

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea magistrale in Giurisprudenza



**FINE PENA MAI: QUALI RICADUTE NELL'ORDINAMENTO
INTERNO DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA?**

Tesi di laurea di:
Sara PELICCI

Relatore: Prof. ssa **Barbara RANDAZZO**
Correlatore: Prof. **Francesco VIGANÒ**

Anno Accademico 2014-2015

Fine pena mai: quali ricadute nell'ordinamento interno della giurisprudenza europea?

Introduzione I

1. La pena dell'ergastolo come possibile “trattamento inumano e degradante”

1. Premessa	1
2. La portata dell'articolo 3 CEDU	2
3. L'applicabilità dell'articolo 3 CEDU all'ergastolo: limiti. Dal caso <i>Kafkaris</i> al caso <i>Vinter</i>	7
3.1. La necessità che la pena dell'ergastolo sia applicata ai soli maggiorenni: la “anomala” irrilevanza della giovane età	11
3.2. Il vaglio della proporzionalità della sanzione rispetto al reato commesso .	13
3.3. La previa ricostruzione del <i>consensus</i> europeo in materia di finalità della pena (l'utilizzazione degli altri trattati internazionali)	17
3.4. Segue: la previsione espressa della possibilità di riesame.....	24
3.5. Conoscibilità sin dal momento della condanna delle condizioni e dei termini di detto riesame	40
4. La responsabilità dello Stato parte nell'ipotesi di estradizione in un Paese non membro del Consiglio d'Europa	43
4.1. Estensione della giurisprudenza <i>Soering</i> : il caso <i>Harkins e Edwards</i> come <i>leading case</i>	46
5. L'indispensabile dialogo tra la Corte europea e i giudici interni: da <i>Vinter</i> a <i>Hutchinson</i>	49

6. Osservazioni conclusive	52
----------------------------------	----

2. Analogia dei criteri elaborati dalla Corte in riferimento all'ergastolo e la detenzione presso un ospedale psichiatrico

1. Premessa	54
2. L'applicabilità degli articoli 5 e 7 CEDU (anziché l'articolo 3)	56
2.1. L'articolo 5 come garanzia di una detenzione legittima	57
2.2. L'articolo 7 e il sistema del doppio binario	70
3. La necessità di un riesame periodico della detenzione sulla base di una nuova perizia medica	74
4. Osservazioni conclusive	76

3. La pena dell'ergastolo nell'ordinamento interno

SEZIONE I

L'evoluzione dell'istituto dell'ergastolo in Italia	78
1. Premessa storica	79
2. L'ergastolo prima dell'avvento della Costituzione	80
2.1. L'ergastolo nel codice Zanardelli	80
2.2. L'ergastolo nel codice Rocco	82
3. L'ergastolo dopo l'avvento della Costituzione	83
3.1. L'ergastolo nella Costituzione	84

3.2. I primi dubbi di costituzionalità: le Sezioni Unite negano la pretesa incostituzionalità dell'ergastolo	85
3.3. I primi passi di riforma: la legge 25 novembre 1962, n. 1634	86
3.4. Gli anni Settanta: i tentativi, falliti, di abolizione dell'ergastolo	88
3.5. Ancora dubbi di costituzionalità: la sentenza della Corte costituzionale 264 del 1974 e la teoria della polifunzionalità della pena	89
3.6. Osservazioni critiche	90
4. La riforma dell'ordinamento penitenziario: la legge 26 luglio 1975, n. 354	91
5. Gli anni Ottanta: ancora tentativi, falliti, di abolizione dell'ergastolo	94
6. La "seconda riforma" dell'ordinamento penitenziario e la piena attuazione del principio del finalismo rieducativo della pena: la legge 10 ottobre 1986, n. 663	95
7. La piena accettazione del principio del finalismo rieducativo della pena: la sentenza della Corte costituzionale 313 del 1990	97
8. Osservazioni critiche: quale compatibilità tra il fine pena mai e il finalismo rieducativo?	98
9. Gli anni Novanta: la legislazione dell'emergenza e il c.d. ergastolo ostativo ...	99
10. Gli istituti di clemenza	103
10.1. L'indulto	103
10.2. La grazia	104

SEZIONE II

La disciplina dell'ergastolo alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	105
---	-----

1. La disciplina giuridica dell'ergastolo comune	105
1.1. La non applicabilità dell'ergastolo ai minori di età	106
1.2. Il campo di applicazione	108
1.3. L'ergastolo con isolamento diurno	111
1.4. I benefici penitenziari applicabili	116
• La semilibertà	116
• La liberazione anticipata	118
• La liberazione condizionale	122
1.5. Il procedimento per la concessione dei benefici penitenziari	126
2. La disciplina giuridica dell'ergastolo ostativo	127
2.1. Il campo di applicazione	128
2.2. I benefici penitenziari applicabili	130
2.3. Il procedimento per la concessione dei benefici penitenziari	133
2.4. La collaborazione con la giustizia: requisito per la concessione dei benefici penitenziari	134
2.4.1. La collaborazione con la giustizia quale requisito per la concessione dei benefici penitenziari: gli interventi della Corte costituzionale ..	135
2.4.2. La collaborazione con la giustizia quale requisito per la concessione dei benefici penitenziari: cenni storici e cenni critici della legislazione premiale	137
2.4.3. La collaborazione con la giustizia quale requisito per la concessione dei benefici penitenziari: disciplina	139
2.4.4. La collaborazione con la giustizia quale requisito per la concessione dei benefici penitenziari: il regime giuridico dei collaboratori e la legge 13 febbraio 2001, n. 45	141
2.4.5. La collaborazione con la giustizia quale requisito per la concessione dei benefici penitenziari: criticità e ipotetico vaglio europeo	150
3. L'ergastolo ostativo e il regime di carcere duro	154
3.1. L'ergastolo ostativo e il regime di carcere duro: una compromissione delle possibilità di reinserimento?	161

4. L'ergastolo ostativo e la valutazione del giudice Cabral Barreto nell'opinione
dissenziente allegata aella sentenza *Kafkaris*: un'ipotesi di tortura? 167

4. Gli ospedali psichiatrici giudiziari e il c.d. ergastolo bianco

1. Premessa storica 169
2. Il sistema delle misure di sicurezza 172
- 2.1. La pericolosità sociale tra interventi giudiziari e legislativi: evoluzione . 174
- 2.2. Accertamento della pericolosità sociale: osservazioni critiche 178
3. Il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario: presupposti, campo di
applicazione e disciplina 180
- 3.1. La proroga del ricovero: il c.d. ergastolo bianco 182
- 3.2. Il ricovero come *extrema ratio*: la sentenza della Corte costituzionale 253
del 2003 183
4. Il monito del Consiglio d'Europa 185
5. Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: l'art. 3-ter del d.l. 22
dicembre 2011, n. 211 186
6. Le residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza 188
- 6.1. Le novità apportate dalla normativa 190
7. Gli aspetti problematici della disciplina italiana alla luce della giurisprudenza
della Corte europea dei diritti dell'uomo 193

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.

- Aa.Vv., *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, Milano, 1987.
- G. Abbadessa, *Tre sentenze sulla 'custodia di sicurezza' (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011.
- G. Abbadessa, *La Corte di Starsburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie convenzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011.
- P. Dell'Acqua e S. D'Autilia, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, in *Riv. It. Medicina legale*, 2013, fasc. 3.
- G. Alberti, *Chiusura degli OPG: si profila un'ennesima proroga del termine*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.
- L. D'Ambrosio, *Testimoni e collaboratori di giustizia*, CEDAM, Padova, 2002.
- S. Anastasia e F. Corleone (a cura di), *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Ediesse, Roma, 2009.
- S. Armellini e A. Di Giandomenico, *Ripensare la premialità. Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, Giappichelli, Torino, 2002.
- D. D'Auria, *Un primo passo verso la sanitarizzazione del trattamento sanzionatorio dei non imputabili in attesa di una riforma complessiva dell'imputabilità*, in *Cass. Pen.*, 2014, fasc. 2.
- F. Bailo, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Giuffrè, Milano, 2012.
- A. Balsamo, *La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"*, in *Cass. Pen.*, 2013, fasc. 12.
- S. Bartole e R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 2008.
- S. Bartole, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Assago, 2012.
- C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, (edizione a cura di) Alberto Burgio, Feltrinelli, Milano, 2007.

- L. Beduschi, *L'applicazione di misure di sicurezza detentive nei confronti di soggetti imputabili socialmente pericolosi costituisce una pena ai fini della Convenzione*. C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 17 dicembre 2009, pres. Lorenzen – M. c. Germania (Art. 5 comma 1; 7 comma 1 Conv. eur. dir. uomo), in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, fasc. 1.
- R. Bianchetti, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*. Tribunale di sorveglianza di Messina, ordinanza 16 luglio 2014, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.
- C. Bianco, *La privazione della libertà nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Pisa, Conferenza 29 febbraio 2008.
- L. Blasi, *Il 41bis è il carcere duro per i mafiosi. Sicurezza e garanzie, nodi da sciogliere. Regime di reclusione e mezzi di gravame: la giurisprudenza*, in *Dir. e Giust.*, 2006, n. 16.
- Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014.
- M. Bonini, *“The fundamental right to liberty in the near future”: “misure detentive di sicurezza” e “ricovero detentivo a fini terapeutici” fra CEDU, libertà individuale e sicurezza collettiva*, in *Rivista AIC*, 2014.
- R. Cabri, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Riv. Pen.*, 1990.
- Eva Cantarella, *I supplizi capitali. Origini e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Feltrinelli, Milano, 2005.
- F. Della Casa, *Basta con gli OPG! La rimozione di un “fossile vivente” quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013.
- N. Casotti, M. Mazzitelli e R. Pezzano (a cura di), *Codici Penali del Regno d'Italia*, Esselibri, Napoli, 1997.
- G. Cataldi, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, fasc. 1.
- R. Chenal, *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (parte I): quali limiti al controllo della Corte europea dei diritti umani?*, in *SIDIBlog*, 2013.
- R. Chenal, *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (parte II): la funzione della pena e il valore della dignità umana: l'ergastolo tra retribuzione e rieducazione*, in *SIDIBlog*, 2013.

- A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011.
- M. T. Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.
- M. T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, fasc. 3.
- M. T. Collica, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l’infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, fasc. 3.
- F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, Roma, 2012.
- F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Ediesse, Roma, 2013.
- P. Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, CEDAM, Milano, 2010.
- P. Corvi, *La Corte europea dei diritti dell’uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, n. 9.
- L. Cremonesi, *La Consulta “stoppa” la rieducazione. Impedito all’ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, in *Dir. e Giust.*, 2003, vol. II.
- C. Defilippi e D. Bosi, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Giuffrè, Milano, 2001.
- A. Esposito, *Condizioni della detenzione e trattamento del detenuto: la cultura della detenzione*, in *Documenti giustizia*, 2000, n. 1-2.
- A. Esposito, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell’uomo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, fasc. 1.
- L. Eusebi, *Ergastolano “non collaborante” ai sensi dell’art. 4-bis ord. penit. e benefici penitenziari: l’unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. Pen.*, 2012, fasc. 4.
- R. Facchin (a cura di), *L’interpretazione giudiziaria della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo*, CEDAM, Padova, 1988.
- D. Falcinelli, *L’umanesimo della pena dell’ergastolo. Ideologia e tecnica del diritto dell’uomo ad una pena proporzionalmente rieducativa*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 1.
- M. A. Farina Coscioni, *Matti in libertà. L’inganno della “legge Basaglia”*, Editori Internazionali Riuniti, Roma, 2011.

- E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- E. Fassone, *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della "pena costituzionale"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 2, 1984.
- F. Federici, *Il superamento degli O.P.G.: una riforma possibile?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.
- L. Ferrajoli, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, n. 2.
- L. Filippi e G. Spangher, *Manuale di diritto penitenziario. Annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2007.
- G. Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986, N. 663*, Giuffrè, Milano, 1987.
- G. Forti, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, vol. 7.
- M. Fumo, *Delazione collaborativa, "pentimento" e trattamento sanzionatorio. La nuova normativa sui collaboratori di giustizia: esegesi, spunti critici, riflessioni. Commento organico alla L. 13-2-2001, n. 45*, Edizioni giuridiche Simone, 2001, Salerno.
- A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto, M. Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Giappichelli, Torino, 2013.
- D. Galliani, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, fasc. 3.
- D. Galliani, *Il diritto di sperare. L'ergastolo nel contesto europeo* (traccia della Relazione al V° Congresso di NtC), in *nessunotocchicaino.it*.
- E. Gallo, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, n. 2.
- E. Gallo, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, vol. I.
- G. Galuppi, *Libero arbitrio, imputabilità, pericolosità sociale e trattamento penitenziario*, in *Dir. famiglia*, 2007, fasc. 1.
- 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: stabilito*

un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare), in Diritto penale contemporaneo, 2014.

G. Gemma, *Pena dell'ergastolo per i minori: davvero incostituzionale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, vol. I.

G. Di Gennaro, M. Bonomo e R. Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione. Commento alla legge 26 luglio 1975 n. 354 e successive modificazioni, con riferimento al regolamento di esecuzione e alla giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1987.

G. Giostra e G. Insolera, *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi. Atti della giornata di studio. Macerata, 13 maggio 1993*, Giuffrè, Milano, 1995.

G. La Greca, *L'applicazione "dell'art. 41-bis" sotto costante verifica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1997, n. 6.

V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 1984.

V. Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, CEDAM, Padova, 1994.

V. Grevi (a cura di), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Bari, 1993.

V. Grevi, *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1978.

C. F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini e P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2013.

A. Laudati, *Una storia infinita: il 41bis non merita censure di incostituzionalità. Per l'accusa la nuova norma non è un sistema diabolico*, in *Dir. e Giust.*, 2003, vol. II.

S. Lugnano, *Considerazioni sull'ergastolo*, in *Archivio penale*, 1983, suppl. al n. 3.

A. Manacorda (a cura di), *Folli e reclusi. Una ricerca sugli internati negli ospedali psichiatrici giudiziari italiani*, La Casa Usher, Firenze, 1988.

A. Manna, *Sull' "abolizione" degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013.

G. Mantovani, *Corte europea dei diritti dell'uomo e criminalità organizzata: un delicato equilibrio tra garanzie ed efficienza*, in *Leg. Pen.*, 2008, fasc. 1.

A. Marchesi, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. Dir. Int.*, 1993.

- G. Marinucci, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2002
- G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, fasc. 4.
- G. Marinucci e E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- A. Martini, *Ergastolo ed isolamento continuo: l'art. 72 c.p. fra abrogazione ed incostituzionalità*, in *Cassazione Penale*, 1982.
- F. S. De Martino, *Dal Senato è arrivato il primo sì alla istituzionalizzazione del 41bis. Carcere duro, ma rispetto dei principi costituzionali*, in *Dir. e Giust.*, 2002, n. 40.
- C. Di Martino, *Il difficile connubio tra funzione rieducativa della pena e benefici penitenziari a favore dei "pentiti"*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 1-2.
- I. Mereu, *Note sulle origini della pena dell'ergastolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, n. 2.
- C. Minnella, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna penit. e crim.*, 2004, n. 3.
- M. Minniti, *La Consulta apre la strada a misure più flessibili rispetto all'Opg. Malattia psichica e giustizia, un problema irrisolto*, in *Diritto e giustizia*, 2003, n. 32.
- S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997.
- M. Montorsi, *C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 28 novembre 2013, Glien c. Germania*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, fasc. 1.
- A. Morrone, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Riv. Pen. Proc.*, n. 11, 2003.
- G. Neppi Modona, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, fasc. 2.
- E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- E. Nicosia, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009.

- M. C. Ornano, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti problematici ed esperienze operative della gestione dell'autore di reato affetto da disagio mentale*, in *Cass. Pen.*, 2013, n. 5.
- T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, fasc. 2.
- C. Parodi, *Ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale e art. 3 Cedu: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.
- C. Parodi, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.
- I. J. Patrone, *Segnalazioni. 2. Corte europea dei diritti dell'uomo, Regno Unito e minorenni*, in *Quest. Giust.*, 2000.
- M. Pavarini, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, UTET, Torino, 2002.
- M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008.
- M. Pelissero, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011.
- R. Perotti, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua? Appunti giuridici e sociologici sulla pena dell'ergastolo*, in *L'Altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*.
- D. Piccione, *Morte di un'istituzione totale? Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 1.
- D. Piccione, *Politica delle libertà costituzionali e soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 6.
- D. Piccione, *Libertà dall'ospedale psichiatrico in dismissione e rischi di regressione istituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4.
- D. Piccione, *Politica delle libertà costituzionali e soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 6.

- G. Pighi, *La raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla detenzione ed il trattamento dei detenuti pericolosi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1984, fasc. 1.
- L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006.
- O. Porchia e B. Randazzo (a cura di), *Bollettino di informazione sulla giurisprudenza delle Corti sovranazionali europee*, 2013.
- A. Presutti (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1994.
- A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014.
- A. Pugiotto, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.
- A. Pugiotto, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, n. 2.
- A. Pugiotto, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.
- A. Pugiotto, *La dubbia costituzionalità degli ergastoli. Finalità costituzionale della pena e illegittimità dell'ergastolo, in particolare ostativo*, Padova, Carcere “Due Palazzi”, 15 novembre 2013.
- D. Pulitanò, *Ergastolo e pena di morte. Le “massime pene” tra referendum e riforma*, in *Democrazia e diritto*, 1981.
- G. Raimondi, *La controversa nozione di consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8 – 11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *europeanrights.eu*, 2013.
- S. Ramajoli, *“Pentitismo” e sua disciplina giuridica*, in *Giust. Pen.*, 1994, vol. III.
- B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012.
- V. Rispoli, *Liberazione condizionale e finalità rieducative. Limiti ed estensione del concetto del “sicuro ravvedimento” alla luce di una lettura costituzionalmente orientata delle pene*, in *Rivista Penale*, 2012, n. 12.

- F. Rocchi, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del “doppio binario” italiano*, in *Cass. Pen.*, 2010, fasc. 9.
- G. Romano, *Collaboratori di giustizia e benefici penitenziari*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 1-2.
- M. Ronco e B. Romano, *Codice penale commentato*, UTET giuridica, Torino, 2012.
- R. A. Ruggiero, *L’attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Giappichelli, Torino, 2012.
- M. Ruotolo, *Quando l’emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-bis e 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, in *Studium Iuris*, 2003.
- C. Russo e P. M. Quaini, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2006.
- A. Saccucci, *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009.
- M. de Salvia, *Compendium della CEDU. Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000.
- G. Santacroce, *Ancora sull’art. 4 bis Ord. pen. e sui diversi gradi di ammissione ai benefici penitenziari: i limiti della tipizzazione per titoli di reati*, in *Giust. Pen.*, 1994, vol. II.
- S. Sartarelli, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell’ergastolo: una contradictio in terminis ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza 161/97)*, in *Cass. Pen.*, fasc. 4, 2001.
- A. Scarcella, *Osservazioni a CEDU, n. 66069, 9 luglio 2013*, in *Cass. Pen.*, 2013, fasc. 12.
- F. Schiaffo, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e ‘spessori normativi’: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.
- A. Spataro, *Per i collaboratori di giustizia legge scoraggia-collaborazioni. Mancato l’obiettivo di un miglioramento quali-quantitativo*, in *Dir. e Giust.*, 2001, n. 9.
- L. Tramontano (a cura di), *Codice penale: spiegato con esempi pratici, dottrina e giurisprudenza*, CELT, Piacenza, 2014.

G. Valvo, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: la delicata attuazione dell'art. 3-ter d.l. 211/2011*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

G. Vassalli, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006.

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 *Rivista AIC*, 2012, n. 2.

F. Viganò, *Ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale nel Regno Unito e art. 3 CEDU: la Grande Camera della Corte EDU ribalta la sentenza della Quarta camera*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

S. Vinciguerra (studi coordinati da), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, CEDAM, Padova, 1993.

S. Vinciguerra, *Diritto penale italiano. Concetto, fonti, validità, interpretazione*, CEDAM, Padova, 1999.

S. F. Vitello, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. Pen.*, 1994.

L. Zagato e S. Pinton, *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, CEDAM, Milano, 2010.

L'elaborazione del Codice Rocco tra principi autoritari e 'continuità istituzionale', in *L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*.

Corte Cass. Pen., Sez. Unite, ord. 5 ottobre 1956.

Corte Cass. Pen., Sez. I, sent. 26 gennaio 2004, n. 4599.

Corte cost., sent. 16 dicembre 1964, n. 115 (GU n. 7 del 9 gennaio 1965).

Corte cost., sent. 5 aprile 1974, n. 110 (GU n. 107 del 27 aprile 1974).

Corte cost., sent. 27 giugno 1974, n. 204 (GU n. 180 del 10 luglio 1984).

Corte cost., sent. 7 novembre 1974, n. 264 (GU n. 309 del 27 novembre 1974).

Corte cost., sent. 9 febbraio 1981, n. 23 (GU n. 44 del 13 febbraio 1981).

Corte cost., sent. 8 luglio 1982, n. 139 (GU n. 213 del 4 agosto 1982).

Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313 (GU n. 27 del 4 luglio 1990).

Corte cost., sent. 6 aprile 1993, n. 140 (GU n. 16 del 14 aprile 1993).

Corte cost., sent. 8 luglio 1993, n. 306 (GU n. 29 del 14 luglio 1993).
Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349 (GU n. 32 del 4 agosto 1993).
Corte cost., sent. 23 novembre 1993, n. 410 (GU n. 49 del 1 dicembre 1993).
Corte cost., sent. 28 aprile 1994, n. 168 (GU n. 19 del 4 maggio 1994).
Corte cost., sent. 27 luglio 1994, n. 357 (GU n. 32 del 3 agosto 1994).
Corte cost., sent. 1 marzo 1995, n. 68 (GU n. 10 del 8 marzo 1995).
Corte cost., sent. 17 maggio 1995, n. 186 (GU n. 23 del 31 maggio 1995).
Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351 (GU n. 43 del 23 ottobre 1996).
Corte cost., sent. 4 giugno 1997, n. 161 (GU n. 24 del 11 giugno 1997).
Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376 (GU n. 50 del 10 dicembre 1997).
Corte cost., sent. 14 dicembre 1998, n. 418 (GU n. 52 del 30 dicembre 1998).
Corte cost., sent. 24 aprile 2003, n. 135 (GU n. 17 del 30 aprile 2003).
Corte cost., sent. 18 luglio 2003, n. 253 (GU n. 29 del 23 luglio 2003).

C. EDU, sent. 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito* (ric. n. 14038/88).
C. EDU, sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro* (ric. n. 21906/04).
C. EDU, sent. 17 dicembre 2009, *M. c. Germania* (ric. n. 19359/04).
C. EDU, sent. 13 gennaio 2011, *Schummer c. Germania* (ric. nn. 27360/04 e 42225/07).
C. EDU, sent. 14 aprile 2011, *Jendrowiak c. Germania* (ric. n. 30060/04).
C. EDU, sent. 9 giugno 2011, *Schmitz c. Germania* (ric. n. 30493/04).
C. EDU, sent. 17 gennaio 2012, *Harkins e Edwards c. Regno Unito* (ric. nn. 9146/073 e 32650/07).
C. EDU, sent. 10 aprile 2012, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito* (ric. nn. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09).
C. EDU, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito* (ric. nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10).
C. EDU, sent. 28 novembre 2013, *Glien c. Germania* (ric. n. 7345/12).
C. EDU, sent. 20 maggio 2014, *Laszlò Magyar c. Ungheria* (ric. n. 7359/10).
C. EDU, sent. 8 luglio 2014, *Harakhiev e Tolumov c. Bulgaria* (ric. n. 15018/11 e 61199/12).
C. EDU, sent. 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio* (ric. n. 140/10).
C. EDU, sent. 3 febbraio 2015, *Hutchinson c. Regno Unito* (ric. n. 57592/08).

INTRODUZIONE.

“Il nuovo testo dell’art. 117, primo comma, Cost.,¹ se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall’altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi”².

Così la Corte costituzionale, nel 2007, con due storiche pronunce oggi ricordate come “sentenze gemelle”³, si pronunciava in merito al riparto di competenze tra sé e l’ordinamento internazionale, in particolare con riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali⁴, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953, stipulata in seno al Consiglio d’Europa.

Nello svolgimento della presente trattazione ci si occuperà di tale, particolare, trattato sovranazionale, e delle possibili ricadute della giurisprudenza della sua Corte nell’ordinamento interno, perché con il Consiglio d’Europa è stato creato un modo tutto nuovo di garanzia dei diritti a livello superstatale, con inedite ripercussioni sulla tradizionale sovranità e autonomia degli Stati membri. Perché la CEDU presenta un elemento di forte innovatività rispetto ai tradizionali trattati internazionali stipulati fino a quel momento, ovvero sia un apparato giurisdizionale preposto al controllo del suo

¹ I giudici si riferiscono all’articolo come modificato dall’art. 3 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione* (GU n. 248 del 24 ottobre 2001).

² Cfr. Corte cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348 (GU n. 42 del 31 ottobre 2007), § 4.3 del *Considerato in diritto*.

³ Queste sono la sentenza n. 348 del 2007, appena citata, e la sentenza 24 ottobre 2007, n. 349 (GU n. 42 del 31 ottobre 2001).

⁴ L’Italia la ratificò e rese esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952* (GU n. 221 del 24 settembre 1955).

rispetto, la Corte europea appunto⁵.

E così la nostra Corte costituzionale si è trovata a doversi confrontare con un inedito strumento di diritto sovranazionale, e dopo iniziali incertezze è giunta, con le sentenze di cui si diceva, a qualificare le disposizioni della CEDU come norme interposte, che integrano cioè con il loro contenuto il parametro costituzionale, collocandosi su un gradino intermedio tra la Costituzione e le leggi ordinarie: “la struttura della norma costituzionale, rispetto alla quale è stata sollevata la presente questione, si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. A prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione “fonti interposte”, ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte, ma di cui viene talvolta contestata l' idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost., diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli “obblighi internazionali” che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nel caso specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato”⁶. “Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta”; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione”⁷.

⁵ Si segnala, per completezza, che inizialmente la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti garantiti era ripartita tra la Commissione dei Diritti dell'Uomo, competente a valutare la ricevibilità dei ricorsi, dirigere la fase istruttoria ed esaminare in prima istanza il merito delle controversie, e la Corte dei Diritti dell'Uomo, competente a decidere in modo definitivo e vincolante sul merito delle controversie. L'originario sistema binario è stato sostituito dalla predisposizione, con l'entrata in vigore del Protocollo XI del 1998, della attuale Corte unica e permanente, che accentra oggi tutte le competenze.

⁶ Cfr. sentenza 348/2007, § 4.5 del *Considerato in diritto*.

⁷ Cfr. sentenza 349/2007, § 6.2 del *Considerato in diritto*.

Considerato l'oggetto della Convenzione europea, ovverosia i diritti fondamentali dell'uomo, e la posizione preminente che la Consulta le ha assegnato nel sistema delle fonti, il nostro ordinamento deve oggi confrontarsi anche con le prescrizioni derivanti dal contesto europeo, che non rilevano più a scopi meramente ermeneutici del diritto interno: questo rappresenterà appunto il nodo del lavoro. E occorre poi compiere un passo ulteriore: il rispetto non del mero enunciato normativo della Convenzione, ma dell'interpretazione che ne viene fornita dalla sua Corte: "Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia"⁸.

Secondo gli artt. 33 e 34 della Convenzione, sono previsti due tipi di ricorso alla Corte: quello interstatale⁹ e quello individuale¹⁰, che rileva ai fini specifici della presente trattazione e origina la maggioranza dei procedimenti innanzi ai giudici di Strasburgo. Così, ogni individuo ha diritto di ricorrere innanzi alla Corte europea per denunciare la presunta violazione, da parte dello Stato alla cui giurisdizione è sottoposto, dei propri diritti garantiti dalla Convenzione.

Oggetto specifico del lavoro sarà il c.d. fine pena mai, ovverosia la pena dell'ergastolo. Dopo la totale abolizione europea della pena di morte¹¹, infatti, questo tipo di sanzione

⁸ Cfr. sentenza 348/2007, § 4.6 del *Considerato in diritto*.

⁹ Secondo l'art. 33 CEDU: "Ogni Alta Parte contraente può deferire alla Corte qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputata a un'altra Alta Parte contraente".

¹⁰ Secondo l'art. 34 CEDU: "La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto".

¹¹ Oggi, infatti, condizione ineliminabile per entrare a far parte del Consiglio d'Europa è la non previsione, nell'ordinamento interno, della pena di morte. L'evoluzione è stata graduale: dall'iniziale art. 2 della Convenzione, che stabiliva la possibilità di privazione della vita "in esecuzione di una sentenza

rappresenta il nuovo fronte dei costituzionalisti, impegnati a trovare un modo di conciliare una pena che ricorda da vicino i principi sottesi alla pena capitale con i moderni principi di diritto.

L'ergastolo, infatti, va storicamente a sostituire la pena di morte¹², sanzione che per secoli aveva risposto al bisogno di sicurezza da aggressioni criminali seguendo la prospettiva della celebre *lex talionis*. La morte infatti è stata tradizionalmente concepita come una vendetta privata, considerazione supportata dal fatto che la sua materiale esecuzione era lasciata proprio nelle mani dei privati cittadini, che risolvevano i conflitti attraverso la richiamata legge del taglione, strutturata in modo che ognuno subisse ciò che aveva fatto: “occhio per occhio, dente per dente”, una vendetta regolamentata in riferimento all'entità del male che poteva essere inflitto all'offensore. Nel periodo di transizione dal sistema tribale a quello cittadino, poi, con la nascita di un ordinamento sovraordinato alle famiglie, la funzione di punire venne gradualmente sottratta ai privati, per essere affidata a detta istituzione superiore: la morte, dunque, da vendetta divenne pena¹³, senza tuttavia riuscire ad abbandonare i principi che l'avevano da sempre caratterizzata. Nei lontani ordinamenti di Grecia e Roma, essa svolgeva infatti tre principali funzioni: dichiarare l'autorità del nuovo ordinamento statale; assecondare, almeno in parte, il desiderio di vendetta dei parenti delle vittime; e infine purificare la città attraverso l'allontanamento del colpevole, identificato con un “mostro portatore di impurità”¹⁴. “Dalle origini delle società umane sino a un tempo così vicino a noi che possiamo chiamare “ieri”, il contrassegno del potere è stato il diritto di vita e di morte”¹⁵. Lentamente poi, nei secoli, la prospettiva di vendetta sparisce, sostituita dalle due concezioni di pena che si alterneranno nei secoli, quella retrospettiva-retributiva e

capitale pronunciata da un tribunale, nei casi in cui il delitto sia punito con la pena di morte”, si restringeva poi l'eccezione, nel 1983, con il Protocollo Addizionale n. 6, che dopo aver proclamato l'abolizione della pena di morte (art. 1) vi prevedeva un'eccezione per “atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra” (art. 2). Infine, a partire dal 2002, con la sottoscrizione del Protocollo Addizionale n. 13, relativo all'abolizione della pena di morte in tutte le circostanze, non è più ammessa alcuna deroga (art. 2) né alcuna riserva (art. 3) al divieto di pena capitale (art. 1).

¹² Nel nostro ordinamento la sostituzione della pena di morte con l'ergastolo, per i reati previsti dal codice penale, è avvenuta con decreto legislativo luogotenenziale 10 agosto 1944, n. 224, *Abolizione della pena di morte nel codice penale* (GU n. 64 del 5 ottobre 1944).

¹³ Eva Cantarella, *I supplizi capitali. Origini e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 311-312.

¹⁴ Eva Cantarella, *I supplizi capitali*, cit., pp. 11-12.

¹⁵ Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014, p. 354.

quella prospettiva, riabilitativa-deterrente¹⁶. Ma non si può fare a meno di notare come le tre arcaiche finalità della pena capitale possano essere drammaticamente avvicinate alla concezione della pena perpetua, che anziché uccidere fisicamente l'individuo decide di isolarlo per il resto della sua vita, neutralizzandolo, dichiarandone la morte civile. La pena di morte sottintendeva un'idea di giustizia assoluta per cui la privazione della vita era l'unica sanzione proporzionata a certe colpe, troppo gravi da poter essere espiate nella vita terrena; ma non c'è anche nell'ergastolo un residuo di giustizia sacrificale? Si potrebbe parlare, anziché di carcere a vita, di carcere a morte, espressione che ben evidenzia il legame profondo tra le due sanzioni di cui si sta discutendo: "il carcere a vita si presenta come la forma di pena detentiva che, proprio per la sua definitività, si presta ad assumere su di sé le funzioni (quali ch'esse siano) fino allora collegate alla pena capitale"¹⁷.

