giustizia’”.

²⁴⁴ Corsivo nostro.

precisamente, un *vinculum Constitutionis* – gravante sul legislatore il quale deve prevedere ed attuare una pena che, fermo restando il possibile legittimo rifiuto del destinatario, sia orientata alla risocializzazione del detenuto²⁴⁵. È utile inoltre ricordare che la nostra indagine guarda alla dimensione *normativa* dell’ergastolo, e non alla sua possibile disapplicazione: quella considerata è, dunque, l’“irriducibile natura perpetua”²⁴⁶ delineata dalle disposizioni disciplinanti tale sanzione, e non la circostanza fattuale dell’eventuale accesso dell’ergastolano alla liberazione condizionale. Fatte le necessarie premesse ed individuato campo di indagine, conviene procedere per valutare se l’osservazione critica elaborata nel 1956 da Francesco Carnelutti possa essere considerata, *mutatis mutandis*, ancora attuale.

Non si ignora che nel 1974 la Corte costituzionale fu sollecitata, in via incidentale, a pronunciarsi sulla compatibilità della pena perpetua con l’articolo 27, comma 3, Cost.: secondo il giudice *a quo* la sanzione senza fine di cui agli articoli 17 e 22 c.p. si poneva in contrasto con la tensione rieducativa, intesa come scopo precipuamente attribuito dalla Carta fondamentale alla punizione in ambito penalistico. Nella già menzionata sentenza n. 264 del 1974²⁴⁷, il Giudice delle Leggi liquidò in poche righe le criticità costituzionali palesate dalla remittente Corte d’assise di Verona e rigettò, ritenendola infondata in base ad un duplice *iter* argomentativo, la questione sollevata. Da un lato si fece leva, per escludere la pretesa illegittimità, sulla liberazione condizionale *ex* 176 c.p., istituto che la legge n. 1634 del 1962 aveva esteso anche agli ergastolani e di cui una recente sentenza²⁴⁸ della Consulta aveva giurisdizionalizzato la concessione; dall’altro, abbracciando la teoria polifunzionale classica della pena, si ritenne che alla radice di quest’ultima vi fossero, non meno della sperata emenda del reo, le necessità di prevenzione, dissuasione e difesa sociale e che pertanto il riadattamento dei delinquenti, “purtroppo non sempre

²⁴⁵ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1253; sul punto cfr. anche G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 6°, cit., 705-6.

²⁴⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie*, cit., 8; a sostegno della sua tesi, l’A. si richiama alle considerazioni della Consulta, la quale ha riconosciuto che “vi sono ipotesi in cui l’ergastolo va scontato interamente in carcere”. Sul punto, cfr. Corte cost., sent. n. 204 del 2016, in www.giurcost.org.

²⁴⁷ Per la trattazione cfr. *supra* Cap. III, § 2.2.2. e Cap. V, §§ 4.2. e 4.2.1.

²⁴⁸ Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 1974. Per l’analisi del contesto in cui la sentenza n. 264 del 1974 vide la luce e del rapporto tra questa e la sentenza n. 204 del 1974 si rimanda a *supra*, Cap. V, § 4.2.

conseguibile²⁴⁹, non potesse essere inteso come unica funzione (e fine) della sanzione penale. Abbiamo precedentemente illustrato – e ivi si rimanda²⁵⁰ – le considerazioni critiche che accolsero tale pronuncia della Corte costituzionale tacciata, specialmente per quanto riguarda il modo di intendere il beneficio di cui all’articolo 176 c.p., di sofismi in quanto quel che ne emerge è un “ergastolo ossimorico”²⁵¹ che esiste in quanto tenda a non esistere²⁵². Per quanto concerne invece la concezione polifunzionale classica della pena, si ricorda che essa è stata definitivamente superata ad opera della già analizzata sentenza n. 313 del 1990²⁵³, con la quale il Giudice delle Leggi giunse a riconoscere che, sebbene i caratteri della difesa sociale e della prevenzione generale siano intrinseci alla natura della sanzione penalistica ed abbiano perciò un proprio fondamento nel sistema, essi “non [siano] tal[i] da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa”²⁵⁴ consacrata nella Legge fondamentale poiché “in uno Stato evoluto, [...] la necessità costituzionale che la pena debba «tendere» a rieducare [...] indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico”²⁵⁵. Sorge allora inevitabile un quesito: “In quest’ottica è ancora possibile sostenere che l’ergastolo sia compatibile con la finalità riabilitativa che la detenzione deve avere?”²⁵⁶. A nostro avviso la risposta non può che essere negativa. Si ritiene infatti che, in quanto perpetua, tale sanzione precluda aprioristicamente la possibilità di rieducazione, laicamente intesa come possibilità di risocializzazione e reinserimento sociale²⁵⁷. Non si coglie infatti come una pena edittalmente prevista *usque ad mortem*²⁵⁸ possa non essere

²⁴⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 264 del 1974, cit.

²⁵⁰ Cfr. *supra*, Cap. V, § 4.2.1

²⁵¹ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1245.

²⁵² Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 123.

²⁵³ Cfr. *supra*, Cap. III, § 2.2.4.

²⁵⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 313 del 1990, cit.

²⁵⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 313 del 1990, cit.

²⁵⁶ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment*, cit., 8-9, ove l’A. si chiede se “*In this light is it still appropriate to hold that ergastolo is compatible with the rehabilitative purpose of prison?*”.

²⁵⁷ Cfr. I. NICOTRA, *Pena*, cit., 3, ove l’A. dice che “la natura illimitata della pena frustra il profilo rieducativo della medesima”. Cfr. anche A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 12, ove l’A. evidenzia che l’“emenda interiore, atto privato e personale privo di interesse sociale, [è] pretesa estranea all’ordinamento costituzionale”.

²⁵⁸ La dicitura ‘fine pena: mai’ riportata sulla scheda personale dei detenuti condannati alla pena perpetua è stata tradotta dal linguaggio informatico, il quale ha “bisogno di tradurre tutto in numeri”, in ‘fine pena: 31.12.9999’. Cfr. E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015, *Appendice*, 184.

ritenuta in contrasto con la tensione *ex* articolo 27, comma 3, Cost. volta a restituire il detenuto al consorzio – e, dunque, alla vita – sociale. Vi è infatti tra ergastolo e finalismo rieducativo rettamente inteso una contraddizione che – nonostante i tentativi volti ad attenuarla mediante l’estensione anche ai condannati alla pena perpetua dei benefici della liberazione condizionale, della semilibertà e della liberazione anticipata – rimane “insanabile”²⁵⁹. Appare evidente infatti che la sanzione disciplinata dall’articolo 22 c.p. esprime un “estremismo punitivo”²⁶⁰ meramente eliminativo in quanto non proteso al reinserimento nella società ma volto unicamente “ad una funzione «rescissoria» tra l’individuo ed il circuito della libertà”²⁶¹.

Una conferma, invero implicita, della bontà delle considerazioni proposte parrebbe potersi trarre dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Nella già citata sentenza n. 168 del 1994²⁶² il Giudice delle Leggi fu chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità con la Carta fondamentale dell’ergastolo allorché applicabile ai minorenni. Non si ignora che la Corte, ribadendo quanto sostenuto nella pronuncia n. 264 del 1974, sostenne che il finalismo rieducativo di cui all’articolo 27, comma 3, Cost. fosse fatto salvo grazie alla presenza dei benefici di ordinamento penitenziario ed in particolare alla possibilità *ex* articolo 21 del regio decreto legge n. 1404/1934 di ammettere in qualunque momento il minore alla liberazione condizionale²⁶³. Ferme restando le osservazioni poc’anzi elaborate circa il superamento della teoria polifunzionale classica della pena, non si può trascurare che la Consulta mostrò di considerare – sia pure solo per quanto concerne i minori e sia pure in considerazione dell’articolo 27, comma 3, Cost., in relazione all’articolo 31, comma 2, Cost. – “che la misura dell’ergastolo, nella sua astrattezza, sia incompatibile con la funzione che la pena deve assumere”²⁶⁴. Ulteriore motivo di sostegno alla nostra ipotesi verrebbe, come si è già detto, dalla stessa sentenza n. 264 del 1974. Se per escludere che l’ergastolo violasse l’articolo 27, comma 3, Cost. si è dovuto far ricorso,

²⁵⁹ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 6°, cit., 707.

²⁶⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 12.

²⁶¹ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 7. Nello stesso senso R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2016, 4-16, 7 ove l’A. analizza il carcere il quale costituisce l’“espressione di un diritto penale escludente”.

²⁶² Cfr. *supra*, Cap. V, § 5.

²⁶³ cfr. M. RUOTOLO, *L’illegittimità*, cit., 360-1.

²⁶⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 12.

da un lato, alla teoria polifunzionale classica della pena e, dall'altro, alla liberazione condizionale e posto che la prima è stata oramai superata dalla stessa giurisprudenza costituzionale e che la seconda rappresenta una solo eventuale *circostanza fattuale* inerente la dimensione *dinamica*²⁶⁵ del trattamento penitenziario, allora giocoforza ne deriva che la sanzione di cui all'articolo 22 c.p., nella sua dimensione di edittale perpetuità, risulta costituzionalmente illegittimo²⁶⁶. Inoltre, a soddisfare il precetto imposto dalla seconda metà dell'articolo 27, comma 3, Cost. non si ritiene sufficiente l'inserimento nella, peraltro limitata, vita di relazione esistente all'interno della comunità carceraria, poiché esso consisterebbe nella c.d. *prisonizzazione*²⁶⁷ che porta il reo ad indentificarsi con l'esperienza detentiva espiata e che risulta pertanto incompatibile con il paradigma costituzionale il quale mira "al recupero del condannato alla vita di relazione *esterna*"²⁶⁸. Difatti l'ergastolo "in quanto *massima* pena, esprime al *massimo* grado la celebre contraddizione in termini insita nel diritto penale stesso, chiamato a difendere diritti attraverso il sacrificio di altri diritti"²⁶⁹; per rendere (umanamente e) costituzionalmente accettabile tale realtà, senza voler sminuire o nascondere la gravità dei reati commessi, occorre guardare al carcere "non come «punto di arrivo» ma come punto da cui «ripartire»"²⁷⁰. Tale necessità non può essere ignorata: non solo perché il nuovo diritto costituzionale penale trova radice nell'idea che non esistano persone che non possano essere recuperate, "perché nessuno è mai tutto in un gesto che compie"²⁷¹,

²⁶⁵ Per la differenza tra concezione *statica* e *dinamica*, cfr. *supra*, Cap. V, § 4.2.1.

²⁶⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 12.

²⁶⁷ Cfr. Voce 'Carcerarie, *psicosi*' nel Dizionario in www.criminologi.com, secondo cui "Il termine '*prisonizzazione*', coniato da D. Clemmer nel 1940, fa poi riferimento a forme non precisamente patologiche, quanto a modificazione della personalità del detenuto, che progressivamente assume abitudini, cultura, forme di rapporto sociale tipiche del carcere, al punto da rendere poi particolarmente difficile il reinserimento sociale".

²⁶⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 12. Corsivo nostro. Sul tema, cfr. anche E. FASSONE, *Fine pena*, cit., *Appendice*, 194.

²⁶⁹ Cfr. G. M. FLICK, *La contraddizione*, cit., 5.

²⁷⁰ Cfr. G.M. FLICK, *I diritti*, cit., 198.

²⁷¹ Cfr. D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 11. Sul punto, cfr. anche E. FASSONE, *Fine pena*, cit., *Appendice*, 183, ove l'A. – ragionando sulla frase di S. Giacomoni secondo cui "Il carcere è pena per gesti che non andavano compiuti, ma la persona non è mai tutta in un gesto che compie, buono o cattivo che sia" (menzionata in E. FASSONE op. ult. cit., 210) – riconosce che "Ciò che oggi sembra indegno di qualsiasi atteggiamento benevolo, può diventarne creditore dopo molto tempo e moltissimo patire". Non dissimile la considerazione elaborata in AG. MORO, *Bisogna sapere che le persone possono cambiare*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 1/2017, 2, ove l'A. dopo aver definito l'ergastolo una pena che "ferisce l'impegno costituzionale ad aiutare i colpevoli a rivedere criticamente la propria vita e a tornare tra noi a dare il proprio contributo sociale", afferma che "Bisogna sapere che le persone possono cambiare,

ma anche perché è stato autorevolmente riconosciuto che “La pena detentiva è, fra tutte le reazioni sanzionatorie al delitto, quella economicamente più costosa, ed assieme quella che meno protegge la società contro il rischio di recidiva del condannato: rivelandosi così, in definitiva, quella meno efficace a garantire il raggiungimento dello scopo, costituzionalmente imposto, di rieducazione/risocializzazione del condannato, nonché dello scopo – cui è in definitiva funzionale l’intero diritto penale – di tutela della società contro il delitto”²⁷².

Siamo di fronte a quello che è stato definito il “collasso del sistema carcerario e sanzionatorio”²⁷³: considerati gli elevati tassi di recidiva inerenti i soggetti che abbiano espiato una pena detentiva intramuraria²⁷⁴, non si può negare l’incapacità del sistema di realizzare quel finalismo che l’articolo 27, comma 3, della Legge fondamentale impone. Si ritiene allora necessario predisporre dei seri modelli rieducativi che siano individualizzati²⁷⁵ per far sì che la realtà carceraria possa davvero mirare alla rieducazione

che sono sempre molto di più del loro reato e che c’è, [...] dentro ognuno, qualunque cosa abbia fatto, qualche cosa di buono che può e deve essere illuminato”.

²⁷² Cfr. SGEP – Tavolo 14, *Relazione di accompagnamento*, in www.giustizia.it, 14. Si noti che il ruolo di coordinatore di tale Tavolo fu affidato al Prof. Francesco Viganò, il quale il 24 febbraio 2018 stato nominato giudice della Corte Costituzionale. Nello stesso senso, cfr. P. ICHINO, *Gli elettori, l’articolo 27 e la giustizia “ago e filo”*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 1/2017, 35-8, 37 ove l’A. sostiene che la “riconciliazione [del detenuto] con la società civile costituisca la garanzia di sicurezza migliore per la società stessa”.

²⁷³ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1239 ss. Secondo l’allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano la situazione penitenziaria attuale è “fonte – anche – di discredito per il paese”: cfr. G. Napolitano, *La risposta del Presidente della Repubblica*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 279.

²⁷⁴ In uno studio condotto nel 2007 da F. Leonardi (Direttore dell’Osservatorio delle misure alternative del DAP) emerse un tasso di recidiva del 68,45% per coloro i quali abbiano scontato una pena detentiva intramuraria; mentre per coloro i quali abbiano scontato una pena in misura alternativa il tasso di recidiva era del 19%. Per un’analisi più approfondita sul tema si rimanda a F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2/2007, 7-26, 23 e F. BRIOSCHI, *Le risorse destinate al reinserimento nella società del condannato*, in www.antigone.it. In senso contrario, l’opinione di E. Piantadosi che sostiene che “I dati secondo cui la recidiva [...] è inferiore tra chi sconta le pene alternative rispetto a chi resta in carcere, sono incerti e opinabili e la stessa amministrazione penitenziaria non dispone di dati aggiornati, corretti ed esaustivi”: cfr. G. BARBACETTO, *Carceri, più pene alternative. Ma il decreto va alle Camere*, in *Il Fatto Quotidiano*, 17 marzo 2018, 6. Si noti inoltre che in G. GIOSTRA, *Il carcere non può essere una pena*, in *La Lettura del Corriere della Sera*, 5 luglio 2015, 4, l’A. (coordinatore del Comitato scientifico degli SGEP) ha evidenziato che “non vi è alcuna correlazione tra il tasso di incarcerazione, da un lato, e il livello di criminalità e di sicurezza sociale, dall’altro”.

²⁷⁵ Cfr. G. M. FLICK, *La contraddizione*, cit., 8, ove l’A., ragionando sulla pluralità etnica, culturale, sociale presente in carcere, afferma che “pensare a modelli di riabilitazione omogenei, significa omologare fra loro diversità che, prima o poi, finiranno per riemergere, azzerando o correndo il rischio di far azzerare qualsiasi sforzo trattamentale”.

del condannato – cioè a far riavere al consorzio umano una persona che riconosca i valori del vivere civile – e non si riduca ad un’esperienza “pericolosa, quando non è inutile”²⁷⁶. Si condivide allora l’opinione espressa in dottrina secondo cui “L’ideologia del trattamento rieducativo deve riflettersi [...] anche sul ‘fine pena mai’, con modulazioni diverse ma con un obiettivo indefettibile: fare in modo che anche gli ergastolani – *tutti* gli ergastolani – recuperino (non *possano* recuperare) la libertà, a date condizioni, dopo aver scontato buona parte della pena”²⁷⁷; l’unica deroga possibile per il principio testé indicato dovrebbe essere quella riguardante i detenuti violenti che siano socialmente pericolosi, per i quali – una volta espiata la pena – si renda necessaria una misura di sicurezza, intesa come “limitazione [di libertà] che serva esclusivamente allo scopo di consentire agli altri di esercitare la propria libertà”²⁷⁸.

7.3. *L’ergastolo, la dignità e i trattamenti contrari al senso di umanità*

Il collasso della situazione carceraria, cui abbiamo poc’anzi fatto riferimento, ha inevitabilmente avuto ripercussioni negative anche rispetto alla dignità innata del detenuto²⁷⁹: quest’ultima viene messa in profonda crisi da un sistema in cui, considerata l’incapacità di assicurare la tutela della legalità durante l’esecuzione della sanzione giuridica, “la pena del misfatto diventa misfatto”²⁸⁰ o, per dirla altrimenti, la pena per il delitto diventa il “delitto della pena”²⁸¹, determinando così una realtà ove, a fianco alle

²⁷⁶ Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, trad. it., Torino, 2012, 252.

²⁷⁷ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1254.

²⁷⁸ Cfr. G. COLOMBO, *Il perdono responsabile*, Milano, 2011, 51; nello stesso senso, cfr. anche L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1258, ove l’A. sottolinea l’esigenza di “ridefinire senza esitazioni il concetto, oggi intollerabilmente vago, di pericolosità sociale”.

²⁷⁹ Sulla nozione di dignità *innata* e la sua conciliabilità con quella di dignità *acquisita*, cfr. M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione*, in www.unipd.it, 6, ove l’A., riferendosi a U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma – Bari, 2009, sostiene che “possano coesistere due dimensioni della dignità: la dignità “innata”, che spetta all’uomo in quanto tale e che non può mai essere condizionata dalle sue azioni o mancate azioni (altrimenti l’uomo sarebbe esposto al diventar cosa) e la dignità “acquisita”, come retribuzione della virtù, frutto dell’impegno profuso nella vita da ciascuno”.

²⁸⁰ Cfr. N. TOMMASEO, *Della pena di morte. Discorsi due*, Firenze, 1865, 24; secondo l’A. allorché si superi il limite consistente nella proporzione tra offesa e risposta sanzionatoria la pena del misfatto diventa essa stessa un misfatto.

²⁸¹ Il riferimento è al titolo del testo di A. PUGIOTTO e F. CORLEONE, *Il delitto della pena: Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, cit.

vittime del reato, vi sono anche le vittime del carcere²⁸². Posto che due torti non fanno una ragione o, nel nostro caso, due ingiustizie non portano giustizia, appare necessario non solo garantire le condizioni minime di umanità, ma “anche e soprattutto [...] permettere al detenuto – come ci ha ricordato la nostra Corte costituzionale – l’esercizio di tutti quei diritti che non si riveli strettamente incompatibile con le esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere”²⁸³; altrimenti si concretizzerebbe uno stato detentivo connotato da un carico di afflizione supplementare ed ulteriore rispetto a quello, imprescindibile²⁸⁴, derivante dalla privazione della libertà personale: e tale ipotesi – come ha esplicitato la Consulta²⁸⁵ – costituisce una violazione dell’articolo 27, comma 3, Cost. Ma anche quando vi siano esigenze securitarie di prim’ordine²⁸⁶, non è ammesso il “decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango”²⁸⁷. A venire in gioco è allora la dignità, valore fondante che la lettera dell’articolo 3 Cost. riferisce ai cittadini e che il Giudice delle Leggi ha esteso ad ogni essere umano²⁸⁸, senza distinzione alcuna in riferimento alla condizione personale, nozione nella quale si può annoverare l’eventualità del trovarsi ristretti nella propria libertà²⁸⁹. Abbiamo già evidenziato il ruolo supremo attribuito nel nostro ordinamento alla dignità dell’uomo²⁹⁰, la quale non è

²⁸² Cfr. M. RUOTOLO, *Eguaglianza*, cit., 6.

²⁸³ Cfr. M. RUOTOLO, *Rileggendo Beccaria, oggi. Brevi riflessioni sui limiti del potere punitivo*, in A. RUGGERI, *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Vol. I, Torino, 2016, 2161, ove il riferimento è a Corte cost., sent. n. 349 del 1993, in www.giurcost.org, secondo cui “Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale”.

²⁸⁴ Sul punto, cfr. G. M. FLICK, *La contraddizione*, cit., 2, ove l’A. afferma che “la storia della pena e della sua esecuzione, al di là delle altalenanti variabili di indulgenza, di rigore e persino di malvagità, ha in sé un connotato del quale qualsiasi riflessione non può prescindere: la sofferenza”.

²⁸⁵ Cfr. Corte cost., sent. 135 del 2013, in www.giurcost.org, secondo cui “L’estensione e la portata dei diritti dei detenuti può infatti subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l’art. 27, terzo comma, Cost.”.

²⁸⁶ Cfr. M. RUOTOLO, *Rileggendo Beccaria*, cit., 2161 ove il riferimento a titolo di esempio viene fatto ai detenuti per reati mafiosi sottoposti al regime di cui all’articolo 41-bis ord. pen.

²⁸⁷ Cfr. Corte cost., sent. 143 del 2013, in www.giurcost.org.

²⁸⁸ Cfr. M. RUOTOLO, *Eguaglianza*, cit., 9, ove si fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 1967.

²⁸⁹ Cfr. F. FERRAÙ, *L’ex pm/ Gherardo Colombo: a chi fa il male si può rispondere solo col bene*, in www.ilsussidiario.net.

²⁹⁰ Cfr. *supra*, Cap. I, § 2.2.

“suscettibile di riduzioni per effetto di bilanciamento, in quanto è la bilancia medesima, il criterio di misura di tutti i principi e di tutti i diritti”²⁹¹, emerge dunque – proseguendo nella metafora – che “la bilancia non si pesa”²⁹².

Nel nostro sistema costituzionale “dignità e persona coincidono”²⁹³, ne deriva quindi che ogni essere umano, anche il colpevole del crimine più efferato, ha una dignità innata che “non si acquista per meriti e non si perde per demeriti”²⁹⁴, pertanto non sarà mai accettabile uno stato detentivo che sminuisca il valore intrinseco di ogni individuo, poiché “eliminare o comprimere la dignità di un soggetto significa togliere o attenuare la sua qualità di persona umana. Ciò non è consentito a nessuno e per nessun motivo”²⁹⁵. La dottrina infatti, lasciata interrogare circa la relazione esistente tra dignità e carcere, ha sostenuto che quest’ultimo abbia una natura anzitutto segregativa ed è pertanto giunta ad escludere la compatibilità tra le due nozioni, precisando che “L’idea della conciliabilità appare un’illusione: una nobile illusione, ma pur sempre un’illusione”²⁹⁶. In particolare, come è stato autorevolmente evidenziato, “a fondamento della convivenza sociale [vi è] la dignità della persona umana”²⁹⁷ la quale, informando lo spirito democratico della Repubblica, non si ferma ai confini perimetrali degli istituti penitenziari, ma ne varca le soglie pervadendo ogni cella ed ogni locale di reclusione. Il valore fondante sancito in apertura dell’articolo 3 Cost. ha difatti ha un intrinseco “legame con la libertà e l’autonomia di decisione della persona”²⁹⁸ il quale lo rende estremamente rilevante in riferimento al divieto di pene contrarie al senso di umanità posto dall’articolo 27, comma 3, Cost. fino a portare a mettere in discussione l’intero sistema sanzionatorio; difatti – secondo autorevole dottrina – “se la libertà è attributo della dignità, non può essere

²⁹¹ Cfr. G. SILVESTRI, *La dignità*, cit., 1–2.

²⁹² Cfr. M. RUOTOLO, *Rileggendo Beccaria*, cit., 2161.

²⁹³ Cfr. G. SILVESTRI, *La dignità*, cit., 3.

²⁹⁴ Cfr. G. SILVESTRI, op. ult. cit., 2-3.

²⁹⁵ Cfr. G. SILVESTRI, op. ult. cit., 3.

²⁹⁶ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in L. MANCONI-S. ANASTASIA-V. CALDERONE-F. RESTA, *Abolire il carcere*, cit., 107.

²⁹⁷ Cfr. V. BACHELET, *Disciplina*, cit., 395.

²⁹⁸ Cfr. G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2014, 1 ss., 11.

limitata, salvo che in un unico caso: quando ciò serve a consentire la libertà altrui²⁹⁹; si tratterebbe dunque di prendere atto del *deficit* dell'attuale sistema sanzionatorio, ritenuto lesivo (anche) dell'articolo 3 Cost., e di perfezionare in maggior misura gli istituti protesi all'educazione ed alla responsabilizzazione, considerati "il più sicuro ma più difficile mezzo per prevenire i delitti"³⁰⁰; secondo tale impostazione, "chi è pericoloso de[ve] stare da un'altra parte"³⁰¹ affinché gli sia impedito di nuocere al consorzio sociale, ma questo deve valere solo fintanto che l'individuo sia pericoloso e, soprattutto, deve avvenire in un contesto nel quale "tutti i diritti fondamentali che non confliggono con la sicurezza della collettività siano garantiti e praticati"³⁰². Queste considerazioni, elaborate in riferimento alla detenzione in generale, appaiono di maggiore e drammatica veridicità se riferite alla pena perpetua. L'ergastolo non sarebbe dunque in linea con l'architettura costituzionale la quale è informata alla necessaria "riscoperta del valore fondante della dignità, della sua irrinunciabilità in astratto e in concreto, per tutti gli esseri umani in generale e per ciascuno di essi specificamente"³⁰³.

²⁹⁹ Cfr. G. COLOMBO, *Il perdono*, cit., 51.

³⁰⁰ Cfr. M. RUOTOLO, *Rileggendo Beccaria*, cit., 2162. La via possibile sarebbe il ricorso al sistema delle pene non detentive, prevedendo un "percorso attraverso il quale riparare al male che è stato fatto alla vittima, e contemporaneamente rendere il responsabile consapevole del male che ha fatto in modo che non lo ricommetta più": cfr. G. COLOMBO, *Giustizia*, cit., 43. Sul punto risuona ancora la riflessione del Carnelutti il quale, riflettendo sull'"accoppiamento essenzialmente illogico" di retribuzione ed emenda, ebbe a dire "a nessuno viene in mente che un peccatore sia condannato all'inferno per emendarsi".

Sul punto è interessante la riflessione – scaturita dalla frase rivolta all'A. nella sua veste di giudice "se suo figlio nasceva dove sono nato io, adesso lui era nella gabbia, e se io nascevo dove è nato suo figlio, magari ora facevo l'avvocato, ed ero pure bravo" – secondo la quale "quando si viene a contatto con una persona che sta spiando una pena, bisogna chiedersi innanzitutto perché essa è lì, e cosa è mancato perché non fosse lì": cfr. E. FASSONE, *Fine pena*, cit., 42 e 184. Sul punto, risuona la riflessione elaborata in S. MELLINA, *Problemi antropologici posti dalle lunghe detenzioni. Psicopatologia della cultura della custodia*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 89-93, 92, secondo la quale "il compito più difficile appare proprio quello di diseducare al crimine i condannati e di educarli, più che rieducarli, alla convivenza sociale, poiché forse nessuno li aveva mai educati prima a questa regola elementare. E qui mi pare proprio che l'ergastolo in sé non serva; anzi potrebbe fare più male che bene: alla società che rinchioda i colpevoli a vita, i quali tagliati fuori per sempre, sono portati a coltivare più l'odio e la vendetta che il ravvedimento". Per un possibile collegamento, ed i relativi rischi, tra finalità rieducativa della pena e principio di uguaglianza materiale, cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1252-3.

³⁰¹ Cfr. G. COLOMBO, *Giustizia*, cit., 43.

³⁰² Cfr. G. COLOMBO, op. ult. cit., 43. Sul punto, cfr. anche M. RUOTOLO, *Il rischio che la pena si trasformi in delitto*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 3/2015, 6-9, 7, ove l'A. ragiona circa il pregiudizio che vorrebbe "il detenuto privato di tutti i suoi diritti e non solo della libertà di locomozione".

³⁰³ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 6.

In riferimento al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, posto dall'articolo 27, comma 3, Cost., esso si erige a clausola di salvaguardia per tutte le circostanze in cui lo Stato abbia il monopolio della forza³⁰⁴ e, in riferimento al nostro campo di indagine, esso non si limita alla sola fase esecutiva ma concerne anche quella, ad essa precedente, di astratta determinazione della risposta sanzionatoria a fronte delle varie fattispecie criminose; si è sostenuto dunque che una pena editualmente prevista come perpetua risulti “di per se stessa crudele [...] e degradante”³⁰⁵, lesiva dunque al contempo dell'articolo 3 e 27, comma 3, Cost.³⁰⁶, sino a ripugnare “alla coscienza democratica e al senso di umanità di ogni persona”³⁰⁷; e questo risulta ancor più tristemente vero in un contesto, come quello attuale, nel quale all'eccedenza *quantitativa* di una pena indefinita si somma un'eccedenza *qualitativa* causata dal sovraffollamento carcerario che pregiudica la possibilità del detenuto di fruire dei mezzi rieducativi che l'ordinamento deve predisporre e garantire³⁰⁸. Il legislatore, prevedendo la sanzione senza fine dell'ergastolo, ritiene aprioristicamente che alcuni individui siano non rieducabili e che quindi per loro non abbia senso l'“impegno a mettere il detenuto nelle condizioni di reinserirsi socialmente, di realizzare la sua dignità ‘acquisita’, in tutto o in parte pregiudicata dai comportamenti non conformi alle regole che hanno portato alla sentenza di condanna”³⁰⁹; tale convinzione si risolve in una lesione della dignità la quale impone di considerare ogni

³⁰⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 15, ove l'A. fa riferimento anche al 13, comma 4, e 32, comma 2, Cost.

³⁰⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, op. ult. cit., 15.