Queste riflessioni sono in realtà legate alla tradizionale e originaria visione dell'ergastolo, che concepiva questa pena come una reclusione effettivamente perpetua, senza concedere al reo possibilità alcuna di riscatto e dunque di liberazione. I moderni ordinamenti, invece, prevedono tutti almeno una, seppur remota, possibilità di uscire dal carcere, e proprio questo sarà l'oggetto della seguente trattazione.

Nessun articolo della Convenzione si occupa esplicitamente della previsione dell'ergastolo, al contrario di quanto abbiamo visto per pena capitale, e nemmeno della situazione della detenzione in generale: la Corte europea allora, cui sono pervenuti, negli anni, numerosi ricorsi di detenuti che rifiutavano l'imposizione di una tale sanzione, ha trovato un modo indiretto di occuparsi della questione, passando proprio attraverso la possibilità di liberazione anticipata. A partire dal caso *Soering c. Regno Unito* (*infra* analizzato), infatti, i giudici di Strasburgo hanno affermato che l'esercizio

¹⁶ Le due concezioni della pena appena citate nascono, attraverso le riflessioni dei due grandi pensatori Socrate e Platone, ad Atene (è sempre Eva Cantarella, ne *I supplizi capitali*, cit., pp. 16-26, a illustrare, attraverso l'analisi, che qui non è possibile ricordare, di diverse opere di Platone, come la giustizia venisse guardata da tali filosofi in chiave prospettiva e non retrospettiva). Secondo la prima concezione, si punisce perché è giusto, sganciando la pena da qualsiasi finalità: si punisce per retribuire, per compensare il male che il trasgressore ha inflitto alla società; a parer della seconda, invece, alla pena, su i cui effetti viene incentrata l'attenzione, deve essere assegnata una funzione, e precisamente quella di orientare le scelte di comportamento dei consociati attraverso un effetto di intimidazione e orientamento culturale, e quella di prevenzione, mirante a prevenire che il reo commetta in seguito altri crimini (Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 4).

¹⁷ Domenico Pulitanò, *Ergastolo e pena di morte. Le "massime pene" tra referendum e riforma*, in *Democrazia e diritto*, 1981.

di taluni poteri e prerogative statali, seppur attinenti a contenuti non espressamente disciplinati dalla Convenzione, deve tuttavia svolgersi nel rispetto dei diritti da questa garantiti e tutelati: così, anche in assenza di espliciti e letterali parametri convenzionali, questioni controverse ed attinenti a posizioni giuridiche che chiamano in causa i diritti umani possono indirettamente provocare la violazione di altri diritti convenzionali e suscitare l'intervento della Corte.

La, seppur remota, possibilità di essere anticipatamente rilasciati, per tutti i condannati al fine pena mai rappresenta l'ultima speranza, l'unica possibilità di avere ancora qualcosa in cui credere e a cui tendere, aspetti intimamente e imprescindibilmente connessi alla natura dell'essere umano; e la centralità dell'individuo e della sua dignità è il presupposto fondante di tutte le moderne costituzioni, e così anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. E così, negare all'individuo il diritto alla speranza assurge a trattamento inumano e degradante, e la previsione dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata fa ingresso tra le materie che possono essere sindacate dalla Corte, sotto l'angolo visuale dell'art. 3 CEDU.

Con l'evolversi della sua giurisprudenza, come vedremo, la Corte fa poi un passo ulteriore, e volge la sua attenzione alla funzione della pena. E qui torna ad interessare la breve dissertazione storica che si è sopra esposta in merito alla pena capitale, perché la pena e le sue finalità hanno subito una profonda evoluzione attraverso i secoli, e risentono oggi profondamente dell'impatto della moderna cultura dei diritti umani, che ha influenzato la materia penale in modo incisivo.

Così, per riprendere il discorso precedente, la pena di morte aveva iniziato ad essere posta in discussione soprattutto durante il periodo illuminista, sulla scia di riforma dei principi fondanti della società e del diritto. Lentamente veniva superata la concezione organica dello Stato, in cui la nazione e il sovrano vengono prima del cittadino, in favore di una visione individualistica, in cui lo Stato è fatto per l'individuo, portatore di un valore a sé, e non viceversa. E come scrive Norberto Bobbio¹⁸, dall'inversione del rapporto tra individuo e stato è derivata anche un'inversione tra diritto e dovere: la rilevanza centrale dell'essere umano ha comportato che per l'individuo venissero prima i diritti, e poi i doveri; il fine dello stato deve allora essere la crescita del cittadino

¹⁸ *L'età dei diritti*, cit., pp. 110-111.

quanto più possibile libera da condizionamenti esterni. E così veniva messo in discussione il potere assoluto del sovrano, promanante talvolta addirittura da Dio, un “potere eccedente, fuori misura, refrattario a piegarsi alla supremazia delle regole e alla possibilità del controllo”¹⁹, e la possibilità di condannare a morte i cittadini veniva guardata sotto una nuova luce. La centralità dell’essere umano gioca un ruolo fondamentale: era il periodo di poco successivo alle tesi del contratto sociale di Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704), secondo le quali il sovrano avrebbe avuto il compito di tutelare i diritti naturali appartenenti a ciascun essere umano, senza che a nessuno fosse concessa la possibilità di negarli. La vita non è più concepita come una concessione del sovrano nei confronti dei sudditi, ma come uno di quei diritti inalienabili. Assistiamo ovunque all’affiorare di nuove (o rivisitate) teorie sullo Stato, il suo fondamento, il suo ruolo e i suoi compiti, e all’emersione dei diritti fondamentali: “fondamentali, perché naturali, e naturali perché spettano all’uomo come tale e non dipendono dal beneplacito del sovrano”²⁰. Ed ecco dunque emergere con tutta la sua forza la palese privazione di dignità subita dal condannato a morte, ed ecco emergere una ribellione davanti allo Stato che si impossessa di ciò che c’è di più intimo e umano: la vita, e con essa la sua dignità. E negando legittimità alla pena capitale, la si nega alla concezione assoluta di giustizia e ad una funzione di mera vendetta della pena, e menti eccelse iniziano a ripensare i fondamenti della potestà punitiva statale. Così, Cesare Beccaria, che fu pensatore “animato da grande spirito umanitario”²¹, seguendo l’idea per la quale l’uomo non può mai rappresentare uno strumento per trovare vendetta e soddisfazione personale, sosteneva che “il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso [...], ma d’impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali”²², muovendo da una concezione utilitaristica della pena, attribuendole il compito di difendere la società mediante la prevenzione e la repressione dei comportamenti criminosi. Ed è stato proprio Beccaria ad avanzare per primo l’idea di sostituire la reclusione a vita alla pena di morte. Dalla pena di morte alla pena fino alla morte. E si

¹⁹ Pietro Costa, *La parola all’autore, in Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di Franco Corleone e Andrea Pugiotto, Ediesse, Roma, 2012, p. 72.

²⁰ Norberto Bobbio, *L’età dei diritti*, cit., p. 9.

²¹ Giorgio Marinucci, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Diritti dell’uomo e sistema penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2002, pp. 30-31.

²² Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, (edizione a cura di) Alberto Burgio, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 54.

permetta un'ultima analogia tra le due sanzioni: entrambe rinnegano ogni idea di possibilità di recupero sociale del condannato, entrambe sono inconciliabili con una funzione rieducativa della pena.

Nei secoli successivi lo studio e il riconoscimento dei diritti umani è andato affinandosi ed evolvendosi, e con questo l'idea di punizione e trattamento penitenziario: così anche il detenuto, soggetto debole dell'ordinamento, ha assunto una sua autonoma posizione, da tutelare. E se la pena non ha mai smesso di rappresentare uno strumento di difesa della collettività, anche al condannato sono stati riconosciuti dei diritti, e primo tra tutti quello alla risocializzazione, in un'ottica, per la prima volta, di rivalutazione del momento punitivo: così, oggi, è a questo obiettivo (come vedremo, divenuto primario) che la detenzione deve mirare.

Dunque, grazie a quell'interpretazione evolutiva che caratterizza il suo operato e le permette di muoversi in parallelo con l'evoluzione dei contenuti di cui vanno riempiendosi diritti astrattamente garantiti, la Corte giunge ad accogliere pienamente il principio del reinserimento del reo quale fine ultimo della pena. E questo le permette di arrivare a sostenere che una reclusione strutturata in modo tale da minacciare gli obiettivi stessi della detenzione sia suscettibile di costituire un trattamento inumano e degradante. La Convenzione, inoltre, consacra il diritto alla libertà personale, che impone quale conseguenza che ogni privazione di tale supremo diritto debba essere eccezionale, obiettivamente giustificata e della durata strettamente necessaria al conseguimento dei suoi fini legittimi²³: sembra quasi superfluo specificare come la previsione di una pena realmente perpetua sia in contrasto con questi principi.

Oggetto del primo capitolo del presente elaborato sarà dunque l'analisi di otto sentenze emanate dalla Corte in tema di pena perpetua tra il 2008 e il 2015. Con tali pronunce i giudici di Strasburgo pervengono ai risultati cui si è brevemente accennato, ponendo sempre nuove condizioni di legittimità al fine pena mai, in parallelo con i mutamenti di sensibilità in atto in Europa. Così, se nella prima sentenza l'esercizio sporadico e discrezionale del potere presidenziale di grazia viene ritenuto sufficiente a garantire una prospettiva di liberazione al condannato, tale unica condizione non sarà più giudicata bastevole pochi anni più tardi, e verrà arricchita delle prescrizioni e precisazioni che si

²³ Cristiana Bianco, *La privazione della libertà nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Pisa, Conferenza 29 febbraio 2008.

vedranno. Seguirà l'analisi del ricovero in ospedale psichiatrico, in quanto anch'esso misura *latu sensu* penale che può risolversi in una reclusione *sine die* del soggetto interessato. La seconda parte della tesi sarà invece dedicata all'analisi della disciplina nazionale e dei tre tipi di ergastolo esistenti nel nostro Paese: l'ergastolo comune, l'ergastolo c.d. ostativo e l'ergastolo c.d. bianco. L'intento è quello di verificare, in parallelo alla descrizione della normativa interna, se quest'ultima rispetti i requisiti stabiliti dalla Corte, e se, nell'ipotesi di un vaglio europeo, la nostra disciplina sarebbe giudicata legittima od in contrasto con i diritti fondamentali protetti nella Convenzione. Non si dimentichi, tuttavia, che la Corte europea decide su casi concreti sottoposti al suo sindacato da singoli individui, e non sulla legittimità delle norme astrattamente intese; si tratterà dunque di operare svariati salti ermeneutici: innanzi tutto, bisogna passare dal caso alla norma, e quindi verificare se le autorità nazionali abbiano violato una disposizione interna, di per sé conforme a Convenzione, oppure se la violazione lamentata dal ricorrente derivi direttamente dalla normativa interna; in questo secondo caso, servirà poi un secondo salto ermeneutico, diretto a verificare l'esistenza di eventuali profili di incompatibilità tra la disciplina nazionale e i diritti convenzionali garantiti; infine, trattandosi di sentenze rese nei confronti di Paesi diversi, occorrerà estrapolare principi generali, indistintamente applicabili, e vagliarne la compatibilità con i principi che reggono la materia nel nostro ordinamento.

CAPITOLO I

La pena dell'ergastolo come possibile “trattamento inumano e degradante”.

1. Premessa.

Si analizzerà adesso la pena dell'ergastolo, ovverosia la reclusione perpetua (il c.d. fine pena mai), quale condanna che impone al reo di trascorrere in carcere ciò che rimane della sua vita.

Prevista in quasi tutti gli ordinamenti europei per i reati più gravi, essa va storicamente a sostituire la pena di morte, con la quale condivide un'ottica ancora forse neutralizzatrice della pena: anziché uccidere il reo, lo si isola per il resto della sua vita, impedendogli così di commettere ulteriori reati, ma anche di riscattarsi. Domenico Pulitanò, come si è visto nell'introduzione, ha parlato di un residuo di “giustizia sacrificale” che accomunerebbe le due massime pene: il reo, avendo distrutto la vita altrui, dovrebbe dunque sacrificare la propria vita (intesa in un'accezione diversa, a seconda che si tratti di pena di morte o di pena perpetua)²⁴.

La continua evoluzione dei principi di diritto, comunque, ha portato la comunità internazionale ad “alleggerire” nel tempo tale condanna, prevedendo condizioni e requisiti per la sua imposizione ed esecuzione che possano integrarsi con la tutela preminente che dal secondo dopoguerra è stata garantita al valore supremo della dignità umana. Questo orientamento, come si vedrà nel capitolo che segue, è stato fatto proprio più di recente anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Si farà anche un breve cenno al diritto internazionale inerente al tema, in quanto fonte che la giurisprudenza di Strasburgo mostra di tenere in considerazione nell'analisi del *consensus* internazionale intorno alla questione.

²⁴ Domenico Pulitanò, *Ergastolo e pena di morte. Le “massime pene” tra referendum e riforma*, in *Democrazia e diritto*, 1981.

2. La portata dell'articolo 3 CEDU²⁵.

Per quanto riguarda la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Corte EDU, o Corte di Strasburgo), questa fa ricadere nell'ambito dell'articolo 3 della Convenzione europea per la tutela e la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali²⁶ (d'ora in avanti, la Convenzione, o CEDU) le doglianze relative all'inflizione della pena dell'ergastolo. Secondo l'articolo 3: "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti". Le diverse applicazioni dell'art. 3 hanno portato una parte della dottrina a qualificarlo quale norma cardine per la tutela psico-fisica dell'individuo.

Tale disposizione proclama uno dei principi più importanti non solo nel sistema convenzionale, ma anche nell'ordinamento internazionale, dove è contenuto in svariati trattati oggi considerati dalla maggior parte della dottrina riproduttivi del diritto internazionale generale²⁷. Un divieto generale, e tuttavia non formalmente vincolante, è

²⁵ L'esposizione che segue è svolta sulla base della lettura di Sergio Bartole, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Assago, 2012; Giuseppe Cataldi, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, fasc. 1; Giuseppe Cataldi, *La tortura è tra noi? La portata dell'art. 3 CEDU nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Laura Zagato e Simona Pinton (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, CEDAM, Milano, 2010, pp. 171-192; Angela Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011; Claudio Defilippi e Debora Bosi, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 85-88; Laura Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006; Michele de Salvia, *Compendium della CEDU. Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, pp. 33-47.

²⁶ Questa è un trattato internazionale (regionale) redatto dagli Stati parte del Consiglio d'Europa e firmato a Roma il 4 novembre 1950 dai dodici Stati al tempo membri, entrato in vigore il 3 settembre 1953, e oggi in vigore tra tutti i quarantasette Stati membri del Consiglio d'Europa. In Italia è stata ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952* (GU n. 221 del 24 settembre 1955).

²⁷ Per un'analisi più approfondita si veda Antonio Marchesi, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. Dir. Int.*, 1993, secondo il quale il divieto in questione sarebbe ormai contenuto in una norma di *jus cogens*. Lo *jus cogens*, ovvero una norma imperativa del diritto internazionale generale, è definito dall'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, adottata il 22 maggio 1969 (ed entrata in vigore il 27 gennaio 1980) dalla speciale Conferenza delle Nazioni Unite, secondo il quale: "È nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, è in conflitto con una norma imperativa del diritto internazionale generale. Ai fini della presente Convenzione, una norma imperativa del diritto internazionale generale è una norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo complesso come norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da un'altra norma del diritto internazionale generale avente lo stesso carattere".

stato posto esplicitamente per la prima volta nell'articolo 5²⁸ della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo²⁹, e successivamente ribadito, questa volta con efficacia vincolante per gli Stati aderenti al trattato, nell'articolo 7³⁰ del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici³¹. Sono poi state specificamente dedicate al tema la Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone dall'essere sottoposti a tortura e a trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti³² e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti³³. La prima rappresenta il primo atto ad essere esclusivamente dedicato alla tortura, fonte e modello di tutti i successivi strumenti adottati in materia; non ancora vincolante, fissa tuttavia le linee fondamentali del tema, offrendo la prima definizione internazionale della fattispecie (art. 1) e fissando l'inderogabilità del divieto (art. 3), e rappresenta la premessa della successiva Convenzione. Quest'ultima rappresenta infine la fonte più importante in materia, considerate la sua vocazione universale e l'obbligatorietà delle sue disposizioni. Anch'essa contiene la definizione della tortura nel suo primo articolo, e nel secondo paragrafo dello stesso pone una previsione che può sollevare perplessità e criticità: esclude, infatti, che possa considerarsi tortura "la lesione o sofferenza derivante solo da una sanzione legislativa o ad essa inerente o accessoria". All'art. 3, § 1, poi, prevede le c.d. violazioni indirette (le quali, così come accertate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, saranno oggetto di analisi anche nel presente lavoro³⁴): "Nessuno Stato Parte espellerà, respingerà o

²⁸ Secondo tale disposizione: "Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti".

²⁹ Adottata con Risoluzione n. 217 (III) dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, fa parte delle c.d. Dichiarazioni di principi dell'Assemblea generale, che hanno valore di semplici raccomandazioni agli Stati parte e risultano dunque prive di efficacia obbligatoria e vincolante.

³⁰ Secondo tale disposizione: "Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, in particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico".

³¹ Adottato con Risoluzione n. 2200A (XXI) dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 (ed entrato in vigore il 23 marzo 1976) a New York allo scopo di individuare una soglia minima di tutela dei diritti in esso contenuti ed istituire un sistema di controllo indiretto su quelli già stabiliti dalla Dichiarazione universale, in quanto atto finalmente giuridicamente vincolante per gli Stati firmatari.

Rispetto al tema oggetto della presente trattazione assume rilevanza anche un'altra disposizione del trattato, ovverosia l'art. 10, § 1, secondo cui: "Qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana" (vedi *infra*, § 4).

³² Adottata con Risoluzione n. 3452 (XXX) dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 9 dicembre 1975 a New York.

³³ Adottata con Risoluzione n. 39/46 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 (ed entrata in vigore il 27 giugno 1987) a New York, si tratta questa volta di uno strumento definitivo e vincolante.

³⁴ Cfr. § 4.

estraderà una persona verso un altro Stato dove ci siano sostanziali ragioni di credere che tale persona potrebbe essere nel pericolo di essere sottoposta a tortura”.

Tornando al diritto convenzionale, è preliminarmente necessario tracciare i principi fondanti (inerenti al tema della trattazione, ovvero sia l’ergastolo) dell’art. 3 CEDU, al fine di meglio perimetrare lo spazio all’interno del quale si muove il ragionamento dei giudici di Strasburgo.

Così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte, innanzi tutto occorre osservare che questa trova la sua *ratio* fondamentale nell’esigenza di proteggere il principio essenziale della dignità umana, “vero lascito del costituzionalismo del dopoguerra”³⁵, valore supremo riconosciuto in qualunque moderno ordinamento democratico. Appartiene così al c.d. “nocciolo duro” dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione, sicché il divieto posto dall’art. 3 ha natura fondamentale, assoluta e inderogabile³⁶: come confermato dallo stesso art. 15 della Convenzione³⁷, nessuna eccezione può diminuire la portata precettiva di tale disposizione, neppure in caso di guerra o qualora sussista un pericolo pubblico per la nazione³⁸. Così, la giurisprudenza di Strasburgo³⁹ ha chiarito che non è possibile agli Stati contraenti operare alcun bilanciamento tra la protezione offerta dall’art. 3 e altri valori, pur meritevoli di tutela

³⁵ Antonio Balsamo, *La Corte europea, l’ergastolo e il “diritto alla speranza”*, in *Cass. Pen.*, 2013, fasc. 12.

³⁶ Aspetti, questi, del divieto di tortura già peraltro sottolineati all’inizio del nuovo millennio, nell’ambito del diritto internazionale, dal Comitato contro la tortura, creato ai sensi degli artt. 17 ss. della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Ancora, tali caratteri sono stati ribaditi nelle Linee guida sui diritti umani e la lotta al terrorismo, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa l’11 luglio 2002, che cercano di conciliare la difesa della società con la protezione dei diritti fondamentali, concentrandosi essenzialmente sui limiti che gli Stati non dovrebbero travalicare nella loro legittima lotta al terrorismo.

³⁷ Secondo i primi due paragrafi di tale disposizione: “In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all’articolo 2, salvo per il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 (paragrafo 1) e 7”.

³⁸ Si veda, tra le altre, la sentenza *Soering c. Regno Unito* (infra analizzata: cfr. § 4): “Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other national emergency. This absolute prohibition of torture and of inhuman or degradind treatment or punishment under the terms of the Convention shows that Article 3 enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe” (cfr. § 88).

³⁹ Si vedano, tra le molte, *Chahal c. Regno Unito* e *Saadi c. Italia*, infra analizzate in nota (cfr. § 4.1).

(come ad esempio la prevenzione dei reati, la lotta al terrorismo o alla criminalità organizzata⁴⁰, ...).

Ciò detto, la Corte ha stabilito, a partire dal caso *Irlanda c. Regno Unito*⁴¹, che qualunque maltrattamento vietato dalla disposizione in esame deve superare un livello minimo di gravità, da individuare sulla base delle circostanze del caso concreto. Si tratta dunque di una valutazione non assoluta ma relativa, condizionata anche da fattori contingenti di natura culturale e sociale, di cui i giudici possono tenere conto grazie all'utilizzo di un'interpretazione evolutiva. Le circostanze del caso concreto, da considerarsi nel loro effetto cumulativo, avendo riguardo alle conseguenze complessive che possono produrre su una determinata situazione individuale, possono così essere oggettive, quali ad esempio la durata e la gravità della violazione, la sistematicità dei maltrattamenti, il carattere arbitrario della condotta lesiva; e soggettive, come le conseguenze fisiche e mentali prodotte, l'età, il sesso e lo stato di salute della vittima e la sua particolare vulnerabilità. Tale criterio di valutazione relativa, inoltre, non è statico: la Convenzione rappresenta infatti uno strumento vivente, che deve essere interpretato alla luce delle condizioni e circostanze del contingente momento storico (parametri "esterni" dunque, come la sensibilità, giuridica e morale, delle società degli Stati parte).

L'articolo non contiene alcuna indicazione in merito alla precisa definizione dei maltrattamenti vietati, e la ragione di un tale approccio si rinviene nei lavori preparatori, durante i quali il rappresentante francese fece notare che un elenco di fattispecie ne avrebbe indebolito la portata applicativa. Tale impostazione ha permesso alla Corte di interpretare la disposizione in modo estensivo ed evolutivo, elevando nel tempo gli *standard* di tutela, e di avvalersi di un amplissimo margine di discrezionalità nella valutazione dei maltrattamenti, anche con riguardo all'innalzamento del livello generale di protezione dei diritti umani, cui deve seguire un accertamento più stringente sulle relative violazioni⁴². Inoltre, bisogna osservare che, per quel che riguarda tale

⁴⁰ Si veda, tra le altre, la sent. 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia* (ric. n. 21987/93): "Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against organised terrorism and crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment" (cfr. § 62).

⁴¹ Sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito* (ric. n. 5310/71).

⁴² Cfr. sent. 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia* (ric. n. 25803/94): "Gli standard più elevati richiesti nell'ambito della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali comportano, corrispondentemente e inevitabilmente, una maggior fermezza nel valutare la gravità delle violazioni dei valori essenziali nelle società democratiche".

distinzione, non si tratta di una differenza così netta nella prassi: spesso, infatti, la Corte pronuncia una violazione *tout court* del divieto, senza distinguere tra tortura e altri maltrattamenti, oppure tra i medesimi maltrattamenti. Tuttavia, sono state individuate dalla giurisprudenza alcune caratteristiche dell'uno o dell'altro, che possono guidare nel discernimento⁴³. Così, è da qualificare come inumano un trattamento premeditato, applicato per ore e che causa lesioni corporali o sofferenze intense sotto il profilo fisico e mentale (inoltre, rappresenta almeno un trattamento inumano la minaccia, concreta e immediata, rivolta alla vittima di essere sottoposta a tortura⁴⁴); in linea generale, quindi, copre condotte che si caratterizzano per sofferenze di particolare intensità. È da qualificare come degradante, invece, un trattamento che provochi lesioni particolarmente gravi della dignità umana, capace di creare nella vittima un senso di paura, angoscia e inferiorità tale da umiliarla e piegare la sua resistenza fisica o morale, così da indurla ad agire contro la sua volontà o coscienza⁴⁵; in linea generale, dunque, assumono peso preponderante elementi di natura emotiva. Per quanto riguarda la percezione soggettiva del carattere umiliante del trattamento/pena e della sofferenza, queste devono superare le conseguenze naturali derivanti dalla sottoposizione ad un trattamento/pena legittimi⁴⁶. A questo riguardo assumono importanza sia il metodo prescelto in astratto, sia le modalità concrete di irrogazione della pena legittima: questi due elementi, nel loro effetto complessivo, non devono essere tali da pregiudicare la dignità umana⁴⁷. La tortura, infine, è secondo la Corte una forma aggravata di trattamento inumano e degradante⁴⁸, da cui si distingue però per la necessaria presenza (quale elemento costitutivo della fattispecie) di una volontà specifica con cui deve essere imposta, e una finalità particolare che deve essere perseguita, secondo la definizione propostane dall'art. 1 della già richiamata Convenzione ONU del 1984;

⁴³ A livello pratico, la distinzione rileva ai fini della quantificazione della somma pecuniaria eventualmente accordata a titolo di equa riparazione ex articolo 41 della Convenzione, e con riguardo all'impatto della sentenza di condanna sulla reputazione dello Stato convenuto.

⁴⁴ Si veda, tra le altre, la sent. 25 febbraio 1982, *Campbell e Cosans c. Regno Unito* (ric. n. 7743/76): "Thus, to threaten an individual with torture might in some circumstances constitute at least "inhuman treatment" (cfr. § 26).

⁴⁵ Si veda, tra le tante, sent. 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania* (ric. n. 54810/00).

⁴⁶ Sent. 19 febbraio 2009, *A. e altri c. Regno Unito* (ric. n. 3455/05).

⁴⁷ Sent. 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia* (ric. n. 30210/96).

⁴⁸ Si veda, tra le tante, la sentenza *Irlanda c. Regno Unito*, già citata: "[...] it was the intention that the Convention, with its distinction between "torture" and "inhuman or degrading treatment", should by the first of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering" (cfr. § 167).

secondo il § 1 di tale disposizione: “Ai fini della presente Convenzione, il termine “tortura” indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolori 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 di aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o di intimorire 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. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate”⁴⁹.

3. *L'applicabilità dell'articolo 3 CEDU all'ergastolo: limiti. Dal caso Kafkaris al caso Vinter.*

Delineati così confini del campo di applicazione dell'art. 3 CEDU, si deve ora analizzare in che modo il fine pena mai venga fatto ricadere all'interno di questa previsione. La questione oggetto di analisi è se una pena realmente perpetua, che *ex ante* rinuncia ad istanze rieducative e di risocializzazione del condannato (per cedere, a parere di scrive, ad istanze meramente retributive e di vendetta⁵⁰), che “di fatto sacrifica

⁴⁹ Infine, con riguardo alla disciplina generale dell'art. 3 CEDU, si configura una particolarità con riferimento alla disciplina del regime probatorio da seguirsi innanzi alla Corte. In linea generale, con riguardo all'accertamento delle violazioni prospettate dalle parti, l'esame degli elementi di fatto deve essere particolarmente approfondito e supportato da prove adeguate, la cui regola di valutazione è quella dell' “oltre ogni ragionevole dubbio” (il cui rigore viene mitigato dalla valutazione degli elementi che si presentino sufficientemente validi, chiari e concordanti, e di analoghe incontestabili presunzioni di fatto). Una regola particolare, formatasi nel tempo, disciplina poi l'onere della prova; questo, infatti, è stato progressivamente invertito nei casi in cui un individuo sia sottoposto a custodia o controllo da parte delle autorità nazionali: in tutte queste fattispecie vige una presunzione di responsabilità dello Stato, il quale sarà tenuto a giustificare le lesioni subite dal ricorrente e a dimostrare la propria estraneità ai fatti. Rispettivamente, assistiamo ad una riduzione dell'onere della prova a carico del ricorrente, il quale non è tenuto all'individuazione specifica degli obblighi positivi violati dallo Stato responsabile, mentre dovrà provare la effettiva sussistenza delle lesioni.

Per quel che concerne, da ultimo, la riparazione dell'accertata violazione, questa può consistere in un risarcimento del danno, morale e materiale, o addirittura in una *restitutio in integrum*. Quest'ultima, nei nostri casi, sarebbe rappresentata dalla liberazione del ricorrente, che tuttavia, nelle sentenze che si andranno ad analizzare, la Corte non arriva mai a pronunciare, limitandosi alla concessione di un risarcimento economico.

⁵⁰ La questione si pone in termini simili alle istanze che sorreggono la previsione della pena di morte, progressivamente allontanata dallo scenario europeo.

la funzione rieducativa della pena sull'altare della deterrenza o della retribuzione *tout court*, riesca ancora a mantenere un volto non disumano né degradante”⁵¹.

Si tratta comunque di un approdo non scontato. Le questioni di politica criminale, infatti, sono tradizionalmente lasciate nella disponibilità degli Stati membri, e la detenzione, nonostante implichi intrinsecamente un inevitabile livello di sofferenza, è considerato sicuramente uno strumento legittimo nella lotta e la prevenzione del crimine: difesa e sicurezza collettiva e dignità del soggetto detenuto devono tuttavia armonizzarsi e trovare un equilibrio. Questa, appunto, era l'iniziale posizione assunta dalla Commissione, che nel 1978⁵² dichiarava irricevibile, in quanto manifestamente infondata, la doglianza del ricorrente in riferimento all'imposizione dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata. Nonostante ritenesse auspicabile l'inserimento, nelle legislazioni nazionali, di una possibilità di riesame di tali tipi di sentenze di condanna, infatti, la Commissione non rinveniva alcuna disposizione convenzionale che proibisse l'ergastolo o rendesse obbligatoria una sua revisione dopo un certo lasso di tempo. Successivamente però, la giurisprudenza muta⁵³, e la previsione di una pena *sine die* senza possibilità di liberazione anticipata comincia ad essere guardata come inidonea ad operare un giusto bilanciamento tra le opposte esigenze di sicurezza pubblica e dignità individuale, di cui prima si diceva. Così, l'inflizione di una pena (alla reclusione) a colui che sia stato riconosciuto colpevole della commissione di un reato, è sicuramente pratica legittima ed incontestabile; ciò che può sollevare problemi con riferimento all'art. 3 sono le modalità con cui tale pena sia eseguita.

La Corte, nella consapevolezza della mancanza di un chiaro regime condiviso tra gli Stati europei, attraverso le diverse pronunce che verranno di seguito analizzate, cerca di dare una risposta al quesito della legittimità dell'ergastolo, muovendosi tra strumenti europei ed internazionali, tenendo conto dei progressivi mutamenti di sensibilità in atto:

⁵¹ Daniela Falcinelli, *L'umanesimo della pena dell'ergastolo. Ideologia e tecnica del diritto dell'uomo ad una pena proporzionalmente rieducativa*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 1.

⁵² Decisione 6 maggio 1978, *Kotalla c. Paesi Bassi* (ric. n. 7994/77).