³⁰⁶ Cfr. G. COLOMBO, *Giustizia*, cit., 43, ove l'A. afferma che “se ciascuno ha, è, dignità, allora non può essere sottoposto a trattamenti degradanti”.

³⁰⁷ Cfr. X legislatura, Mozione parlamentare n. 1-00310 approvata il 3 agosto 1989 alla Camera dei Deputati. Sulle criticità al riguardo cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 126 e A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 3.

³⁰⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, op. ult. cit., 15.

³⁰⁹ Cfr. M. RUOTOLO, *Eguaglianza*, cit., 6. Per le nozioni di dignità *innata* ed *acquisita*, cfr. le considerazioni *supra* svolte in questo §.

uomo, anche l'autore del reato più efferato, capace di cambiare³¹⁰ e contrasta con la verità scientifica la quale ha riconosciuto che “il cervello si evolve e le persone cambiano”³¹¹.

Si rammenta – ancora una volta – che la nostra indagine riguarda la costituzionalità della pena perpetua nella sua dimensione *normativa* e non la circostanza fattuale della sua eventuale disapplicazione mediante la liberazione condizionale, tuttavia si accenna – senza poter approfondire – che anche in riferimento a quest'ultima sono stati sollevati alcuni dubbi riguardo alla presunzione assoluta di pericolosità che deriva dalla condanna all'ergastolo e che “non è possibile vincere se non dopo scontati almeno 26 anni (riducibili a 21) di carcerazione”³¹². Inoltre, il beneficio – possibile ma, come si è già evidenziato, non certo – di cui all'articolo 176 c.p. non è capace di scalfire la natura edittalmente perpetua dell'ergastolo³¹³; una conferma di ciò può essere facilmente rinvenuta considerando il diritto giurisprudenziale formatosi circa i presupposti in presenza dei quali si debba concedere la liberazione condizionale: non vi è infatti uniformità, nemmeno a livello di Corte nomofilattica, su come debba essere interpretata la nozione di ‘sicuro ravvedimento’ richiesta dal comma 1 della disposizione da ultimo citata. Secondo l'orientamento maggioritario, al dato, oggettivamente verificabile, della regolare condotta del detenuto durante il tempo di esecuzione della pena, dovrebbero aggiungersi l'impegno del reo per rimuovere o arginare le conseguenze dannose del gesto compiuto e la condanna categorica delle proprie azioni criminose; senza nulla togliere

³¹⁰ Ci sembra di poter cogliere una conferma ed un'evoluzione di quanto affermato dalla Giudice della Corte EDU Ann Power-Forde secondo la quale “Gli autori degli atti più odiosi ed estremi [...] conservano comunque la loro umanità fondamentale e hanno la capacità intrinseca di cambiare”: cfr. *Concurring opinion of Judge Power-Forde*, cit. e cfr. *supra*, Cap. IV, § 2.2. In tal senso, cfr. F. CARNELUTTI, *La pena*, cit., 3, ove l'A. afferma che “La vera offesa alla libertà dell'uomo è quella di vedere ormai in lui *un animale incapace di ritornare uomo*”.

³¹¹ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo*, cit., 2. Sul punto cfr. anche E. FASSONE, *Fine pena*, cit., *Appendice*, 182, ove l'A. considera che “nessun individuo, noi compresi, è uguale a quell'«io» che era venti o trent'anni fa” e A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 18 ove l'A. si riferisce alla plasticità ed alla capacità di rinnovarsi del sistema neuronale umano.

³¹² Cfr. M. BIANCHI, *Poena*, cit., 3834; per una più chiara comprensione sul punto, cfr. anche, della stessa opera, 3833 e 3835 ss., ove l'A. riflette circa l'opportunità che l'intervallo di tempo necessario per poter riacquisire la libertà non sia determinato in misura fissa (26 anni, riducibili a 21), ma oscilli entro un determinato margine edittale, graduabile in base alla colpevolezza personale di ognuno; inoltre, secondo l'A., essendo l'illecito un fatto *sempre e comunque* finito (anche quando leda un bene in modo definitivo), ne deriva che un fatto per sua natura *finito* non possa essere sanzionato con una pena *indefinita*; giocoforza ne è “che il periodo di detenzione successivo all'appagamento dell'esigenza retributiva non possa che fondarsi su ragioni diverse da quelle *strictu sensu* punitive, dovendo quindi fare perno, essenzialmente, sull'esigenza di proteggere la comunità dal pericolo di recidiva del reo”.

³¹³ Cfr. *supra*, Cap. V, § 4.2.

alla bontà, di per sé, degli ultimi due presupposti richiesti, alcuni dubbi sorgono in merito alla loro verificabilità su base oggettive ed alla loro autenticità. Secondo l'orientamento minoritario sarebbe invece sufficiente, oltre alla regolare condotta, una prognosi positiva circa la vita futura, che consideri cioè la conformità alle regole del consorzio sociale dal momento dell'eventuale concessione della misura alternativa in questione³¹⁴. Non risulta dunque incomprensibile quella dottrina che, ragionando sull'"aleatorietà della concessione della liberazione condizionale"³¹⁵, ha ritenuto che, in riferimento a quest'ultima, il condannato alla pena perpetua "sia in balia della sorte"³¹⁶ poiché la personale sensibilità o la propensione indulgenza del singolo giudice di sorveglianza rischiano di divenire, di fatto, la linea di spartiacque tra vita dentro e fuori le mura carcerarie³¹⁷.

In conclusione, si ritiene che il nuovo diritto costituzionale penale debba elevare a faro di direzione e di orientamento la Carta fondamentale, la cui logica intrinsecamente personalistica pone lo Stato al servizio dell'individuo e considera l'attributo di dignità del secondo al di sopra di ogni esigenza di prevenzione del primo³¹⁸; da questa impostazione risulta necessario vagliare "anche nel concreto cosa realmente significhi una pena"³¹⁹ per valutare se essa sia in linea con le previsioni costituzionali. Abbiamo cercato di esporre le ragioni che ci inducono a ritenere l'ergastolo in conflitto con le nozioni, ritenute correlate, di dignità sociale ed umanità delle pene; si condivide pertanto l'opinione secondo la quale una sanzione "che distrugge e annienta una persona non è pensabile. E ciò che non è pensabile non è nemmeno giuridico"³²⁰.

³¹⁴ Cfr., anche per i numerosi riferimenti giurisprudenziali, A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 21-2. Per la classificazione della liberazione condizionale come una misura alternativa alla detenzione, cfr. *supra*, Cap. I, § 3.7.

³¹⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 22.

³¹⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, op. ult. cit., 22, ove l'A. parla altresì di "una situazione a rischio arbitrio" dovuta ad una realtà normativa nella quale manca una appropriata definizione della nozione di 'sicuro ravvedimento'.

³¹⁷ Sul punto, interessante richiamare la riflessione dipanata in F. COPPI, *La giustizia è uguale per tutti, ma...*, in *30giorni*, 9/2003 (Supplemento), ove l'A. afferma che "La legge è uguale per tutti, ma i giudici no. I giudici non sono eguali tra loro, anzi sono differenti, spesso molto differenti tra loro".

³¹⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 125.

³¹⁹ Cfr. D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 11.

³²⁰ Cfr. D. GALLIANI, *Una pena*, cit., 1.

8. *L'ergastolo c.d. ostativo*

8.1. *Introduzione all'ergastolo c.d. ostativo*

È finalmente giunto il momento di indagare con maggior attenzione il c.d. ergastolo ostativo, ossia quella peculiare variante che assume la pena perpetua allorché venga comminata per uno dei reati di cui all'articolo 4-*bis* ord. pen. e che riguarda il 72,73% degli ergastolani³²¹.

Il comma 1 della disposizione da ultimo citata, rubricata 'Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti', enumera una pluralità di crimini in riferimento ai quali gli istituti dell'assegnazione al lavoro all'esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione previste dal Capo VI ord. pen. – con la sola eccezione della liberazione anticipata – potranno essere concessi solamente nell'eventualità in cui il condannato collabori con la giustizia ai sensi dell'articolo 58-*ter* ord. pen. Quest'ultimo sancisce che i limiti di pena previsti relativamente all'accesso al lavoro all'esterno³²², alla fruibilità dei permessi premio³²³ e all'ammissione alla semilibertà³²⁴ e “concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4-*bis* non si applicano a 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”³²⁵. Si rammenta che i benefici

³²¹ Questa la percentuale calcolata sui dati, aggiornati al 15 marzo 2016, forniti dal DAP e riportati in M. PISANI, *La pena*, cit., 628-9, da cui emerge che a quella data nei penitenziari italiani vi erano 1647 ergastolani, di cui 1198 si vedevano ascritti uno dei reati di cui all'articolo 4-*bis*, comma 1, ord. pen.

³²² Cfr. l'art. 21, comma 1, ord. pen. secondo cui, se si tratta di persona condannata alla pena della reclusione per uno dei delitti c.d. ostativi, “l'assegnazione al lavoro all'esterno può essere disposta dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena e, comunque, di non oltre cinque anni. Nei confronti dei condannati all'ergastolo l'assegnazione può avvenire dopo l'espiazione di almeno dieci anni”.

³²³ Cfr. l'art. 30-*ter*, comma 4, ord. pen. secondo cui, se si tratta di persona condannata alla pena della reclusione per uno dei delitti c.d. ostativi, la concessione dei permessi premio è ammessa “dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni; [...] nei confronti dei condannati all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni”.

³²⁴ Cfr. l'art. 50, comma 2, ord. pen. secondo cui, nel caso di pena superiore ai sei mesi, il condannato per un reato c.d. ostativo “può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione [...] di almeno due terzi di pena”.

³²⁵ Cfr. art. 58-*ter* ord. pen.

disciplinati al Capo VI ord. pen. sono l'affidamento in prova al servizio sociale³²⁶, la detenzione domiciliare speciale³²⁷, la semilibertà³²⁸ e la liberazione anticipata³²⁹, la quale è però estranea alla preclusione in esame. Risulta dunque evidente che in tale elenco non è annoverata la liberazione condizionale³³⁰, per la quale l'equiparazione delle condizioni per poter concedere il beneficio in riferimento ai reati c.d. ostativi è disposta dall'articolo 2 del decreto legge n. 152 del 1991³³¹, lo stesso atto avente forza di legge³³² che ha previsto l'introduzione dell'articolo 4-*bis* ord. pen. Si noti che è escluso dalla restrizione posta dall'articolo da ultimo citato è il permesso di necessità *ex* articolo 30 ord. pen., il quale prevede che il magistrato di sorveglianza possa concedere al detenuto di recarsi a visitare, con le dovute cautele, un prossimo congiunto nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente o, eccezionalmente, nel caso di eventi familiari di particolari gravità³³³.

8.2. *L'evoluzione storica della disciplina normativa*

La previsione normativa di cui all'articolo 4-*bis* ord. pen. è stata oggetto, nel corso del tempo, di numerose modifiche ad opera sia della volontà del Legislatore sia del sindacato di legittimità costituzionale esercitato dal Giudice delle Leggi: conviene dunque, brevemente, ripercorrere l'evolversi di tale articolo nelle sue tappe fondamentali. Come abbiamo già avuto modo di illustrare³³⁴, l'apertura di credito concessa all'ideale rieducativo dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663 – meglio nota come c.d. legge Gozzini – venne ben presto messa in discussione a causa dell'acuirsi dell'emergenza mafiosa: la recrudescenza e la viltà degli atti con i quali la criminalità organizzata colpiva lo Stato ed

³²⁶ Di cui agli articoli 47 e seguenti ord. pen.

³²⁷ Di cui agli articoli 47-quinquies e seguente ord. pen.

³²⁸ Di cui agli articoli 48 e seguenti ord. pen.

³²⁹ Di cui all'articolo 54 ord. pen.

³³⁰ Di cui all'articolo 176 c.p.

³³¹ Cfr. decreto legge n. 152 del 13 maggio 1991, convertito con modificazioni dalla l. n. 203 del 12 luglio 1991.

³³² L'art. 1, comma 1, del decreto legge n. n. 152 del 13 maggio 1991 ha disposto l'introduzione dell'articolo 4-*bis* nel testo della legge 26 luglio 1975, n. 354.

³³³ Cfr. l'articolo 30, commi 1 e 2, ord. pen. e, per una più ampia trattazione sul punto, cfr. S. FUNGARDI, 'Fine pena', cit., 133 ss.

³³⁴ Cfr. *supra*, Cap. I, §§ 3.3. e 3.4.

i suoi esponenti determinò un notevole – e comprensibile – inasprimento della risposta sanzionatoria nel quale il finalismo di cui all’articolo 27, comma 3, Cost. risultava inevitabilmente compreso, pur cercando di mantenere un certo equilibrio³³⁵, “in ragione di esigenze di difesa sociale e di prevenzione speciale negativa”³³⁶. Il decreto legge n. 152 del 1991, convertito con modificazione dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, ha disposto, all’articolo 1, comma 1, l’introduzione dell’articolo 4-*bis* ord. pen. mediante il quale venivano stabilite per i responsabili di taluni delitti ritenuti particolarmente preoccupanti e lesivi per il consorzio sociale delle restrizioni nell’accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione. In particolare si istituivano due sottocategorie di reati, individuati in base al titolo, il cui spartiacque era da rinvenirsi nella circostanza che il grave allarme sociale da essi destato fosse direttamente correlabile o meno alle associazioni malavitose che stavano ponendo la Repubblica sotto assedio: la prima – contenente i delitti c.d. di prima fascia, ossia quelli ritenuti di sicura riferibilità al sodalizio mafioso³³⁷ – condizionava la fruizione dei benefici penitenziari all’*acquisizione* di “elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti”³³⁸ con il crimine organizzato o eversivo, mentre la seconda – nella quali erano elencati i reati c.d. di seconda fascia, ossia quelli di elevata gravità pur senza essere collegati al fenomeno associativo³³⁹ – richiedeva per la concessione dei benefici suddetti la semplice *assenza* di “elementi tali da fa ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva”³⁴⁰. Tuttavia l’articolo 58-*ter* ord. pen. – introdotto dall’articolo 1, comma 5, del decreto qui in esame – prevedeva la cooperazione con la giustizia come strumento per mezzo del quale

³³⁵ Cfr. V. GREVI, *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 riforma ed emergenza*, Padova, 1994, 7, secondo il quale l’articolo in esame costituiva una “norma chiave per il sistema dei nuovi equilibri [...] tra la disciplina ordinaria e la disciplina da applicarsi [...] nei riguardi dei condannati dei più gravi delitti di criminalità organizzata”.

³³⁶ Cfr. L. PACE, *L’art. 4-bis*, cit., 3.

³³⁷ I reati c.d. di prima fascia erano i seguenti: delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale, i delitti di cui all’art. 416-bis c.p. e quelli commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare le associazioni previste dall’art. 416-bis c.p., i delitti di cui all’art. 630 c.p. e i delitti di cui all’art. 74 D.P.R. 309/1990. Per un’analisi sul punto, si rimanda a F. CESARI, *Art. 4-bis*, in M. PAVARINI, *Codice commentato dell’esecuzione penale*, Vol. I, Torino, 2002, 7.

³³⁸ Cfr. art. 4-*bis* ord. pen., nella versione introdotta dal d.l. 152 del 1991.