⁵³ Così, la prima sentenza che si analizzerà, *Kafkaris c. Cipro*, rappresenta l'approdo di un indirizzo ormai consolidato secondo il quale deve esistere una, seppur remota, possibilità di liberazione anticipata (si vedano, ad esempio: sent. 3 luglio 2001, *Nivette c. Francia* (ric. n. 44190/98), nella quale viene dichiarata la legittimità dell'extradizione richiesta dagli Stati Uniti d'America alla Francia in quanto il ricorrente sarebbe stato sottoposto alla pena dell'ergastolo, ma con possibilità di liberazione anticipata; sent. 16 ottobre 2001, *Einhorn c. Francia* (ric. n. 71555/01), nella quale la questione viene ritenuta manifestamente infondata per l'esistenza dei poteri di grazia, seppur esplicitamente riconosciuti limitati, del Governatore dello Stato della Pensilvania).

assistiamo così ad una “interpretazione evolutiva capace di innalzare progressivamente gli standard di tutela dei diritti fondamentali del condannato”⁵⁴, di cui si parlava al paragrafo precedente. E proprio una tale dinamica interpretazione ha permesso alla Corte di delineare, nel tempo, i requisiti di legittimità della pena dell’ergastolo: la previsione astratta di una pena senza fine, infatti, non è a parere dei giudici di Strasburgo di per sé in contrasto con alcuna disposizione convenzionale, ma può qualificarsi come lecita solo al ricorrere di alcune condizioni minime. In mancanza di tali condizioni, la pena sarà dunque classificata come trattamento inumano e degradante (non spingendosi mai la Corte a parlare di tortura, riservata ai più gravi maltrattamenti): come si diceva in apertura, questo è uno dei casi in cui i giudici di Strasburgo pervengono ad una dichiarazione di violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti, senza operare alcuna distinzione. L’ergastolo, infatti, presenta profili appartenenti ad entrambe le tipologie di maltrattamento: provoca intense sofferenze almeno – se non si vogliono considerare quelle fisiche, derivanti dalle condizioni inumane e degradanti delle nostre carceri – mentali, laddove priva il detenuto di qualunque speranza in merito al proprio destino, e provoca una lesione della dignità umana, per il medesimo aspetto.

Si analizzeranno dunque di seguito le sentenze emanate in tema di pena perpetua nell’arco temporale che va dal 2008 al 2015, attraverso le quali sarà possibile enucleare i requisiti che hanno permesso ai giudici di Strasburgo di delineare i tratti di un “ergastolo legittimo”. In tutti i casi i ricorrenti lamentano quindi, insieme ad eventuali ulteriori doglianze, non analizzate in quanto non inerenti all’oggetto della trattazione, il fatto che la loro condanna all’ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata integrerebbe un trattamento inumano e degradante ai sensi della Convenzione. L’analisi di tali decisioni, a partire dal *leading case* in materia, *Kafkaris c. Cipro*⁵⁵, fino ad arrivare alla decisione di vero e proprio *overruling* della Corte, *Vinter e altri c. Regno Unito*⁵⁶, mostrerà quell’interpretazione evolutiva di cui si è precedentemente discusso, con cui la Corte ridimensionerà a poco a poco il margine di discrezionalità da sempre attribuito agli Stati parte in materia di politica penale e criminale.

⁵⁴ Antonio Balsamo, *La Corte europea, l’ergastolo e il “diritto alla speranza”*, in *Cass. Pen.*, cit.

⁵⁵ Sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro* (ric. n. 21906/04).

⁵⁶ Sent. 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito* (ric. nn. 66069/09 e 3896/10).

Due elementi sono tuttavia di immediato rilievo ed interesse.

Il primo è relativo alla decisione sul caso *Kafkaris*: questo, infatti, veniva assegnato alla Prima Sezione della Corte, la quale declinava però la propria giurisdizione a favore della Grande Camera, come concesso dall'art. 30 della Convenzione⁵⁷. Ciò indica, a parere di chi scrive, la presa di coscienza da parte dei giudici di Strasburgo della delicatezza e della complessità della questione, coinvolgente diritti fondamentali dell'individuo detenuto e scelte politiche interne, cui gli Stati faticano a rinunciare, e l'assenza di un *consensus* esplicito intorno al tema, dibattuto e valorizzato soltanto in tempi recenti.

E tale considerazione si lega al secondo punto di interesse, ovvero sia la presenza di opinioni dissenzienti allegate alle pronunce. La sentenza *Kafkaris* presenta infatti una maggioranza di soli dieci voti contro sette, confermando la mancanza di un comune sentire intorno al tema, e le diverse *dissenting opinions* anticipano chiaramente quelli che saranno i successivi sviluppi del ragionamento della Corte⁵⁸. La successiva sentenza *Vinter*, che accoglie i cambiamenti prodottisi in Europa e ribalta la precedente giurisprudenza, al contrario, vede un solo voto contrario, e seguono dopo di essa decisioni sempre unanimi: la prospettiva giuridica verso la pena perpetua è in costante movimento, e sembra spostarsi verso una sempre maggior garanzia nei confronti del soggetto *in vinculis*, il quale deve poter mantenere la propria dignità, e, come si vedrà, a cui deve essere assicurato il “diritto alla speranza”, “aspetto importante e costitutivo della persona umana”⁵⁹.

Passiamo dunque all'analisi dei requisiti che rendono legittima l'imposizione della pena perpetua.

⁵⁷ Ai sensi di tale disposizione: “Se la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte, la Camera, fino a quando non abbia pronunciato la sua sentenza, può rimettere il caso alla Grande Camera a meno che una delle parti non vi si opponga”.

⁵⁸ Queste saranno *infra* analizzate nel dettaglio (cfr. § 2.3).

⁵⁹ Cfr. § 1 dell'opinione concordante del giudice Power-Forde nella sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito*.

3.1. *La necessità che la pena dell'ergastolo sia applicata ai soli maggiorenni: la "anomala" irrilevanza della giovane età*⁶⁰.

Il primo requisito che emerge dalla giurisprudenza europea ai fini della valutazione della legittimità della reclusione perpetua impone che la pena dell'ergastolo sia inflitta soltanto agli individui maggiorenni.

La Corte dà la condizione per scontata in tutte le sentenze analizzate, aprendo sempre la propria trattazione osservando che l'imposizione della pena perpetua "*on an adult offender*" non crea in linea di principio alcun problema di compatibilità con la Convenzione. Pur non contenendo la Convenzione alcun limite minimo all'imputabilità penale⁶¹, né alcuna prescrizione specifica intorno alle sanzioni applicabili ai minorenni, la condanna di un minore d'età ad una pena così severa può sicuramente sollevare perplessità e preoccupazione in qualunque ordinamento giuridico.

Si ricorda che anche a livello internazionale è fissato tale principio, dove la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo⁶² recita all'art. 37(a): "Gli Stati parti vigilano affinché:

⁶⁰ L'analisi delle sentenze che seguono è svolta sulla base della lettura delle stesse, e di alcuni articoli di commento: Antonio Balsamo, *La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"*, in *Cass. Pen.*, cit.; Roberto Chenal, *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (parte I): quali limiti al controllo della Corte europea dei diritti umani?* e *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (parte II): la funzione della pena e il valore della dignità umana: l'ergastolo tra retribuzione e rieducazione*, in *SIDIBlog*, 2013; Daniela Falcinelli, *L'umanesimo della pena dell'ergastolo*, in *Federalismi.it*, cit.; Davide Galliani, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, fasc. 3; Davide Galliani, *Il diritto di sperare. L'ergastolo nel contesto europeo* (traccia della Relazione al V° Congresso di NtC), in *nessunotocchicaino.it*; Carlo Parodi, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012; Carlo Parodi, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; Alessio Scarcella, *Osservazioni a CEDU, n. 66069, 9 luglio 2013*, in *Cass. Pen.*, 2013, fasc. 12; Francesco 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 *Rivista AIC*, 2012, n. 2; Francesco Viganò, *Ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale nel Regno Unito e art. 3 CEDU: la Grande Camera della Corte EDU ribalta la sentenza della Quarta camera*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

⁶¹ Critico nei confronti dell'atteggiamento assunto dalla Corte sul punto si mostra Ignazio Juan Patrone, cui si rimanda per un approfondimento, con un articolo di commento alle sentenze 16 dicembre 1999, *T. c. Regno Unito* (ric. n. 24724/94) e *V. c. Regno Unito* (ric. n. 24888/94): *Segnalazioni. 2. Corte europea dei diritti dell'uomo, Regno Unito e minorenni*, in *Quest. Giust.*, 2000.

⁶² Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 (ed entrata in vigore il 2 settembre 1990) a New York.

a) nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Né la pena capitale né l'imprigionamento a vita senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni”.

E la Corte mostra, per inciso, di prendere alla lettera tale disposizione, liquidando in poche righe una questione che forse avrebbe meritato una maggiore attenzione.

Nella sentenza *Harkins e Edwards c. Regno Unito*⁶³, infatti, il secondo ricorrente è un ragazzo che al momento della commissione del reato (un omicidio volontario), per il quale si vedeva imposta la pena dell'ergastolo, aveva appena diciannove anni, e il quale prova a porre in risalto tale elemento dinnanzi ai giudici di Strasburgo, sottolineando le profonde differenze esistenti tra l'imposizione di una simile condanna ad una persona giovane o anziana. Oltre alla durata della detenzione, infatti, occorrerebbe considerare le prospettive di crescita e cambiamento, maggiori in una persona di tenera età, che potrebbe inoltre essere stata temporaneamente condizionata dalla propria immaturità nella commissione del reato⁶⁴. Così, come prova di un generale *favor* sulla non applicabilità di pene così gravi a ragazzi in giovane età, cita appunto l'art. 37(a) della Convenzione ONU.

Tuttavia detto trattato considera minori i soli diciottenni, e la Corte non si mostra convinta del fatto che questo che potrebbe dimostrare un *consensus* generale contro l'imposizione della reclusione a vita ai giovani che abbiano comunque superato tale soglia d'età. Allora, la pena dell'ergastolo può essere comminata soltanto ai soggetti che abbiano superato i diciotto anni di età.

Desti qualche perplessità un tale orientamento dei giudici di Strasburgo, estremamente (ed eccessivamente) ed insolitamente formale e restrittivo; il consueto *modus operandi* della Corte, infatti, mostra attenta considerazione per la sostanza delle questioni sottoposte al suo esame, e le permette di andare oltre i meri elementi formali attraverso

⁶³ Sent. 17 gennaio 2012, *Harkins e Edwards c. Regno Unito* (ric. nn. 9146/07 e 32650/07).

⁶⁴ Si noti che la Corte aveva già mostrato, in precedenti sentenze, di condividere pienamente le questioni sollevate dal ricorrente: “*These considerations, centred on an assessment of the young offender's character and mental state and of his or her resulting dangerousness to society, must of necessity take into account any developments in the young offender's personality and attitude as he or she grows older. A failure to have regard to the changes that inevitably occur with maturation would mean that young persons detained under section 53 would be treated as having forfeited their liberty for the rest of their lives, a situation which, as the applicant and the Delegate of the Commission pointed out, might give rise to questions under Article 3 (art. 3) of the Convention*” (sent. 21 febbraio 1996, *Singh c. Regno Unito*, ric. n. 23389/94, § 61; e, in modo identico, sent. 21 febbraio 1996, *Hussain c. Regno Unito*, ric. n. 21928/93, § 53).

l'analisi del caso concreto e delle sue conseguenze. In questa occasione, invece, la Corte indietreggia davanti al dato numerico: diciannove anni, contro i diciotto che sono internazionalmente fissati come limite. Non si può certo realisticamente pensare che, a distanza di un anno, la personalità di un individuo sia radicalmente mutata e il soggetto sia maturo e pienamente formato; tuttavia, i giudici di Strasburgo decidono di non indagare la questione nei suoi aspetti pratici e concreti, trincerandosi dietro alla precisa e formale definizione di maggiore età. Superati i diciotto anni, l'ergastolo rappresenta quindi una pena legittima, senza che sia necessario analizzare accuratamente quei cambiamenti che "*inevitably occur with maturation*" che pur erano stati riconosciuti e considerati nella giurisprudenza precedente⁶⁵.

3.2. *Il vaglio della proporzionalità della sanzione rispetto al reato commesso.*

Come accennato, gli Stati contraenti godono di un margine di apprezzamento⁶⁶ in materia di determinazione della durata adeguata delle pene, e rimangono liberi di infliggere la pena dell'ergastolo, ove nessuna sanzione di minore entità risulti idonea al fine. Nel momento della previsione astratta e dell'inflizione della condanna, la pena perpetua non si pone dunque in contrasto con i parametri convenzionali.

Il divieto di pene inumane o degradanti, tuttavia, implica e impone un obbligo di proporzione tra reato e relativa punizione, come espressione dell'umanità della pena, la quale non può mai comportare una sofferenza ingiustificata a carico del condannato. Si tratta del primo requisito di cui la Corte verifica l'esistenza, nonostante non sia espressamente previsto dalla lettera della Convenzione: i giudici lo ritengono infatti fondato su un ampio *consensus* internazionale. Tale *test* di proporzionalità, tuttavia, coinvolgendo considerazioni di politica criminale da sempre rimesse alla discrezionalità degli ordinamenti nazionali, non può essere utilizzato dalla Corte in modo eccessivamente stringente, e comporterà la responsabilità dello Stato soltanto in casi limite, rari ed eccezionali, di grossolana sproporzione.

⁶⁵ Occorre tuttavia prestare particolare attenzione: in entrambe le sentenze citate nella nota precedente i ricorrenti erano formalmente minorenni.

⁶⁶ La teoria del margine di apprezzamento, che trae origine dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, è stata nel tempo rielaborata e fatta propria dalla Corte, espressione di un atteggiamento di *self restraint* della stessa, laddove non intende sostituirsi alle valutazioni nazionali, meglio ancorate al contesto giuridico e economico-sociale del singolo Stato, ma solo esercitare un controllo sulle scelte operate, senza azzerare la discrezionalità legislativa di cui godono i Paesi membri.

Nessun problema si pone, allora, ove l'ergastolo sia comminato per gravi reati quali l'omicidio, come nei casi *Kafkaris*⁶⁷, *Harkins e Edwards*⁶⁸, *Làszlò Magyar*⁶⁹, *Harakchiev e Tolumov*⁷⁰ e *Vinter e altri*⁷¹.

⁶⁷ All'origine del caso sta il ricorso presentato dal cittadino cipriota Panayiotis Agapiou Panayi, *alias* Kafkaris, contro la Repubblica di Cipro. Il ricorrente era stato giudicato colpevole, nel 1989, di tre omicidi premeditati: aveva infatti fatto esplodere una macchina, causando la morte del signor P. Michael, noto esponente della scena politica cipriota, e dei suoi due figli in giovane età, in cambio della promessa di una somma di denaro da parte di uomo non identificato dalle forze dell'ordine.

⁶⁸ All'origine del caso stanno due distinti ricorsi, successivamente riuniti, proposti contro il Regno Unito da un cittadino inglese, il sig. Phillip Harkins, e un cittadino americano, il sig. Joshua Daniel Edwards. Di entrambi era stata richiesta l'estradizione negli Stati Uniti d'America.

Il primo ricorrente era stato arrestato e incriminato per omicidio di primo grado e tentata rapina in Florida, dove viene punito con la pena di morte (esclusa nel caso in esame dalla dichiarazione giurata del Procuratore di Stato, secondo la quale non sarebbe stata inflitta una condanna a morte, ma a pena perpetua) o alternativamente con l'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata il reato di omicidio di primo grado, che può essere conseguenza diretta e premeditata dell'azione del reo, oppure conseguenza indiretta e involontaria di altro grave reato, tra i quali la rapina a mano armata commessa dal ricorrente (c.d. *felony murder rule*). La scelta tra le due pene viene presa sulla base di un procedimento giudiziale separato da quello principale: la corte precedente è tenuta a fissare separata udienza, in cui decide quale sia nel caso concreto la punizione più adatta.

Il secondo ricorrente era invece stato arrestato nel Regno Unito in virtù di un mandato d'arresto provvisorio emesso ai sensi della sezione 73 dell'*Extradition Act* del 2003 (tra Regno Unito e Stati Uniti d'America): infatti, il 24 ottobre 2006 un *grand jury* di Washington County aveva reso un atto di accusa nei suoi confronti fondato su undici diversi titoli di reato, tra cui omicidio di primo grado, tentato omicidio e aggressione, tutti commessi il 23 luglio 2006 nei confronti di tre individui, durante una serata a casa di amici. Nello Stato del Maryland le offese perpetrate dal secondo ricorrente possono essere punite solo con l'ergastolo. La scelta tra ergastolo con possibilità di liberazione anticipata o no, è rimessa ad un organo giudiziario, che deve fissare in merito un'udienza di trattazione.

⁶⁹ Sent. 20 maggio 2014, *Làszlò Magyar c. Ungheria* (ric. n. 73593/10).

All'origine del caso sta il ricorso di un cittadino ungaro, il sig. Làszlò Magyar, proposto contro la Repubblica di Ungheria. A seguito di investigazioni cominciate nel 2002 nei confronti del ricorrente e altri nove complici, le quali avevano portato a scoprire una serie di furti perpetrati a danno di persone sole e anziane (legate, picchiate e minacciate per ottenere la refurtiva, e poi abbandonate, legate, nelle proprie case), nel 2005 il ricorrente era stato condannato per omicidio (alcune delle vittime erano infatti morte poco dopo la commissione del fatto), rapina e diversi altri reati.

⁷⁰ Sent. 8 luglio 2014, *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria* (ric. nn. 15018/11 e 61199/12).

All'origine del caso stanno i ricorsi di due cittadini bulgari, il sig. Mitko Georgiev Harakchiev, e il sig. Liudvik Slavov Tolumov.

Il primo ricorrente, unico a lamentare violazione dell'art. 3 CEDU, era stato condannato nel 2003 per possesso illegale di armi da fuoco e quattro rapine a mano armata di motoveicoli, due conclusesi con un omicidio e due con tentato omicidio, e condannato alla pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata

⁷¹ All'origine del caso stanno tre distinti ricorsi, successivamente riuniti, proposti contro il Regno Unito da tre cittadini dello stesso Stato: il sig. Douglas Gary Vinter, il sig. Jeremy Neville Bamber e il sig. Peter Howard Moore.

Il primo ricorrente era stato condannato una prima volta nel 1996 all'ergastolo con un periodo minimo di carcerazione di dieci anni, per l'omicidio di un collega di lavoro. Rimesso in libertà condizionale nel 2005, questa era stata revocata l'anno successivo, a causa della partecipazione ad una rissa in un bar, che aveva portato ad una nuova accusa di violenze. Rimesso nuovamente in libertà condizionale nel dicembre 2007, era stato infine condannato nel 2008, questa volta alla pena dell'ergastolo effettivo.

Il secondo ricorrente era stato condannato per omicidio premeditato e pianificato nei confronti dei genitori, della sorella adottiva e dei due figli piccoli di quest'ultima, tutti commessi al fine di lucro.

Il terzo ricorrente era stato condannato per quattro diversi omicidi, tutti perpetrati nei confronti di omosessuali, per la propria soddisfazione sessuale.

In quest'ultima pronuncia, tuttavia, la Quarta sezione⁷² ritiene doveroso aggiungere una specificazione: i giudici, sulla base della legislazione inglese⁷³ (e non solo), distinguono tre diversi tipi di pena perpetua: l'ergastolo (obbligatorio o discrezionale) con possibilità di liberazione dopo un periodo minimo di reclusione, l'ergastolo discrezionale (la detenzione a vita rappresenta il massimo della pena, ma il giudice potrebbe decidere di infliggere una pena di minore intensità) senza possibilità di liberazione condizionale, e l'ergastolo obbligatorio senza possibilità di liberazione condizionale.

A parere della sezione, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte⁷⁴, solo gli ultimi due tipi di pena potrebbero sollevare problemi in riferimento all'art. 3, e in caso di ergastolo obbligatorio si dovrebbe procedere ad una valutazione più stretta del carattere di netta sproporzione (peraltro, a tutti e tre i ricorrenti era stato sì inflitto l'ergastolo senza possibilità di liberazione, ma discrezionale), in considerazione della mancanza di una valutazione giudiziale intorno all'opportunità di inflizione, nel caso specifico, di tale pena, a scapito della proporzionalità. Dunque, là dove manchi un controllo giurisdizionale interno, la Corte rende più rigoroso il proprio.

Il problema della proporzionalità non si pone neanche negli altri casi analizzati, *Babar Ahmad e altri*⁷⁵ e *Trabelsi*⁷⁶, nei quali i giudici europei mostrano inoltre di considerare

⁷² Sent. 17 gennaio 2012, *Vinter e altri c. Regno Unito* (ric. nn. 66069/09, 130/10, 3896/10).

⁷³ L'ordinamento inglese, dopo l'abolizione della pena di morte, intervenuta con il *Murder (Abolition of Death Penalty) Act* del 1965, ha introdotto l'ergastolo. In generale, tale pena può essere obbligatoria per legge (*mandatory*), o rimessa alla discrezionalità del giudice (*discretionary*). L'inflizione obbligatoria dell'ergastolo e la determinazione di un periodo minimo di carcerazione sono rimessi al medesimo organo giudiziario, in funzione della gravità del reato e secondo criteri legislativamente determinati. Il termine minimo di pena deve essere integralmente scontato, senza possibilità di *early release*, e l'eventuale rilascio anticipato è riservato alla competenza di un'apposita commissione indipendente. Il giudice può inoltre infliggere il c.d. ergastolo effettivo (*whole life order*), prevedendo che il condannato rimanga in carcere per la sua intera vita.

⁷⁴ Questa verrà *infra* analizzata con riferimento al requisito della riducibilità della sentenza di condanna (cfr. § 2.3).

⁷⁵ Sent. 10 aprile 2012, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito* (ric. nn. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09).

All'origine del caso stanno cinque diversi ricorsi, successivamente riuniti, proposti contro il Regno Unito da quattro cittadini inglesi (il primo ricorrente, sig. Babar Ahmad; il secondo ricorrente, sig. Haroon Rashid Aswat; il terzo ricorrente, sig. Syed Tahla Ahsan; e il quarto ricorrente, sig. Mustafa Kamal Mustafa), uno egiziano (il quinto ricorrente, sig. Adel Abdul Bary) e uno saudita (il sesto ricorrente, sig. Khaled Al-Fawwaz). I ricorrenti erano stati tutti incriminati con diverse accuse di terrorismo internazionale negli Stati Uniti d'America, che ne avevano richiesto l'extradizione al Regno Unito, assicurando, con una lettera proveniente dal Dipartimento di Giustizia, che le sentenze di condanna eventualmente applicabili sarebbero state al massimo di reclusione a vita. Dal punto di vista procedurale, tutti i ricorrenti avevano affrontato i medesimi passaggi: arresto nel Regno Unito, richiesta di estradizione da parte degli Stati Uniti sulla base del trattato esistente tra i due Paesi (corredata da nota diplomatica che assicurava la non inflizione ai ricorrenti della pena di morte, come previsto dall'art. IV del Trattato sull'extradizione, e la non sottoposizione ad un giudizio innanzi ad una commissione militare); udienza

un fattore aggiuntivo. Non solo i crimini di cui venivano accusati i ricorrenti, legati al coinvolgimento o al supporto di gruppi e attività terroristiche, erano sicuramente sufficientemente gravi da superare il *test* di proporzionalità, ma inoltre le eventuali sentenze di condanna sarebbero state emanate soltanto dopo un giusto processo, nel quale considerare tutte le eventuali circostanze aggravanti e attenuanti: e con un tale ragionamento la Corte allontana l'ipotesi di sproporzione della condanna.

A ben guardare, i due ragionamenti svolti dalla Quarta sezione e dalla Grande Camera si avvicinano: in entrambi i casi, infatti, una piena valutazione giudiziaria nazionale intorno agli elementi specifici del caso riduce la possibilità di trovarsi innanzi ad una netta sproporzione.

Merita infine un accenno la questione della proporzionalità, in relazione al contesto dell'extradizione: nella sentenza *Harkins e Edwards* la Corte conferma che anche in tale ambito troverà piena applicazione il criterio della grave e manifesta sproporzione, anche se si tratterà sempre di casi rari ed eccezionali.

Nel caso in questione, tuttavia, la decisione in merito alla proporzionalità della condanna pone qualche perplessità. Il primo ricorrente, infatti, sarebbe stato condannato alla pena obbligatoria del *life imprisonment without parole*, ovverosia l'ergastolo che non permette al giudice concedere una liberazione condizionale, né di considerare eventuali circostanze attenuanti a favore dell'imputato; qui, dunque, sarebbe occorsa quella maggiore cautela di cui i giudici discorrono nel caso *Vinter*: il ricorrente era, al momento del fatto, appena ventenne, ed era accusato di un omicidio involontario commesso durante l'esecuzione di un altro delitto⁷⁷, e tali circostanze, normalmente prese in considerazione nell'applicazione di una pena di minore entità, non sarebbero

per l'extradizione (in cui i ricorrenti deducevano la violazione di svariati articoli della Convenzione, doglianze tutte e sempre rigettate) e concessione della stessa da parte del Segretario di Stato; appello all'Alta Corte e rigetto dello stesso.

⁷⁶ Sent. 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio* (ric. n. 140/ 10).

All'origine del caso sta il ricorso di un cittadino tunisino, il sig. Nizar Trabelsi. Il ricorrente era stato condannato da una Corte regionale di Bruxelles, nel 2003, a dieci anni di reclusione per contraffazione di documenti e istigazione ad una cospirazione criminale per attaccare persone e proprietà, e aveva terminato l'espiazione delle pene imposte nel 2012. Nel frattempo, l'8 aprile 2008, attraverso una nota diplomatica, le autorità statunitensi ne avevano richiesto l'extradizione, sulla base di un mandato d'arresto emesso da una corte americana il 16 novembre 2007, per svariate imputazioni, tutte legate ad attività di terrorismo. Dunque, dopo le consuete rassicurazioni diplomatiche sulla non applicazione della pena di morte, il ricorrente era stato estradato negli Stati Uniti d'America.

⁷⁷ Tuttavia, la Corte, nel rigettare la tesi della sproporzione della condanna, si dichiara non convinta della ricostruzione fattuale offerta dal ricorrente (supportato, nella sua dissertazione, da prove balistiche) secondo cui l'omicidio sarebbe stato un mero incidente.

state valutate, visto il tipo di condanna. Il secondo ricorrente, invece, sarebbe stato condannato all'ergastolo obbligatorio, con facoltà per il giudice di escludere ogni possibilità di *parole*: costui era sì accusato di omicidio volontario, ma commesso a soli diciannove anni, ed erano state le stesse autorità statunitensi, con una nota inviata al Governo del Regno Unito, ad ammettere che a tale fattore difficilmente sarebbe stato attribuito un peso determinante in giudizio. Dunque, in questi casi, il controllo sulla proporzionalità delle condanne da parte della Corte europea avrebbe forse potuto essere effettuato con maggiore attenzione.

3.3. *La previa ricostruzione del consensus europeo in materia (l'utilizzazione degli altri trattati internazionali)*⁷⁸.

Come noto, l'art. 32 della Convenzione⁷⁹ attribuisce alla Corte la competenza esclusiva nell'interpretazione e applicazione di ogni disposizione della medesima. E nello svolgimento di tale compito, si è visto, i giudici si avvalgono di quell'interpretazione evolutiva che permette di tenere in considerazione i mutamenti del contesto giuridico, economico e sociale nel quale si cala la salvaguardia dei diritti fondamentali, sulla base della teoria secondo la quale la Convenzione rappresenterebbe uno strumento di diritto vivente⁸⁰. È proprio grazie a tale *modus operandi* che la Corte è arrivata ad enunciare chiaramente i requisiti che si stanno analizzando, attraverso l'interpretazione e l'analisi anche degli altri strumenti internazionali inerenti al tema.

⁷⁸ Gli strumenti analizzati nel paragrafo che segue sono quelli citati dalla Corte nelle sentenze *supra* analizzate; lo svolgimento del lavoro è effettuato sulla base della lettura degli stessi.

⁷⁹ Ai sensi di tale disposizione: "La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte a essa alle condizioni previste dagli articoli 33, 34, 46 e 47.

In caso di contestazione sulla competenza della Corte, è la Corte che decide".

⁸⁰ "In addition, the Court has never considered the provisions of the Convention as the sole framework of reference for the interpretation of the rights and freedoms enshrined therein. On the contrary, it must also take into account any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties.

The Court further observes that it has always referred to the "living" nature of the Convention, which must be interpreted in the light of present-day conditions, and that it has taken account of evolving norms of national and international law in its interpretation of Convention provisions" (sent. 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia*, ric. n. 34503/97, §§ 67 e 68).

Il *consensus* internazionale, definibile come una “*communis opinio* derivante dall’analisi comparativa”⁸¹, gioca allora un ruolo importante nell’individuazione di *standard* comuni (si ricordi che la Convenzione, come gli altri trattati internazionali in materia di diritti fondamentali, pone un livello minimo di tutela). È la stessa Corte, nella nota introduttiva al Seminario “*Dialogue entre juges*” tenutosi in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario nel gennaio 2008, a ricordarlo, laddove esplicitamente ammette che: “il *consensus*, nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, è generalmente compreso come riferentesi alla base che permette l’evoluzione delle norme della Convenzione attraverso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”⁸². Le medesime affermazioni si ritrovano esplicitate a chiare lettere nella sentenza *Demir e Baykara c. Turchia*, §§ 67-86, in cui la Grande Camera ripercorre tutti gli strumenti che possono essere utilizzati al fine di una corretta interpretazione dell’adeguato livello di tutela da raggiungere (i principi di diritto riconosciuti dalle società democratiche, i trattati di diritto internazionale, gli strumenti non vincolanti degli organi del Consiglio d’Europa⁸³, ecc...): la Corte, nell’interpretare la Convenzione, non può certo prescindere da quegli elementi di diritto internazionale che riflettono valori comuni agli Stati membri.

Si possono allora ricordare gli specifici strumenti che la Corte prende in considerazione nelle sentenze analizzate al fine di individuare un *consensus* in materia di condanne all’ergastolo e funzione della pena, e che in particolar modo le permettono di arrivare a proclamare il requisito della necessaria riducibilità della sentenza, che si analizzerà nel paragrafo seguente.

Partiamo dagli strumenti adottati in seno al Consiglio d’Europa.

⁸¹ Guido Raimondi, *La controversa nozione di consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8 – 11 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *europeanrights.eu*, 2013.

⁸² Guido Raimondi, *La controversa nozione di consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit.

⁸³ Cfr. § 75: “*These methods of interpretation have also led the Court to support its reasoning by reference to norms emanating from other Council of Europe organs, even though those organs have no function of representing States Parties to the Convention, whether supervisory mechanisms or expert bodies*”.

Fin dal 1976 il Comitato dei Ministri⁸⁴ si è occupato delle sentenze di condanna alla reclusione perpetua e della possibilità di liberazione condizionale, adottando la Risoluzione (76)2 sul trattamento dei detenuti condannati a pene di lunga durata⁸⁵. Emerge dunque subito l'istituto, di primaria importanza nella configurazione di tale sanzione, della liberazione condizionale: secondo il Consiglio d'Europa⁸⁶ a nessun condannato dovrebbe essere infatti *a priori* negata la possibilità fare ammenda e riscattarsi, e dunque di essere eventualmente rilasciato. Secondo quindi quanto disposto dalla risoluzione in questione, i Governi degli Stati membri dovrebbero il prima possibile esaminare la situazione di tali detenuti (per i quali il primo principio, cardine, posto dalla risoluzione in questione è quello della assoluta necessità di una tale condanna⁸⁷) per verificare se sia possibile concedere la liberazione condizionale; in tale esame mere considerazioni di prevenzione generale non dovrebbero poter giustificare un eventuale rifiuto. Se non fatto precedentemente, un riesame della sentenza di condanna all'ergastolo (cui si devono applicare i medesimi principi stabiliti per le condanne di lunga durata) dovrebbe essere effettuato entro gli otto-quattordici anni di reclusione, e successivamente ripetuto ad intervalli regolari⁸⁸. Nel rapporto della commissione incaricata di redigere il progetto di tale atto si legge che “*it is inhuman to imprison a person for life without any hope of release*”: una politica di prevenzione dei reati che accetti di detenere individui che non rappresentino più un pericolo per la società sarebbe incompatibile con i moderni principi sul trattamento dei detenuti e con l'idea di reintegrazione dei rei. Nessuno, appunto, dovrebbe essere privato di ogni possibilità di rilascio.

⁸⁴ Il Comitato dei Ministri è l'organo decisionale del Consiglio d'Europa, composto dai quarantasette Ministri degli Esteri degli Stati parte o dai loro rappresentanti permanenti a Strasburgo. Esso è competente, tra le altre cose, in materia di adozione di convenzioni (vincolanti unicamente per gli Stati che le ratificano), accordi e raccomandazioni (non vincolanti per gli Stati membri, esprimono una politica comune sulle questioni di cui si occupano).

⁸⁵ Adottata dal Comitato dei Ministri il 17 febbraio 1976 al 254esimo incontro dei Rappresentanti dei Ministri, *On the treatment of long-term prisoners*.