³³⁹ I reati c.d. di seconda fascia erano i seguenti: i delitti di cui agli artt. 575 c.p., 628 co. 3 c.p. e art. 73, limitatamente alle ipotesi aggravate di cui all’art. 80 co. 2 DPR 309/1990. Per un’analisi sul punto, si rimanda a F. CESARI, *Art. 4-bis*, in M. PAVARINI, *Codice*, cit., 7-8.

³⁴⁰ Cfr. art. 4-*bis* ord. pen., nella versione introdotta dal d.l. 152 del 1991.

equiparare alla generalità dei condannati i responsabili dei reati c.d. ostativi³⁴¹: i maggiori limiti di pena posti, in relazione ai delitti di cui all'articolo 4-*bis* ord. pen., dai suddetti articoli 21, 30-*ter* e 50 ord. pen. – i quali rimanevano fermi per i non collaboranti – non si applicavano a chi avesse cooperato *ex* articolo 58-*ter* ord. pen.

L'8 giugno del 1992 – in un'Italia sconvolta dalla strage di Capaci dove perdevano la vita il magistrato Giovanni Falcone, la moglie, anch'essa magistrato, Francesca Morvillo e i tre agenti della scorta Vito Schifani, Rocco Dicillo e Antonio Montinaro – venne approvato il decreto legge n. 306 del 1992³⁴², il cui articolo 15, comma 1, di modifica all'articolo 4-*bis* ord. pen. prevedeva che, in caso di condanna per uno dei reati di c.d. prima fascia, l'accesso ai benefici e alle misure alternative previsti nella disposizione da ultimo citata fosse possibile *solo* nel caso in cui il detenuto collaborasse con la giustizia ai sensi dell'articolo 58-*ter* ord. pen.³⁴³: quella che si poneva era dunque una “*condicio sine qua non*”³⁴⁴. La legge di conversione 7 agosto 1992, n. 356 – adottata a pochi giorni di distanza dall'attentato di via D'Amelio dove morivano il magistrato Paolo Borsellino e i cinque agenti della scorta Agostino Catalano, Emanuela Loi, Vincenzo Li Muli, Walter Eddie Cosina e Claudio Traina – stabilì che, nel caso in cui si sia applicata una delle circostanze attenuanti *ex* articoli 62, numero 6), 114 o 116, comma 2, c.p., “i benefici suddetti possono essere concessi anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata”³⁴⁵. Dalla novella normativa del 1992 emerge un sistema basato su una doppia presunzione: i soggetti

³⁴¹ Cfr. S. FUNGARDI, *Fine pena*, cit., 104 e, nello stesso senso, A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012, 118.

³⁴² È interessante notare che con tale previsione normativa la rubrica posta dal d.l. n. 152 del 1991, ossia “Accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti”, venne mutata in quella, ancora attuale, “Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti”.

³⁴³ Si noti che l'art. 15, comma 1, lett. b) del d.l. n. 306 del 1992 stabiliva altresì l'introduzione, nell'articolo 4-*bis* ord. pen., del comma 3-*bis* secondo il quale per i delitti dolosi l'assegnazione dei benefici in questione era preclusa, a prescindere dalle procedure previste dai commi 2 e 3 della dell'articolo 4-*bis* ord. pen., nel caso in cui “il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunica[ss]e, [...], l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata”.

³⁴⁴ Cfr. S. FUNGARDI, *Fine pena*, cit., 104.

³⁴⁵ Cfr. art. 4-*bis* ord. pen., nella versione introdotta dal d.l. n. 306 del 1992, come convertito dalla l. n. 356 del 1992.

condannati a tali crimini, oggettivamente odiosi e gravi, vengono considerati *ex lege* (prima presunzione) in stato di perdurante pericolosità sociale, la quale si fonda sull'equiparazione legale assoluta (seconda presunzione) tra non cooperazione *ex* articolo 58-ter ord. pen. e permanenza nel sodalizio mafioso³⁴⁶: ossia “il legislatore ha deciso [...] che la non collaborazione equivale a non rieducazione e che la collaborazione equivale a rieducazione”³⁴⁷. La dottrina non ha mancato di evidenziare che quello realizzato dal Legislatore del 1992 era un nuovo paradigma sanzionatorio il quale tendeva – più che all'obiettivo rieducativo richiesto dall'articolo 27, comma 3, Cost. – ad incentivare la cooperazione con le autorità inquirenti mediante il c.d. pentitismo³⁴⁸. Era una scelta di per sé comprensibile, ma che finiva per snaturare la norma e porsi in palese “contrasto con la logica della risocializzazione”³⁴⁹.

La Consulta, chiamata a vagliare la compatibilità della disciplina in esame con la Carta fondamentale, intervenne con una pluralità di pronunce con cui, pur facendo salvo il c.d. doppio binario penitenziario³⁵⁰, mirava a rimuovere gli aspetti di più vistosa irrazionalità e a garantire una maggior conformità del sistema al dettato costituzionale. Nella sentenza n. 306 del 1993, considerata da alcuni “la pietra angolare del sub-sistema ermeneutico-costituzionale sulla filosofia della pena”³⁵¹, il Giudice delle Leggi, dopo aver ricordato l'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale in materia, riconobbe “la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività,

³⁴⁶ Cfr. sul punto F. CESARI, *Art. 4-bis*, in M. PAVARINI, *Codice*, cit., 8, ove l'A., citando B. Guazzaloca, considera che per i delitti ostativi c.d. di prima fascia “il legislatore introduce una «presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale» in ragione della quale [...] viene tassativamente preclusa ogni possibilità di accesso ai percorsi alternativi. Tale divieto [...] viene meno solo nel caso in cui il condannato offra alla giustizia un utile contributo collaborativo [...] dimostrando così l'avvenuta rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata che si presumono, altrimenti, ancora esistenti”. Per alcuni esempi emblematici della difficoltà di spezzare il vincolo mafioso anche dopo la sentenza condanna e dei legami esistenti tra i detenuti per i reati ostativi e i sodalizi criminali di appartenenza, cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 105, nt. 8.

³⁴⁷ Cfr. D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 9.

³⁴⁸ In tal senso, cfr. V. GREVI, *Verso un regime*, cit., 13.

³⁴⁹ Cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis*, cit., 5.

³⁵⁰ *I.e.* il regime penitenziario differenziato in base alle tipologie del reato contestato, a seconda che esso fosse da annoverare nelle categorie c.d. ordinaria, o nelle sottocategorie dei delitti c.d. di prima o di seconda fascia; al riguardo cfr. anche F. CESARI, *Art. 4-bis*, in M. PAVARINI, *Codice*, cit., 7.

³⁵¹ Cfr. C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 153; inoltre, secondo l'A., in tale sentenza è possibile scorgere il definitivo abbandono della vecchia impostazione secondo la quale la rieducazione concerneva la sola fase esecutiva della pena.

attribuendo determinati vantaggi [solo] ai detenuti che collaborano con la giustizia”³⁵² rispondente all’effettiva necessità che lo Stato apprestasse una risposta sanzionatoria efficace ed efficiente capace di “contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa”³⁵³, tuttavia constatò che la scelta concretamente adottata “abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena”³⁵⁴: venne definita preoccupante la configurazione *ex lege* di ‘tipi di autore’ per i quali il finalismo sancito dall’articolo 27, comma 3, Cost. potrebbe essere sacrificato. La Corte ritenne che il Parlamento tramite la legge di conversione adottata si sia dimostrato capace di mitigare l’impostazione drastica propria del decreto legge ed abbia perciò escluso che il perseguimento della finalità rieducativa potesse considerarsi vanificato per i detenuti che volessero realmente fruire delle misure risocializzanti previste dall’ordinamento; in definitiva il Giudice delle Legge ritenne lecita la scelta di ancorare la possibilità di accesso ai benefici menzionati all’articolo 4-*bis* alla collaborazione con la giustizia *ex* articolo 58-*ter* ord. pen.: quest’ultima venne considerata indicatore affidabile dell’assenza di pericolosità sociale, in quanto elemento da cui dedurre l’avvenuta dissociazione dal sodalizio criminale³⁵⁵. Venne censurata per illegittimità costituzionale solo la previsione *ex* articolo 15, comma 2, del d.l. n. 306 del 1992 di *revoca automatica* – quindi anche quando non sia stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con le organizzazioni mafiose – delle misure alternative alla detenzione già concesse, pur in assenza di collaborazione con la giustizia, ad un condannato per uno dei reati di prima fascia. La cooperazione disciplinata dall’articolo 58-*ter* viene dunque fatta salva come presupposto per *accedere* ai benefici previsti, ma la sua assenza non può essere intesa come “indice presuntivo della persistente pericolosità sociale”³⁵⁶ comportante la *revoca* della misura già concessa³⁵⁷.

³⁵² Cfr. Corte cost., sent. n. 306 del 1993, in www.giurcost.org.

³⁵³ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.

³⁵⁴ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit.

³⁵⁵ Cfr. L. PACE, *L’art. 4-bis*, cit., 6-7.

³⁵⁶ Cfr. L. PACE, op. ult. cit., 6-7

³⁵⁷ Per un’analisi critica sul punto, cfr. A ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cassazione Penale*, 1/1994, 861 ss, *passim*, in particolare 867, ove l’A. accusa la Corte di aver ricercato una “soluzione di comodo”.

La giurisprudenza successiva del Giudice delle Leggi realizzò una migliore conformità della materia in esame alla Carta fondamentale, procedendo nel solco tracciato dalla pronuncia capostipite appena esaminata. La Consulta con le successive sentenze dichiarò l'illegittimità dell'articolo 4-*bis* allorché precludeva l'accesso ai benefici penitenziari summenzionati nel caso in cui un'utile collaborazione con la giustizia fosse resa impossibile a causa della "limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, [...]"³⁵⁸ o a causa di un già avvenuto "integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile"³⁵⁹, sempre che, in entrambi i casi, "siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata"³⁶⁰. Il Giudice delle Leggi evidenziò il palese cambio di prospettiva realizzato dal decreto legge n. 306 del 1992 come convertito dalla legge n. 356 del 1992, il quale ha determinato il passaggio "da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)"³⁶¹. Inoltre la Consulta dichiarò l'illegittimità dell'articolo 4-*bis*, comma 1, ord. pen. allorché prevedeva che nei confronti dei condannati per uno dei reati c.d. di prima fascia si potessero negare, per mancata collaborazione con la giustizia, la semilibertà o il permesso premio anche quando avessero raggiunto, prima dell'entrata in vigore della novella del 1992, "un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto"³⁶² o, limitatamente al permesso premio, anche quando essi ne a[vessero] già fruito in precedenza"³⁶³, e fermo restando, in ogni caso, che "non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata"³⁶⁴. L'automatismo preclusivo venne ritenuto lesivo dell'articolo 27, comma 3, Cost. poiché, "impedendo al magistrato di sorveglianza di effettuare un accertamento in concreto del grado di

³⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 357 del 1994, in www.giurcost.org.

³⁵⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 1995, in www.giurcost.org.

³⁶⁰ Cfr., identiche nella formulazione, sentt. nn. 357 del 1994 e 68 del 1995, cit.

³⁶¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 1995, cit.

³⁶² Cfr., di identica formulazione sul punto, Corte cost., sent. n. 445 del 1993, in riferimento al beneficio della semilibertà, e Corte cost., sent. n. 137 del 1999, in riferimento al beneficio del permesso premio, entrambe in www.giurcost.org.

³⁶³ Cfr. Corte cost., sent. n. 504 del 1995, in www.giurcost.org.

³⁶⁴ Cfr., di identica formulazione sul punto, sentt. nn. 445 del 1993, 504 del 1995 e 137 del 1999, cit.

rieducazione raggiunto dal detenuto, [si] è comportava un'ingiustificata interruzione del percorso rieducativo”³⁶⁵.

La materia in esame è stata oggetto di una revisione organica ad opera della legge n. 279 del 2002, la quale – aggiungendosi ad altri interventi di minore portata³⁶⁶ – ha notevolmente esteso l’ambito applicativo della disciplina di cui all’articolo 4-*bis* ord. pen.; retta da una “logica emergenziale”³⁶⁷, tale novella, da un lato, mirava ad una maggior razionalizzazione della norma recependo gli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale³⁶⁸ e ridisegnando la fisionomia della norma³⁶⁹, dall’altro, assoggettava ulteriori fattispecie al più rigido regime *de quo*³⁷⁰ e disponeva che taluni reati precedentemente annoverati tra quelli c.d. di seconda fascia venissero inclusi tra quelli c.d. di prima fascia³⁷¹. Con la legge n. 38 del 2006, il Legislatore qualificava come ostativi i reati inerenti lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet³⁷². Significative modifiche alla natura della norma in esame sono intervenute altresì con il decreto legge n. 11 del 2009, meglio noto come c.d. Pacchetto Sicurezza del 2009; in particolare, venivano introdotti tra i delitti c.d. di seconda fascia ulteriori reati a sfondo sessuale, mentre i più gravi tra questi venivano collocati tra quelli c.d. di prima fascia. Non si fecero attendere le critiche: la dottrina difatti evidenziò che, ferma restando

³⁶⁵ Cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis*, cit., 7.

³⁶⁶ Il riferimento è al d.l. 341 del 2000 (convertito con modificazioni dalla l. n. 4 del 2001), alla l. n. 92 del 2001 e alla l. n. 182 del 2002: sul punto, cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis*, cit., 26, nt. 26.

³⁶⁷ Cfr. L. PACE, op. ult. cit., 8.

³⁶⁸ Cfr., sul punto, A. MARCHESELLI – F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in www.diritto.it, secondo i quali “La disposizione ha ora un tenore letterale nettamente più lineare. Il legislatore ha, altresì, approfittato della occasione per adeguare il trattamento sanzionatorio alle fattispecie ritenute attualmente di maggior allarme. Non se ne è approfittato, invece, per eliminare alcune ulteriori punti critici della disciplina in vigore”.

³⁶⁹ V. *infra*.

³⁷⁰ Il riferimento è alle ipotesi di reato di cui agli articoli 600 c.p. (riduzione in schiavitù), 601 c.p. (tratta di persone) e 602 c.p. (acquisto e alienazione di schiavi).

³⁷¹ Il riferimento è, *in primis*, all’ipotesi di reato di terrorismo, nazionale ed internazionale; si noti che, quando venne approvata la legge in esame, erano ancora vividi i ricordi e le emozioni scaturiti, a livello interno, dagli omicidi a danno di Massimo D’Antona (20 maggio 1999) e Marco Biagi (19 marzo 2002) e, a livello mondiale, dall’attentato alle *Twin Towers* (11 settembre 2001). Come è stato notato, quello realizzato al riguardo dei reati di terrorismo, è in realtà un ritorno alle origini: cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis*, cit., 27, nt. 31.

³⁷² Cfr. l’art. 15 della l. n. 38 del 2006, di modifica all’articolo 4-*bis* ord. pen., il quale introduce il riferimento ai reati di cui agli articoli 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 600-*quinqies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* e 609-*ter*.

la gravità e l'odiosità di tali illeciti, essi non risultavano precipuamente riferibili alle organizzazioni di stampo mafioso. La legge di conversione n. 38 del 2009 si mostrò recettiva alle osservazioni sollevate e dispose una più opportuna ricollocazione dei reati in base alla *ratio* della norma e stabilì che coloro che si fossero macchiati di crimini lesivi della libertà sessuale fossero sottoposti ad osservazione scientifica della personalità³⁷³. La Consulta è intervenuta, con la sentenza n. 239 del 2014, dichiarando l'incostituzionalità dell'articolo 4-*bis*, comma 1, ord. pen. “nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* della medesima legge”³⁷⁴, la quale prevede, a certe condizioni, che le condannate madri di prole di età non superiore ai dieci anni possano espiare la pena nella propria abitazione³⁷⁵; per *eadem ratio*³⁷⁶, il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'incompatibilità con il Testo fondamentale dell'articolo 4-*bis*, comma 1, ord. pen. “nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-*ter*, comma 1, lettere *a)* e *b)*, della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti”³⁷⁷. Il decreto

³⁷³ Cfr. l'art. 3, comma 1, lett. *a)*, del d.l. n. 11 del 2009 – come convertito dalla l. n. 38 del 2009 – ove, in riferimento all'art. 4-*bis*, comma 1-*quater*, ord. pen., dispone che – qualora si tratti di detenuti per i delitti di cui agli articoli 609-*bis*, 609-*ter* 609-*quater* e, qualora ricorra anche la condizione di cui al medesimo comma 1, 609-*octies* c.p. – “I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi [...] solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno”, indipendentemente quindi dalla condotta ex articolo 58-*ter* ord. pen. Inoltre la l. n. 172 del 2012 ha disposto l'introduzione, nell'articolo 4-*bis* ord. pen., del comma 1-*quinquies* il quale ha previsto che debba essere valutata la partecipazione al programma di riabilitazione specifica disciplinata dall'articolo 13-*bis* ord. pen. introdotto dalla stessa legge n. 172 del 2012. Sul punto, cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis*, cit., 9; 28, nt. 37; 29, nt. 39.

³⁷⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 239 del 2014 in www.giurcost.org.

³⁷⁵ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit., ove si afferma che “è indubbio che nell'economia dell'istituto assuma un rilievo del tutto prioritario l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età ad instaurare un rapporto quanto più possibile 'normale' con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo. Interesse che – oltre a chiamare in gioco l'art. 3 Cost., in rapporto all'esigenza di un trattamento differenziato – evoca gli ulteriori parametri costituzionali richiamati dal rimettente (tutela della famiglia, diritto-dovere di educazione dei figli, protezione dell'infanzia: artt. 29, 30 e 31 Cost.)”. Difatti, la norma censurata dalla Consulta trasferiva il “«costo» della strategia di lotta al crimine organizzato su di un soggetto terzo, [il bambino] estraneo sia alle attività delittuose che hanno determinato la condanna, sia alla scelta del condannato di non collaborare” ex articolo 58-*ter* ord. pen.: cfr. F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5/2014, 3940 ss., 3944-5.

³⁷⁶ In applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

³⁷⁷ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit., la quale riconosce che la dichiarazione di illegittimità costituzionale in via consequenziale è dovuta, nel caso di specie, “per evitare che una misura avente finalità identiche alla

legge n. 7 del 2015³⁷⁸, così come convertito dalla legge n. 43 del 2015, e la legge n. 19 del 2015 hanno inserito nuovi reati tra quelli c.d. ostativi di prima fascia³⁷⁹.

8.3. *La configurazione attuale*

Dopo aver indicato, in apertura di paragrafo, quali siano i benefici penitenziari a cui la norma si riferisce e dopo aver ripercorso, per sommi capi, le più importanti modifiche intervenute in materia, conviene illustrare sinteticamente la configurazione attuale dell'articolo 4-*bis* ord. pen., la cui razionalizzazione di fondo è stata realizzata, come abbiamo già detto, mediante la già citata novella del 2009, la quale ha suddiviso il comma 1, divenuto oramai di "scarsa intellegibilità"³⁸⁰, in quattro commi, ed ha previsto per ogni categoria di condannati uno specifico percorso trattamentale. Il primo percorso, relativo ai reati c.d. di prima fascia, è disciplinato ai commi 1 e 1-*bis* dell'articolo qui in esame e prevede che i benefici menzionati possano essere concessi solo in caso di collaborazione con la giustizia *ex* articolo 58-*ter* ord. pen. (comma 1) o, purché siano stati *acquisiti* elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, in caso di collaborazioni impossibile od oggettivamente irrilevante (comma 1-*bis*). Il comma 1-*ter* disciplina il percorso relativo ai reati c.d. di seconda fascia, quelli di elevato allarme sociale benché non direttamente correlabili alle organizzazioni malavitose, per i quali l'accesso ai benefici penitenziari è consentito *purché non vi siano* elementi che facciano ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Il comma 1-*quater* dispone che in caso di reati a sfondo sessuale i benefici possano essere concessi solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità. Infine il comma 1-*quinqües* prevede una sorta di sub-percorso per i casi in cui i reati di cui al comma 1-*quater* siano commessi in danni di persona minorenni: in tal caso per l'accesso ai benefici è necessaria la

detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espriare pene meno elevate, resti irragionevolmente soggetta ad un trattamento peggiore *in parte qua*".

³⁷⁸ Meglio noto come c.d. decreto legge antiterrorismo del 2015.

³⁷⁹ Cfr. l'articolo 3-*bis* del d.l. n. 7 del 2015, come convertito dalla l. n. 43 del 2015, il quale ha introdotto tra i reati assoggettati alla disciplina di cui all'articolo 4-*bis*, comma 1, ord. pen. quelli di cui all'articolo 12, comma 1 (favoreggiamento dell'immigrazione clandestina) e comma 3 (favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ai fini di profitto), del d. lgs. n. 286 del 1998 e successive modificazioni (c.d. T.U. immigrazione). La legge n.19 del 2015 ha invece incluso tra i reati c.d. di prima fascia i delitti di cui al 416 – *ter* c.p.

³⁸⁰ Cfr. S. FUNGARDI, *'Fine pena'*, cit., 107.

valutazione positiva, da parte del magistrato o del tribunale di sorveglianza, della partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'articolo 13-*bis* ord. pen.

8.4. *I sospetti di illegittimità dell'ergastolo ostativo*

Dopo aver ricostruito l'evoluzione della materia in esame e la sua attuale configurazione, è giunto il momento di accennare ai motivi che inducono a sospettare – in misura ancora maggiore rispetto alla pena perpetua in generale – dell'illegittimità costituzionale dell'ergastolo c.d. ostativo. Non si ignora che la questione è già stata prospettata, nel 2003, al Giudice delle Leggi ad opera del Tribunale di sorveglianza di Firenze³⁸¹, il quale riteneva che “l'art. 4-bis, comma 1, primo periodo, dell'ordinamento penitenziario, impedendo l'ammissione alla liberazione condizionale dei condannati all'ergastolo che non collaborano con la giustizia, rende «effettivamente» perpetua la pena nei confronti di tali soggetti”³⁸² e concretizza così un'esclusione permanente ed assoluta di siffatti detenuti dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, la quale si porrebbe in contrasto insanabile con quanto sancito all'articolo 27, comma 3, Cost.³⁸³. La Consulta, con la sentenza n. 135 del 2003, dichiarò non fondata la questione: difatti, posto che la collaborazione richiesta è solo quella “naturalisticamente e giuridicamente possibile”³⁸⁴, ne deriva che “la preclusione prevista dall'art. 4-bis, comma 1, primo periodo, dell'ordinamento penitenziario non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta”³⁸⁵. Secondo i giudici della Corte costituzionale, dunque, “l'ergastolo ostativo non è *de jure* una pena perpetua”³⁸⁶: se nella concreta realtà dei fatti

³⁸¹ Cfr. Tribunale di sorveglianza di Firenze, ordinanza del 6 marzo 2002 (iscritta al n. 502 del registro ordinanze 2002). Il medesimo Tribunale di sorveglianza aveva già proposto la questione nel 2001, la quale era però stata respinta come inammissibile per difetto di rilevanza: cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 67, nt. 7.

³⁸² Cfr. Corte cost., sent. n. 135 del 2003, in www.giurcost.org. Corsivo nostro.

³⁸³ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit. ove si ripercorre il ragionamento del remittente ed il parallelismo, da quest'ultimo dipanato, con il divieto – dichiarato illegittimo dalla Consulta – di riammissione degli ergastolani alla liberazione condizionale in caso di revoca del beneficio.

³⁸⁴ Cfr. Corte cost., sent. ult. cit. ove si rinvia alla sentenza costituzionale n. 89 del 1999.

³⁸⁵ Cfr. Corte cost., sent. 135 del 2003, cit.

³⁸⁶ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 69.

esso si manifesta come tale, ciò dipende dalla scelta del condannato il quale dimostra di preferire la detenzione senza fine alla collaborazione *ex* articolo 58-*ter* ord. pen. Non si sono fatte attendere le dure critiche alla pronuncia in esame, con le quali la dottrina denunciava la fallacia del ragionamento svolto e l'omissione della Consulta nel vagliare la duplice presunzione, già menzionata, posta dal Legislatore nel disciplinare tale "regime carcerario [che] si sostanzia in una sanzione marcatamente afflittiva con l'unico obiettivo della collaborazione processuale del reo"³⁸⁷. Siamo allora ben distanti dalla tensione verso la rieducazione, la quale risulta qui obliterata quando dovrebbe invece essere "la prima delle parole-faro del trattamento penitenziario. [Essa] Sta scritta nella Costituzione e vieta alla pena di essere solamente pena"³⁸⁸. Risulta opportuno, a scanso di inutili equivoci, esporre alcune considerazioni preliminari: non si contesta la scelta, di per sé comprensibile, di porre, nei confronti degli autori di alcuni crimini di particolare allarme sociale, delle previsioni inerenti l'accesso ai benefici penitenziari più stringenti rispetto alla generalità dei casi; ciò che si critica è la configurazione del sistema il quale ricorre alla pena perpetua come *strumento* per ottenere la collaborazione del condannato³⁸⁹: un sistema, cioè, ove si rovescia il secondo imperativo categorico kantiano il quale prescrive di guardare ad ogni uomo sempre come ad un fine e mai come ad un mezzo; risulta evidente che la norma di cui all'articolo 4-*bis* ord. pen. considera le restrizioni nel regime penitenziario come 'strumento di pressione' per indurre il detenuto a rivelare informazioni che possano agevolare le indagini ed aiutare a smantellare i sodalizi criminali: obiettivi forse comprensibili, ma estranei alla logica di una democrazia costituzionale ove "sono i mezzi a prefigurare i fini"³⁹⁰. Al riguardo è bene evidenziare la differenza, concettuale e quindi giuridica, esistente tra il *premiare* la cooperazione ed il *punire* la non cooperazione; l'ordinamento può *incentivare* la scelta del condannato di

³⁸⁷ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua*, cit., 1246, ove l'A. afferma che, nel dibattito giurisprudenziale scaturito in materia, nel bilanciamento tra garanzie del reo ed esigenze politico-criminale, queste ultime sono sinora sempre risultate preminenti. Sul punto, cfr. anche C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 66 ss. ove l'A. evidenzia come la pena in esame si riveli perpetua sia nella sua condizione *statica* (in quanto sanzione senza fine) sia nella sua proiezione *dinamica* (in quanto preclude, in assenza di collaborazione, la liberazione condizionale e gli altri benefici indicati). Per le critiche, cfr. M. PISANI, *La pena*, cit., 606.

³⁸⁸ Cfr. E. FASSONE, *Fine pena*, cit., 71. Per la cancellazione della finalità rieducativa nel caso dell'ergastolo ostativo, cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 77 ss.

³⁸⁹ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 69

³⁹⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE (a cura di), *Volti*, cit., 193 ss., 210.

collaborare *ex* articolo 58-*ter* ord. pen., ma si ritiene non la possa coartare: può quindi prevedere un *vantaggio* qualora questa volontà vi sia, ma non può disporre che essa sia *condicio sine qua non* per evitare uno *svantaggio*, quale oggettivamente è la preclusione di cui all'articolo 4-*bis* ord. pen.³⁹¹

Ancora una volta ci si difende da un'ipotetica accusa di buonismo ricordando che non si tratta di sminuire, ignorare o soprassedere alla gravità dei fatti che sono valsi la condanna alla pena perpetua, si tratta di ragionare in termini costituzionali, di porsi cioè in linea con i valori collocati alla base del nostro ordinamento il quale “ammette la forza, ma vieta la violenza, specialmente da parte dei propri apparati”³⁹².

I motivi che portano a dubitare della legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo in modo ancora maggiore rispetto alla pena perpetua in generale sono molti: cercheremo di esporre quelli che, a nostro avviso, sono i più rilevanti. È stato osservato³⁹³ che la fattispecie risultante dall'applicazione della pena perpetua ai casi di cui all'articolo 4-*bis* ord. pen. parrebbe coincidere con la già analizzata definizione di *tortura* offerta dall'articolo 1, comma 1, Conv. Tort.³⁹⁴ secondo il quale essa consiste in “qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, *al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito*”³⁹⁵. Ad escludere i dubbi non basta la clausola di salvaguardia posta nella disposizione da ultimo citata secondo la quale la nozione di tortura non si estende “al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate”. Difatti, ammesso e non

³⁹¹ Cfr., per un maggior approfondimento, C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 153 ss.

³⁹² Cfr. A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi*, cit., in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE (a cura di), *Volte*, cit., 209.

³⁹³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 128-9.

³⁹⁴ Cfr. *supra*, Cap. II, § 2.5.

³⁹⁵ Cfr. l'articolo 1, comma 1, Conv. Tort. Corsivo nostro.

concesso che tale pena sia (costituzionalmente) legittima, la clausola citata non si rinviene infatti nei summenzionati articoli 3 della CEDU e 4 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea a cui – per il resto – si deve riconoscere portata analoga nel vietare la tortura e le pene e trattamenti inumani o degradanti³⁹⁶. Sul piano interno il conflitto con la Carta fondamentale della Repubblica italiana si porrebbe evidentemente con l'articolo 117, comma 1, Cost. secondo cui “La potestà legislativa è esercitata [...] nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”³⁹⁷.

In riferimento all'ergastolo c.d. ostativo si accentuano esponenzialmente le argomentazioni – già esposte e a cui dunque si rimanda – che inducono a ritenere che la pena perpetua c.d. comune non tenda alla rieducazione del condannato³⁹⁸ e si risolva in un trattamento contrario al senso di umanità, proibito dall'articolo 27, comma 3, Cost. e dall'articolo 3 CEDU³⁹⁹. In riferimento al primo punto, il problema consisterebbe nel fatto che, per coloro che siano sottoposti a tale sanzione, il *quantum poenae* comminato dal giudice rimanga immutato a prescindere dai traguardi raggiunti dal detenuto durante il trattamento risocializzante, perché “ciò che conta è quanto collabori, non cosa hai fatto”⁴⁰⁰; in questo senso allora si è detto che “l'ergastolo ostativo è la pena crudele per antonomasia, [...] inflitta [...] per una situazione successiva al reato: [...] per il comportamento non collaborativo adottato per scelta, per necessità o, addirittura, per impossibilità”⁴⁰¹. Per quanto riguarda la supposta natura inumana di tale pena, i sospetti già esposti risultano ingigantiti se riferiti al più severo regime di cui all'articolo 4-*bis* ord. pen. poiché, in assenza di una collaborazione con la giustizia, è precluso qualsiasi contatto con il mondo esterno derivante dalla liberazione condizionale e dalle misure

³⁹⁶ Per l'articolo 3 CEDU e 4 CDFUE, cfr. *supra*, Cap. II, rispettivamente, § 2.1.2 e § 2.3.1.