⁸⁶ Nella sua interezza: vedremo infatti come tale sia l'opinione condivisa del Comitato dei Ministri, del CPT e della Corte.

⁸⁷ Cfr. § I.1: “*Pursue a criminal policy under which long-term sentences are imposed only if they are necessary for the protection of society*”.

⁸⁸ La risoluzione si occupa anche del trattamento da riservare a tali soggetti, non prettamente inerente al tema; si segnala, in ogni caso, che il principio guida è quello del graduale reinserimento del reo, dovendo dunque gli Stati apprestare il regime penitenziario che meglio riesca a conciliare le esigenze di costrizione di tali individui con la loro rieducazione.

Più tardi, nel 1999, viene adottata la Raccomandazione (99)22 sul sovraffollamento penitenziario e sull'inflazione della popolazione carceraria⁸⁹, che ribadisce l'importanza dello strumento della liberazione per buona condotta, definito “*one of the most effective and constructive measures*”, sempre in un'ottica di facilitazione del reintegro dei condannati.

Ancora, nel 2003, viene adottata la Raccomandazione (2003)22 sulla liberazione condizionale⁹⁰ nello specifico, raccomandando agli Stati di introdurre un tale strumento⁹¹ nell'ordinamento nazionale, qualora non ancora vigente, e renderlo disponibile anche nei confronti dei condannati a pena perpetua, i quali non si può ragionevolmente sostenere che rimarranno socialmente pericolosi per sempre. Inoltre, vengono posti dei principi che verranno successivamente assorbiti nella giurisprudenza della Corte: al momento di inizio dell'esecuzione della propria pena, i detenuti dovrebbero essere messi nella posizione di sapere in quale momento potranno essere presi in considerazione per la concessione della liberazione condizionale, e i criteri (che dovrebbero essere chiari, precisi e realistici⁹²) che saranno seguiti nella decisione di concessione o di rifiuto della misura⁹³.

Segue, immediatamente dopo, la Raccomandazione (2003)23 riguardante la gestione da parte delle amministrazioni penitenziarie dei condannati a vita e degli altri detenuti di lunga durata⁹⁴, tra i cui obiettivi (esposti al § 2 dell'Appendice alla raccomandazione) spicca quello di “accrescere e migliorare la possibilità per questi detenuti di reinserirsi con successo nella società e di condurre dopo la loro liberazione una vita rispettosa delle

⁸⁹ Adottata dal Comitato dei Ministri il 30 settembre 1999 al 681esimo incontro dei Rappresentanti dei Ministri, *Concerning prison overcrowding and prison population inflation*.

⁹⁰ Adottata dal Comitato dei Ministri il 24 settembre 2003 al 853esimo incontro dei Rappresentanti dei Ministri, *On conditional release (parole)*.

⁹¹ Viene innanzi tutto fornita una definizione della liberazione condizionale, secondo la quale: “*For the purposes of this recommendation, conditional release means the early release of sentenced prisoners under individualised post-release conditions. Amnesties and pardons are not included in this definition*” (cfr. § I.1 dell'Appendice alla raccomandazione).

⁹² Realistici nel senso che dovrebbero prendere in considerazione la personalità del detenuto e le circostanze socio-economiche della sua situazione, così come la disponibilità di un programma di reinserimento.

⁹³ Cfr. § II.5 dell'Appendice alla raccomandazione: “*When starting to serve their sentence, prisoners should know either when they become eligible for release by virtue of having served a minimum period (defined in absolute terms and/or by reference to a proportion of the sentence) and the criteria that will be applied to determine whether they will be granted release (“discretionary release system”) or when they become entitled to release as of right by virtue of having served a fixed period defined in absolute terms and/or by reference to a proportion of the sentence (“mandatory release system”)*”.

⁹⁴ Adottata dal Comitato dei Ministri il 9 ottobre 2003 al 855esimo incontro dei Rappresentanti dei Ministri, *On the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners*.

leggi”. La liberazione anche dei condannati a pena perpetua, infatti, è costantemente data per scontata, qualora ovviamente sussistano le condizioni.

Nel 2006, ancora, la Raccomandazione (2006)2 sulle Regole Penitenziarie Europee⁹⁵, che stabiliscono lo *standard* minimo che deve essere applicato in carcere. I principi cardine della normativa sono il rispetto dei diritti fondamentali dei detenuti (che non vengono meno per il solo fatto della reclusione), la riduzione delle restrizioni al minimo necessario e proporzionato allo scopo legittimo per il quale sono imposte e il reinserimento dei condannati nella società⁹⁶.

Infine, secondo l’art. 21 della Convenzione del Consiglio d’Europa per la prevenzione del terrorismo⁹⁷, l’extradizione di un individuo può lecitamente non essere concessa qualora quest’ultimo corra il rischio di essere sottoposto, nello Stato richiedente, alla pena del “*life imprisonment without the possibility of parole*”, che possiamo tradurre come ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata⁹⁸, confermando così la posizione di rifiuto nei confronti di tali condanne.

Oltre al Comitato dei Ministri, si è espresso in merito alla situazione dei condannati a pene perpetue o di lunga durata anche il Comitato di prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti⁹⁹, con il suo undicesimo rapporto generale

⁹⁵ Adottata dal Comitato dei Ministri l’ 11 gennaio 2006 al 952esimo incontro dei Rappresentanti dei Ministri, *On the European Prison Rules*. Queste rappresentano una revisione e un aggiornamento di quelle già adottate nel 1987, al fine di meglio riflettere gli sviluppi concretizzati nelle politiche penali e nelle gestioni penitenziarie europee.

⁹⁶ Cfr. § I.6, secondo il quale: “*All detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty*”.

⁹⁷ Adottata dal Consiglio d’Europa a Varsavia il 16 maggio 2005 (ed entrata in vigore il 1° giugno 2007), *On the Prevention of Terrorism*.

⁹⁸ Il medesimo principio è stabilito anche a livello europeo dall’art. 5 della Decisione Quadro 2002/584/JHA del 13 giugno 2002 sul mandato d’arresto europeo, che prevede che qualora il reato per il quale sia stato effettuato l’arresto sia punibile con l’ergastolo, l’esecuzione dello stesso possa essere soggetta alla condizione che lo Stato preveda una revisione della condanna, su richiesta del detenuto o al massimo dopo venticinque anni di reclusione, oppure l’applicazione di misure di clemenza a cui il reo possa effettivamente accedere.

⁹⁹ Tale organo (CPT) è stato istituito sulla base della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti, adottata dal Consiglio d’Europa nel 1987. Si tratta di un comitato indipendente formato da esperti eletti dal Comitato dei Ministri e scelti tra persone di alto profilo morale, che ha il compito di effettuare visite periodiche negli istituti di detenzione nazionali per stabilire se ivi esistano condizioni che possano determinare un rischio di violazione dell’art. 3 e redigere un rapporto dettagliato (reso pubblico soltanto a richiesta dello Stato interessato: la sua attività è improntata ai criteri di cooperazione con gli Stati e confidenzialità) indicante la situazione attuale e le misure da prendere per migliorarne le condizioni e rafforzare la protezione delle persone private della libertà, sulla base degli *standard* europei ed internazionali. Così, per i detenuti, l’operato del CPT appresta una tutela complementare a quella offerta dalla Corte europea, e attraverso le sue visite spinge gli ordinamenti nazionali all’innalzamento del livello di tutela e protezione degli individui *in vinculis*. Tuttavia il Comitato non può imporre sanzioni, limitandosi a formulare raccomandazioni e suggerimenti e

(2001)16¹⁰⁰, secondo il quale i detenuti hanno diritto a programmi di reinserimento, possibilità di contatti umani, attività e condizioni di detenzione di gran lunga superiori a quelle offerte dalla maggior parte degli ordinamenti europei; ancora, con il rapporto (2007)55 sulle “Condanne all’ergastolo reale/effettivo”¹⁰¹, il quale, oltre a quanto emerso dai documenti precedentemente analizzati, puntualizza che sussiste una differenza tra il rilascio basato su istituti di clemenza e il rilascio condizionale, che nessun detenuto dovrebbe essere catalogato come persona che potrebbe passare la sua vita in carcere e che nessun diniego di rilascio dovrebbe mai poter essere considerato definitivo (inoltre, queste sono tutte questioni che dovrebbero interessare le corti giudiziarie, e non il potere esecutivo); infine, con il ventunesimo rapporto generale (2011)28¹⁰², secondo il quale non dovrebbe mai essere imposto un isolamento assoluto dei detenuti.

Anche il diritto penale internazionale si è trovato a confrontarsi con la tematica dell’ergastolo, e in generale con il principio essenziale del reinserimento del reo, e la Corte ha preso in considerazione anche tale strumento.

Secondo l’art. 10 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici:

“1. Qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana.

[...]

3. Il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale. [...]”.

L’art. 77¹⁰³ dello Statuto di Roma¹⁰⁴ della Corte penale internazionale (CPI)¹⁰⁵, poi, permette l’imposizione di pena perpetua, se giustificata dall’estrema gravità del crimine

a cercare di sensibilizzare gli Stati contraenti nei confronti di queste tematiche: i compiti attribuitigli hanno carattere di prevenzione, e non giudiziario.

¹⁰⁰ Adottato dal CPT a Strasburgo il 3 settembre 2001, copre il periodo compreso tra il 1° gennaio e il 31 dicembre 2001.

¹⁰¹ Adottato dal CPT a Strasburgo il 27 giugno 2007, sulle *Actual/real life sentences*.

¹⁰² Adottato dal CPT a Strasburgo il 10 novembre 2011, copre il periodo compreso tra il 1° agosto 2010 e il 31 luglio 2011.

¹⁰³ Secondo tale disposizione, per la parte che qui interessa: “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:

reclusione per un periodo di tempo determinato non superiore nel massimo a 30 anni;

ergastolo, se giustificato dall’estrema gravità del crimine e dalla situazione personale del condannato”.

e dalla situazione personale del condannato. Tuttavia, a completare la disposizione (in senso conforme alle indicazioni rese dalla Corte europea), l'art. 110 § 3 prescrive che “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 procede dunque al riesame della sentenza, tuttavia a determinate condizioni (elencate testualmente al § 4 della medesima norma):

- “La persona ha, sin dall'inizio e in modo costante, manifestato la sua volontà di cooperare con la Corte nelle sue inchieste e durante il procedimento;
- La persona ha facilitato spontaneamente l'esecuzione di decisioni ed ordinanze della Corte in altri casi in modo particolare aiutandola a localizzare e fornendo assistenza per i beni oggetto di decisioni che ne ordinano la confisca, per il pagamento di una sanzione pecuniaria o di un risarcimento che possono essere utilizzati a vantaggio delle vittime; oppure
- Altri fattori previsti nelle regole Procedurali e di Ammissibilità delle Prove attestano un cambiamento di circostanze evidente, con conseguenze degne di nota e tali da giustificare la riduzione della pena”.

Qualora poi la Corte stabilisca che la pena non debba essere ridotta, è prescritto che la questione sia comunque in seguito riesaminata ad intervalli regolari¹⁰⁶ e secondo criteri¹⁰⁷ stabiliti nel regolamento di procedura. Una condanna all'ergastolo da parte della Corte penale internazionale dunque, uscirebbe idealmente indenne dal vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹⁰⁴ Si tratta del Trattato internazionale, ultimato nel 1998 ed entrato formalmente in vigore nel 2002, che istituisce la Corte e ne regola giurisdizione e funzionamento.

¹⁰⁵ Tale organo è un tribunale per crimini internazionali che ha competenza (complementare a quella dei singoli Stati) a giudicare dei delitti più gravi che riguardano l'insieme della comunità internazionale, ovvero il genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e i crimini di aggressione. Si tratta di un'istituzione permanente con sede all'Aia, nei Paesi Bassi.

¹⁰⁶ Per la precisione, la regola 224 § 3 del Regolamento di procedura e di prova prevede che la questione venga riesaminata da tre giudici della Camera d'appello ogni tre anni, a meno che sia stato fissato un termine inferiore.

¹⁰⁷ Per la precisione, la regola 223 del Regolamento di procedura e di prova prevede che si prendano in considerazione i criteri di cui all'art. 110 sopra visti, e alcuni ulteriori: il fatto che il condannato rinneghi il crimine commesso, la possibilità di risocializzazione e di reale reinserimento, il fatto che un'eventuale liberazione anticipata non rischi di essere causa di instabilità sociale, azioni significative compiute dal condannato in favore delle vittime e la ripercussione che su queste può avere l'eventuale liberazione anticipata, e infine la situazione personale del condannato, in particolare l'aggravamento del suo stato di salute fisica o mentale o la sua età avanzata.

Infine, la Corte ricorda le regole minime *standard* delle Nazioni Unite per il trattamento dei detenuti¹⁰⁸, che auspicano un “progressivo ritorno alla vita in società” (§ 60.2) del condannato, e dunque prescrivono che “il trattamento non deve porre l’accento sull’esclusione dei detenuti dalla società, ma al contrario sul fatto che essi continuino a farne parte” (§ 61).

Come si vede, dunque, è effettivamente stato raggiunto un ampio consenso a livello internazionale sulla necessità di non prevedere pene immodificabilmente perpetue. Il detenuto è universalmente riconosciuto titolare di diritti e garanzie, primo tra tutti quello al reinserimento e dunque, se condannato all’ergastolo, al rilascio anticipato, qualora abbia compiuto sufficienti passi sulla via del riscatto e della risocializzazione. Vediamo dunque ora le conclusioni che la Corte trae da tutte le suesposte indicazioni.

3.4. Segue: la previsione espressa della possibilità di riesame.

Si sono analizzate, ai §§ 3.1 e 3.2, le due condizioni che attengono al momento dell’imposizione della condanna, e dunque alla sua astratta previsione normativa. Passando invece al momento dell’esecuzione della condanna, si profila un diverso requisito della pena in esame, ovverosia quella riducibilità della sentenza che si è appena visto emergere anche nel diritto internazionale: si profilerà un contrasto con l’art. 3 qualora non esistano strumenti per ottenere, *de jure* o *de facto*, una liberazione anticipata.

Il *test* da soddisfare è allora se il detenuto sia effettivamente privato di tutte le speranze di ottenere una modifica della propria sentenza (“*all hope of obtaining an adjustment of his sentence*”¹⁰⁹): qualora, trascorsi un determinato numero minimo di anni, si abbia la possibilità, anche limitata, di sottoporre la sentenza ad un riesame per ottenere un rilascio anticipato, si non può dire che il condannato sia stato privato di qualunque speranza di liberazione. Una sentenza non è irriducibile, poi, qualora nella pratica dovesse effettivamente diventare tale.

¹⁰⁸ Adottate con Risoluzione del 1° congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine e il trattamento dei detenuti in data 30 agosto 1955.

¹⁰⁹ Cfr. *Kafkaris c. Cipro*, § 89.

Ed è in primo luogo con riferimento a tale condizione che la giurisprudenza della Corte muta significativamente nel tempo.

Seguendo il precedente consolidato orientamento, nella sentenza *Kafkaris* i giudici considerano la limitatezza delle prospettive di rilascio¹¹⁰, la discrezionalità della decisione, rimessa inoltre ad un organo del potere esecutivo, e la mancanza di un successivo controllo da parte di un organo giurisdizionale; ciononostante, la grazia presidenziale viene ritenuta sufficiente ad integrare il parametro sulla base della constatazione della mancanza di un *consensus* europeo intorno al trattamento da riservare agli ergastolani e, in particolare, alle condizioni di riesame della sentenza¹¹¹. È lo stesso Governo cipriota, in sentenza, ad evidenziare le carenze della propria legislazione, e ad ammettere l'esigenza di modifiche, al fine di ovviare alla mancanza di una procedura pubblica o di criteri legali per la concessione della grazia presidenziale, rendere noti al detenuto il parere del Procuratore Generale sul suo caso e le motivazioni dell'eventuale rifiuto del rilascio anticipato da parte del Presidente, e infine istituire una possibilità di impugnazione innanzi ad un organo giudiziario dell'eventuale rifiuto, sottolineando inoltre come, sulla spinta di principi internazionalmente condivisi, fosse già stato predisposto un disegno di legge mirante ad accrescere i diritti dei detenuti condannati a pena perpetua. Tuttavia, a parere della Corte, nonostante la legislazione

¹¹⁰ A seguito dell'abolizione della pena di morte, avvenuta nel 1983 con legge n. 86, l'ordinamento cipriota prevede, alla Sezione 203(2) del codice penale, la pena dell'ergastolo obbligatorio per il reato di omicidio premeditato. L'unico modo di ottenere un rilascio, a seguito della riforma del sistema penitenziario intervenuta nel 1996, che ha abrogato l'istituto della liberazione condizionale anticipata per buona condotta del condannato a vita, mantenendolo invece per tutte le altre pene temporanee, è rappresentato dalla previsione costituzionale dell'articolo 53, disciplinante il potere discrezionale attribuito al Presidente della Repubblica, sentito il parere obbligatorio e vincolante del Procuratore Generale, di concedere la grazia o la remissione, sospensione o commutazione delle pene.

Inoltre, secondo quanto disposto dalla sezione 14 della riformata legge penitenziaria del 1996, il Presidente della Repubblica può anche discrezionalmente porre anticipatamente fine alla detenzione di qualunque detenuto (e dunque anche del condannato all'ergastolo), sentito il parere non vincolante del Procuratore Generale.

¹¹¹ Nella sua difesa, il ricorrente premeva sulla mancanza di un meccanismo di liberazione condizionale e di protezione dei diritti del detenuto durante l'esecuzione della sentenza, ai fini di un loro reinserimento in società: questo, unito alla natura obbligatoria della sentenza di condanna all'ergastolo avrebbe mostrato a sua detta come lo scopo perseguito in via principale fosse in questi casi meramente punitivo, e avrebbe privato i detenuti della possibilità di essere realmente riammessi in società, in contrasto con l'art. 3, essendo l'unica procedura prevista – la possibilità di grazia attribuita al Presidente della Repubblica – discrezionale e per natura connotata da una totale arbitrarietà. Il ricorrente si riferiva inoltre alla maggior parte delle pratiche stabilite dalla maggioranza degli Stati parte del Consiglio d'Europa, prendendo ad esempio le legislazioni francese, italiana e tedesca, in cui il condannato a pena perpetua ha diritto a veder riesaminata la propria situazione dopo un determinato periodo.

La Corte, da parte sua, per il momento non si esprime in merito all'argomento della natura punitiva della pena, e ritiene gli esempi offerti dal ricorrente evidentemente non sufficienti alla creazione di un *consensus* internazionale.

cipriota non preveda un termine minimo di reclusione dopo il quale sia possibile chiedere la liberazione sulla base della buona condotta tenuta in carcere, la modifica della sentenza di condanna sarebbe sempre possibile, in qualunque momento, grazie all'esistenza dei poteri presidenziali, e dunque non si potrebbe sostenere che le condanne a vita siano *de jure* o *de facto* irriducibili. Così viene dunque deciso dalla Grande Camera, tuttavia con un numero particolarmente elevato di opinioni dissenzienti, come si accennava in apertura: certo, la giurisprudenza è granitica, ma la questione evidentemente dibattuta e controversa. I giudici dissenzienti¹¹² avrebbero dichiarato la violazione dell'art. 3, considerata la mancanza di una reale e tangibile prospettiva di rilascio: sottolineano che l'esistenza *de facto* di un tale rimedio debba comportare un'autentica ("*genuine*") possibilità di rilascio, assente invece nell'ordinamento cipriota, di cui ricordano le profonde carenze giurisdizionali già sottolineate in sentenza, che lo rendono inadatto ad offrire reali speranze al condannato a vita; ricordano la discrezionalità del rimedio, e la mancanza di garanzie adeguate contro un suo eventuale uso arbitrario. Inoltre sostengono l'esistenza di un *favor* internazionale verso il reinserimento sociale dei condannati, anticipando così la posizione che la Grande Camera accoglierà formalmente solo a partire dal caso *Vinter*: la domanda da porsi è se un termine di reclusione che mette a repentaglio la finalità rieducativa non debba essere esso stesso considerato un trattamento inumano e degradante¹¹³.

Ancora, e infine, merita di essere citata l'opinione separata parzialmente dissenziente del giudice Cabral Barreto. Costui ravvede una grossa mancanza nella ricostruzione dei fatti operata dalla Corte, e cioè la visita del Presidente della Repubblica al ricorrente detenuto. A seguito di un incontro tra la moglie/madre delle vittime del reato e il ricorrente, in cui questa chiedeva a quest'ultimo di fornirle il nome del mandante dell'omicidio¹¹⁴, era stato lo stesso Presidente a reiterare la richiesta al reo. Il condannato riportava che, in cambio dell'identificazione del mandante, gli erano stati

¹¹² Cfr. §§ 1-5 dell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandstrom, Spielmann e Jebens.

¹¹³ Cfr. § 5 dell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici sopracitati: "*Once it is accepted that the 'legitimate requirements of the sentence' entail reintegration, questions may be asked as to whether a term of imprisonment that jeopardises that aim is not in itself capable of constituting inhuman and degrading treatment*".

¹¹⁴ Il ricorrente era un *killer* professionista, altro elemento secondo il giudice non sufficientemente valorizzato.

offerti il rilascio anticipato, una somma di denaro e un impiego all'estero. Il Governo ovviamente negava una tale ricostruzione, sostenendo di aver solo promesso che tale collaborazione sarebbe stata presa in considerazione nell'esame di una eventuale richiesta di liberazione condizionale. Secondo l'autorevole opinione in questione, allora, dalla data prevista dalle autorità penitenziarie per il rilascio la reclusione del ricorrente avrebbe integrato gli estremi di una tortura, essendo protratta non, come si legge in sentenza, per la mancanza di un rimorso e per la pericolosità sociale del ricorrente, ma per il suo rifiuto di collaborare con le autorità. Il futuro del ricorrente sarebbe così la morte in carcere, perché una modifica della sua sentenza di condanna sarebbe possibile solo a discrezione del Presidente della Repubblica, e questo ha fatto visita al reo chiedendogli, senza successo, di rivelare il nome del mandante: il ricorrente, i suoi avvocati, e l'interno paese, secondo il giudice, sanno che il ricorrente non uscirà vivo dalla prigione, se non deciderà di collaborare¹¹⁵. Il ricorrente sarebbe dunque, seguendo la definizione datane dalla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, attualmente sotto tortura¹¹⁶, e non riconoscere una tale situazione sarebbe indegno per una Corte che si proclama a tutela dei diritti umani.

Le successive conclusioni della Corte, nei casi *Harkins e Edwards* e *Babar Ahmad e altri*, non si allontanano da quanto qui analizzato, considerata anche la somiglianza delle varie discipline della liberazione anticipata¹¹⁷. L'unica precisazione va fatta con

¹¹⁵ Cfr. § 9 dell'opinione parzialmente dissenziente del giudice Cabral Barreto: "*I find hypocritical to justify the applicant's continued imprisonment by the fact that he has not displayed 'significant remorse for his crimes'. It is worth noting the use of the word 'remorse' rather than 'confession' and the reference to the existence of 'significant danger to society' as opposed to a danger of the authorities facing criticism for their inability to identify the person behind the murder, since the applicant's release would serve as a reminder of the crime and of the fact that the unidentified powerful citizen at whose committed is still at large*".

¹¹⁶ Una tale ricostruzione, non vincolante ma sicuramente autorevole, verrà ripresa nell'analisi del nostro tipo di ergastolo c.d. ostativo, che presenta aspetti di profonda analogia con la situazione in esame.

¹¹⁷ Per quanto riguarda il primo caso, *Harkins e Edwards*, e in particolare la situazione del primo ricorrente, che sarebbe stato giudicato in Florida, esistono due rimedi per il condannato all'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata. Il primo è disciplinato dall'articolo 4, sezione 8(a), della Costituzione, che attribuisce al Governatore, con l'approvazione di due membri del suo gabinetto (il c.d. *Board of Executive Clemency*) il potere di concedere la grazia e commutare le sentenze, senza la previsione di alcuna limitazione legale con riferimento a quali fattori prendere in considerazione (la natura del crimine, l'abuso di droghe o alcool, la storia personale del reo, ...). Qualora la richiesta venga respinta, il condannato ha diritto di ripresentarla una volta trascorsi cinque anni. A norma del secondo, poi, l'imputato ha inoltre il diritto di chiedere la commutazione della sentenza qualora dovesse ammalarsi, e presentare una richiesta per l'annullamento della propria sentenza di condanna, in quanto divenuta pena inumana e degradante.

Per quanto riguarda il secondo ricorrente, invece, i rimedi dipendono dal tipo di pena che sarebbe stato scelto nello Stato del Maryland, una volta concessa l'extradizione richiesta: se ergastolo con possibilità di

riferimento al caso *Harkins e Edwards*: a differenza di quanto provato a sostenere dal Governo del Regno Unito, la possibilità di appello della sentenza di condanna¹¹⁸ non sarebbe rilevante per quanto riguarda la valutazione della sua riducibilità.

Questa la giurisprudenza con cui si arriva al caso *Vinter*, primo formale momento di rottura con l'impostazione precedente: la Corte prende atto di una mutata sensibilità intorno al tema, e della formazione di un *consensus* circa il diritto del detenuto ad un percorso di reinserimento. Tale giudizio si articola in due fasi: i ricorsi erano infatti stati assegnati e decisi dalla Quarta sezione il 17 gennaio 2012. Tuttavia i ricorrenti, dopo la sentenza, avevano formulato istanza affinché il caso fosse rinviato innanzi alla Grande Camera, ai sensi dell'art. 43 della Convenzione¹¹⁹. La richiesta era stata accolta, e così la causa era stata rinviata alla Grande Camera, ed è stata proprio quest'ultima pronuncia a ribaltare l'orientamento consolidato della Corte in tema di ergastolo.

liberazione anticipata, o ergastolo senza tale possibilità. Qualora fosse applicato il primo tipo di pena (*life imprisonment*), questa avrebbe dovuto essere espiata per quindici anni prima che potesse essere richiesta la liberazione, che avrebbe dovuto inoltre essere approvata dal Governatore. Nel caso del secondo tipo di pena (*life imprisonment without parole*), invece, gli unici rimedi previsti sarebbero stati i poteri discrezionali del Governatore di grazia e commutazione, analoghi a quelli analizzati con riferimento allo Stato della Florida.

Nella seconda sentenza, invece, *Babar Ahmad e altri*, viene in considerazione la legislazione americana dello Stato del Colorado, dove, per quanto riguarda la reclusione a vita, questa può essere, come nei casi precedentemente analizzati, accompagnata dalla possibilità di liberazione o no. In questo secondo caso, esistono quattro rimedi attraverso i quali una sentenza di condanna alla reclusione a vita può essere ridotta, ed essi sono: una sentenza giudiziaria di riduzione emessa sulla base di una mozione del Direttore del carcere in ragione di straordinari e urgenti motivi, di solito riguardanti malattie terminali dei detenuti (e i ricorrenti sottolineano come la speranza di rilascio per morire fuori dalle mura carcerarie non possa essere considerata una reale speranza: la Corte non ascolta tale argomentazione nella decisione in esame, ma successivamente sarà lei stessa ad evidenziare tale aspetto nella sentenza *Vinter e altri*, con riferimento ad un analogo istituto esistente nell'ordinamento inglese); entro un anno dalla condanna, riduzione giudiziaria della sentenza a richiesta del Governo, qualora il convenuto abbia fornito elementi essenziali per le indagini nei confronti di una terza parte (e i ricorrenti premono, tuttavia senza successo, sulla natura politica ed esecutiva, anziché giudiziaria, dell'organo cui è rimessa l'iniziativa); riduzione giudiziaria della condanna, qualora il convenuto sia stato condannato sulla base di linee guida successivamente modificate dalla Commissione competente (solo però qualora la Commissione abbia dichiarato la modifica retroattiva); infine, commutazione della pena da parte del Presidente.

¹¹⁸ Si trattava nello specifico del caso del secondo ricorrente, per il quale la legislazione del Maryland prevede la possibilità di far riesaminare la sentenza da un *panel* di tre giudici in appello.

¹¹⁹ Ai sensi di tale disposizione: "Entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera.

Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale.

Se il collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza".

Per quanto riguarda la pronuncia della Quarta sezione, questa decide sulla base della consolidata giurisprudenza esistente fino a quel momento, prendendo in considerazione anche le conclusioni raggiunte in merito dai giudici britannici.

Occorre innanzi tutto ricordare la legislazione inglese, e i meccanismi la cui compatibilità con la Convenzione le diverse Corti si trovano a vagliare. L'attuale disciplina dell'istituto¹²⁰ prevede per il reato di omicidio la pena dell'ergastolo obbligatorio, che viene dunque inflitta dal giudice senza possibilità di ulteriori valutazioni. L'inflizione obbligatoria dell'ergastolo e la determinazione di un periodo minimo di carcerazione da espiare sono rimessi al medesimo organo giudiziario, in funzione della gravità del reato e secondo criteri legislativamente determinati dal *Criminal Justice Act*, secondo i quali per i reati meno gravi occorre partire da un periodo minimo di quindici anni, elevato a trenta nelle situazioni di gravità particolarmente elevata. Il termine minimo di pena deve essere integralmente scontato, senza possibilità di *early release*, e l'eventuale rilascio anticipato è riservato alla competenza del *Parole Board*, apposita commissione indipendente dal potere esecutivo che opera sulla base di una procedura assistita da garanzie giurisdizionali, previa valutazione della pericolosità sociale del detenuto. Nei casi di maggiore gravità il giudice può inoltre infliggere il c.d. ergastolo effettivo (*whole life order*), prevedendo che il condannato rimanga in carcere per l'intera vita, e questa era la pena stabilita nei casi dei ricorrenti. L'unico rimedio offerto a tale categoria di detenuti è rappresentato dal potere di liberazione, non delegabile e discrezionale, attribuito al Segretario di Stato, esercitabile soltanto per motivi umanitari, qualora il condannato sia affetto da malattia

¹²⁰ La normativa è stata modificata da una riforma intervenuta nel 2003. Tuttavia, occorre accennare anche alla normativa precedente, in quanto in vigore al momento della condanna di due dei ricorrenti. Per l'omicidio la pena prevista è l'ergastolo obbligatorio (*mandatory sentence of life imprisonment*), che viene dunque inflitta dal giudice senza possibilità di ulteriori valutazioni. Successivamente, il Segretario di Stato alla Giustizia (*Home Secretary o Secretary of State*), su raccomandazione del giudice e del *Lord Chief Justice*, fissava il periodo punitivo della pena (*tariff*), ovvero il periodo minimo di carcerazione da espiare, prima di poter accedere ad una liberazione condizionale anticipata; in alternativa, il ministro poteva anche fissare, per i reati giudicati di maggiore gravità e allarme sociale, un periodo punitivo a vita (*whole life tariff*), con l'impegno di riesaminare la misura dopo venticinque anni di reclusione. Tale possibilità di revisione veniva concessa in considerazione degli eccezionali progressi che il condannato avesse raggiunto durante la detenzione. Nel 1999, con la sentenza *V. and T. v. United Kingdom*, la Corte europea giudicò tuttavia il potere attribuito al ministro, e dunque ad un membro dell'esecutivo, organo politico, non conforme alle garanzie del giusto processo, proclamate dall'art. 6 della Convenzione. Allora, nel 2002, con la sentenza *R. v. Secretary of State for the Home Department*, la *House of Lords* proclamò il sistema incompatibile con la CEDU, e nel 2003 intervenne il *Criminal Justice Act*, giurisdizionalizzando l'intera procedura.

incurabile in fase terminale o da grave invalidità, e non più considerato socialmente pericoloso¹²¹.

Considerato dunque l'ordinamento inglese, la Quarta sezione ricorda che la compatibilità di questo con l'art. 3 CEDU era già stata precedentemente vagliata dalla *Court of Appeal* inglese nel caso *Bieber*¹²², con esito positivo: una violazione avrebbe potuto ravvisarsi solo qualora la protrazione della detenzione del condannato non risultasse più sorretta da alcuna ragione giustificativa, punitiva o preventiva, e il ministro mancasse di esercitare il proprio potere di liberazione condizionale (essendo tenuto, sulla base dello *Human Rights Act* del 1998, ad interpretare ed applicare la legge in modo compatibile con i diritti riconosciuti dalla Convenzione). Pur esprimendo serie perplessità in merito alla disciplina della liberazione condizionale per motivi umanitari, più severa di quella in materia di grazia analizzata nel caso *Kafkaris*, la camera decideva tuttavia, con una maggioranza di quattro giudici su sette, per una non-violazione, in quanto nessuno dei ricorrenti aveva dimostrato che il suo mantenimento in detenzione perseguisse uno scopo illegittimo della pena¹²³: non essendo possibile dimostrare la mancanza di una ragione giustificativa della pena, non appare ai giudici necessario esaminare l'ulteriore profilo della compatibilità generale dell'ordinamento inglese con il requisito della riducibilità della sentenza, che viene invece posto in risalto nell'opinione parzialmente dissenziente di tre diversi giudici¹²⁴, la quale di nuovo, come si è visto

¹²¹ Si segnala, per completezza, che ai fini di garantire un giusto processo, poi, è stato introdotto un regime specifico per tutti i condannati durante la vigenza della precedente disciplina, concedendo la possibilità di rivolgersi alla *High Court* per ottenere un riesame della misura, procedimento in cui la Corte può disporre un nuovo periodo minimo di carcerazione o confermare l'ergastolo effettivo, senza tuttavia poter infliggere una condanna più grave di quella imposta dal giudice di primo grado.

¹²² *R. v. Bieber* [2009] 1 WLR 223.

¹²³ Gli scopi legittimi della pena vengono identificati dalla Corte in retribuzione, deterrenza, protezione della collettività e risocializzazione; qualora dunque, dopo anni di espiazione, fosse presente anche solo più quello della retribuzione, (nell'ottica per cui per cui il condannato avrebbe commesso un crimine talmente grave da non meritare di ottenere mai più la libertà), l'ergastolo continuerebbe a rappresentare una pena legittima (vedremo nello proseguo come tale orientamento della Corte muterà nel tempo, arrivando a proclamare la rieducazione fine cardine della pena: secondo le parole del giudice Ann Power-Forde, che allega alla seconda sentenza *Vinter* la propria opinione concordante: "Gli autori degli atti più odiosi ed estremi che infliggono ad altri sofferenze indescrivibili conservano comunque la loro umanità fondamentale e hanno la capacità intrinseca di cambiare. Per quanto lunghe e meritate siano le pene detentive inflitte loro, essi conservano la speranza che, un giorno, potranno riscattarsi per gli errori commessi").

¹²⁴ "However, on the Article 3 issue of inhuman or degrading treatment we conclude that there was a procedural infringement by reason of the absence of some mechanism that would remove the hopelessness inherent in a sentence of life imprisonment from which, independently of the circumstances, there is no possibility whatsoever of release while the prisoner is still well enough to have any sort of life

nella sentenza *Kafkaris*, anticipa in parte i successivi sviluppi giurisprudenziali. Costoro, infatti, sostengono che sia necessario prevedere un meccanismo di riesame sin dal momento dell'imposizione della condanna, senza dover attendere che nessuno scopo della pena risulti più presente nel caso concreto¹²⁵, perché “*the Article 3 problem does not consist merely in keeping the prisoner in detention longer than would be justified [...]. Kafkaris shows that it consists, equally importantly, of depriving him of any hope for the future, however tenuous that hope may be*”.

Il giudizio passa poi, come accennato, al vaglio della Grande Camera: il 28 novembre si svolge udienza pubblica nel Palazzo dei diritti dell'uomo a Strasburgo, e il 9 luglio 2013 viene resa la sentenza finale. Il Governo cerca di difendere, sulla base della mancanza di un *consensus* internazionale in tema di pena perpetua, la politica penale del Regno Unito, fissata da lunga data e condivisa dai tribunali nazionali e dal Parlamento: alcuni crimini sarebbero dunque talmente gravi da richiedere l'ergastolo a soli fini repressivi. La Convenzione non imporrebbe alcun meccanismo di riesame delle pene perpetue, potendo queste non porre mai problemi di compatibilità con l'art. 3, allorché la detenzione rimanesse, per tutto il tempo, giustificata da uno dei motivi legittimi della pena. Anche i ricorrenti ammettono la possibilità di mantenere in detenzione per la sua intera vita un condannato che continui a rappresentare un pericolo per la società, tuttavia i moderni principi di diritto imporrebbero un costante bilanciamento con il principio cardine della dignità umana, offesa qualora una pena dovesse continuare ad essere imposta per mere finalità retributive, senza una adeguata valutazione dei cambiamenti intervenuti nel reo durante la carcerazione: una tale pratica annienterebbe direttamente l'animo umano; il principio del reinserimento del reo sarebbe ormai predominante nelle politiche penali europee, e dall'abolizione della pena di morte l'ergastolo effettivo sarebbe l'unica sanzione a porsi in contraddizione con tale principio. La Corte prende allora una posizione in parte nuova; il requisito di base rimane la riducibilità della sentenza, la possibilità di accedere ad un riesame che possa portare alla liberazione, ma il controllo si fa più stringente: il riesame deve essere basato sui progressi del condannato, e la riducibilità *de facto* viene vagliata con maggiore attenzione. Viene

outside prison” (cfr. opinione parzialmente dissenziente dei giudici Garlicki, David Thór Björgvinsson e Nicolau).

¹²⁵ Questo andrà successivamente a rappresentare l'ultimo requisito richiesto per la legittimità dell'ergastolo (cfr. § 2.4).

dunque ripensato il *test* sulla riducibilità, rivolto adesso verso il valore supremo della dignità umana dei detenuti e la funzione rieducativa della pena. La considerazione che il condannato possa in pratica rimanere recluso per tutta la durata della sua vita, in quanto ancora socialmente pericoloso, di nuovo non implica un contrasto con il divieto in esame, ma il diritto nazionale deve offrire la possibilità di rivedere la pena perpetua al fine di commutarla, sospenderla o porvi fine; per scongiurare qualsiasi violazione è necessario offrire al condannato sia una possibilità di liberazione che una possibilità di riesame, perché nessuno può essere detenuto se non siano più presenti motivi legittimi inerenti alla pena che giustifichino la protrazione della carcerazione. La Grande Camera conferma l'argomento già speso dai ricorrenti¹²⁶ secondo cui l'equilibrio tra le diverse funzioni della pena non è immutabile, e può evolversi durante l'esecuzione della pena: tali fattori possono allora essere correttamente valutati soltanto attraverso un riesame della situazione del detenuto. E ove, dunque, l'ordinamento nazionale non preveda un tale procedimento, si pongono problemi in riferimento all'art. 3.

I giudici appoggiano i nuovi ragionamenti su un mutato *consensus*: sia il diritto europeo che quello internazionale sosterebbero ormai il principio secondo il quale debba essere riconosciuta, a tutti i detenuti, qualunque sia la durata della pena loro inflitta e la gravità del reato da loro commesso, la possibilità di correggersi e una prospettiva di liberazione in caso di esito positivo del percorso: la detenzione avrebbe ormai quale obiettivo principale il reinserimento del reo.

Inoltre, una persona privata di ogni prospettiva di liberazione non sarà mai messa nella posizione di potersi riscattare, e (come ammesso dalla Corte costituzionale tedesca in una sentenza resa in tema di ergastolo esplicitamente richiamata dai giudici di Strasburgo) risulta incompatibile con il valore supremo della dignità umana privare un essere umano della sua libertà senza almeno offrire la possibilità di recuperarla un giorno. L'ergastolo effettivo potrebbe rappresentare una giusta pena nel momento dell'inflizione, ma dimostrarsi ingiusta e sproporzionata con il passare del tempo: da qui la necessità di prevedere un riesame, dopo un determinato numero di anni e successivamente periodico, della situazione del detenuto.

¹²⁶ Questi avevano sostenuto che la pena loro inflitta fosse incapace di valutare un'evoluzione che avrebbe potuto prodursi nel tempo tra i diversi scopi della pena, e che l'ergastolo protratto a soli fini punitivi violasse la dignità umana.

Ciò su cui invece la Corte non ritiene di poter sindacare è la natura, amministrativa o giudiziaria, di un tale riesame, e il momento in cui debba avere luogo, purché vi sia un'autorità preposta a tale verifica, e che operi sulla base di criteri oggettivi, predeterminati e conoscibili dal condannato.

Per quanto riguarda, dunque, le conclusioni nel merito della presente causa, la Corte si dichiara innanzi tutto non convinta dalle ragioni addotte dal Governo per spiegare la mancanza di un riesame dopo venticinque anni, esistente prima della riforma del 2003. Ma il punto chiave del ragionamento è la mancanza di chiarezza della legislazione che disciplina le possibilità di liberazione per i condannati all'ergastolo: dovendo la Corte esaminare le normative nazionali così come espresse nelle norme pubblicate e nell'interpretazione fornite dalla giurisprudenza, e anche come applicate nella pratica, viene rilevato un contrasto tra la politica restrittiva di concessione della liberazione espressamente enunciata ed applicata dal ministro¹²⁷, e la lettura della disposizione resa nella causa *Bieber*¹²⁸, formalmente corretta ma non in linea con la prassi effettivamente seguita¹²⁹. Attualmente, sottolinea la Corte, l'esito di una richiesta di liberazione sarebbe incerto: nessuno potrebbe dire se il ministro seguirebbe la sua attuale politica restrittiva, o se invece applicherebbe il criterio del rispetto dell'art. 3 enunciato nella sentenza *Bieber*, e la possibilità di rivolgersi successivamente ad un organo giudiziario per la revisione della decisione non appare alla Corte sufficiente ad ovviare alla mancanza di chiarezza della normativa. L'ordinanza di scarcerazione, per di più, non indica la possibilità che hanno i detenuti di chiedere, in un determinato momento durante l'esecuzione della pena, la liberazione per motivi inerenti alla stessa, mentre il

¹²⁷ Secondo l'ordinanza dell'amministrazione penitenziaria in vigore, la liberazione può essere ordinata solo in alcuni casi elencati in maniera tassativa: il detenuto deve essere affetto da malattia incurabile in fase terminale o da grave invalidità e deve essere stato stabilito che il rischio di recidiva è minimo, che il mantenimento in detenzione ridurrebbe l'aspettativa di vita del detenuto, che sono state adottate le disposizioni adeguate per curare quest'ultimo fuori dal carcere e che una liberazione anticipata sarebbe veramente nell'interesse del detenuto o della sua famiglia.

¹²⁸ Secondo la quale, sulla base del tenore letterale dell'art. 30 della legge del 1997, il ministro avrebbe il potere, ampio e non vincolato, di liberare i detenuti di tutte le categorie, e nell'esercizio di tale prerogativa sarebbe tenuto ad agire conformemente alla Convenzione, così potendo scarcerare tutti i detenuti per i quali la detenzione non risulti più legata ad alcuno scopo legittimo.

¹²⁹ Come *supra* detto, il controllo sulla autenticità delle possibilità (come auspicato dalla minoranza in *Kafkaris*) si fa più stringente. Diversi ricorrenti avevano precedentemente portato all'attenzione della Corte i limitatissimi casi di effettiva concessione delle misure per la liberazione previste dagli ordinamenti, ma il punto non era mai stato ripreso tra le conclusioni dei giudici, i quali si erano fermati al vaglio della astratta previsione normativa. Nel presente caso, invece, la Grande Camera sembra tenere in considerazione la asserzione dei ricorrenti secondo la quale nessun condannato all'ergastolo effettivo sarebbe mai stato rilasciato.

nuovo indirizzo interpretativo della Corte esige che l'ergastolo rimanga una sanzione giusta e proporzionata in riferimento ai "mutamenti indotti nella personalità del reo dal trascorrere del tempo e dal suo impegno di riscatto"¹³⁰. L'esistenza di un riesame, dopo un certo numero di anni e successivamente periodico, della sentenza di condanna, al fine di verificare che l'esecuzione della pena sia ancora giustificata da uno dei motivi legittimi ad essa ascrivibili diventa così condizione imprescindibile per la conformità della disciplina nazionale alla Convenzione. Allora, i poteri di clemenza presidenziali, ove di natura discrezionale e imprevedibili e qualora rappresentino l'unico modo di ottenere una liberazione anticipata, non sono più sufficienti a scongiurare una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti, e la detenzione risulta illegittima.

Anche qualora il detenuto dovesse riuscire a soddisfare le condizioni estremamente restrittive poste per l'accessione ad una liberazione condizionale per motivi umanitari, infine, la Corte non è persuasa che possa essere considerata una vera liberazione (limitandosi a permettere al condannato di morire in un luogo diverso dalla prigione), e che possa corrispondere a quanto previsto dall'espressione "prospettiva di scarcerazione" utilizzata nella sentenza *Kafkaris*.

Alla luce di tali argomentazioni, la Corte non è convinta che le pene perpetue inflitte ai ricorrenti possano essere definite riducibili, e si risolve dunque, sedici voti contro uno, per una dichiarazione di violazione dell'art. 3 per ciascuno dei ricorrenti¹³¹.

A fine della sentenza sono poi allegate quattro opinioni separate di quattro distinti giudici. È il giudice Power-Forde ad utilizzare per la prima volta, in una di queste, la nota espressione "diritto alla speranza": la sentenza riconosce infatti esplicitamente "che la speranza è un aspetto importante e costitutivo della persona umana"¹³², e impedire di nutrire un tale sentimento sarebbe degradante, in quanto negazione di un aspetto fondamentale dell'umanità di ciascuno.

Dunque, secondo una nuova prospettiva ispirata a canoni di umanità della pena e costante rispetto della dignità dell'individuo detenuto, non è più sufficiente una tutela "negativa" (volta al mantenimento delle facoltà preesistenti alla situazione carceraria); lo Stato deve assicurare una tutela "positiva" del detenuto, offrendogli proposte

¹³⁰ Antonio Balsamo, *La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"*, in *Cass. Pen.*, cit.

¹³¹ Si segnala, per completezza, che la pronuncia di violazione non comporta, comunque, il rilascio dei ricorrenti, decisione rimessa alle autorità britanniche, in quanto non in discussione dinanzi alla Corte la questione della attuale o meno legittimità della detenzione.

¹³² Cfr. § 1 dell'opinione concordante del giudice Power-Forde.

trattamentali finalizzate alla rieducazione, la quale dovrà poi essere periodicamente valutata ai fini della scarcerazione. La risocializzazione del reo sta così diventando un principio cardine anche a livello europeo, come nel nostro ordinamento già prescritto dall'articolo 27, comma terzo, della Costituzione.

La nuova impostazione giurisprudenziale porta allora a successive dichiarazioni di violazioni, fondate sul rilievo che i meccanismi analizzati non permettono al detenuto di sapere quali siano le condizioni effettive per una liberazione, e dunque cosa egli sia tenuto a fare e a dimostrare per poter essere rilasciato, e non garantiscono un'adeguata valutazione dei progressi compiuti durante la detenzione. Così nella sentenza *Làszlò Magyar*, in cui la Corte prende in considerazione la mancanza di un obbligo presidenziale di valutare la sussistenza o meno, al momento della richiesta di clemenza¹³³, di legittime ragioni della pena che giustifichino ancora la detenzione, la mancanza di criteri o condizioni predeterminati da prendere in considerazione nell'esame della richiesta e poi nella eventuale concessione della misura, la mancanza di un obbligo di motivazione del provvedimento decisorio¹³⁴; e si risolve, allora, all'unanimità, per una decisione di violazione¹³⁵ dell'art. 3 CEDU¹³⁶.

¹³³ In Ungheria, ai sensi della sezione 47/A del codice penale, esistono due tipi di ergastolo. Se il giudice ritiene di imporre sentenza di condanna alla reclusione a vita, decide nello stesso giudizio se concedere la possibilità di liberazione condizionale, oppure escluderla, imponendo al condannato, in tale ultimo caso, di passare il resto della propria vita in carcere. In caso di ammissione alla liberazione condizionale, questa può essere concessa dopo venti o trenta anni di effettiva espiazione, a seconda del tipo di reato. Per entrambi i tipi di detenuti, l'articolo 9 della Legge Fondamentale prevede il rimedio (unica strada percorribile nel caso di ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale, condanna imposta al ricorrente) della grazia presidenziale individuale; ai sensi della medesima disposizione, ogni decisione del Presidente della Repubblica deve essere controfirmata da un membro del Governo.

Le sezioni 597 e 598 del codice di procedura penale disciplinano poi tale procedimento. La domanda per la concessione della grazia deve essere presentata, *ex officio* o dietro richiesta (del detenuto, del suo avvocato o dei suoi congiunti), al Presidente della Repubblica dal Ministro di giustizia, tenuto a detta trasmissione anche ove non approvi la richiesta. Qualora la richiesta riguardi una pena non ancora eseguita, essa deve essere rivolta al giudice di primo grado, tenuto ad acquisire tutte le informazioni sul condannato necessarie alla decisione e a trasmettere i documenti del caso al Ministro di giustizia.

¹³⁴ Nel processo interviene anche, in qualità di terza parte, il *Hungarian Helsinki Committee* (HCC), un'organizzazione non-governativa per la protezione dei diritti umani con sede a Budapest. Questa rafforza, nella propria esposizione, le argomentazioni del ricorrente (che saranno poi quelle poste alla base della decisione di violazione della Corte), sostenendo che il sistema ungaro non offra una reale e concreta speranza di liberazione secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte, a causa di diversi aspetti della natura della grazia presidenziale: la discrezionalità, la mancanza di motivazione nel caso di rigetto della richiesta, la mancanza di linee-guida in merito agli aspetti da tenere in considerazione nel pervenire ad una decisione, la mancanza di pubblicità e dati dettagliati con riferimento alle decisioni di accoglimento.

¹³⁵ Il Governo aveva tentato, nella sua difesa, di ricordare alla Corte un suo stesso precedente, il caso *Torkoly* (sent. 5 aprile 2011, *Torkoly c. Ungheria*, ric. n. 4413/06): in quest'ultima fattispecie, infatti, i giudici di Strasburgo si erano dichiarati soddisfatti dell'esistenza della grazia presidenziale, concludendo che nell'ordinamento interno esisteva così una prospettiva di liberazione, considerato che i detenuti erano

Lo stesso tipo di motivazione, ormai liquidata in poche righe, ritroviamo nella sentenza *Trabelsi*, nonostante in questo caso esistesse un maggior numero di rimedi¹³⁷, perché ciò che interessa la Corte è la qualità dei meccanismi approntati dall'ordinamento nazionale. Neanche interessa alla Corte, che, a differenza che nel precedente caso *Vinter*, vi fosse in questo caso la possibilità di scelta discrezionale del giudice in merito al tipo di pena da infliggere: indipendentemente dalle garanzie del giusto processo, dalla proporzionalità della pena, e di qualunque altro fattore, deve esistere un riesame della sentenza, e questo deve rispondere alle nuove condizioni. Per quanto vi sia, nel caso sottoposto al suo esame, una prospettiva di liberazione, come analizzata e richiesta nel caso *Kafkaris* (anche se possono essere espressi dei dubbi in merito alla concretezza di una tale prospettiva nella pratica¹³⁸), nessuna delle procedure previste dall'ordinamento

liberi di richiedere il provvedimento in qualunque momento della loro esecuzione, e per un numero di volte illimitato. La Corte, tuttavia, esclude la somiglianza paventata dal Governo: in quel caso, infatti, la possibilità di liberazione anticipata non era esclusa dalla stessa sentenza di condanna, come invece nel caso del ricorrente, e la grazia presidenziale andava solo ad aggiungersi come possibilità ulteriore. Nel presente caso, invece, in cui rappresenta l'unica strada percorribile per un rilascio anticipato, occorre uno scrutinio più stringente dei requisiti. Dunque, il meccanismo della grazia presidenziale non è in sé incompatibile con la Convenzione, ma non può rappresentare l'unico rimedio previsto per i condannati a reclusione a vita.

¹³⁶ La Corte inoltre, al § 71 della sentenza, riconosce che il caso in esame palesa un problema strutturale che può far sorgere analoghi ricorsi: la natura della violazione riscontrata suggerisce che lo Stato convenuto appronti una riforma generale del sistema di revisione delle condanne a vita, che possa garantire i requisiti enucleati dalla propria giurisprudenza. Si tratta dunque di una sentenza pilota.

¹³⁷ Il ricorrente sarebbe stato condannato in Virginia alla pena della reclusione perpetua, per la quale la legislazione interna prevede tre meccanismi di riduzione. Secondo la *rule* 35 delle Regole federali di procedura penale, esiste una possibilità di riduzione giudiziaria della sentenza qualora il reo collabori nelle indagini nei confronti di una terza persona, e il Governo ne faccia richiesta entro un anno dalla condanna; qualora invece la richiesta del Governo non rispetti il termine annuale, la corte può ridurre la sentenza ove la collaborazione dell'imputato riguardi informazioni non precedentemente note a quest'ultimo; oppure riguardi informazioni rese entro anno dalla condanna, ma divenute utili al Governo solo successivamente; oppure infine la collaborazione riguardi informazioni la cui utilità non poteva ragionevolmente essere immaginata dall'imputato prima di un anno dalla condanna e questo si sia poi prontamente adoperato per renderle note al Governo. Ancora, con mozione dell'Ufficio Federale dei Penitenziari, la Corte può ridurre la condanna qualora vi siano straordinarie ed impellenti ragioni che non potevano essere ragionevolmente previste al tempo della condanna, oppure il ricorrente abbia superato i settant'anni di età, abbia passato almeno trent'anni in carcere e le autorità penitenziarie abbiano certificato che non rappresenta un pericolo per la sicurezza. Infine, l'articolo 2 della Costituzione prevede poteri presidenziali di commutazione e riduzione delle sentenze in caso di condanna per reati federali. La legge fondamentale non delimita il discrezionale potere presidenziale, ma il Codice di Regole Federali stabilisce che occorre aspettare cinque anni dopo la condanna per poter essere ammessi alle misure e presentare una petizione dettagliata con le ragioni che potrebbero giustificare il rilascio, la quale viene valutata dal Procuratore per la grazia (sottoministro del Ministero della Giustizia), che formula la propria (non vincolante) raccomandazione al Presidente, cui spetta la decisione finale e non appellabile (ma la medesima richiesta è reiterabile trascorsi due anni dal diniego).

¹³⁸ Il ricorrente fa notare che le note diplomatiche inviate dalle stesse autorità statunitensi si riferiscono ad un solo caso in cui, nonostante la condanna fosse intervenuta per gravi crimini connessi alla sicurezza nazionale, è stata concessa la commutazione della sentenza, e inoltre ammettono esplicitamente che nessuna misura è mai stata concessa a condannati per terrorismo, come il ricorrente (il quale, peraltro,

americano risponde ai nuovi requisiti stabiliti dalla “giurisprudenza *Vinter*”: non permette alle autorità nazionali di verificare, sulla base di criteri oggettivi e prestabiliti di cui il detenuto abbia chiara conoscenza al momento dell’imposizione della condanna, se nel corso dell’espiazione i cambiamenti e progressi attuati dal detenuto siano tali da non giustificare la protrazione della sua detenzione.

Leggermente più complesso, e decisamente interessante ai fini della nostra esposizione, è il ragionamento seguito nell’ultima delle sentenze qui analizzate, il caso *Harakchiev e Tolumov*. Il primo ricorrente viene condannato all’ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata¹³⁹, pena prevista solo per i più gravi reati intenzionali, imposta solo ove gli scopi legittimi della pena¹⁴⁰ non possano essere raggiunti con una sanzione di minore intensità. Nessun reato è astrattamente punibile solo con questa pena¹⁴¹, ed è rimessa alla discrezionalità dell’organo giudiziario la scelta tra i due tipi di ergastolo¹⁴². L’unico modo di ottenere un rilascio anticipato, in caso di condanna ad un *whole life imprisonment*, è la concessione della grazia presidenziale, regolata dall’articolo 98, punto 11, della Costituzione, e dall’articolo 74 del codice penale. Si tratta di un potere discrezionale che il Presidente della Repubblica ha dal 1991 tradizionalmente delegato al Vice-Presidente, e il suo esercizio non è soggetto ad alcun riesame da parte di un organo giudiziario. Nel 2012 interviene a chiarire i connotati di tale potere una decisione della Corte costituzionale, secondo la quale tale prerogativa sarebbe l’equivalente moderno dell’istituto della grazia reale, basata su un principio umanitario;

viene a sua detta perseguito nel contesto di una vera e propria guerra, dopo gli avvenimenti del 11 settembre 2001, al terrorismo islamico).

¹³⁹ Questa pena è stata introdotta nel 1998 per sostituire la pena di morte, abolita il 27 dicembre dello stesso anno.

¹⁴⁰ Identificati dal codice penale bulgaro del 1968 in rieducazione e risocializzazione del condannato, deterrenza speciale e deterrenza generale.

¹⁴¹ Si segnala, per completezza, che in Bulgaria esiste anche un altro tipo di ergastolo, con possibilità di liberazione anticipata. Mentre fino al 1986 la massima pena detentiva possibile erano stati vent’anni di reclusione, poi elevati a trenta, nel 1995 viene introdotta una nuova pena, la reclusione a vita; secondo quanto stabilito dal codice di procedura penale, questa è commutabile da una corte regionale, su richiesta della pubblica accusa, in trent’anni di detenzione, dopo l’effettiva espiazione dei primi venti; in caso di decisione negativa, questa può essere impugnata davanti alla giurisdizione superiore, e non può essere ulteriormente proposta per i due anni successivi.

¹⁴² Si segnala, per completezza, che il 31 gennaio 2014 il Governo ha presentato al Parlamento una proposta di riforma del codice penale, la quale abolisce la pena del *whole life imprisonment* (in quanto, secondo la nota che accompagna il progetto di riforma, questa “*is at present perceived as too inhuman on account of the lack of any hope for the persons sentenced to it*”), mantenendo soltanto la possibilità di condannare al *life imprisonment*, commutabile in reclusione per quindici anni qualora il condannato abbia già scontato quindici anni di pena e abbia dimostrato la propria rieducazione. Tuttavia, il progetto di legge non è, al momento della pronuncia della Corte europea, ancora stato varato.

per questo motivo non può essere legata a ragioni specifiche predeterminate, ma deve essere esercitata (dal momento in cui la sentenza diviene definitiva) sulle basi delle particolarità del caso (è implicito nella Costituzione, a detta dei giudici supremi, che non deve essere esercitata in modo del tutto arbitrario, e che la decisione debba essere riferita all'esigenza di dare effettività a valori e principi costituzionali che non possono essere protetti da astratte disposizioni di legge: ne consegue che la Costituzione richiede che il Presidente, nell'utilizzo di tale prerogativa, tenga in considerazione i principi di equità, umanità, compassione e clemenza, e la salute e la situazione familiare del condannato). La grazia può consistere in una commutazione, totale o parziale, della condanna, o nella sua sostituzione con una pena meno severa (e la decisione è irrevocabile), ma non può essere sottoposta a condizioni, e il Presidente non è tenuto ad esplicitare i motivi della decisione; tuttavia, se i motivi vengono comunque resi noti in un decreto (non soggetto ad obbligo di pubblicazione nella *State Gazette* e di natura non amministrativa, dunque non impugnabile innanzi ad autorità giudiziaria), quest'ultimo può vincolare le successive decisioni qualora fondate su identiche circostanze. Sarebbe dunque lecito esplicitare le modalità di utilizzo di tale potere in uno statuto (ed anzi, una tale prassi renderebbe l'esercizio di tale potere stabile e trasparente), ma non è possibile al Parlamento definire o circoscrivere i motivi per i quali possa essere richiesta o esercitata la grazia, come anche escluderla per determinati reati o autori di reato.

Per decidere il caso in esame, la Corte esordisce con una sintesi dei suoi principi; proprio a detta di quest'ultima, infatti, il caso *Vinter* ha dato origine ad un vero e proprio *overruling* della propria giurisprudenza in merito alle condanne a vita, e si rende necessaria una sintesi dei principi ora applicabili¹⁴³. Per quanto riguarda poi la decisione sul caso concreto sottoposto al suo scrutinio, la Corte ricorda che l'articolo 74 c.p. è stato modificato, con efficacia vincolante a partire dall'ottobre 2006, nel senso di

¹⁴³ La Corte individua dunque quattro aspetti fondamentali, che è bene ricordare:

- a. riducibilità della sentenza (intesa quale presenza di un riesame che consenta alle autorità nazionali di considerare se i cambiamenti intervenuti nella vita del detenuto e i progressi compiuti durante l'espiazione della pena siano così significativi da delegittimare la protrazione della detenzione);
- b. margine di apprezzamento degli Stati contraenti, per cui non è compito della Corte prescrivere la forma – esecutiva o giudiziaria – del riesame, e il momento temporale in cui debba essere concesso;
- c. violazione automatica dell'articolo 3 laddove un tale riesame non sia previsto;
- d. consapevolezza delle condizioni per il riesame al momento dell'inflizione della sentenza di condanna: il detenuto non può essere obbligato ad espriare un certo numero di anni di pena prima di poter lamentare una violazione dell'art. 3.

permettere l'utilizzo dei poteri presidenziali di grazia anche con riferimento ai condannati al *whole life imprisonment*: dunque, da quel momento, la sentenza del ricorrente può essere considerata *de jure* riducibile; occorre verificare se lo fosse anche prima, essendo il ricorrente stato condannato tre anni prima. Sulla base di diversi rilievi (la mancanza di precedenti interni di commutazione, l'incertezza documentata dai dibattiti parlamentari sull'introduzione del *whole life imprisonment*, la mancanza di una disposizione chiara di legge, la mancanza di un'univoca interpretazione, ecc.), non è persuasa della precedente riducibilità, sia *de jure* che *de facto*, della condanna imposta al ricorrente. Secondo il meccanismo attuale, invece, vista l'istituzione della *Clemency Commission*¹⁴⁴ e l'interpretazione vincolante dei poteri presidenziali fornita dalla Corte costituzionale, esiste una considerevole chiarezza intorno alle modalità di utilizzo di tali prerogative, e profonde garanzie che saranno utilizzate in modo prevedibile, oltre alla maggiore trasparenza che ora accompagna l'intera procedura¹⁴⁵. Allora, se la prassi domestica dovesse proseguire sulla stessa linea tracciata a partire dal 2012, i *whole life imprisonment* potranno essere considerati *de facto* riducibili, e così deve essere valutata la condanna del ricorrente a partire dagli inizi del 2012. Lo stesso non può essere detto per il periodo di tempo compreso tra il 2002 e il 2012, in cui le prassi presidenziali sono state opache¹⁴⁶, in totale mancanza di garanzie e precedenti.

Risulta ben chiaro, dall'analisi di tale pronuncia, quanto e come la Corte prenda in considerazione i caratteri delle legislazioni nazionali, attraverso uno scrutinio sempre più attento alle prassi effettive, che non lascia più alcuno spazio a semplici presunzioni di conformità sulla base della mera astratta previsione normativa. Per quanto riguarda la riducibilità, allora, "*the Court pointed out that if a life sentence was to be regarded as reducible, it should be subject to a review which allowed the domestic authorities to*

¹⁴⁴ Nel gennaio 2012 il neo-eletto Presidente della Repubblica ha istituito la c.d. *Clemency Commission* per guidare il Vice-Presidente nell'esercizio del proprio potere delegato e definire le regole procedurali che disciplinano il lavoro della Commissione (di queste, la regola 1(3) stabilisce che la Commissione debba tenere in considerazione, nello svolgimento dei suoi compiti, la giurisprudenza rilevante delle corti e altri organi internazionali sull'interpretazione ed applicazione degli strumenti inerenti ai diritti umani vincolanti nei confronti della Bulgaria. Inoltre, ogni tre mesi la Commissione è tenuta a pubblicare un rapporto sulla propria attività).

¹⁴⁵ Inoltre, la Corte tiene presente la commutazione da *whole life imprisonment* a *life imprisonment* concessa nel gennaio 2013: il caso dimostra a tutti i detenuti nella medesima posizione del ricorrente che una riduzione di pena è effettivamente possibile.

¹⁴⁶ Come anche dimostrato dalle lettere, presentate dal ricorrente, con le quali l'amministrazione presidenziale ha rigettato diverse richieste di grazia avanzate da condannati al *whole life imprisonment* tra il 2006 e il 2011: queste, infatti, dicevano meramente che la domanda era stata valutata e rigettata, senza alcuna spiegazione ulteriore.

*consider whether any changes in the life prisoner were so significant, and such progress towards rehabilitation had been made in the course of the sentence, as to mean that continued detention could no longer be justified on legitimate penological grounds. Furthermore, the Court explained for the first time that a whole-life prisoner was entitled to know, at the outset of his sentence, what he must do to be considered for release and under what conditions, including when a review of his sentence would take place or could be sought*¹⁴⁷.