³⁹⁷ Cfr. l'articolo 117, comma 1, Cost. Per una trattazione più approfondita si rinvia a C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 133 ss., ove l'A individua i possibili punti di frizione anche con l'articolo 13, comma 4, Cost. il quale punisce (e dunque proibisce) ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà, e con l'articolo 10, comma 1, Cost. poiché il divieto di tortura rappresenta una norma consuetudinaria internazionale.

³⁹⁸ Cfr. *supra*, in questo Capitolo, § 7.2.

³⁹⁹ Cfr. *supra*, in questo Capitolo, § 7.3. Per un approfondimento precipuamente rivolto al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità in riferimento all'ergastolo c.d. ostativo, cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 125 ss.

⁴⁰⁰ Cfr. M. TORCHIO, *Cattivi*, Torino, 2015, 38.

⁴⁰¹ Cfr. D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 6.

extramurarie⁴⁰². Parimenti aggravate risultano le perplessità, già esposte, in relazione alla fissità delle sanzioni penali⁴⁰³.

Infine si ritiene di dover spendere qualche parola sull'equazione posta dal legislatore tra collaborazione *ex* articolo 58-*ter* ord. pen. e rieducazione⁴⁰⁴ o, detta altrimenti, tra non cooperazione con la giustizia e permanenza nel sodalizio mafioso. Si condivide l'opinione che considera ingiustificata la presunzione legale del non ravvedimento a causa della semplice persistenza di una condotta non collaborativa⁴⁰⁵; da notare che questo punto è stato riconosciuto anche dal Giudice delle Leggi, il quale, nella sentenza n. 306 del 2003, ha affermato che “É ben vero che la collaborazione consente di presumere che chi la presta si sia dissociato dalla criminalità e che ne sia perciò più agevole il reinserimento sociale. Ma dalla mancata collaborazione non può trarsi [...] che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale”⁴⁰⁶. Cooperazione e rieducazione sono nozioni distinte e non sempre sovrapponibili, esse appartengono a categorie differenti relative a piani diversi: basti pensare alla connotazione chiaramente ‘fenomenica’ della prima e a quella impalpabile della seconda⁴⁰⁷. Si deve inoltre tenere a mente che vi possono essere delle motivazioni ragionevoli – o, quanto meno, comprensibili – che inducono il detenuto a rifiutare la condotta descritta dall'articolo 58-*ter* ord. pen.: esse potrebbero essere la paura delle ritorsioni da parte dei sodalizi mafiosi a danno proprio o dei propri cari; il rifiuto di barattare la libertà propria con quella di un individuo al quale – ferma restando l'eventuale presa di distanza dalle condotte criminose – si rimane legati per motivi affettivi o familiari⁴⁰⁸ oppure il ripudio morale di una siffatta logica del ‘*do ut des*’ ove il detenuto

⁴⁰² Cfr. S. FUNGARDI, *Fine pena*, cit., 150.

⁴⁰³ Cfr. *supra*, in questo Capitolo, § 7.1.

⁴⁰⁴ Cfr. Cfr. D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 9.

⁴⁰⁵ Cfr. per tutti C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 151.

⁴⁰⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 306 del 1993, cit.

⁴⁰⁷ Cfr. F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del “doppio binario”*, in V. GREVI, *L'ordinamento*, cit. 124.

⁴⁰⁸ Per un'interessante riflessione tra tale motivazione e la disciplina di cui all'articolo 384, comma 1, c.p. il quale prevede che non sia punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore, si rinvia a L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. Penit. e benefici*

è forzato a trattare con lo Stato⁴⁰⁹. Infine si deve riconoscere che sul sistema incombe il rischio, raro ma possibile, di un errore giudiziario, il quale finirebbe per “schiacciare il detenuto contro il muro di un vicolo cieco”⁴¹⁰. Interessante ragionare sulla portata che può avere, nel tema qui in esame, la già citata legge costituzionale n. 1 del 2007: tale novella normativa, con la quale è stata dichiarata l’inammissibilità assoluta della pena di morte, ha espresso un chiaro “rifiuto di trattamenti penali irreversibili”⁴¹¹: l’ordinamento si è dimostrato cioè consapevole di non essere immune all’eventualità, odiosa, di un errore giudiziario, la quale impone di respingere l’idea che qualcuno possa essere punito irrimediabilmente⁴¹².

Secondo la dottrina il problema è essenzialmente *di limiti*: difatti, come si è detto, risulta di per sé comprensibile che il legislatore preveda di tener conto, in qualche misura, dell’eventuale collaborazione con la giustizia, la quale – non si ignora – rappresenta uno dei mezzi più efficaci per contrastare la criminalità organizzata; non si critica quindi la circostanza che la condotta *ex* articolo 58-ter possa essere rilevante prima o anche dopo l’emissione della sentenza di condanna, bensì si contesta che al giudice sia impedito di fare il giudice: gli sia cioè impedito di valutare se, pur in assenza di cooperazione, vi siano altri fattori che inducano a ritenere che vi sia stato un ravvedimento; sarebbe sufficiente, sotto questo punto di vista, rendere *relativa* l’attuale presunzione assoluta, tanto più che, si è detto, la persistenza del legame con il sodalizio malavitoso di appartenenza sarebbe

penitenziari: l’unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?, in www.antonioacasella.eu, 3 ss.

⁴⁰⁹ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 151-2 e, nello stesso senso, D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 5-6.

⁴¹⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra*, cit., in A. PUGIOTTO, F. CORLEONE, *Il delitto*, cit., 130, ove l’A. riporta la considerazione di C. Musumeci secondo il quale “Purtroppo se sei innocente è peggio per te”; nello stesso senso cfr. D. CHINNICI, *I “buchi*, cit., 6, secondo cui “In queste situazioni, l’innocenza [...] diventa [...] paradossalmente la colpa. Sul punto risuonano le riflessioni dipanate in F. COPPI, *La giustizia*, cit., 5, ove l’A. ragionando “non dal punto di vista religioso” sulla presenza del crocifisso nei tribunali ebbe a sostenere che “il Cristo nell’aula di giustizia ci stesce bene proprio perché esso è un simbolo che ci ricorda come anche un giusto possa essere condannato ad una pena, possa ricevere una condanna ingiusta, e crudele”.

⁴¹¹ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 71.

⁴¹² Sul punto, cfr. anche D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 8, ove l’A. afferma che l’ergastolo c.d. ostativo risulta una sanzione molto simile al Whole Life Imprisonment Without Parole dell’ordinamento statunitense, per il quale si rinvia a *supra*, Cap. II, § 4.2.

agilmente dimostrabile ad opera dell'autorità giurisdizionale in quanto connotato "da una inconfutabile evidenza"⁴¹³.

Infine, è bene evidenziare che le criticità costituzionali sin qui profilate sono rese di maggior urgenza dal fatto che la variante sanzionatoria qui in esame, la quale risulta connotata da una funzione marcatamente neutralizzatrice, costituisce la via prodromica al regime del c.d. carcere duro di cui all'articolo 41-*bis* ord. pen. il quale concretizza il già menzionato fenomeno di triplice schiacciamento col quale si descrivo la situazione di chi sia stato condannato alla pena perpetua per un reato c.d. ostativo e si trovi sottoposto al regime più gravoso regolato dalla disposizione da ultimo citata⁴¹⁴.

⁴¹³ Cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis*, cit., 14, e, nello stesso senso, D. GALLIANI, *Una questione*, cit., 13.

⁴¹⁴ Cfr. C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 65-6 e 100, nt. 101.

CONCLUSIONI

Nel corso dell'indagine che volge ora al termine si è tentato di analizzare nel dettaglio la pena dell'ergastolo per vagliare se essa sia conforme a Costituzione; nel fare ciò abbiamo cercato di respingere la tentazione di accomodarci su facili pigrizie intellettuali, preferendo invece nutrire il dubbio, anche se scomodo. Abbiamo cercato di apportare un piccolo contributo al dibattito nel quale si sono già spesi, indicandone la via, dei grandi Maestri del diritto. In un contesto nel quale troppo spesso si vorrebbe ignorare il passato per consegnare alla società un futuro senza radici, abbiamo scelto di guardare all'Assemblea Costituente per immaginare un nuovo approccio alla pena (perpetua); in uno scenario nel quale troppo spesso si oscilla tra vilipendio del proprio Paese ed aprioristico campanilismo, abbiamo deciso di guardare all'Europa per immaginare una nuova Italia e di guardare all'Italia per immaginare una nuova Europa.

Nell'intraprendere questo lavoro abbiamo raccolto la provocazione secondo la quale “da tempo l'ordinamento giuridico ha rinunciato a ripensare al motivo per cui la persona è dietro alle sbarre, perché sarebbe una riflessione fortemente imbarazzante per il potere statale: giustificare la privazione della libertà personale in una società che fa della libertà personale il suo presupposto, infatti, è impresa ardua”¹; ci siamo confrontati – e, talvolta, scontrati – con questo pungolo del pensiero; abbiamo cercato di comprendere le ragioni delle vittime dei reati e dei soggetti che se ne sono macchiati; non sono certo mancati, durante l'analisi del tema, i momenti di ‘fastidio interiore’ derivanti dalla necessità di misurarsi, anche nella concretezza delle emozioni, con l'impalpabilità delle speculazioni elaborate; si è cercato di non dimenticare mai il dolore di chi ha subito crimini strazianti, ma ci si è rifiutati di arrendersi alla vendetta. Nel *mare magnum* della questione affrontata, ci siamo orientati puntando al faro della dignità, la quale è “la cifra che rende l'uomo migliore”². Abbiamo indagato quale sia, nella dimensione interna ed in quella sovranazionale, lo scopo intrinseco della pena ed, alla luce degli orientamenti maturati in

¹ Cfr. R. BIN, *A proposito*, cit., in A. PUGIOTTO – F. CORLEONE, *Volte*, cit., 43.

² Questa è l'opinione di Giovanni Canzio, Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione, il quale dichiarò di aver “sempre creduto che la nostra vita è fatta di tanti errori, il mio faro è sempre stato uno: rispettare la dignità di chi si ha di fronte, la cifra che rende l'uomo migliore”; cfr. REDAZIONE RIETINVETRINA, *Al Presidente Corte Suprema di Cassazione, Giovanni Canzio, la cittadinanza benemerita*, in www.rietinvetrina.it.

sede dottrinale e giurisprudenziale, abbiamo dato conto di quelli che – a nostro avviso – sono gli aspetti di più problematica compatibilità con la Carta fondamentale.

Si tratta di un lavoro – forse inevitabilmente – incompleto poiché il tema in esame offre moltissimi spunti che meritano di essere indagati: nel corso della trattazione abbiamo cercato di esaminare quelli che ci sono sembrati di maggior interesse. Come ben dimostra l’impulso di riforma scaturito dagli Stati Generali sull’esecuzione penale e, nel momento in cui si scrive, non ancora approdato in un atto normativo definitivo³, vi è tuttora molto da approfondire relativamente alle possibili risposte dello Stato agli illeciti penali ed alla modulazione che le sanzioni debbono avere per essere efficaci, efficienti e, soprattutto, conformi alla lettera ed allo spirito della Costituzione. Crediamo che chi vorrà continuare a studiare l’argomento dovrà partire dall’idea secondo cui non è fuggendo dalle garanzie che si permette alla pena di raggiungere dei risultati conformi a quello che, nel corso della trattazione, si è indicato come il nuovo diritto costituzionale, per arrivare poi a riflettere sul fatto che, per come strutturata, “La prigione non migliora la gente”⁴: si dovrà, dunque, indagare a fondo il ruolo delle misure e dei programmi alternativi alla pena tradizionalmente intesa, per disegnare un sistema nel quale si assicuri la tutela dei diritti dell’uomo e si realizzi una soluzione più soddisfacente sia in termini di sicurezza sociale, e quindi di abbattimento della recidiva, sia in termini di sostenibilità, anche economica, di lungo periodo. Si ritiene infatti che “il carcere non deve essere luogo di sopraffazione o degradazione della personalità, ma [ove necessario] luogo in cui le persone, rispettate come tali, [...] sono messe in grado di cercare e di percorrere la via del loro riscatto e del loro reingresso nella comunità dei liberi”⁵. Bisogna, prima di tutto, crederci.

Condividiamo allora l’opinione secondo la quale “Caino va [...] punito, ma da uno Stato di diritto che rispetti la propria legalità costituzionale”⁶ e soprattutto che non dimentichi Abele: l’ordinamento è senza dubbio chiamato a reprimere le violazioni della legge, ma deve essere consapevole che l’applicazione della pretesa punitiva non è sufficiente a

³ Il riferimento è, precipuamente, al testo approvato nel Consiglio dei Ministri n. 74 del 16 marzo 2018; cfr. *supra*, Cap. I, § 4.1.

⁴ Questa l’opinione di O. Alnaes, direttore del carcere norvegese di Bastoey, come citata in C. SASSO, *Lavoro*, cit.

⁵ Questa l’opinione di V. Onida, citata in M. RUOTOLO, *Il rischio*, cit., 2.

⁶ Cfr. C. MUSUMECCI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani*, cit., 70

soddisfare l'esigenza di giustizia (*giustizia*, sia chiaro, non vendetta): quand'anche infatti non vi fosse nessun Caino da punire – perché, in ipotesi, ignoto o deceduto – non viene meno il bisogno, di Abele e della società tutta, di avere *giustizia*⁷.

Risulta invero evidente che vi è ancora molto da riflettere, molto da pensare, molto da studiare, molto da ideare e molto da realizzare: “Può darsi [dunque] che domani spunti l'alba dell'ultimo giorno: allora, non prima, noi interromperemo volentieri il lavoro per un futuro migliore”⁸.

⁷ Cfr. C. MAZZUCATO, *Restorative*, cit., secondo la quale nel sistema attuale “per fare giustizia occorre applicare una pena e se non c'è qualcuno da punire sembra che non ci sia giustizia da fare”.

⁸ Cfr. D. BONHOEFFER, *Resistenza e resa*, Cinisello Balsamo, 1989, 72, oppure anche, in lingua originale, in www.dietrich-bonhoeffer.net.

APPENDICE

Tabella 1 - Detenuti presenti condannati (con almeno una condanna definitiva) per pena inflitta, situazione alla data del 31 dicembre 2017

Regione di detenzione	da 0 a 1 anno	da 1 a 2 anni	da 2 a 3 anni	da 3 a 5 anni	da 5 a 10 anni	da 10 a 20 anni	oltre 20 anni	Erga_ stolo	Totale
Abruzzo	28	61	91	186	324	304	173	203	1.370
Basilicata	8	33	30	62	86	71	13	11	314
Calabria	38	82	128	298	407	309	108	63	1.433
Campania	140	236	370	985	1.371	726	129	56	4.013
Emilia Romagna	105	213	245	503	552	333	148	143	2.242
Friuli Venezia Giulia	42	54	67	86	68	40	12	14	383
Lazio	199	376	509	1.004	989	573	169	109	3.928
Liguria	79	84	120	249	253	122	25	6	938
Lombardia	287	450	568	1.359	1.430	960	328	288	5.670
Marche	47	67	92	126	142	81	58	47	660
Molise	15	33	28	61	84	75	25	11	332
Piemonte	221	324	357	580	645	526	190	138	2.981
Puglia	82	188	241	466	559	347	76	36	1.995
Sardegna	65	158	174	411	434	323	182	191	1.938
Sicilia	180	295	413	875	1.169	621	143	71	3.767
Toscana	104	184	221	397	451	579	253	162	2.351
Trentino Alto Adige	19	58	56	98	46	7	2	0	286
Umbria	28	55	74	159	240	311	135	109	1.111
Valle d'Aosta	32	33	25	29	25	7	4	5	160
Veneto	119	209	193	362	329	213	82	72	1.579
<i>Totale Detenuti</i>	<i>1.838</i>	<i>3.193</i>	<i>4.002</i>	<i>8.296</i>	<i>9.604</i>	<i>6.528</i>	<i>2.255</i>	<i>1.735</i>	<i>37.451</i>

Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato - Sezione Statistica; tabella disponibile in www.giustizia.it.