Merita un rapido cenno, infine, la seconda doglianza presentata dal ricorrente in questo stesso caso¹⁴⁸. Visto il duro regime detentivo a lui applicabile, oggetto di separata doglianza, non può essere sostenuto che costui abbia avuto una genuina opportunità di riscattarsi, e persuadere il Presidente dei propri progressi. Nonostante la Convenzione non garantisca un diritto alla rieducazione, le autorità penitenziarie sarebbero tenute a concedere al detenuto una *chance* di riacquistare, un giorno, la propria libertà; e affinché tale *chance* possa essere considerata effettiva dovrebbero assicurare ai detenuti una concreta opportunità di rieducazione e riscatto, e le condizioni di detenzione non potrebbero essere considerate indifferenti in un tale contesto. Doglianza, questa, diversa da quelle presentate dai condannati nella medesima situazione e precedentemente analizzate, innovativa e, visto come deciso, vincente: considerato il regime severo e di completo isolamento imposto al ricorrente, i cui deleteri effetti hanno seriamente compromesso la possibilità del ricorrente di cambiare e dimostrare i propri progressi al Presidente, la Corte si risolve infatti per una violazione dell'art. 3.

3.5. Conoscibilità sin dal momento della condanna delle condizioni e dei termini di detto riesame.

Un altro segno di novità, a partire dal caso *Vinter*, ciò che insieme alla condizione appena analizzata permette alla Corte stessa di parlare di un vero e proprio *overruling*, è in secondo luogo il momento temporale in cui possa farsi valere l'assenza della riducibilità: il condannato non dovrà più attendere che nel suo caso nessuna delle

¹⁴⁷ Cfr. *Trabelsi c. Belgio*, § 115.

¹⁴⁸ Tale doglianza sarà ripresa nel capitolo III, dedicato all'analisi dell'ergastolo nell'ordinamento interno (cfr. Sezione II, § 3.1).

funzioni della pena risulti più sussistente, ma potrà dolersene al momento stesso dell'inflizione della sentenza; dunque è necessario che vi siano, al momento della condanna, previsioni certe circa gli strumenti attraverso cui il detenuto possa essere liberato prima del termine: una prospettiva di rilascio e una possibilità di revisione; il detenuto deve essere posto, fin dal momento dell'inflizione della condanna, nella posizione di poter sapere a quali condizioni sarà rilasciato.

Tale diritto del detenuto a conoscere le proprie sorti dal momento dell'imposizione della sentenza di condanna non è elemento affatto scontato. Nella sentenza *Kafkaris*, infatti, il ricorrente presentava una seconda, separata, doglianza: a causa di un cambiamento di interpretazione dell'espressione "reclusione a vita"¹⁴⁹, sosteneva di essere stato abbandonato in uno stato psicologico ("*state of distress and uncertainty over his future*"¹⁵⁰) analogo a quello del "corridoio della morte", considerato che il suo futuro in nient'altro consisteva che nell'attesa della morte in prigione. Tale sentimento di angoscia e incertezza, dovuto al cambiamento di aspettative, avrebbe integrato secondo il ricorrente un trattamento inumano e degradante. La Corte non si mostrava, in quell'occasione, convinta che le aspettative deluse del ricorrente raggiungessero la soglia minima di gravità al di sopra della quale poter lamentare un trattamento o una pena inumani e degradanti¹⁵¹: pur essendo vero che una sentenza di reclusione perpetua senza la previsione di un termine minimo di espiazione comporta inevitabilmente

¹⁴⁹ Durante il processo a carico del ricorrente, l'accusa aveva invitato la precedente Corte d'assise di Limmasol a precisare il significato dell'espressione "reclusione a vita": in particolare, se dovesse essere intesa in senso letterale, come pena comportante la reclusione del detenuto per tutto il restante tempo della sua vita, o come periodo di venti anni, come previsto dai regolamenti generali penitenziari allora vigenti, scontato il quale il reo avrebbe avuto diritto ad una revisione della propria sentenza di condanna, sulla base della buona condotta. Rifacendosi ad una sentenza della Corte d'assise di Nicosia del 1988 (*The Republic of Cyprus v. Andreas Costa Aristodemou, alias Yiouroukkis*), la Corte ammoniva di seguire il significato letterale della disposizione, interpretandola dunque come pena fino alla morte, e dichiarandosi tuttavia per il resto incompetente a giudicare della validità generale dei regolamenti e della loro eventuale ripercussione sulla pena dell'ergastolo da infliggersi al ricorrente. Al momento del suo ingresso in carcere, al ricorrente veniva dunque consegnato, sulla base della prassi seguita fino a quel momento, un modulo che fissava la data del suo rilascio, subordinato alla verifica della sua buona condotta durante la detenzione. Alla data prevista per il rilascio, tuttavia, il ricorrente non veniva liberato, in quanto le sopra citate regole penitenziarie erano state infine dichiarate incostituzionali e viziate da eccesso di potere nel 1992 dalla Corte Suprema, con la sentenza *Hadjisavvas v. the Republic of Cyprus*, ed era stata così ribadita e confermata l'interpretazione datane della Corte d'Assise di Nicosia.

¹⁵⁰ Cfr. *Kafkaris c. Cipro*, § 78.

¹⁵¹ Infatti, sostengono i giudici, la speranza di rilascio avrebbe dovuto diminuire quando, neanche quattro anni dopo la condanna, era diventato chiaro al ricorrente che avrebbe effettivamente scontato la condanna a vita ad esso imposta dalla Corte d'assise.

sentimenti di angoscia e incertezza, questi sarebbero, secondo i giudici, per loro natura afferenti al tipo di pronuncia.

Nei successivi casi *Harkins e Edwards* e *Babar Ahmad e altri* la Corte non aveva poi esercitato uno stretto scrutinio della riducibilità dei rimedi, fermandosi a constatare che non fosse possibile dimostrare che la detenzione non avrebbe in futuro più risposto ad alcuno degli scopi legittimi della pena¹⁵², non essendo la stessa neanche ancora cominciata.

E vale la pena di aprire una parentesi sull'applicazione di un tale ragionamento ai casi di estradizione, quali quelli in esame: qualora il ricorrente si dolesse della possibile estradizione verso un Paese non aderente alla Convenzione, la detenzione non potrebbe in nessun caso essere già cominciata. Tuttavia, una volta concessa, il condannato perderebbe la possibilità di adire la Corte europea, non potendo essa giudicare del regime di uno Stato non firmatario. Seguendo il precedente orientamento giurisprudenziale per il quale avrebbe potuto avanzarsi doglianza solo nel momento in cui la detenzione non fosse risultata più giustificata, dunque, in caso di estradizione si sarebbe venuto a creare un vero e proprio *impasse* che avrebbe lasciato il ricorrente privo di tutela in ogni circostanza.

Tornando all'evoluzione oggetto di analisi, lo stesso ragionamento era stato seguito dalla Quarta sezione nel caso *Vinter*, e la conclusione criticata dai ricorrenti nel successivo giudizio dinanzi alla Grande Camera: una tale impostazione non avrebbe tenuto in debito conto la questione se la pronuncia di un ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata fosse da considerarsi di per sé, al momento dell'imposizione, come un maltrattamento vietato.

E la risposta al quesito pare, alla luce di quanto analizzato, dover essere positiva.

La pronuncia della condanna è allora il momento temporale a cui, a partire dalla decisione della Grande Camera, occorre fare riferimento per valutare l'inflizione della pena; ora il condannato all'ergastolo non deve attendere il passaggio di un numero indeterminato di anni in carcere prima di poter lamentare la mancata conformità (rispetto alle esigenze poste dall'art. 3) delle condizioni di legge alle quali la sua pena

¹⁵² Il principio consolidato era infatti quello secondo cui sarebbe sorto un problema di compatibilità con l'art. 3 solo ove la protrazione della detenzione non fosse più stata giustificata da alcuno scopo legittimo inerente la reclusione.

sia riconducibile: si configura in capo al detenuto un vero e proprio diritto di sapere, sin dall'inizio della sua pena, quali siano le condizioni per l'esame di una sua eventuale liberazione e quando questo avrà luogo o potrà essere richiesto.

Riassumendo quanto fin qui analizzato, l'imposizione ad un reo adulto di una pena, proporzionata alla gravità del reato commesso, di reclusione a vita, qualora non sia, dal momento della pronuncia della sentenza di condanna, riducibile *de jure* o *de facto*, integra gli estremi di un trattamento inumano e degradante.

4. La responsabilità dello Stato parte nell'ipotesi di estradizione in un Paese non membro del Consiglio d'Europa che non garantisce il riesame.

Infine, occorre analizzare la rilevanza del contesto dell'extradizione nella valutazione dei possibili maltrattamenti. L'art. 3, infatti, presenta una sorta di applicazione extra-territoriale, quando la Corte si trova a dover giudicare dei maltrattamenti che i ricorrenti potrebbero subire, qualora dovessero essere estradati, nello Stato di destinazione.

Per quanto riguarda dunque la sua applicazione *ratione loci*, questa si riferisce sicuramente, come previsto dall'art. 1 della Convenzione, a tutte le persone sottoposte alla giurisdizione degli Stati contraenti; inoltre, sulla scia dei principi stabiliti a partire dal caso *Soering*¹⁵³, è applicabile anche ad ipotesi di estradizione, espulsione o allontanamento di individui, qualora sussistano ragioni serie ed accertate (rischio concreto) tali da far ritenere che questi possano essere sottoposti, nei Paesi di destinazione, a maltrattamenti vietati¹⁵⁴.

Il *leading case* in materia è, appunto, la sentenza *Soering c. Regno Unito*. Il ricorrente, cittadino tedesco, era stato accusato in Virginia della commissione di due omicidi a carico dei genitori della fidanzata, cittadina canadese e coimputata nel procedimento. A seguito delle accuse, i due erano scappati, e arrestati in Inghilterra l'anno successivo per frode bancaria, dove il ricorrente aveva confessato i crimini commessi. Il Governo degli

¹⁵³ Sent. 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito* (ric. n. 14038/88).

¹⁵⁴ Anche in questi casi, dunque, la protezione offerta dal divieto convenzionale rimane assoluta, nonostante il tentativo recentemente portato avanti da svariati Stati europei di ridurre in tali situazioni la tutela, nel contesto, sicuramente denso di criticità, della lotta al terrorismo; sottolinea in modo accurato tali aspetti Andrea Saccucci, *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione 'al ribasso' degli obblighi internazionali?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009.

Stati Uniti aveva dunque chiesto l'extradizione dei due imputati, sulla base del Trattato del 1972 esistente tra i due Paesi, assicurando che, al momento della sentenza, sarebbe stata presente una rappresentanza che, in nome del Regno Unito, avrebbe ricordato al giudice precedente la richiesta di non applicazione o non esecuzione della pena di morte. Nonostante le criticità sollevate dalla dichiarazione giurata americana, non idonea a scongiurare il rischio di applicazione della pena capitale, l'extradizione del ricorrente veniva concessa¹⁵⁵. Il ricorrente decideva così di adire la Corte europea, giacché la sua estradizione verso gli Stati Uniti d'America, qualora effettivamente eseguita, avrebbe violato l'art. 3 CEDU, esponendolo al c.d. "fenomeno del corridoio della morte"¹⁵⁶. I due presupposti del ricorso erano, da una parte, che in Virginia gli sarebbe stata inflitta la pena capitale, e dall'altra che l'art. 3 non solo avrebbe proibito agli Stati parte di sottoporre gli individui soggetti alla propria giurisdizione a trattamenti inumani e degradanti, ma anche avrebbe imposto un obbligo positivo di tutela nei confronti di soggetti che correrebbero il rischio di essere sottoposti a tali maltrattamenti laddove allontanati verso uno Stato non membro della Convenzione.

Come noto, la CEDU non prevede in linea generale un diritto a non essere estradati¹⁵⁷, laddove invece esplicitamente ammette, all'art. 5, § 1, lett. f), la detenzione di un individuo contro cui sia in corso una procedura di estradizione; tuttavia, qualora un tale allontanamento dovesse provocare la violazione di un diritto garantito dalla Convenzione stessa, potrebbe entrare in gioco la responsabilità dello Stato estradante. Ma si tratta di affermazioni non scontate, da armonizzare con il principio cardine che regge qualunque tipo di trattato internazionale, ovverosia la forza vincolante dello stesso solo nei confronti di quanti lo abbiano ratificato: così, la Convenzione non può imporre *standard* di tutela o comportamento a Stati non membri. D'altra parte, i Paesi contraenti non possono andare esenti da responsabilità per tutte e quelle conseguenze

¹⁵⁵ Il ricorrente, tuttavia, non veniva allontanato dal territorio inglese grazie all'applicazione delle misure provvisorie indicate dalla Commissione europea durante il procedimento svoltosi innanzi a sé.

¹⁵⁶ Tale espressione si riferisce al periodo che segue la condanna a morte e precede la sua esecuzione, ovviamente connotato da forte tensione e angoscia, che in Virginia va dai sei agli otto anni, al fine di impedire che la condanna possa essere eseguita illegalmente o in modo arbitrario. Inoltre si riferisce alla speciale sezione degli istituti penitenziari in cui tali condannati sono reclusi, il cui regime detentivo e le cui condizioni materiali portano la Corte a giudicarlo trattamento inumano e degradante.

¹⁵⁷ Come invece è previsto all'art. 33 della Convenzione delle Nazioni Unite sullo status dei rifugiati (adottata il 28 luglio 1951 dalla Conferenza dei plenipotenziari sullo status dei rifugiati e degli apolidi convocata dalle Nazioni Unite, ed entrata in vigore il 22 aprile 1954), esplicitamente richiamata dalla Corte nella pronuncia in commento.

dell'extradizione che fossero prevedibili, in quanto il sistema convenzionale deve essere interpretato ed applicato in modo tale da renderne concreta ed effettiva la tutela. Ed è proprio questa la chiave del ragionamento della Corte, che ammette la doglianza del ricorrente sulla base di una lettura complessiva della Convenzione e del divieto di tortura, disposizione fondamentale e inderogabile il cui spirito verrebbe tradito da una diversa interpretazione, considerata la natura grave e irreparabile della sofferenza a rischio. Ovviamente, il rischio deve allora essere reale e concreto, e l'eventuale responsabilità accertata dalla Corte riguarderà unicamente lo Stato contraente, senza alcun coinvolgimento della responsabilità internazionale dello Stato destinatario. Così viene dunque deciso dalla Corte di Strasburgo in seduta plenaria, inaugurando la "giurisprudenza delle c.d. violazioni potenziali" della Convenzione, seguita, tra le altre, in due ulteriori importanti sentenze della Corte in tema di art. 3 e estradizione, i casi *Chahal*¹⁵⁸ e *Saadi*¹⁵⁹.

Quindi, pur non facendo il Paese di destinazione parte del sistema convenzionale, i giudici di Strasburgo possono, a partire dal caso *Soering*, censurare la legittimità dei

¹⁵⁸ Sent. 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito* (ric. n. 22414/93).

Il caso riguardava un cittadino indiano, il sig. Chahal appunto, arrestato tre volte nel Regno Unito tra il 1985 e il 1990 per sospetti di attività di terrorismo internazionale. A seguito dell'annullamento di due condanne da parte del tribunale d'appello, il Ministro dell'Interno britannico decideva di espellere il ricorrente, in quanto la sua presenza nel Regno Unito costituiva un pericolo per la sicurezza nazionale. Il ricorrente si rivolgeva dunque alla Corte europea, in quanto il suo allontanamento lo avrebbe esposto al rischio di essere sottoposto a trattamenti contrari all'articolo 3. La Corte ricorda esplicitamente in questa pronuncia la natura assoluta del divieto posto dall'art. 3, per cui esso non può entrare in bilanciamento con diverse, seppur legittime, istanze, e, pur riconoscendo le difficoltà che in tempo moderno affrontano gli Stati per proteggere la comunità dalla violenza terroristica, sostiene che non possa darsi luogo all'espulsione di un individuo che corra il rischio concreto di sottoposizione a qualunque maltrattamento. Secondo i §§ 74, 79 e 80 della sentenza: "L'espulsione da parte di uno Stato contraente può sollevare una questione sotto il profilo dell'articolo 3, quindi impegnare la responsabilità dello Stato in causa ai sensi della Convenzione, quando vi siano motivi seri e fondati per supporre che l'interessato, se espulso verso il paese di destinazione, vi corra un rischio reale di essere sottoposto ad un trattamento contrario all'articolo 3. In tal caso, l'articolo 3 comporta l'obbligo di non espellere la persona in questione verso tale paese. [...] La Corte è perfettamente consapevole delle enormi difficoltà con le quali gli Stati si scontrano nella nostra epoca per proteggere la popolazione dalla violenza terrorista. Tuttavia, anche tenendo conto di tali fattori, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura o le pene o i trattamenti inumani o degradanti, quali che siano i comportamenti della vittima. [...] La protezione assicurata dall'articolo 3 è quindi più ampia di quella dell'articolo 33 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1951 sullo statuto dei rifugiati".

¹⁵⁹ Sent. 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia* (ric. n. 37201/06).

Questo caso riguardava un cittadino, questa volta tunisino e legalmente residente in Italia, il sig. Saadi, processato in contumacia in Tunisia e condannato per reati di stampo terroristico. A fronte della decisione delle autorità italiane di estradarlo in nel suo paese d'origine, la Corte ribadisce la natura assoluta della protezione offerta dall'art. 3 della Convenzione, per cui nessuna motivazione specifica (lo scopo di salvare la vita di altri individui, la condotta e la pericolosità dell'individuo nei cui confronti si vuole procedere all'extradizione, ...) può rilevare al fine di ridurre il livello di tutela che garantisce.

possibili maltrattamenti, e impedire così l'extradizione dell'individuo, ponendo in capo allo Stato contraente un vero e proprio obbligo (negativo) di astensione dall'adozione di qualsiasi provvedimento di allontanamento del soggetto interessato. Gli Stati contraenti, nella consapevolezza della vigenza di un tale principio, hanno tuttavia cercato di apporre dei limiti al sindacato della Corte in materia, e questi sono l'oggetto della presente analisi.

4.1. Estensione della giurisprudenza Soering: il caso Harkins e Edwards come leading case.

Torniamo così alle sentenze oggetto della presente trattazione, nelle quali si ripropone la questione del contesto dell'extradizione.

Il *leading case* in materia è *Harkins e Edwards*, in cui, come si è visto, i ricorrenti lamentavano che un'extradizione verso gli Stati Uniti d'America li avrebbe esposti al rischio reale di inflizione di una condanna a pena perpetua, senza possibilità di liberazione anticipata¹⁶⁰. I ricorrenti e il Governo appoggiano le proprie diverse argomentazioni, per arrivare a conclusioni opposte, su casi analoghi decisi diversamente: da una parte il ricorrente cita la giurisprudenza della Corte nei casi *Chahal c. Regno Unito* e *Saadi c. Italia*, nella parte in cui impediscono la possibilità di bilanciamento tra esigenze poste dall'art. 3 e altre considerazioni confliggenti che possono sorgere nel contesto di un'extradizione; dall'altra, il Governo ricorda e concorda con l'approccio britannico seguito nel caso *Wellington*¹⁶¹ sulla distinzione che, nel contesto dell'extradizione, dovrebbe essere tracciata tra tortura e altri trattamenti

¹⁶⁰ Si segnala, per completezza, la prima violazione paventata dai ricorrenti, ovvero quella relativa al rischio di inflizione della pena di morte successivamente all'extradizione negli Stati Uniti. Tuttavia la Corte, sulla base della presunzione di buona fede che assiste le note diplomatiche con cui gli Stati si accordano sulle condizioni legittime per l'extradizione e sulle garanzie che devono essere prestate, e sulla base della chiarezza e non equivocità di quelle rese nel caso specifico dalle autorità statunitensi, rigetta la doglianza in quanto manifestamente infondata.

¹⁶¹ *Wellington v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 72.

Con tale pronuncia la *House of Lords* si questionava sui rapporti tra estradizione e art. 3 della Convenzione, essendo stata chiamata a decidere se violasse il divieto di tortura e maltrattamenti l'extradizione del ricorrente verso lo Stato americano del Missouri, dove rischiava una condanna all'ergastolo senza possibilità di liberazione. I supremi giudici britannici stabilivano in quel caso che l'imposizione della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata non violasse di per sé l'art. 3 CEDU, a meno che tale sanzione non dovesse ritenersi gravemente o manifestamente sproporzionata (“*grossly or clear disproportionate*”) rispetto alla gravità del fatto, ed esistesse (allineandosi qui a quanto stabilito dalla Corte europea nella sentenza *Kafkaris*) una possibilità di liberazione, *de jure* o *de facto*.

inumani e degradanti (mentre nel caso di tortura il divieto di estradizione sarebbe certamente assoluto, nel caso di altri trattamenti questo sarebbe invece soggetto a possibili bilanciamenti con altre istanze, quali ad esempio la tutela della collettività).

La Corte prende atto della sentenza *Wellington* e del contrasto che ha evidenziato nella sua giurisprudenza (tra l'approccio tenuto nel caso *Soering* e quello successivo nel caso *Chahal*¹⁶²), e, attraverso un'attenta analisi dei rapporti tra la pronuncia britannica e le sue decisioni nei casi *Soering*, *Chahal* e *Saadi*, esamina le tre distinzioni che i giudici inglesi avevano ritenuto di poter rilevare sui limiti, in materia di estradizione, derivanti dall'art. 3, al fine di chiarire definitivamente la sua posizione.

La prima distinzione sussisterebbe tra i casi di estradizione e le altre forme di allontanamento: la Corte si discosta dall'interpretazione inglese, e dichiara che la valutazione sulla possibilità che un individuo possa essere sottoposto in altro Stato a tortura o trattamenti inumani e degradanti non può certo dipendere dalla base legale con cui avviene l'allontanamento, e dunque che in questo caso gli *standard* di tutela non variano. Quanto alla seconda, tra tortura (comportante un divieto assoluto ed automatico di estradizione) e altri trattamenti vietati *ex art. 3* (con la possibilità di effettuare un bilanciamento con diversi interessi confliggenti), la Corte riconosce che questa possa trovare qualche supporto nella sentenza *Soering*; tuttavia, la successiva giurisprudenza (*Chahal* e *Saadi*) ha smentito il supposto indirizzo, e i giudici concludono che la proibizione offerta dall'art. 3 in tutti i casi di allontanamento è assoluta per qualsiasi forma di maltrattamento vietato. La Corte, a supporto di tale interpretazione, cita anche ulteriori fonti di diritto internazionale (l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici¹⁶³, come interpretato dal Comitato per i diritti umani nel Commento generale

¹⁶² Mentre nella sentenza *Chahal*, infatti, viene esplicitamente esclusa la possibilità di bilanciamento con istanze contrapposte all'extradizione (quali la sicurezza collettiva, l'ordine pubblico, ecc.), nel caso *Soering* tale divieto non è stato formulato, ammettendo la Corte esplicitamente che: "*inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. As movement about the word becomes easier and crime takes on a larger international dimension, it is increasingly in the interest of all nations that suspected offenders who flee abroad should be brought to justice. Conversely, the establishment of safe havens for fugitives would not only result in danger for the State obliged to harbour the protected person but also tend to undermine the foundations of extradition. These considerations must also be included among the factors to be taken into account in the interpretation and application of the notions of inhuman and degrading treatment or punishment in extradition cases*" (§ 89).

¹⁶³ Tale disposizione recita testualmente: "Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, in particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico".

all'articolo, n. 20, del 10 marzo 1992¹⁶⁴; l'art. 19, § 2,¹⁶⁵ della Carta di Nizza¹⁶⁶; le linee-guida del Consiglio d'Europa sui diritti umani e la lotta contro il terrorismo¹⁶⁷; l'art. 16, § 2, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura¹⁶⁸), che confermerebbero l'indiscussa esistenza del principio appena enucleato. Ciò su cui la Corte si trova invece in accordo con la ricostruzione proposta dai giudici britannici è la terza differenza individuata, ossia quella tra i criteri per valutare il livello minimo di gravità del maltrattamento ai fini della sua qualificazione in termini di contrarietà all'articolo 3, i quali criteri possono essere valutati diversamente a seconda che la violazione sia da imputare direttamente allo Stato resistente, ovvero si tratti di una potenziale violazione da parte delle autorità di uno Stato terzo, non aderente alla Convenzione. Quest'ultima, infatti, non rappresenta uno strumento per imporre *standard* convenzionali a Paesi non contraenti, ma solo una fonte pattizia di diritto internazionale, come tale vincolante i soli Stati firmatari; la Corte si apre così all'enucleazione di due diversi *standard* di tutela (un *test* differenziato) a fronte delle potenziali violazioni dell'articolo in questione: trattamenti che, ove praticati da uno Stato parte, sarebbero qualificati come inumani e degradanti, non necessariamente saranno valutati tali se imputabili ad uno Stato terzo che abbia richiesto l'estradizione dell'individuo.

Dunque, anche nel successivo caso *Babar Ahmad e altri*, in cui allo stesso modo i ricorrenti sostenevano l'illegittimità della loro estradizione verso gli U.S.A., la Corte

¹⁶⁴ Secondo tale impostazione: “*States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement*”.

¹⁶⁵ Secondo tale disposizione, infatti: “Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”.

¹⁶⁶ È così chiamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata al Consiglio europeo di Nizza del dicembre 2000 e preparata da rappresentanti dei Parlamenti nazionali, del Parlamento europeo, della Commissione e dei capi di Stato e di governo, su *input* iniziale e politico del Consiglio europeo di Colonia del 1999. Con il Trattato di Lisbona si è ad essa formalmente riconosciuta forza vincolante, situandosi allo stesso rango degli altri Trattati.

¹⁶⁷ Nelle parti che qui interessano, queste prevedono: “*It is the duty of a State that has received a request for asylum to ensure that the possible return (“refoulement”) of the applicant to his/her country of origin or to another country will not expose him/her to the death penalty, to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment. The same applies to expulsion*”; e ancora: “*Extradition may not be granted when there is serious reason to believe that:*

(i) the person whose extradition has been requested will be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment...”.

¹⁶⁸ Secondo tale disposizione: “Le disposizioni della presente Convenzione non pregiudicano le disposizioni di ogni altro strumento internazionale o della legge nazionale che vietino le pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, o che siano relative all'estradizione o all'espulsione”.

conferma le conclusioni raggiunte nella sentenza *Harkins e Edwards*: la tutela convenzionale ha carattere assoluto, da apprestare anche nei confronti di tutti gli individui che, dopo un procedimento di estradizione, rischiano realmente di subire un trattamento contrario all'art. 3; vengono dunque nuovamente respinte le prime due distinzioni individuate dai giudici inglesi (tra estradizione e altre forme di allontanamento, e tra tortura e altre forme di maltrattamenti), mentre viene confermata la duplicità dello *standard* di gravità del trattamento nel caso di atti posti in essere da uno Stato contraente o da uno terzo. Si noti, l'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata che non risponda ai requisiti enucleati dalla Corte deve essere qualificato quale trattamento inumano e degradante anche ove inflitto da uno Stato non firmatario della Convenzione.

Considerata la granitica giurisprudenza, nell'ultimo caso, *Trabelsi c. Belgio*, del 2014, la questione dell'extradizione non viene più neanche citata.

5. L'indispensabile dialogo tra la Corte europea e i giudici interni: da Vinter a Hutchinson.

Analizziamo adesso l'ultima recente sentenza pronunciata dalla Corte in materia di ergastolo, il caso *Hutchinson c. Regno Unito*¹⁶⁹, in cui la Quarta Sezione sembra correggere le valutazioni della Grande Camera nel caso *Vinter*.

Il ricorrente, il sig. Arthur Hutchinson appunto, veniva arrestato nel 1983 e condannato l'anno successivo per essersi introdotto in una dimora privata, aver accoltellato a morte un uomo, sua moglie e il figlio adulto, e aver violentato sessualmente la figlia diciottenne. Il giudice precedente gli infliggeva così la pena dell'ergastolo, e raccomandava al Segretario di Stato un periodo minimo di carcerazione di diciotto anni. Nel 1994, poi, quest'ultimo comunicava al ricorrente la sua decisione di imporgli il "*whole life term*", ovvero la già vista condanna all'ergastolo effettivo. Dopo un appello rigettato dalla *High Court*, al ricorrente non rimaneva che rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il ricorso, come infatti sottolineato nei rispettivi interventi da ricorrente e Governo, è del tutto simile al caso *Vinter*, e a quest'ultimo di poco precedente (anche se analizzato

¹⁶⁹ Sent. 3 febbraio 2015, *Hutchinson c. Regno Unito* (ric. n. 57592/08).

dalla Corte molto tempo dopo). Il terreno su cui si muovono i giudici è dunque la (non) corretta ricostruzione e interpretazione, fornita dalla Grande Camera, della legislazione inglese, e in particolare dei poteri di liberazione attribuiti al *Secretary of State for Justice*. Si è visto, infatti, che la condanna del Regno Unito nel caso *Vinter* consegue alla mancanza di chiarezza della sezione 30(1) del *Crime (Sentences) Act* del 1997, che disciplina il rilascio anticipato qualora vi siano circostanze eccezionali che giustifichino la liberazione per motivi umanitari. Lo scontro è così focalizzato tutto sull'interpretazione di tale disposizione¹⁷⁰, e dunque sul fatto se tale previsione possa essere considerata sufficiente a rendere riducibile una condanna all'ergastolo effettivo. E mentre la risposta era stata negativa nel caso *Vinter*, sta volta il sistema inglese viene valutato positivamente, sulla base della nuova sentenza della *Court of Appeal* britannica, *R v. Newell; R v. McLoughlin* [2014] EWCA Crim 188, che fornisce un'interpretazione conforme ai parametri convenzionali. Vediamo dunque in questo caso quel dialogo che viene ad instaurarsi tra la Corte europea ed i giudici nazionali, impegnati ad armonizzare le singole previsioni interne con i parametri convenzionali.

Il punto chiave del ragionamento dei giudici britannici sta nel dovere (esistente anche al tempo della pronuncia *Vinter* e già tenuto in considerazione dalla Grande Camera) del Segretario di Stato di esercitare il proprio potere di liberazione in modo compatibile con quanto stabilito dalla giurisprudenza europea. Secondo tale interpretazione le “*exceptional circumstances*” cui fa riferimento la norma sarebbero tali da permettere un riesame così come configurato dalla Corte europea, e tale previsione rappresenterebbe una disposizione sufficientemente chiara e certa. Le circostanze, esemplificative e non tassative, previste nel *Lifer Manual* non potrebbero ostacolare la discrezionalità del Segretario di Stato, tenuto a considerare ogni possibile circostanza. Inoltre, ogni decisione del Segretario di Stato è motivata, e sottoposta ad un controllo giudiziario idoneo a chiarire il significato e la portata delle espressioni di “circostanze eccezionali” e “motivi umanitari”. Considerata dunque la forza vincolante che nel Regno Unito accompagna le decisioni giudiziarie, la Corte ritiene così che la mancanza di chiarezza

¹⁷⁰ Si ricorda che i criteri per la concessione della liberazione anticipata per motivi umanitari sono elencati al capitolo 12 del *Indeterminate Sentence Manual* (“*the Lifer Manual*”), emesso dal Segretario di Stato con il *Prison Service Order* 4700 dell'aprile 2010; questi sono: che il condannato sia affetto da malattia terminale o seriamente compromesso nelle capacità di movimento (ad esempio paralizzato o comunque costretto a letto), che il rischio di recidiva sia minimo, che una protrazione della detenzione diminuirebbe le sue aspettative di vita, che vi siano modalità adeguate di cura e trattamento del detenuto fuori dal carcere e che una liberazione anticipata recherebbe beneficio al detenuto o alla sua famiglia.

denunciata dalla Grande Camera sia stata superata, e che il sistema inglese possa ora considerarsi pienamente conforme alla Convenzione.

A livello generale, dunque, la Corte non effettua un ripensamento dei propri principi: questi, infatti, rimangono saldi, ricordati esplicitamente ai §§ 18-22 della sentenza. Sembra invece che si sia al cospetto di un passo indietro nei confronti del Regno Unito, paese che da tempo critica l'operato dei giudici di Strasburgo, e minaccia un'uscita dal sistema Corte EDU-CEDU¹⁷¹.

E così la pronuncia pone qualche criticità. Come fa notare l'opinione dissenziente del giudice Kalaydjieva, infatti, è arduo comprendere come i recenti sviluppi giurisprudenziali possano trovare attinenza nei confronti del ricorrente, che proponeva il suo ricorso alla Corte nel lontano 2008. Pare allora che i giudici abbiano accolto e voluto sfruttare la possibilità di correggere le precedenti valutazioni sulla legislazione inglese, senza dare sufficiente peso alle circostanze del caso concreto, che avrebbero dovuto, anche accettando la nuova interpretazione della disciplina, portare ad una conclusione di segno diverso. La nuova interpretazione della disciplina interna, infatti, rappresenta un tipico segno di quel consueto dialogo tra diversi organi giudiziari cui si accennava in apertura, e permette ai giudici britannici di rendere la normativa conforme a Convenzione; tuttavia, quel che porta a pensare più ad un ripensamento nei confronti dell'Inghilterra è appunto la circostanza del momento temporale in cui il ricorrente si rivolge alla Corte. Se il ricorso fosse stato presentato a seguito della pronuncia sul caso *Vinter*, infatti, non si sarebbero posti i problemi di cui si discute e la sentenza europea avrebbe semplicemente "ufficializzato" la raggiunta conformità a Convenzione della disciplina britannica.

Inoltre la Quarta Sezione liquida in poche righe la propria motivazione, rinunciando ad un attento e scrupoloso confronto con la sentenza *Vinter*, di cui si limita a ricordare l'erronea interpretazione. Di nuovo, considerata l'importanza assunta da tale pronuncia e tenendo a mente che si tratta pur sempre di una sentenza resa dalla Grande Camera, sarebbe stato opportuno un serio raffronto con la sentenza, evidenziando attentamente gli errori e i successivi ripensamenti della Sezione. Così, sembra proprio che la Corte abbia solo voluto indietreggiare nella sua condanna al sistema inglese.

¹⁷¹ Davide Galliani, *Il diritto di sperare*, cit.

6. Osservazioni conclusive.

Si è così ripercorsa l'evoluzione prodottasi in seno alla Corte europea dei diritti dell'uomo, e si sono individuati i criteri che devono guidare l'interprete nella valutazione del proprio ordinamento interno, così da verificare se possa essere considerato conforme ai parametri convenzionali¹⁷². Ciò che emerge dalla lettura complessiva delle pronunce è che non esistono crimini talmente odiosi da rendere impossibile un'espiazione, e tutto starà allora nel percorso che il detenuto sarà disposto a compiere: “contro la statica della esclusione sociale, la dinamica della rieducazione umana del condannato finisce così per entrare a far parte dei caratteri ‘europei’ della pena”¹⁷³; dopo l'abbandono della concezione neutralizzatrice e vendicativa sottesa alla pena di morte, anche l'altra estrema pena comincia ad essere riconsiderata.

Si riportano a questo punto le parole, illuminanti, che il giudice Lord Justice Laws, appartenente alla *High Court* inglese, ha pronunciato nel decidere in prima istanza il caso *Wellington*¹⁷⁴, riportate testualmente anche nel caso *Harkins e Edwards c. Regno Unito*¹⁷⁵:

“L'abolizione della pena di morte è stata lodata, e giustificata, in molti modi; ma alla base di tale scelta vi è certamente il riconoscimento che la vita di ogni persona, anche della più depravata, ha un valore inalienabile. L'annientamento di una vita può essere ritenuto lecito in qualche circostanza speciale, come la legittima difesa o una guerra giusta; ma una pena retributiva non è mai sufficiente per giustificare un simile atto. Eppure, detenere una persona senza offrirle alcuna speranza di essere liberata in futuro è, sotto molti aspetti, simile alla pena capitale. Quel detenuto non sarà mai in grado di espiare la propria colpa. Per quanto egli possa utilizzare il proprio tempo per emendare la propria vita, la sua punizione si concluderà soltanto al momento della sua morte. Come la pena capitale, la previsione dell'ergastolo per l'intera vita del detenuto è una *lex talionis*. Ma la sua simmetria concettuale o reale con il crimine per il quale essa è inflitta al condannato (la sola virtù della *lex talionis*) non è qui in grado di offrire alcuna garanzia che la pena risulti in concreto proporzionata, perché un ergastolo senza

¹⁷² Lavoro che verrà appunto svolto nel successivo capitolo III.

¹⁷³ Daniela Falcinelli, *L'umanesimo della pena dell'ergastolo*, cit.

¹⁷⁴ Il giudice intendeva riferirsi specificatamente alla pena inglese dell'ergastolo aggravato da un *whole life order*, precedentemente analizzata.

¹⁷⁵ Cfr. *Harkins e Edward c. Regno Unito*, § 35.

prospettiva di liberazione anticipata è intrinsecamente arbitrario: può essere misurato in giorni o in decenni, a seconda di quanto resta da vivere al condannato. Una tale pena è pertanto sproporzionata – vizio che già dovrebbe determinare la sua contrarietà all’art. 3 – a meno che, naturalmente, non si voglia applicare ad essa proprio la logica della pena di morte: quella secondo cui il crimine commesso era tanto odioso, che nessuna espiazione è possibile. Ma, allora, dal supposto inalienabile valore della vita umana dedurremmo soltanto la necessità di garantire la mera sopravvivenza fisica del condannato: nulla più se non consentirgli di continuare a respirare, ristretto in una situazione non proprio indecorosa. Questo significa prestare un tributo soltanto verbale al valore della vita umana, non già assicurare il rispetto di tale valore”¹⁷⁶.

¹⁷⁶ [2007] EWHC 1109 (Admin).

CAPITOLO II

Analogia dei criteri elaborati dalla Corte in riferimento all'ergastolo e la detenzione in ospedale psichiatrico.

1. Premessa.

Passiamo ora all'analisi di un altro tipo di ergastolo, seppur non dichiarato tale, ovvero la detenzione (a tempo indeterminato) per la esecuzione di una misura di sicurezza.

In diversi ordinamenti europei, accanto alle tradizionali sanzioni penali, si situano quelle sanzioni che vengono definite misure di sicurezza. Si tratta dei c.d. sistemi a doppio binario, articolati su due categorie di sanzioni, distinte per funzioni e disciplina: da una parte le pene (punitive e rieducative), agganciate alla colpevolezza del soggetto per il fatto di reato e commisurate in base alla gravità di quest'ultimo; dall'altra le misure di sicurezza (precauzionali e curative), imperniate sull'idea di pericolosità sociale dell'autore del reato.

Così in Italia, come in Germania, ai soggetti (imputabili, semi-imputabili o non imputabili) ritenuti socialmente pericolosi si applicano le misure di sicurezza personali, che possono avere anche natura detentiva, e rischiano dunque di configurarsi come ulteriori pene, a tempo indeterminato. Il ricovero in ospedale psichiatrico (o comunque la detenzione in luogo idoneo del soggetto considerato pericoloso) fa parte di questa seconda categoria, sulla carta previsto per curare tutti quei soggetti che, a causa di un disturbo mentale, rappresentano un pericolo per la collettività nel suo complesso.

La Corte europea si è trovata a dover valutare la legittimità di tali misure¹⁷⁷. Si analizzeranno di seguito cinque pronunce¹⁷⁸ rese in merito, tra il 2009 e il 2013, nei

¹⁷⁷ L'unico caso in materia in cui la Corte si è confrontata con il nostro ordinamento è la sent. 23 febbraio 1984, *Luberti c. Italia* (ric. n. 9019/80), tuttavia non pertinente ai fini del presente lavoro.

¹⁷⁸ L'analisi delle seguenti sentenze è svolta sulla base della lettura delle stesse, e di alcuni articoli di commento: Giorgio Abbadessa, *Tre sentenze sulla 'custodia di sicurezza' (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011; Giorgio Abbadessa, *La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie*

confronti della Germania¹⁷⁹, il cui ordinamento in materia risulta molto simile a quello italiano. *Leading case* in materia è la sentenza *M. c. Germania*¹⁸⁰: con tale pronuncia la Corte stabilisce i criteri e i principi fondamentali, che saranno seguiti nei tre casi successivi, *Schummer c. Germania*¹⁸¹, *Schmitz c. Germania*¹⁸² e *Jendrowiak c. Germania*¹⁸³. Infine, sarà analizzata la sentenza *Glien c. Germania*¹⁸⁴, resa a conclusione di un serrato dialogo tra Corte europea e Corte costituzionale tedesca, in cui i giudici di Strasburgo si sono dovuti confrontare con le modifiche normative intervenute in Germania per rendere l'ordinamento conforme alle indicazioni europee.

Vedremo, nello svolgimento della presente trattazione, che i principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di pena perpetua risultano analoghi a quelli che devono guidare la previsione del ricovero in ospedale psichiatrico, misura che si risolve in una detenzione sostanzialmente a tempo indeterminato; così, se nella sentenza *Vinter* si è giunti ad elaborare il noto "diritto alla speranza", con riferimento alle seguenti

convenzionali, in *Diritto penale contemporaneo* 2011; Monica Bonini, "The fundamental right to liberty in the near future": "misure detentive di sicurezza" e "ricovero detentivo a fini terapeutici" fra CEDU, libertà individuale e sicurezza collettiva, in *Rivista AIC*, 2014; Marco Pelissero, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011; Ornella Porchia e Barbara Randazzo (a cura di), *Bollettino di informazione sulla giurisprudenza delle Corti sovranazionali europee*, 2013; Francesca Rocchi, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale*, in Andrea Gaboardi, Alberto Gargani, Gaetana Morgante, Andrea Presotto, Marco Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 327 ss; Michele de Salvia, *Compendium della CEDU. Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2000, pp. 50 ss.

¹⁷⁹ Il sistema del doppio binario viene incluso nel Codice Penale tedesco dalla legge del 24 novembre 1933 sui criminali abituali pericolosi e le misure di correzione e prevenzione. La disciplina viene in seguito più volte modificata: nel 1953, escludendo la possibilità di disporre misure di sicurezza detentive nei confronti di minori e adolescenti, e nel 1969, con la prima riforma del codice penale, e poi con la seconda. Le misure di correzione e prevenzione (appunto le misure di sicurezza) conosciute nell'ordinamento tedesco sono il ricovero in ospedale psichiatrico (art. 63 c.p.), in struttura per la disintossicazione (art. 64 c.p.), e la carcerazione preventiva (art. 66 c.p.); loro scopo dichiarato è quello della riabilitazione dei criminali pericolosi e la protezione della collettività. Non trattandosi di sanzioni penali, possono essere disposte in aggiunta alla pena: il giudice che pronuncia la sentenza di condanna ad una pena detentiva può dunque, contemporaneamente, disporre una misura detentiva di sicurezza, da scontarsi successivamente alla completa espiazione della prima.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, invece, sarà oggetto di analisi approfondita nel seguente capitolo IV.

¹⁸⁰ Sent. 17 dicembre 2009, *M. c. Germania* (ric. n. 19359/04).

¹⁸¹ Sent. 13 gennaio 2011, *Schummer c. Germania* (ric. nn. 27360/04 e 42225/07).

¹⁸² Sent. 9 giugno 2011, *Schmitz c. Germania* (ric. n. 30493/04).

¹⁸³ Sent. 14 aprile 2011, *Jendrowiak c. Germania* (ric. n. 30060/04).

¹⁸⁴ Sent. 28 novembre 2013, *Glien c. Germania* (ric. n. 7345/12). Per un commento della sentenza si veda Matteo Montorsi, *C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 28 novembre 2013, Glien c. Germania*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, fasc. 1.

pronunce assistiamo alla comparsa di un altro diritto, ovverosia quello alla “libertà nel futuro prossimo”. Che si tratti di una pena o di una misura di sicurezza, la Corte consolida il principio secondo il quale una detenzione perpetua mal si concilia con i parametri convenzionali, e impone nuovamente la necessità di un riesame periodico della situazione degli individui a qualunque titolo *in vinculis*.

2. *L'applicabilità degli articoli 5 e 7 CEDU anziché l'articolo 3.*

Si è visto, nel precedente capitolo, che le doglianze relative all'inflizione dell'ergastolo vengono fatte ricadere nell'ambito dell'art. 3 CEDU, ovverosia nel divieto di trattamenti inumani o degradanti. Il ricovero in ospedale psichiatrico, invece, chiama in causa due nuovi parametri: l'art. 5, § 1,¹⁸⁵ e l'art. 7, § 1,¹⁸⁶ della Convenzione.

L'art. 5 protegge il diritto alla libertà individuale e alla sicurezza, non ammette alcuna privazione di tale diritto fuori dai casi esaustivamente previsti e fissa il principio della legalità della privazione della libertà: la Corte deve allora verificare se l'esecuzione di una misura di sicurezza detentiva nei confronti di un soggetto ritenuto pericoloso riesca ad armonizzarsi con una delle tassative previsioni stabilite al § 1 della norma in questione. Non trattandosi più di una vera e propria pena, materia nella quale si è vista nel capitolo precedente l'ampia discrezionalità attribuita agli Stati parte, i giudici di Strasburgo devono procedere ad un attento scrutinio delle disposizioni nazionali, onde

¹⁸⁵ Per la parte che qui interessa: “Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:

(a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;

...

(c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso;

...

(e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;

...”.

¹⁸⁶ Per la parte che qui interessa: “Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.

garantire pienamente all'individuo il suo fondamentale diritto a non essere sottoposto a detenzione arbitraria¹⁸⁷.

L'art. 7, invece, stabilisce il principio di irretroattività della legge penale, e dunque del “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Si è appena detto che la materia oggetto della presente trattazione esula (secondo il diritto interno) dal diritto propriamente penale; tuttavia la Corte europea non è vincolata dalle prescrizioni nazionali e, nello svolgimento del suo compito primario di rendere effettiva e concreta la tutela offerta dalla Convenzione, vedremo come si muoverà oltre le apparenze, proteggendo individui altrimenti esposti alla arbitrarietà e discrezionalità di scelte interne poco garantiste nei confronti di soggetti ritenuti socialmente pericolosi.

2.1. *L'articolo 5 come garanzia di una detenzione legittima.*

Come si diceva, questa disposizione garantisce il diritto fondamentale alla libertà (intesa quale libertà prettamente fisica) e alla sicurezza, inalienabile, cui non può rinunciare neanche lo stesso soggetto interessato. Come tutte le disposizione della Convenzione, l'art. 5 deve essere interpretato alla luce del significato che la Corte gli attribuisce.

La *ratio* fondamentale della norma è quella di difendere l'individuo dall'arbitrio¹⁸⁸: attraverso un'interpretazione dell'articolo nella sua interezza, deriva che ogni privazione della libertà deve soddisfare due condizioni, ossia quelle di legittimità¹⁸⁹ e regolarità¹⁹⁰. Deve così essere “*lawful*”, dunque avere luogo in base alle vie legali, secondo una procedura prescritta dalla legge nazionale, la cui base legale risulti compatibile con il

¹⁸⁷ Si veda sent. 18 giugno 1971, *de Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio* (ric. nn. 2832/66, 2835/66 e 2899/66): “*When the matter is one which concerns order public within the Council of Europe, a scrupulous supervision by the organs of the Convention of all measures capable of violating the rights and freedoms which it guarantees is necessary in every case*” (cfr. § 65).

¹⁸⁸ Si veda, tra le tante, sent. 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia* (ric. n. 21987/93): “*The Court would stress the importance of Article 5 (art. 5) in the Convention system: it enshrines a fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interference by the State with his or her right to liberty*” (cfr. § 76).

¹⁸⁹ Si è sottolineato in dottrina che tale requisito implicherebbe un “doppio livello di legalità”: da una parte, di conformità della privazione della libertà al diritto interno, sindacabile da parte della Corte, dall'altra di conformità della detenzione rispetto ad uno degli scopi legittimi individuati dall'art. 5 CEDU, di nuovo ovviamente di competenza della Corte (Francesca Rocchi, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung*, cit., p. 353).

¹⁹⁰ Si veda, tra le tante, sent. 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito* (ric. n. 22414/93): “*the Convention refers essentially to the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law, but it requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5 (art. 5), namely to protect the individual from arbitrariness*” (cfr. § 54).

“*rule of law*”, il principio della preminenza del diritto, e sia dunque accessibile, precisa e prevedibile nella sua applicazione.

Nei casi in esame viene chiesto alla Corte di verificare se l'imposizione nei confronti dei ricorrenti di quella misura che potremmo letteralmente tradurre come “carcerazione preventiva”, o, con un'espressione che più si avvicina al nostro sistema, “custodia di sicurezza” (“*Sicherungsverwahrung*”), rientrasse in uno degli scopi legittimi testualmente e tassativamente prescritti dalla norma¹⁹¹.

La carcerazione preventiva è una misura detentiva a fini di sicurezza (dunque fortemente restrittiva della libertà personale, che l'art. 2 § 2 della Costituzione tedesca proclama inviolabile) disposta nei confronti dei soggetti ritenuti socialmente pericolosi. Tali individui, a differenza di quanto previsto per la disposizione di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario italiano¹⁹², non agiscono con una “*criminal responsibility*”¹⁹³ diminuita, ma tuttavia soffrono di un disturbo mentale tale da renderli un pericolo per la sicurezza pubblica, nonostante questo non sia così grave da poter essere qualificato come patologico. La carcerazione preventiva è disciplinata innanzi tutto dall'art. 66 c.p., a norma del quale qualora il reo rappresenti un pericolo per la società (considerata la sua propensione a commettere gravi reati che provocano un grave danno fisico o psichico alle vittime) e sussistano ulteriori condizioni oggettive¹⁹⁴, il tribunale della condanna (penale) può disporre, in aggiunta alla pena, tale misura. Al termine dell'espiazione della pena, *ex art. 67c c.p.*, il tribunale per l'esecuzione¹⁹⁵ (dunque nell'ambito di un procedimento successivo e diverso) deve verificare se la misura risulti ancora necessaria in relazione ai suoi presupposti e finalità, e sospenderla in prova qualora l'esame dia

¹⁹¹ Si veda, tra le tante, sent. 22 febbraio 1989, *Ciulla c. Italia* (ric. n. 11152/84): “*the exhaustive list of permissible exceptions in paragraph 1 of Article 5 (art. 5-1) of the Convention must be interpreted strictly*” (cfr. § 41).

¹⁹² La disciplina del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario nel nostro ordinamento sarà oggetto di trattazione nel seguente capitolo IV.

¹⁹³ La piena responsabilità criminale (“*criminal responsibility*”, che noi potremmo definire come imputabilità) è l'elemento che distingue le misure di sicurezza detentive del ricovero in ospedale psichiatrico e della carcerazione preventiva. La prima, di durata indefinita, viene infatti disposta nei confronti degli individui socialmente pericolosi che abbiano commesso un reato senza capacità di intendere e di volere o con capacità diminuita, a causa del loro disturbo mentale, qualora i loro atti e comportamenti portino a ritenere che possano commettere in futuro ulteriori offese. Per la seconda, invece, una “*criminal responsibility*” assente o diminuita non è requisito necessario.

¹⁹⁴ Il reo deve essere stato condannato ad almeno due anni di reclusione per un reato doloso; deve aver riportato almeno due precedenti condanne, ad almeno un anno di reclusione ciascuna, per reati dolosi commessi prima di quello per cui si procede; deve aver precedentemente espia una condanna alla reclusione o essere stato detenuto per una misura di sicurezza per almeno due anni.

¹⁹⁵ Una Camera speciale della Corte Regionale competente, composta da tre giudici togati, secondo le disposizioni delle sezioni 78a e 78b(1)(1) del *Court Organisation Act*.

esito negativo. In caso di esito positivo, invece, e dunque qualora il soggetto continui a porre problemi di sicurezza per la collettività, il giudice deve ordinare l'esecuzione della misura disposta al tempo della condanna, da scontarsi in apposita ala dell'istituto penitenziario, distinta da quella dei condannati alla reclusione, ma pur sempre appartenente al medesimo edificio.

Alla luce della disciplina così come disegnata dal legislatore tedesco, la Corte prende in esame i singoli casi di detenzione legittima previsti dall'art. 5 per verificare se gli intenti della normativa nazionale possano essere fatti rientrare in uno degli obiettivi previsti dalla disposizione convenzionale.

Per quanto riguarda innanzi tutto il *sub*-paragrafo (a), questo esprime la legittimità della detenzione avvenuta "in seguito a condanna". Il termine "condanna" sta ad indicare la conclusione di colpevolezza raggiunta dopo l'accertamento, compiuto sulla base delle vigenti disposizioni legali, della commissione di un fatto di reato (penalmente rilevante al momento in cui venga commesso), e la conseguente imposizione di una pena o di un'altra misura che comporti una privazione di libertà. E laddove è stabilito che la detenzione debba seguire la condanna, tale prescrizione si riferisce non solo al momento temporale: deve infatti sussistere un sufficiente nesso causale tra la condanna e la privazione della libertà, che significa che la detenzione deve risultare da, seguire, dipendere e avvenire in virtù della condanna, e dunque rappresentare stretta conseguenza della colpevolezza. Deve quindi sussistere un collegamento tanto temporale quanto logico¹⁹⁶. Tale nesso causale diminuisce con il passare del tempo, potendo arrivare a rompersi qualora venissero a mancare i motivi posti inizialmente a base della detenzione o quest'ultima risultasse in seguito basata su una valutazione non conforme agli iniziali obiettivi: quindi, una detenzione originariamente legittima potrebbe trasformarsi in una arbitraria e non conforme agli scopi della disposizione in questione. Una tale affermazione impone allora, come si è già visto nel capitolo precedente, la previsione di un controllo periodico e regolare della detenzione, onde valutarne la continua legittimità¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Si veda, tra le molte, sent. 18 dicembre 1986, *Bozano c. Francia* (ric. n. 9990/82): "In the context of Article 5 § 1 (a) (art. 5-1-a), however, the preposition "after" denotes a causal link in addition to a succession of events in time; it serves to designate detention "consequent upon" and not merely "subsequent to" the criminal court's decision" (cfr. § 53).

¹⁹⁷ Tale questione sarà oggetto di analisi approfondita nel seguente paragrafo 2.

Dunque, per quanto riguarda l'iniziale imposizione della misura, ordinata per tutti i ricorrenti dal tribunale della condanna, sulla base della vigente legislazione tedesca, dopo il riconoscimento del compimento di gravi fatti di reato, questa rientrava sicuramente nella previsione di cui alla lettera (a), come esplicitamente affermato dalla Corte nei primi quattro casi oggetto di analisi, *M. c. Germania*¹⁹⁸, *Schummer c. Germania*¹⁹⁹, *Schmitz c. Germania*²⁰⁰ e *Jendrowiak c. Germania*²⁰¹.

A questo punto, tuttavia, la situazione si complica. Tradizionalmente, infatti, secondo l'art. 67d c.p. (come in vigore al momento della condanna di tutti i ricorrenti), la prima carcerazione preventiva disposta nei confronti di un individuo ritenuto socialmente pericoloso poteva avere una durata massima di dieci anni, trascorsi i quali il rilascio doveva essere automaticamente concesso. Tuttavia, il 31 gennaio 1998, entra in vigore il *Combating of Sexual Offences and Other Dangerous Offences Act*, che va in parte a modificare la disciplina: viene eliminato il limite di durata massima (trasformando così l'istituto in una misura detentiva a tempo indeterminato), e si prevede che la misura si estingua solo a seguito di una verifica del tribunale dell'esecuzione²⁰² che accerti che

¹⁹⁸ Il ricorrente era stato condannato nel 1986 a cinque anni di reclusione per rapina e tentato omicidio, con sentenza che ne aveva disposto anche la successiva carcerazione preventiva; aveva dunque finito l'espiazione della sanzione penale nel 1991, e cominciato l'esecuzione della misura di sicurezza (per un commento alla sentenza si vedano Lodovica Beduschi, *L'applicazione di misure di sicurezza detentive nei confronti di soggetti imputabili socialmente pericolosi costituisce una pena ai fini della Convenzione. C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 17 dicembre 2009, pres. Lorenzen – M. c. Germania (Art. 5 comma 1; 7 comma 1 Conv. eur. dir. uomo)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, fasc. 1; e Francesca Rocchi, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del "doppio binario" italiano*, in *Cass. Pen.*, 2010, fasc. 9).

¹⁹⁹ Il ricorrente era stato condannato nel 1985 a cinque anni di reclusione per rapimento e violenza sessuale, con sentenza che ne aveva disposto anche la successiva carcerazione preventiva; aveva dunque finito l'espiazione della sanzione penale nel 1989, e cominciato l'esecuzione della misura di sicurezza nel medesimo istituto in cui era stato ristretto per l'espiazione della pena.

²⁰⁰ Il ricorrente era stato condannato nel 1990 a cinque anni e sei mesi di reclusione per atti di libidine violenta, con sentenza che ne aveva disposto anche la successiva carcerazione preventiva. La sua carcerazione era poi stata condizionalmente sospesa (e il ricorrente rilasciato) nel 1995. Nel novembre 1996 il ricorrente era tuttavia stato nuovamente condannato perché riconosciuto responsabile di tentativo di violenza sessuale e falsificazione della patente di guida, ed era stata disposta nei suoi confronti una seconda carcerazione preventiva, cominciata nel 2000. Il ricorrente lamenta quindi la non conformità a Convenzione della seconda carcerazione.

²⁰¹ Il ricorrente era stato ripetutamente condannato per cinque stupri e due tentati stupri tra il 1976 e il 1989. Nel 1990 era poi stato condannato per coercizione sessuale a tre anni di reclusione, con sentenza che ne aveva disposto anche la successiva carcerazione preventiva, vista la sua tendenza a commettere gravi reati sessuali, cominciata nel 1992.

²⁰² Verifica che deve tenere conto del comportamento tenuto in carcere dal detenuto e di perizie mediche che valutino la mancanza di probabilità di ricommissione di gravi reati, qualora sia disposto il rilascio (art. 463 § 3 c.p.p.). Secondo un'ulteriore modifica della disciplina avvenuta nel 2007, per la disposizione della misura deve, in relazione ad una valutazione generale del soggetto, profilarsi un rischio altissimo, concreto e insuperabile di successivo ulteriore compimento di gravi reati.

non vi sia più pericolo che il detenuto, viste le sue tendenze criminali (concetto, per inciso, distante dal requisito della capacità di intendere e di volere), commetta gravi reati che possano compromettere l'integrità psico-fisica delle vittime. Secondo la sezione 1a(3) dell'Atto introduttivo al codice penale poi, per quanto riguarda l'applicazione *ratione temporis*, l'art. 67d c.p. come modificato si applica senza restrizioni, e dunque retroattivamente²⁰³: vista la natura non penale delle misure di sicurezza, queste vengono così sottratte alla garanzia di irretroattività della legge²⁰⁴. Il giudice dell'esecuzione può dunque, stando alla modifica normativa, prolungare la custodia di sicurezza a tempo indeterminato, riesaminando però la situazione del detenuto almeno ogni due anni, per verificare se la misura possa essere sospesa in prova (art. 67e c.p.): teoricamente, la misura dovrebbe essere eseguita soltanto per il tempo strettamente necessario e in modo tale da poter infine rimettere in libertà il soggetto non più socialmente pericoloso.

Così, i ricorrenti si vedevano tutti protrarre la detenzione oltre i previsti dieci anni²⁰⁵, e si rivolgevano alla Corte europea per verificare la compatibilità della carcerazione oltre

²⁰³ Così, le decisioni in merito a tali misure devono essere basate sulla legge in vigore al momento della loro concreta attuazione (anziché al momento della pronuncia della condanna e della loro disposizione in astratto), a meno che non sia diversamente disposto, ma devono tuttavia essere proporzionate alla gravità del fatto commesso, tenuto conto della pericolosità del reo.

²⁰⁴ Ci si occuperà specificamente di tale aspetto nel secondo sotto-paragrafo 1.2, dedicato all'analisi delle doglianze relative all'art. 7 CEDU.

²⁰⁵ Per quanto riguarda il caso *M.*, si diceva che il ricorrente inizia l'esecuzione della carcerazione preventiva nel 1991, aspettandosi dunque, sulla base della legge allora in vigore, il rilascio automatico nel 2001. Tuttavia, vista la modifica legislativa del 1998 e il suo effetto retroattivo, la Corte Regionale di Marburg rifiuta di rilasciare il ricorrente, e la Corte d'appello di Frankfurt am Main conferma la decisione, ordinando la prosecuzione della misura anche dopo l'8 settembre 2001, data in cui sarebbero scaduti i dieci anni, senza apporre alcun limite temporale. Il ricorrente prova a rivolgersi alla Corte costituzionale, la quale tuttavia, il 5 febbraio 2004, rigetta il ricorso in quanto infondato, pronunciandosi a favore della legittimità costituzionale dell'art. 67d c.p. e respingendo le denunciate violazioni: della dignità della persona umana, della libertà individuale e dei principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento. Tale decisione tiene in forte considerazione il dovere costituzionale posto in capo ai poteri dell'ordinamento di tutela della sicurezza collettiva, e ritiene idonee e sufficienti le garanzie apprestate, ovvero sia quelle irrinunciabili di riserva di legge e di giurisdizione.

Per quanto riguarda il caso *Schummer*, invece, dopo diversi ricorsi e comunque trascorso il limite di dieci anni (questo il motivo per cui viene riconosciuta la violazione anche dell'art. 5: seppur infine rilasciato, il ricorrente è stato ingiustamente detenuto per un determinato periodo), la Corte d'appello di Karlsruhe dichiarava terminata la carcerazione preventiva, facendo riferimento all'intervenuta sentenza *M. c. Germania* ed alla decisione della Corte Federale di Giustizia del 12 maggio 2010, che aveva proposto un'interpretazione delle disposizioni del codice penale conforme a Convenzione, secondo la quale le decisioni giudiziarie di carcerazione preventiva dovevano essere basate sulla legge in vigore al momento della commissione del reato.

Nel caso *Schmitz*, ancora, il ricorrente contestava le decisioni che disponevano il proseguimento della misura mentre si trovava in stato di carcerazione da meno di quattro anni. Dunque, in questo caso, non poteva essere riconosciuta una violazione, non essendo stato detenuto per un periodo eccedente il termine

l'iniziale termine con i parametri convenzionali: la questione è se la loro detenzione, dopo lo scadere del termine massimo di dieci anni previsto al momento della condanna, possa essere considerata conforme all'art. 5, § 1, CEDU.

Su queste premesse i giudici di Strasburgo cominciano la loro indagine, ma la decisione del tribunale dell'esecuzione di mantenere in detenzione i ricorrenti anche successivamente all'espiazione della pena e della originaria misura di sicurezza, priva di un nuovo riconoscimento di colpevolezza, fa sorgere dei problemi: la Corte non vede un sufficiente nesso causale tra l'iniziale condanna e la protrazione della detenzione oltre i dieci anni previsti. I giudici ricostruiscono il quadro normativo nei termini seguenti: il tribunale della condanna ha giurisdizione per determinare se imporre o meno, in aggiunta alla pena, la carcerazione preventiva; il tribunale dell'esecuzione invece, che interviene successivamente all'espiazione della pena, si occupa della formale indicazione di tutti i dettagli per la sua attuazione, inclusa l'esatta durata, all'interno del quadro stabilito dal tribunale della condanna, letto alla luce della legge applicabile al momento della propria decisione. Considerato che al momento della condanna i ricorrenti avrebbero potuto essere detenuti per soli dieci anni, e poi automaticamente rilasciati, e la protrazione dello stato detentivo era stata resa possibile soltanto dall'intervenuta modifica legislativa, la continua detenzione risultava scollegata dal concreto compimento di un atto penalmente rilevante, esulando così dalla prescrizione della lett. (a) dell'art. 5, § 1, CEDU, e qualificandosi come arbitraria. I ricorrenti, a differenza di altri casi già giudicati dalla Corte²⁰⁶, avrebbero allora dovuto essere rilasciati.

massimo previsto dalla legge, applicabile al momento della commissione del fatto di reato e della condanna.

Nel caso *Jendrowiak*, infine, la carcerazione preventiva era stata riesaminata ad intervalli regolari, e sempre confermata, anche dopo l'espiazione dei dieci anni massimi consentiti al momento della condanna (e anche successivamente alla diagnosi di cancro effettuata sul ricorrente).