Tabella 2 - Detenuti ergastolani presenti negli istituti penitenziari italiani, situazione alla data del 15 marzo 2016

Regione di detenzione	ergastolani con ascritti reati di cui all'art. 4- <i>bis</i> , comma 1, ord. pen.	altri detenuti ergastolani	totale detenuti ergastolani presenti
ABRUZZO	187	10	197
BASILICATA	7	3	10
CALABRIA	47	8	55
CAMPANIA	39	9	48
EMILIA ROMAGNA	111	32	143
FRIULI VENEZIA GIULIA	16	0	16
LAZIO	61	47	108
LIGURIA	1	3	4
LOMBARDIA	180	74	254
MARCHE	41	8	49
MOLISE	6	4	10
PIEMONTE	97	32	129
PUGLIA	12	18	30
SARDEGNA	142	36	178
SICILIA	23	34	57
TOSCANA	98	70	168
UMBRIA	91	15	106
VALLE D'AOSTA	6	2	8
VENETO	33	44	77
Totale	1198	449	1.647

Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio del Capo del Dipartimento - Sezione Statistica; tabella disponibile in M. PISANI, *La pena*, cit., 628-9.

BIBLIOGRAFIA

Letteratura

AA.VV., *Speciale Riforma della giustizia penale*, in www.ilpenalista.it

ACAT ITALIA, *Convenzione dell'ONU contro la tortura*, in www.acatitalia.it

A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cassazione Penale*, 1/1994, 861 ss.

A. ALESSANDRI, O. DOMINIONI, G. FIANDACA, F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 27-28: Rapporti civili in Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna - Roma, 1991

D. ALIPRANDI, *Prove d'intesa Lega M5s: stop alla riforma del carcere*, in *Il Dubbio*, 11 aprile 2018, 1+12

G. ALTAVISTA, *L'isolamento diurno e la sua applicazione nel codice penale e nel regolamento penitenziario*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1952, 89 ss.

L. ARATA, *La mission del mio lavoro è quella di dare speranza anche a chi non ce l'ha*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 1/2017, 7-9

ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Discussione nella seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947*, in legislature.camera.it

ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Discussione nella seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947*, in www.legislature.camera.it

V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1981

G. BARBACETTO, *Carceri, più pene alternative. Ma il decreto va alle Camere*, in *Il Fatto Quotidiano*, 17 marzo 2018, 6

R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2016, 4-16

J. BENKO, *The Radical Humaneness of Norway's Halden Prison*, in www.nytimes.com

J.M. BERGOGLIO (Papa Francesco), *Discorso del Santo Padre Francesco alla Delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, in w2.vatican.va

P. BERNARDONI, *Ancora in tema di ergastolo e art. 3 CEDU: la Corte di Strasburgo pone un limite al margine di apprezzamento degli Stati?*, in www.penalecontemporaneo.it

G. BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1956, 555 ss.

M. BIANCHI, *Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, in *Cassazione Penale*, 10/2015, 3822-3838

- R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2011
- R. BIN, *Una fake-news che gira indisturbata [sic!]: se, sciolte le Camere, Gentiloni non si dimette, resta nella “pienezza dei poteri”*, in www.lacostituzione.info
- M. BOCCHI, *I casi Hutchinson e Paradiso Campanelli: la Grande camera riscrive il diritto della Convenzione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2017
- D. BONHOEFFER, *Resistenza e resa*, Cinisello Balsamo, 1989
- M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti. La CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti*, in *Questione Giustizia*, 5/2009, 111 ss.
- L. BRESCI, *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, in www.altrodiritto.unifi.it
- F. BRIOSCHI, *Le risorse destinate al reinserimento nella società del condannato*, in www.antigone.it
- C.S.M, Nona Commissione, *Risoluzione sugli stati generali dell'esecuzione penale (delibera del 6 aprile 2016)*, in www.csm.it
- R. CABRI, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Rivista penale*, 1990
- M. CAGOSSI, *Isolamento notturno per i condannati all'ergastolo: per la Cassazione non è più previsto*, in www.penalecontemporaneo.it
- P. CALAMANDREI (a cura di), *Bisogna aver visto*, in *Il Ponte: rivista mensile diretta da Piero Calamandrei*, 3/1949, 225-27
- P. CALAMANDREI, *Sulla nozione di “manifesta infondatezza”*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2/1956, 164 ss.
- CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto stenografico dell'Assemblea. Seduta n. 4 di martedì 10 aprile 2018*, in www.camera.it
- A. CAMUS – A. KOESTLER, *La pena di morte*, trad. it., Roma, 1972
- A. CAMUS, *Riflessioni sulla pena di morte*, trad. it, Milano, 2006
- G. CAPUTO, *Report viaggio studio in Norvegia 9-12 novembre 2015 per il Tavolo 8 SGEP*, in www.giustizia.it
- L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, 3° ed. aggiornata ed ampliata Assago, 2011
- F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1/1956, 1 ss.
- M. CARUSO, *Il contratto in generale nell'attività negoziale*, ed. dig. *Singulab Italia*, 2013
- R. CASIRAGHI – S. ZIRULLA, *Monitoraggio CORTE EDU marzo 2014*, in www.penalecontemporaneo.it
- D. CHINNICI, *I “buchi neri” nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni*

- detentive disumane*, in www.archiviopenale.it, *Archivio Penale*, 1/2015
- A. CICCONE, *La strage, il massimo della pena e la Norvegia, una civiltà dell'altro mondo*, in www.valigiablu.it
- S.M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Vol. I*, Roma, 1970 – 1971
- G. COCCO – E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI, *I reati contro i beni pubblici*, 2° ed., Padova, 2013
- G. COLOMBO, *Stati generali dell'esecuzione penale. Viaggio in Norvegia 9-12 novembre 2011 [sic!]. Aspetti rilevanti per il Tavolo 12 e alcune osservazioni generali*, in www.giustizia.it
- G. COLOMBO, *Il perdono responsabile*, Milano, 2011
- G. COLOMBO, *Giustizia vuol dire in primo luogo riconoscere la dignità di qualunque persona*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 1/2017, 42-4
- COMMISSIONE PALAZZO, *Relazione allegata allo 'Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale'*, in www.penalecontemporaneo.it
- COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, ADUNANZA PLENARIA, *Resoconto sommario della seduta di sabato 25 gennaio 1947 (ant.)*, in legislature.camera.it
- COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, PRIMA SOTTOCOMMISSIONE (diritti e doveri dei cittadini), *Resoconto sommario della seduta di martedì 10 dicembre 1946*, in legislature.camera.it
- COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, PRIMA SOTTOCOMMISSIONE (diritti e doveri dei cittadini), *Resoconto sommario della seduta di giovedì 19 settembre 1946*, in legislature.camera.it
- A. CONCAS, *Le misure detentive alla detenzione, caratteristiche e disciplina giuridica*, in www.diritto.it
- G. CONSO – G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale, Appendice 2016*, Padova, 2016
- F. COPPI, *La giustizia è uguale per tutti, ma...*, in *30giorni*, 9/2003 (Supplemento)
- F. COSTA, *Il modello norvegese*, in www.francescocosta.net
- L. COTZA, *La prigione più umana del mondo*, in www.tpi.it
- CPT, *Rapport au Gouvernement de l'Italie relatif à la visite effectuée en Italie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 21 novembre au 3 décembre 2004*, in rm.coe.int
- A. CRESPI – G. FORTI – G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2014
- V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990
- F. D'ANIELLO, *La dignità umana e gli spazi della detenzione La sentenza 1 BvR 409/09 - 22/02/2011 del Tribunale costituzionale federale tedesco* in www.altrodiritto.unifi.it

- A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012
- A. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese* (Allegato 3 per il Tavolo 14 - SGEP), in www.giustizia.it
- T. DOBZHANSKY, *Diversità genetica e uguaglianza umana*, trad. it., Torino, 1975
- E. DOLCINI – G. MARINUCCI, (a cura di), *Codice penale commentato*, 4° ed., Assago, 2011
- L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. Penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in www.antonioacasella.eu
- V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, (a cura di), *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1948
- M. FANTUZZI, *I diritti dei detenuti in Italia: Verso un'esecuzione della pena costituzionalmente orientata*, in www.ristretti.it
- E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980
- E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015
- L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 79–87
- F. FERRAÙ, *L'ex pm/ Gherardo Colombo: a chi fa il male si può rispondere solo col bene*, in www.ilsussidiario.net
- G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, 4°, Bologna, 2006
- G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 5° ed. rist, Bologna, 2008
- G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, 6°, Bologna, 2009
- G. FIANDACA, *Carceri, passato il voto la riforma va recuperata*, in *Il mattino*, 13 marzo 2018, 1+46
- S. FILIPPI, *Il “diritto alla speranza” è l'ultimo a morire? L'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nella giurisprudenza della Grande Chambre, da Vinter and others v. United Kingdom a Hutchinson v. United Kingdom*, in www.diritticomparati.it
- A. FIORELLO, *Halden, un'altra idea del carcere*, in www.ilpost.it
- F. FIORENTIN, *La conclusione degli “Stati Generali” per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it
- G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale* in *Diritto e Società*, 1/2012, 187–201
- G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2015
- G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2014, 1 ss.

- M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, trad. it., Torino, 2012
- P. FRANCESCHETTI, *Le circostanze del reato*, in www.altalex.com
- S. FUNGARDI, *'Fine pena mai': il c.d. ergastolo ostativo tra diritto interno e giurisprudenza della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it
- A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016
- D. GALLIANI, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, in www.penalecontemporaneo.it
- D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in www.costituzionalismo.it, *Costituzionalismo.it*, 3/2013
- D. GALLIANI, *Murray c. Paesi bassi: progressi in materia di pena perpetua*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/2016, 603 ss.
- D. GALLIANI, *Una pena clemente. Qualche riflessione in materia di umanità penitenziaria*, in www.questionegiustizia.it
- D. GALLIANI, *Una questione di limiti. A proposito di «Fine pena: ora» di Elvio Fassone*, in www.penalecontemporaneo.it
- D. GALLIANI, *Riflessioni costituzionalistiche sull'ergastolo entro le maglie dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2015
- D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in *Studium Iuris*, 9/2017, 969–80
- D. GALLIANI, *Ultime da Strasburgo*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 1/2017, 14–5
- E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo: Aspetti costituzionali* in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 65–77
- E. GALLO, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1994
- G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli opg e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive*, in www.penalecontemporaneo.it
- G. GEMMA, *Pena dell'ergastolo per i minori: davvero incostituzionale?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994
- J.H. GERARDS – E. BREMS, *Shaping rights in the ECHR. The role of the European court of human rights in determining the scope of human rights*, Cambridge, 2015
- G. GIOSTRA, *Le carceri, la Costituzione e la dignità*, in *Il Sole 24 ore*, 23 marzo 2018, 8
- G. GIOSTRA, *Il carcere non può essere una pena*, in *La Lettura del Corriere della Sera*, 5 luglio 2015, 4

- G. GIOSTRA, *Che fine hanno fatto gli Stati Generali?*, in www.penalecontemporaneo.it
- C. GIUSTI, *La pena di morte nel diritto internazionale*.in win.agliincrociadeventi.it
- L. GOISIS, *La revisione dell'articolo 27, comma 4 della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4/2008, 1655-1693
- V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994
- U. GROZIO, *Prolegomeni al diritto della pace e della guerra*. (a cura di G. Fassò e C. Faralli), Napoli, 1979
- L. GULLO, *Il problema dell'ergastolo è sempre attuale*, in *Democrazia e Diritto*, 2/1960
- P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, trad. it., Roma, 2001
- P. ICHINO, *Gli elettori, l'articolo 27 e la giustizia "ago e filo"*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 1/2017, 35-8
- ISTAT, *I detenuti nelle carceri italiane*, in www.istat.it
- R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, 3° ed., Milano, 2017
- I.L. LA ROCCA, *Per cambiare i detenuti dovremmo prima cambiare le carceri*, su www.thevision.com
- G. LATTANZI, *Codice penale: annotato con la giurisprudenza*, 4° ed., Milano, 2008
- A. LAUDATI, *L'efficacia del sistema penitenziario norvegese. Un ottimo esempio per l'Italia e non solo*, in www.serviziocivilemagazine.it
- F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2/2007, 7-26
- L'OSSERVATORIO CARCERE UCPI, *Verso il nuovo modello di esecuzione penale voluto dal Ministro Orlando?*, in www.camerepenali.it
- G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 12° ed., Torino, 2017
- G. M. FLICK, *La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine*, in www.federalismi.it, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 22/2010
- L. MANCONI – S. ANASTASIA – V. CALDERONE – F. RESTA, *Abolire il carcere*, Milano, 2015
- A. MANZONI, *Gl'inni sacri e Il cinque maggio* (a cura di L. Venturi), Firenze, 1877
- A. MARCHESELLI – F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in www.diritto.it
- A. MATTEI, *La detenzione domiciliare speciale ai sensi della legge 8 marzo 2001, n. 40*, in www.ristretti.it
- S. MELLINA, *Problemi antropologici posti dalle lunghe detenzioni. Psicopatologia della cultura della custodia*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 89-93

- MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Misure alternative o di comunità*, in www.giustizia.it
- G. MORBIDELLI, *Diritto pubblico comparato*, 5° ed., Torino, 2016
- AGN. MORO., *Bisogna sapere che le persone possono cambiare*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 1/2017, 2
- C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016
- G. NAPOLITANO, *Messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano*, in presidenti.quirinale.it
- G. NEGRI, *Via libera sulle carceri, la Lega attacca*, in *Il Sole 24 ore*, 17 marzo 2018, 1+10
- I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2014
- F. NIETZSCHE, *Ecce homo*, 1° ed. dig., Milano, 2016
- OFFICIAL WEBSITE OF THE EUROPEAN UNION, *EU by topic - Foreign & Security Policy* in europa.eu
- L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in www.costituzionalismo.it, *Costituzionalismo.it*, 2/2015
- T. PADOVANI, *L. 13 ottobre 1994, n. 589 - Abolizione della pena di morte nel codice penale militare di guerra*, in *La Legislazione penale* 3/1995, 369 ss.
- L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale del prof. Livio Paladin (a cura di B. Barel – N. Cospite – M. Marpillero)*, Padova, 1974
- F. PALAZZO, *Corso di diritto penale: Parte generale*, 6° ed., Torino, 2016
- C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- A. PAPISCA, *La Dichiarazione Universale dei diritti umani commentata dal Prof. Antonio Papisca*, in www.unipd-centrodirittiumani.it
- E. PARASILITI, *Ti chiamo per nome: storie di riconciliazioni possibili*, Milano, 2013
- M. PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Vol. I, Torino, 2002
- R. PEROTTI, *La liberazione condizionale*, in www.altrodiritto.unifi.it
- P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment and the European right to hope*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2015
- M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2/2016, 575-629
- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 74 del 16 Marzo 2018*, in www.governo.it

A. PUGIOTTO – F. CORLEONE (a cura di), *Volti e maschere della pena: Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013

A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie tra ergastolo e pene temporanee: il rebus dei rimedi ex art. 35-ter o.p. per inumana detenzione*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2016

A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2013

A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.rivistaaic.it, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2014

A. PUGIOTTO, F. CORLEONE (a cura di), *Il delitto della pena: Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012

A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in www.penalecontemporaneo.it

REDAZIONE ANTIGONE, *Riforma ordinamento penitenziario approvata dal CdM. Le nostre dichiarazioni*, in www.antigone.it

REDAZIONE RIETINVETRINA, *Al Presidente Corte Suprema di Cassazione, Giovanni Canzio, la cittadinanza benemerita*, in www.rietinvetrina.it

REDAZIONE AMERICA24, *Obama vieta l'isolamento nelle carceri federali per i giovani*, in www.america24.com

REDAZIONE ALTALEX, *Codice penale e di procedura: la riforma Orlando*, in www.altalex.com

L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3/2015, 1238 ss.

R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Assago, 2012

M. RONCO (a cura di), *Persone e sanzioni: Presupposti soggettivi, previsione, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali*, Bologna, 2006

M. RONCO, *Appunti di diritto penale. Anno accademico 2012-2013*, Padova, 2012

M. RONCO, S. ARDIZZONE, B. ROMANO, *Codice penale commentato*, 3° ed., Torino, 2009

J. ROVNER, *Juvenile Life Without Parole: An Overview*, in www.sentencingproject.org

E.M. RUFFINI, *Uguali per Costituzione. 3. L'eguaglianza dei detenuti*, in ruffini.blogautore.espresso.repubblica.it

A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai 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 www.giurcost.org

M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena: Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014

M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002

- M. RUOTOLO, *Il rischio che la pena si trasformi in delitto*, in www.ristretti.it/giornale, *Ristretti orizzonti*, 3/2015, 6-9
- M. RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995
- M. RUOTOLO, *Rileggendo Beccaria, oggi. Brevi riflessioni sui limiti del potere punitivo*, in A. RUGGERI, *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Vol. I, Torino, 2016
- M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione*, in www.unipd.it
- M. SARTI, *Anders, il killer norvegese, farà al massimo 21 anni di carcere*, in www.linkiesta.it
- C. SASSO, *Lavoro, villetta e aria aperta: ecco il carcere alla norvegese*, in www.repubblica.it
- W.A. SCHABAS, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 2° ed., Cambridge, 1997
- SGEP - Tavolo 14, *Relazione di accompagnamento*, in www.giustizia.it
- SGEP, *Documento finale*, in www.giustizia.it
- G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in www.cortecostituzionale.it, 2014
- F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5/2014, 3940 ss.
- F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Padova, 2009
- N. TOMMASEO, *Della pena di morte. Discorsi due*, Firenze, 1865
- M. TORCHIO, *Cattivi*, Torino, 2015
- A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 40° I ed., Padova, 2004
- P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2015
- UFFICIO DEI TRATTATI COE, *Stato delle firme e ratifiche di trattato 114: Protocollo n° 6 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali sull'abolizione delle pena di morte*, in www.coe.int
- UFFICIO DEI TRATTATI COE, *Stato delle firme e ratifiche di trattato 187: Protocollo n° 13 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali relativo all'abolizione delle pena di morte in ogni circostanza*, in www.coe.int
- UFFICIO DELLE PUBBLICAZIONI PER L'UNIONE EUROPEA, *Orientamenti dell'UE in materia di pena di morte*, in eur-lex.europa.eu
- D. VAN ZYL SMIT, C. APPLETON (a cura di), *Life imprisonment and Human Rights*, 1° ed. dig Bloomsbury, 2016
- F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it
- F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista*

Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1/2007, 42-99

U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma – Bari, 2009

D. VON ENGELHARDT, *Allocazione delle risorse nel settore sanitario. Principi e valori di bioetica*, in www.provincia.bz.it

R. ZUNINO, *L'art. 41-bis ord. penit.: il regime di "carcere duro" in equilibrio tra istanze securitarie e tutela delle garanzie costituzionali*, in www.giurisprudenzapenale.com

Videografia

D. TOGNOCCHI (regia di), *Restorative Justice. Viaggio alla scoperta della giustizia riparativa*, in www.professionegiustizia.it

C. MAZZUCATO, *Restorative Justice*, in www.tedxmilanowomen.it

Sitografia

caselaw.findlaw.com	www.camerepenali.it
graphics8.nytimes.com	www.coe.int
presidenti.quirinale.it	www.cortecostituzionale.it
rm.coe.int	www.costituzionalismo.it
w2.vatican.va	www.criminologi.com
win.agliincrocideiventit.it	www.csm.it
www.supreme.justia.com	www.diritticomparati.it
www.31mag.nl	www.diritto.it
www.acatitalia.it	www.ec.europa.eu
www.altalex.com	www.echr.coe.int
www.altrodiritto.unifi.it	www.edizionieuropee.it
www.america24.com	www.eur-lex.europa.eu
www.antigone.it	www.europa.eu
www.antonioacasella.eu	www.federalismi.it
www.archiviopenale.it	www.francescocosta.net
www.art3.it	www.gazzettaufficiale.it
www.bundesverfassungsgericht.de	www.giurcost.org

www.giurisprudenzapenale.com www.provincia.bz.it
www.giustizia.it www.questionegiustizia.it.
www.governo.it www.quirinale.it
www.hudoc.echr.coe.int www.repubblica.it
www.ilpenalista.it www.rietinvetrina.it
www.ilpost.it www.ristretti.it
www.ilsussidiario.net www.rivistaaic.it
www.istat.it www.ruffini.blogautore.espresso.repubblica.it
www.iusexplorer.it www.senato.it
www.lacostituzione.info www.sentencingproject.org
www.legislation.gov.uk www.serviziocivilemagazine.it
www.legislature.camera.it www.tedxmilanowomen.it
www.linkiesta.it www.thevision.com
www.menschenrechte.ac.at www.tpi.it
www.murphylawoffice.org www.un.org
www.nytimes.com www.unipd.it
www.penalecontemporaneo.it www.unipd-centrodirittiumani.it
www.professionegiustizia.it www.valigiablu.it

Pronunce della Corte costituzionale (tutte disponibili in www.giurcost.org)

Corte costituzionale, sent. n. 67 del 8 - 15 maggio 1963

Corte costituzionale, sent. n. 115 del 16 - 22 dicembre 1964

Corte costituzionale, sent. n. 12 del 4 - 12 febbraio 1966

Corte costituzionale, sent. n. 124 del 22 giugno - 6 luglio 1972

Corte costituzionale, sent. n. 264 del 21 - 22 novembre 1974

Corte costituzionale, sent. n. 204 del 27 giugno - 4 luglio 1974

Corte costituzionale, sent. n. 88 del 6 - 14 aprile 1976

Corte costituzionale, sent. n. 50 del 2 - 14 aprile 1980

Corte costituzionale, sent. n. 23 del 9 - 11 febbraio 1981

Corte costituzionale, sent. n. 274 del 21 - 27 settembre 1983

Corte costituzionale, sent. n. 342 del 14 dicembre 1983

Corte costituzionale, sent. n. 364 del 23 - 24 marzo 1988

Corte costituzionale, sent. n. 1085 del 26 ottobre - 3 novembre 1988

Corte costituzionale, sent. n. 282 del 17 - 25 maggio 1989

Corte costituzionale, sent. n. 313 del 26 giugno - 2 luglio 1990

Corte costituzionale, sent. n. 176 del 22 - 23 aprile 1991

Corte costituzionale, sent. n. 306 dell'11 giugno - 7 luglio 1993

Corte costituzionale, sent. n. 349 del 24 giugno - 28 luglio 1993

Corte costituzionale, sent. n. 445 del 2 - 16 dicembre 1993

Corte costituzionale, sent. n. 168 del 27 - 28 aprile 1994

Corte costituzionale, sent. n. 70 del 21 febbraio - 3 marzo 1994

Corte costituzionale, sent. n. 357 del 19 - 27 luglio 1994

Corte costituzionale, sent. n. 68 del 22 febbraio - 1 marzo 1995

Corte costituzionale, ord. n. 337 del 12 - 20 luglio 1995

Corte costituzionale, sent. n. 438 del 18 ottobre 1995

Corte costituzionale, sent. n. 439 del 18 ottobre 1995

Corte costituzionale, sent. n. 504 dell'11 - 14 dicembre 1995

Corte costituzionale, sent. n. 223 del 25 - 27 giugno 1996

Corte costituzionale, sent. n. 212 del 17 giugno - 3 luglio 1997

Corte costituzionale, sent. n. 26 del 8 - 11 febbraio 1999

Corte costituzionale, sent. n. 137 del 14 - 22 aprile 1999

Corte costituzionale., sent. n. 135 del 9 - 24 aprile 2003

Corte costituzionale, sent. n. 341 del 23 - 27 ottobre 2006

Corte costituzionale, sent. n. 255 del 21 giugno - 4 luglio 2006

Corte costituzionale, sent. n. 264 del 8 - 23 ottobre 2009

Corte costituzionale, sent. n. 135 del 3 - 7 giugno 2013

Corte costituzionale, sent. n. 143 del 17 - 20 giugno 2013

Corte costituzionale, sent. n. 210 del 3 - 18 luglio 2013

Corte costituzionale, sent. n. 279 del 9 ottobre - 22 novembre 2013

Corte costituzionale, sent. n. 239 del 22 ottobre 2014

Corte costituzionale, sent. n. 204 del 14 giugno - 21 luglio 2016

Pronunce della Corte di Cassazione

Cass. Pen., SS.UU., ord. 16 giugno 1956, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1956, 485 ss.

Cass. Pen., Sez. Prima, sent. n. 2116 del 21 marzo - 10 maggio 2000, in www.iusexplorer.it (*De Jure*)

Cass. Pen., Sez. Prima, sent. n. 2128 del 22 marzo - 16 giugno 2000, in www.iusexplorer.it (*De Jure*)

Cass. Pen., Sez. Prima, sent. n. 22072 del 25 febbraio - 1 giugno 2011, in www.iusexplorer.it (*De Jure*)

Cass. Pen., Sez. Prima, sent. n. 33018 del 29 marzo - 22 agosto 2012, in www.iusexplorer.it (*De Jure*)

Pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (tutte disponibili in www.hudoc.echr.coe.int)

Corte EDU, Grande Camera, sent. *Kafkaris c. Cipro* del 12 febbraio 2008

Corte EDU, Sezione Seconda, sent. *Scoppola c. Italia* del 26 gennaio 2009

Corte EDU, Sezione Seconda, sent. *Sulejmanovic c. Italia* del 16 luglio 2009

Corte EDU, Grande Camera, sent. *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009

Corte EDU, Sezione Quarta, sent. *Harkins e Edwards c. Regno Unito* del 17 gennaio 2012

Corte EDU, Sezione Quarta, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 17 gennaio 2012

Corte EDU, Sezione Seconda, sent. *Torreggiani c. Italia* dell'8 gennaio 2013

Corte EDU, Grande Camera, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito* del 9 luglio 2013

Corte EDU, Sezione Seconda, sent. *Öcalan c. Turchia (n. 2)* del 18 marzo 2014

Corte EDU, Sezione Seconda, sent. *Laszlo Magyar vs. Ungheria* del 20 maggio 2014

Corte EDU, Quarta Sezione, sent. *Harachiev e Tomulov c. Bulgaria* dell'8 luglio 2014

Corte EDU, Grande Camera, sent. *Hutchinson c. Regno Unito* del 17 gennaio 2017

Pronunce della Corte Costituzionale Federale Tedesca

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, sent. n. 1 BvR 409/09 del 22 febbraio 2011, in www.bundesverfassungsgericht.de (trad. it. in www.altrodiritto.unifi.it)

Pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America – Supreme Court of the United States

SCOTUS, sent. *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), in www.supreme.justia.com (disponibile, tradotta, in www.giurcost.org)

SCOTUS, sent. *Thompson vs. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988), in www.supreme.justia.com

SCOTUS, sent. *Atkins vs. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), in www.supreme.justia.com

SCOTUS, sent. *Roper vs. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), in www.supreme.justia.com

SCOTUS, sent. *Kennedy vs. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008), in www.supreme.justia.com

SCOTUS, sent. *Graham vs. Florida*, 560 U.S. 48 (2010), in www.supreme.justia.com

SCOTUS, sent. *Miller vs. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012), in www.supreme.justia.com

SCOTUS, sent. *Glossip vs. Gross*, 576 U.S. (2015), in www.supreme.justia.com

Pronunce della Corte Distrettuale degli Stati Uniti d'America per il Distretto Centrale della California

U.S. District Court for the Central District of California, sent. *Jones vs. Chappell*, cv 09-02158-cjc (2014), in graphics8.nytimes.com

Pronunce della Corte Suprema dello Stato della Florida

Supreme Court of the State of Florida, sent. *Horsley Jr. v. State of Florida*, 5D12-138 (2013), in caselaw.findlaw.com

RINGRAZIAMENTI

Giunti al termine di questo lavoro, reputo giusto provare ad ‘unire i puntini’ di quanto sinora fatto, nel tentativo di scorgere una continuità nel percorso della quale, probabilmente, non ero neppure consapevole.

La questione inerente lo scopo della pena e la sua capacità di portare giustizia mi è stata posta, forse per sbaglio, tra le montagne della Val Gardena nell’estate del 2013: da allora, alimentato dall’inquietudine di voler comprendere, ho iniziato a riflettere sul tema, interrogando – e tal volta esasperando – me stesso e gli altri.

Ho avuto la fortuna di incontrare molte persone disposte a perdersi con me nelle domande, di difficile risposta, che l’argomento suscita; ho avuto l’opportunità di indagare da una prospettiva ravvicinata le criticità e le soluzioni adottate al riguardo dagli ordinamenti norvegese e statunitense: di tutto questo non posso che essere, sinceramente, grato.

Desidero inoltre rivolgere un sentito ringraziamento:

al Professor Sandro De Nardi, relatore di questa tesi di laurea, per avermi insegnato che, nella bilancia della Giustizia, una rosa può pesare più di un codice;

a tutti i Docenti che, con competenza e passione, hanno piantato con fiducia i semi della cultura e della libertà di pensiero;

ad Alessandra, Gherardo e Silvano per avermi avvicinato al tema affrontato in questo lavoro;

ad Alberto, Direttore del Collegio Universitario Gregorianum, per le notti trascorse cercando di impaginare al meglio la tesi ed a tutti i Gregs per i bellissimi anni universitari trascorsi;

ai miei genitori perché “sii come una penna stilografica d’oro, ma semplice come una *bic*”;

a mio fratello per l’inconsapevole esempio;

agli Amici, quelli di sempre e quelli incontrati durante il cammino, per i passi fatti assieme, per aver condiviso dolori, gioie, paure e speranze, per i momenti seri e per quelli meno seri;

a Selva perché “al passato: grazie; al futuro: sì”.

Grazie a tutti!

Ma, alla fine, il grazie più grande va alla mia famiglia, costante sicura nell’imprevedibilità della vita, roccia fidata su cui costruire.

Gaudeamus igitur!