²⁰⁶ Nel caso *M.* la Corte fa un esplicito paragone con la sentenza *Kafkaris* (§§ 118-121), analizzata, sotto altro profilo, nel capitolo precedente. In quest'ultimo caso, la pronuncia era stata originata da un contrasto interpretativo dell'espressione "reclusione a vita": da una parte, infatti, i regolamenti penitenziari intendevano la formulazione come "detenzione per vent'anni", dopo la quale il reo avrebbe avuto diritto ad una revisione della propria sentenza di condanna sulla base della buona condotta tenuta in carcere; dall'altra, la corte del procedimento di condanna aveva precisato doversi intendere la prescrizione in senso letterale, come comportante la reclusione del ricorrente per il resto della sua vita. Al momento del suo ingresso nell'istituto penitenziario, tuttavia, al ricorrente veniva consegnato un modulo che stabiliva il suo rilascio dopo vent'anni. La Corte respingeva tuttavia la lamentata violazione dell'art. 5, § 1, in quanto la mera emissione, da parte delle autorità penitenziarie, di un documento contenente indicazioni differenti dalle prescrizioni legali del codice penale non rendeva illegittima la detenzione: esisteva infatti una chiara

Conseguenza diretta di tale ragionamento è la necessità di verificare se la detenzione possa essere giustificata alla luce degli ulteriori *sub*-paragrafi della disposizione: escluse dall'analisi della Corte, per evidente irrilevanza, le previsioni di cui alle lett. (b), (d) e (f)²⁰⁷, l'attenzione viene focalizzata su quelle di cui alle lett. (c) e (e).

Allora, considerata la legislazione tedesca, che impone la carcerazione preventiva a difesa della collettività, a causa del rischio di recidiva dei soggetti colpiti da tale misura, ecco spiegato il primo altro motivo legittimo della detenzione preso in considerazione, ovvero sia quello disposto dal *sub*-paragrafo (c): la detenzione può essere giustificata qualora sia considerata ragionevolmente necessaria per prevenire la commissione di ulteriori reati. Tale previsione, tuttavia, non si adatta secondo la giurisprudenza della Corte ad una politica generale di prevenzione nei confronti di un individuo o una categoria di individui che rappresenti un pericolo a causa della propensione criminale, ma permette agli Stati solo di prevenire una concreta e specifica offesa²⁰⁸. E in nessuno dei casi qui presi in esame le potenziali offese future raggiungono un grado di sufficiente concretezza e specificità, in particolare con riferimento a tempo e luogo della loro commissione, e individuazione delle potenziali vittime, da poter integrare la fattispecie di cui alla lett. (c).

e sufficiente connessione causale tra la condanna del ricorrente e la protrazione del suo mantenimento in reclusione.

²⁰⁷ Secondo queste: "Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:

[...]

(b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge;

[...]

(d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;

[...]

(f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione".

²⁰⁸ Si vedano, tra le molte, sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia* (ric. n. 7367/76): "*the phrase under examination is not adapted to a policy of general prevention directed against an individual or a category of individuals who, like mafiosi, present a danger on account of their continuing propensity to crime; it does no more than afford the Contracting States a means of preventing a concrete and specific offence. This can be seen both from the use of the singular ("an offence", "celle-ci" in the French text) and from the object of Article 5 (art. 5), namely to ensure that no one should be dispossessed of his liberty in an arbitrary fashion*" (cfr. § 102); e sent. 27 maggio 1997, *Eriksen c. Norvegia* (ric. n. 17391/90): "*As a rule Article 5 para. 1 (c) (art. 5-1-c) would not provide a justification for the re-detention or continued detention of a person who has served a sentence after conviction of a specific criminal offence where there is a suspicion that he might commit a further similar offence*" (cfr. § 86).

Infine, resta la previsione, più interessante ai nostri fini, della lettera (e) dell'art. 5 CEDU, ovvero sia la legittimità della detenzione di persone, tra le altre, alienate, letteralmente “*of unsound mind*”, o “*aliéné*” in francese. Si tratta, è evidente, di una reclusione sorretta da uno scopo di difesa sociale, dunque inscindibilmente connessa alla definizione che si propone di “persona alienata”. E secondo la giurisprudenza della Corte²⁰⁹, il concetto di individuo “*of unsound mind*” si evolve continuamente, seguendo i progressi della scienza psichiatrica, e non è dunque possibile fornirne una chiara e precisa definizione²¹⁰ (la mancanza di una definizione è dettata anche dall'esigenza di lasciare un certo margine di apprezzamento agli Stati quando si pronunciano sull'internamento di un individuo infermo di mente, considerata la loro maggiore competenza a valutare le prove dedotte); tuttavia, tre sono le condizioni minime affinché un individuo possa essere definito tale: deve essergli stato riconosciuto da un'autorità competente, sulla base di una perizia medica oggettiva, un reale disturbo mentale; il disturbo mentale deve essere di un tipo o livello tale da rendere obbligatoria la detenzione (requisito rispettato laddove l'individuo necessiti di terapia o trattamenti medici o clinici per migliorare le sue condizioni, ma anche laddove l'individuo abbia bisogno di controllo e supervisione per prevenirlo dal commettere offese che possano causare danno a se stesso o ad altre persone); la validità della continuazione della

²⁰⁹ Si veda, tra le tante, sent. 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi* (ric. n. 6301/73): “*The Convention does not state what is to be understood by the words “persons of unsound mind”. This term is not one that can be given a definitive interpretation: as was pointed out by the Commission, the Government and the applicant, it is a term whose meaning is continually evolving as research in psychiatry progresses, an increasing flexibility in treatment is developing and society’s attitude to mental illness changes, in particular so that a greater understanding of the problems of mental patients is becoming more wide-spread*” (cfr. § 37).

²¹⁰ Questo aspetto lascia irrisolti diversi problemi negli ordinamenti che prevedono il sistema del doppio binario. Non spingendosi infatti la Corte a definire i disturbi che possono portare ad un'alienazione, tutti i quesiti sull'imputabilità dei soggetti rimangono aperti, e privi di una risposta convenzionale sui limiti dell'intervento penale in materia. In ogni caso, la giurisprudenza della Corte ha stabilito in maniera certa che non è sufficiente che si tratti di un soggetto che presenti idee o comportamenti che si discostino dalle norme prevalenti in una data società, occorrendo invece che risulti affetto da una patologia psichiatrica o presenti, quantomeno, aspetti abnormi della personalità (cfr. *Winterwerp c. Paesi Bassi*, già citata: “*In any event, sub-paragraph (e) of Article 5 para. 1 (art. 5-1-e) obviously cannot be taken as permitting the detention of a person simply because his views or behaviour deviate from the norms prevailing in a particular society. To hold otherwise would not be reconcilable with the text of Article 5 para. 1 (art. 5-1) which sets out an exhaustive list of exceptions calling for a narrow interpretation. Neither would it be in conformity with the object and purpose of Article 5 para. 1 (art. 5-1), namely to ensure that no one should be dispossessed of his liberty in an arbitrary fashion. Moreover, it would disregard the importance of the right to liberty in a democratic society*” (cfr. § 37).

detenzione deve dipendere direttamente dalla persistenza di un tale disturbo²¹¹. Gli Stati dispongono di una certa discrezionalità nella valutazione della sussistenza di tali elementi, e il momento di tale esame deve essere la data dell'adozione della misura. Inoltre, qualora la detenzione venga disposta in ragione dell'infermità mentale dell'individuo interessato, questa deve essere effettuata presso strutture idonee a fornire le cure e il sostegno adeguati, e non può quindi risolversi nella reclusione in ordinario istituto penitenziario²¹².

La Corte, con riferimento a tale ultimo parametro, "smaschera" le decisioni giudiziarie tedesche: dietro alla espressa decisione di mantenere i ricorrenti in detenzione in quanto persone "*of unsound mind*" si cela infatti, secondo i giudici di Strasburgo, la vera, inconfessabile, motivazione. Indipendentemente dal riscontro di un disturbo psichiatrico le Corti stabilivano di protrarre la detenzione soltanto per motivi di prevenzione, lasciando che nel bilanciamento di interessi la sicurezza della collettività prevalesse sul diritto dell'individuo al rispetto della sua libertà personale. E un tale ragionamento, che sacrifica il diritto supremo dell'individuo alla libertà ai soli fini di difesa sociale (senza peraltro, si è detto, che il rischio di recidiva fosse in alcun caso concreto e specifico), non può considerarsi compatibile con le prescrizioni dell'art. 5 CEDU²¹³.

Un'interessante espressa disamina di tale questione viene resa nel caso *Jendrowiak*, a fornire un importante chiarimento sui rapporti tra esigenze di difesa collettiva e garanzie individuali, utilizzando un altro parametro convenzionale, l'art. 3 CEDU. Le autorità nazionali tedesche, infatti, protraendo la carcerazione del ricorrente, agivano per proteggere potenziali vittime da gravi danni potenzialmente costituenti trattamenti inumani o degradanti. Secondo la consolidata giurisprudenza di Strasburgo, in effetti, l'art. 3 richiede che gli Stati pongano in essere tutte le (effettive) misure necessarie a

²¹¹ Di nuovo, la necessità di un riesame periodico della situazione degli internati sarà oggetto di trattazione specifica nel seguente paragrafo 2.

²¹² Cfr. sent. 28 maggio 1985, *Ashingdane c. Regno Unito* (ric. n. 8225/78): "*The Court would further accept that there must be some relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the place and conditions of detention. In principle, the "detention" of a person as a mental health patient will only be "lawful" for the purposes of sub-paragraph (e) of paragraph 1 (art. 5-1-e) if effected in a hospital, clinic or other appropriate institution authorised for that purpose*" (§ 44).

²¹³ Inoltre, anche qualora la detenzione fosse risultata legittima alla luce di uno degli scopi previsti dall'elencazione di cui all'art. 5, la conclusione sarebbe stata ugualmente di violazione, in quanto la legge non ha rispettato, nei casi in esame, i requisiti di sufficiente chiarezza, precisione e prevedibilità, caratteri posti per evitare l'arbitrio: i ricorrenti infatti, al momento della commissione dei fatti, non avrebbero potuto ragionevolmente prevedere che conseguenza delle loro azioni sarebbe stata una detenzione potenzialmente illimitata, in forza di una successiva modifica legislativa ad effetto immediato.

proteggere i propri cittadini dalla sottoposizione a tortura o trattamenti inumani o degradanti, anche dove perpetrati da privati, di cui le autorità abbiano avuto o dovuto avere conoscenza. Tuttavia, principio cardine che troppo spesso sembra essere dimenticato, una tale obbligazione non permette agli ordinamenti nazionali di proteggere gli individui da potenziali reati attraverso misure che si pongano in contrasto con i diritti individuali garantiti dalla Convenzione, e in particolare il diritto alla libertà come stabilito dall'art. 5, § 1: le autorità nazionali non possono allora fare affidamento sulla loro obbligazione positiva per giustificare una privazione di libertà che non risulta conforme alla CEDU. Utilizzando le parole di Marco Pelissero: “dalla motivazione della sentenza del 2009²¹⁴ si ricava un principio importante: la logica della mera difesa sociale non può di per sé legittimare interventi limitativi della libertà personale che si fondino solo su giudizi prognostici di pericolosità sociale”²¹⁵.

E giungiamo così all'ultima e più recente delle sentenze prese in esame, il caso *Glien c. Germania*, che accoglie le modifiche intervenute nell'ordinamento tedesco sulla base delle precedenti pronunce. Il ricorrente è il sig. Christian Glien, cittadino tedesco, condannato nel 1997 dalla Corte Regionale di Hanau a quattro anni di reclusione per abuso sessuale su minori; durante il giudizio, inoltre, un esperto psichiatra gli aveva diagnosticato una deviazione sessuale, con elementi di pedofilia e masochismo, non così grave da essere considerata patologica, ma classificabile come disturbo mentale ai sensi dell'art. 1 § 1 del recente *Therapy Detention Act*, entrato in vigore il 1° gennaio 2011, a seguito della pronuncia *M. c. Germania*, per rendere il sistema tedesco conforme a Convenzione. Questo prevede, alle sezioni 1, § 1, e 4, che le sezioni civili delle competenti Corti regionali possano ordinare il collocamento in idoneo istituto degli individui condannati prima del 1998 (e a cui non può dunque applicarsi il nuovo regime di carcerazione senza limiti di tempo) e che abbiano terminato l'esecuzione dei dieci anni di carcerazione. Tale “*therapy detention*” può essere ordinata qualora la persona sia stata riconosciuta colpevole, con sentenza passata in giudicato, dei gravi reati che portano, ex art. 66, § 3, c.p., alla disposizione di carcerazione preventiva, e soffra di un disturbo mentale a causa del quale sia altamente probabile che possa danneggiare la vita, l'integrità fisica, la libertà personale o la determinazione sessuale di un'altro

²¹⁴ L'autore si riferisce alla sentenza *M. c. Germania*.

²¹⁵ Marco Pelissero, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011.

individuo²¹⁶. Tornando al caso in esame, il tribunale della condanna aveva disposto la carcerazione preventiva del ricorrente, che era cominciata nel 2001 nella prigione di Werl, e proseguita dal 2004 in quella di Diez. Spirati i primi dieci anni, facendo leva sulla sentenza del 4 maggio 2011 della Corte costituzionale tedesca²¹⁷ (salutata con favore dalla Corte europea, e citata nel caso *Schmitz*), il ricorrente aveva chiesto di essere rilasciato; la richiesta era stata tuttavia rigettata: il tribunale aveva ritenuto infatti che il caso del ricorrente ricadesse negli stringenti *standard* individuati dal Giudice fondamentale per la proroga del regime detentivo²¹⁸. Negli anni successivi aveva proposto diversi altri ricorsi, tutti sempre rigettati. Il 7 giugno 2013 era stato infine trasferito in una nuova zona del carcere di Diez, ristrutturato in modo da distinguerlo dal

²¹⁶ La detenzione deve dunque porsi come necessaria per la protezione della sicurezza pubblica, e la sua durata dipenderà direttamente dalla persistenza del disturbo psichiatrico. Così, tutelando la collettività da potenziali condotte di chi ha in passato compiuto gravi reati, la legge è “orientata verso il futuro”, escludendo ogni questione di retroattività: secondo l’interpretazione nazionale si deve in questi casi parlare di retroattività “impropria”, perché la misura può essere eseguita solo dopo la pubblicazione della legge, la cui disciplina si applica però oggettivamente, in ragione di un comportamento giuridicamente rilevante compiuto prima della pubblicazione stessa. Tale riforma introduce una nuova categoria di persone con disordini mentali, che ricalca quella di persona “*of unsound mind*” prevista dall’art. 5 § 1 (e) della CEDU: secondo l’interpretazione nazionale, non occorre che il soggetto avesse una capacità di intendere e di volere esclusa o limitata al momento del compimento del fatto di reato, né che sia affetto da patologia di natura psichiatrica. Vi possono dunque essere ricondotti specifici disturbi della personalità, che non arrivino ad essere patologici. Ancora, secondo la sezione 2, strutture idonee a tale tipo di reclusione sono quelle che possano garantire, attraverso offerte mediche e terapeutiche, un trattamento adeguato al disordine mentale, sulla base di un piano individualizzato, e che mirino a ridurre al minimo il tempo di detenzione; devono permettere l’esecuzione meno gravosa possibile per il detenuto, avendo riguardo agli aspetti terapeutici e alla sicurezza collettiva.

²¹⁷ Con tale pronuncia la Corte mette in discussione, alla luce della sentenza *M. c. Germania*, e dunque di un’interpretazione della Costituzione conforme ai parametri convenzionali, le disposizioni del codice penale inerenti la carcerazione preventiva. Viene così stabilito che queste, laddove retroattive, sono in contrasto con la Costituzione, e viene dichiarato incostituzionale (tra gli altri) l’art. 66, in quanto non fissa una chiara differenza tra la carcerazione preventiva e la custodia per l’espiazione della pena della reclusione. Vista la necessità di una riforma del sistema, la Corte stabilisce inoltre che tutte le disposizioni giudicate in contrasto con la Legge fondamentale possano rimanere in vigore non oltre il 31 maggio 2013, e che i detenuti non più affetti da disturbi mentali (come definiti dalla sezione 1 § 1 del nuovo *Therapy Detention Act*) e non più a rischio di ricommissione di reati, debbano essere rilasciati al più tardi il 31 dicembre 2011. Nelle sue motivazioni, la Corte fa leva sull’interpretazione degli artt. 5 e 7 CEDU fornita nel caso *M. c. Germania*: dunque, l’esigenza di stabilire una differenza tra la carcerazione preventiva e la reclusione richiede un’offerta terapeutica, rivolta al detenuto, intensificata ed individuale. La proroga, oltre i dieci anni, della carcerazione preventiva, sarebbe legittima solo ove incontrasse i requisiti richiesti dall’art. 5 § 1 (e): dunque, solo se effettuata nei confronti di individui “alienati”, in un ospedale, una clinica, o altra struttura idonea ad uno scopo curativo. Ancora, impone che la carcerazione preventiva del soggetto interessato, quando riesaminata in futuro, sarà prorogata solo in base ad un rigoroso esame di proporzionalità, prescrivendo infatti che le disposizioni sulla carcerazione preventiva possano trovare applicazione nel periodo di transizione solo appunto a seguito di uno stretto scrutinio di proporzionalità, rispettato solo ove sia presente il pericolo che il detenuto possa commettere gravi reati sessuali o violenti una volta rilasciato.

²¹⁸ Il ricorrente rifiutava infatti di sottoporsi alle cure psichiatriche, di riconoscere la gravità di quanto emergente dalla perizia medica e di aver compromesso l’integrità psico-fisica dei bambini da lui abusati, confermando il dubbio che, qualora rilasciato, avrebbe continuato a perpetrare le medesime offese.

resto dell'istituto e renderlo conforme ai nuovi requisiti costituzionali che chiedevano di stabilire una differenza tra la carcerazione preventiva e la reclusione. Il ricorrente adiva dunque la Corte europea, lamentando la violazione degli artt. 5, § 1, e 7, § 1.

Per quanto riguarda la prima doglianza, prova a far valere la somiglianza tra la sua situazione e il caso *M.*, ormai cavallo di battaglia per i detenuti tedeschi: secondo la sua tesi, i detenuti sarebbero stati riclassificati quali persone “*of unsound mind*” solo per permettere la proroga della misura di sicurezza detentiva oltre il limite di dieci anni applicabile al momento della condanna, senza una reale valutazione della situazione di ciascuno (ricostruzione, per altro, che non viene accolta dalla Corte). Vista la precedente giurisprudenza di Strasburgo, il punto di maggiore disputa tra ricorrente e Governo convenuto è dunque proprio la possibilità o meno di definire il ricorrente quale individuo “*of unsound mind*”, elemento che permetterebbe la continua carcerazione rispettando le disposizioni convenzionali; conseguenza diretta è poi il contrasto sull'ulteriore requisito, ovverosia, secondo giurisprudenza consolidata, la necessità di eseguire la detenzione in luogo adatto, come un ospedale o una clinica²¹⁹.

Per quanto riguarda la possibilità di definire il ricorrente “*of unsound mind*”, la Corte non è persuasa che tale sia il caso, e ammette che la nozione derivante dalla CEDU potrebbe essere più restrittiva di quella accolta nel diritto nazionale. Tuttavia, considerata, da una parte, la mancanza di una precisa definizione convenzionale, e dall'altra il fatto che le autorità giudiziarie tedesche si fossero mostrate unanimi nella valutazione, compiuta sulla base di una perizia medica oggettiva, sull'esistenza di un “*true mental disorder*”, e ancora il fatto che, secondo le nuove prescrizioni interne, la durata dell'internamento sarebbe dipesa unicamente dalla persistenza di un tale disturbo, ritiene di non essere tenuta a dare una risposta definitiva sul punto in questione, e accetta che le Corti interne lo avessero riconosciuto portatore di un disturbo conforme agli scopi dell'art. 5 CEDU.

²¹⁹ Come si è visto, il ricorrente è detenuto in apposita struttura del carcere di Diez, pur sempre istituto penitenziario. Secondo quanto sostenuto dal Governo, la detenzione sarebbe legittima nonostante tale situazione: a seguito delle decisioni della Corte europea nel caso *M.* e la conseguente pronuncia costituzionale del 4 maggio 2011, il 7 marzo 2012 il Governo ha presentato al legislatore federale un progetto di legge per stabilire una chiara differenza tra carcerazione preventiva e reclusione, al momento del caso in esame al Parlamento. Tuttavia, la situazione non potrebbe essere cambiata in pochi giorni, e per questo la Corte costituzionale avrebbe autorizzato la continua carcerazione a strette condizioni. La Corte europea, secondo la propria giurisprudenza, avrebbe secondo il Governo dovuto accordare all'ordinamento tedesco un tempo ragionevole per proseguire tali riforme e rendersi completamente adempiente alle nuove condizioni della giurisprudenza di Strasburgo.

Tuttavia, si pone la questione del luogo e delle modalità dell'esecuzione. Nonostante i rilievi della parte convenuta²²⁰, la Corte si concentra sulla mancanza di una reale offerta terapeutica nei confronti di un individuo detenuto in quanto mentalmente disturbato²²¹; pur apprezzando il meccanismo di riforma messo in moto nell'ordinamento tedesco per rendersi conforme alle condizioni convenzionali, in particolare alla necessità di garantire il diritto alla libertà nel futuro prossimo (“*fundamental right to liberty in the near future*”²²²), e accettando la necessità di un periodo di transizione, i giudici di Strasburgo premono sul fatto che l'ordinamento tedesco sia in realtà in grado di offrire condizioni di detenzione adeguate alla situazione del ricorrente già al momento: da una parte, il ricorrente potrebbe, secondo le disposizioni vigenti, essere trasferito in un ospedale psichiatrico; dall'altra, il *Therapy Detention Act* permetterebbe il collocamento in strutture idonee degli individui portatori di un disturbo mentale che non possono più essere mantenuti in carcerazione preventiva a causa del divieto di aggravio retroattivo della propria situazione²²³. Dunque, il rilascio del ricorrente non sarebbe stata l'unica alternativa a disposizione dell'ordinamento per evitare la proroga della carcerazione in un'ala separata del carcere di Diez. Dunque, la Corte nuovamente riconosce una violazione dell'art. 5 § 1, perché la detenzione del ricorrente nell'istituto penitenziario non risponde ai requisiti necessari affinché possa essere considerata reclusione di un alienato.

Si può dunque infine riassumere la posizione della Corte sulla detenzione di un alienato utilizzando una massima pronunciata dalla stessa, nella sentenza *Winterwerp*, § 39: “*In the Court's opinion, except in emergency cases, the individual concerned should not be deprived of his liberty unless he has been reliably shown to be of "unsound mind". The very nature of what has to be established before the competent national authority - that is, a true mental disorder - calls for objective medical expertise. Further, the mental*

²²⁰ Il Governo aveva infatti premuto sulla maggiore dimensione delle celle rispetto a quelle destinate alla reclusione e sul loro equipaggiamento, sui grandi spazi disponibili per attività ricreative interne ed esterne, sulla maggiore libertà di movimento all'interno della struttura rispetto ai reclusi, sullo *staff* multidisciplinare a disposizione dei detenuti, sulla possibilità illimitata di fare telefonate a parenti e amici, ecc.

²²¹ Nonostante il fatto che il ricorrente non avesse accettato un trattamento psichiatrico, la Corte ricorda che è compito delle autorità compiere ogni sforzo possibile nei confronti di persone affette da disturbi mentali.

²²² Cfr. *Glien c. Germania*, § 99.

²²³ Ai sensi della sezione 2 di tale legge, le strutture in questione devono garantire, attraverso la loro offerta medica e terapeutica, un adeguato trattamento del disturbo mentale della persona questione.

disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement. What is more, the validity of continued confinement depends upon the persistence of such a disorder”.

Appare così, tra le righe, senza tanti fronzoli e rilievi, il diritto alla libertà nel futuro prossimo, “nuova” garanzia riconosciuta dalla Corte in capo al detenuto. I giudici non si soffermano a spiegare l’espressione e la sua portata, e non si soffermano a delucidarne presupposti o origine: viene detto quasi per inciso, trasmettendo in chi legge la sensazione che si tratti di un elemento scontato, non necessitante ulteriori chiarimenti. Ed in effetti, sulla base di quanto si è visto anche nel capitolo precedente, sembra proprio essere così. Visti gli approdi della giurisprudenza non solo europea, ma anche derivanti dal diritto internazionale, infatti, sembra logico dedurre l’esistenza del principio del reinserimento anche in questo ambito, pur sempre di reclusione. Di qualunque tipo di detenzione si tratti, il condannato rimane un individuo cui deve essere offerta una possibilità di riscatto e risocializzazione, a maggior ragione quando soggetto a patologia psichiatrica, che ha diritto ad essere curato e poi liberato.

2.2. L’articolo 7 e il ripensamento del sistema del doppio binario.

L’art. 7 CEDU, elemento essenziale dello Stato di diritto, stabilisce, come si diceva, che “non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”. Si tratta di una disposizione fondamentale della Convenzione, come confermato dalla suo carattere inderogabile, anche “in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione” (art. 15, § 1, CEDU).

È costruito in modo tale da apprestare idonea garanzia contro accuse, condanne e pene arbitrarie. Secondo giurisprudenza consolidata della Corte, solo una legge può definire un reato e prescrivere la relativa pena; è vietata l’applicazione retroattiva della legge penale *in malam partem* e l’interpretazione analogica o estensiva delle disposizioni penali. Laddove l’articolo si riferisce alla “legge”, questa deve possedere i consueti caratteri qualitativi di accessibilità, precisione e prevedibilità nella sua applicazione, i quali devono riguardare tanto la condotta incriminata quanto la sanzione conseguentemente comminata. L’individuo deve quindi essere messo nella posizione di

sapere in anticipo quali azioni od omissioni possano comportare una condanna penale, e quale sia la relativa pena.

Ciò che ai nostri fini maggiormente interessa è la determinazione del concetto di “pena”, che la Corte stabilisce essere autonoma, non vincolata dalla definizione datane nei vari ordinamenti nazionali²²⁴: per rendere effettiva la protezione offerta dalla Convenzione i giudici di Strasburgo devono rimanere liberi di andare oltre le apparenze, senza lasciare che le prescrizioni e valutazioni interne interferiscano con la propria opera di qualificazione e valutazione. Allora, nelle sentenze prese in esame, nelle quali i ricorrenti lamentano di essere stati sottoposti, dopo i primi dieci anni di carcerazione preventiva, ad una sanzione penale aggiuntiva, la Corte va ad analizzare, secondo i propri parametri, la misura di sicurezza in questione, onde verificare se si tratti, in realtà, di una vera e propria pena.

Ricorda così il primo elemento da valutare per una corretta qualificazione, ovverosia se sia stata imposta a seguito di una condanna per la commissione di un fatto penalmente rilevante: e tale risulta essere stata la situazione per ciascuno dei ricorrenti. Seguono la caratterizzazione offerta dall’ordinamento interno, la natura e lo scopo della punizione, il grado di severità, ecc.

Come una pena, la custodia di sicurezza tedesca comporta una forte restrizione della libertà personale del soggetto interessato, e viene scontata negli ordinari istituti penitenziari, anche se in ale separate: i piccoli privilegi nel regime detentivo “*cannot mask the fact that there is no substantial difference between the execution of a prison sentence and that of a preventive detention order*”²²⁵. Mentre lo natura della sanzione rappresenterà l’approdo finale del percorso argomentativo, la Corte può invece vagliarne lo scopo: nonostante quanto sostenuto dal Governo, ovverosia che alla base della misura stia una mera finalità preventiva, e non anche in parte punitiva, i giudici non rinvencono speciali misure o strumenti, a parte quelli disponibili anche per i detenuti ordinari, diretti agli individui soggetti a carcerazione preventiva e tesi a ridurre

²²⁴ Questi, infatti, adottano in materia discipline e definizioni molto differenti. La Corte porta ad esempio, nell’analisi del caso *M.*, le legislazioni belga e francese: secondo la prima, le misure di sicurezza tedesche verrebbero qualificate quali vere e proprie pene; nel secondo ordinamento è stato lo stesso Consiglio costituzionale ad escludere che le misure di sicurezza possano considerarsi escluse dal divieto di retroattività della legge penale.

²²⁵ Cfr. *M. c. Germania*, § 127. La Corte si riferisce, in particolare, alla possibilità di indossare i propri indumenti personali e dotare le proprie celle di più oggetti personali, in modo da renderle più confortevoli.

la loro pericolosità sociale e limitare la durata della loro detenzione a quanto sia strettamente necessario per prevenire la commissione di reati futuri²²⁶ (mentre, considerata appunto la durata potenzialmente illimitata della detenzione, il percorso del reo e l'attenzione delle autorità nazionali dovrebbero essere tutti rivolti verso la cura e il reinserimento del reo nel contesto sociale): *“particular endeavours are necessary in order to support these detainees who, as a rule, will be unable to make progress towards release by their own efforts”*²²⁷. Ancora, non sono solo le valutazioni della Corte a far emergere uno scopo punitivo: secondo le sezioni 2 e 129 dell'*Execution of Sentences Act*, infatti, sia le pene che le misure di correzione e prevenzione hanno due scopi, ossia proteggere la collettività ed aiutare i detenuti a divenire capaci di condurre una vita responsabile fuori dal carcere. Dunque, le finalità espresse accomunano le due sanzioni, e considerata la sua durata illimitata, la carcerazione preventiva può essere intesa come punizione ulteriore per il crimine commesso, mostrando così un chiaro elemento deterrente, solitamente proprio delle sanzioni penali. Contenuto afflittivo (restrizione della libertà personale) e scopo preventivo (durata illimitata della detenzione) dunque, mostrano la natura sostanziale di pena della custodia di sicurezza. Ancora, entrambi i tribunali coinvolti (quello della condanna prima, e quello dell'esecuzione poi) appartengono al sistema della giustizia penale. Infine, la misura appare essere tra le più severe che possono essere imposte in Germania²²⁸: per quanto riguarda il caso *M.*, ad esempio, al momento dell'esame del ricorso a Strasburgo il ricorrente si trovava in stato di carcerazione preventiva da un tempo tre volte più lungo della durata della condanna penale inflittagli per il reato commesso; inoltre, a differenza di una pena ordinaria, la misura di sicurezza può avere una durata potenzialmente illimitata, a meno di non accertare la cessazione della pericolosità sociale, elemento di complicatissima indagine e prova. Visti i rilievi svolti, la conclusione non può che

²²⁶ La Corte, infatti, concorda con l'opinione espressa dal CPT (a seguito della visita in Germania nel 2007) e dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, secondo la quale le persone soggette a carcerazione preventiva, considerata la durata potenzialmente illimitata della misura cui sono sottoposti, hanno particolare bisogno di cura e supporto, nel tentativo di raggiungimento degli obiettivi di prevenzione del crimine, e di successivo rilascio dei detenuti, che deve rappresentare un'opzione reale. Richiama dunque tali autorevoli posizioni, che avevano suggerito all'ordinamento tedesco di modificare la disciplina in esame, e ammodernare le strutture destinate all'esecuzione della stessa, ricordando ancora una volta l'importanza fondamentale che deve essere attribuita alla possibilità di liberazione di qualunque tipo di detenuto, in vista della quale le autorità nazionali sono tenute a compiere ogni possibile sforzo.

²²⁷ Cfr. *M. c. Germania*, § 129

²²⁸ Cfr. *M. c. Germania*, § 132: *“this measure appears to be among the most severe – if not the most severe – which may be imposed under the German Criminal Code”*.

essere la classificazione di tale misura quale vera e propria pena: si tratta di una “*penalty*” aggiuntiva imposta ai ricorrenti retroattivamente, e dunque in violazione della garanzia stabilita dall’art. 7, § 1 CEDU²²⁹. Il risultato della modifica normativa che ha abolito il limite massimo di durata di dieci anni per la carcerazione preventiva, rendendola una detenzione potenzialmente illimitata nel tempo, infatti, non può essere considerato una mera modalità di esecuzione della iniziale condanna (che, come tale, non rientrerebbe nella fattispecie prevista dall’art. 7), ma una nuova pena. Negando allora la distinzione tra pene e misure di sicurezza, esistente secondo la Corte in teoria ma non in pratica, viene messo in discussione il sistema del doppio binario, tutto costruito sulla professata differenza tra sanzioni penali e misure di sicurezza.

E ancora, pochi rilievi aggiuntivi devono essere fatti con particolare riferimento all’ultima delle sentenze analizzate, *Glien*, che in ogni caso conferma il ragionamento sviluppato nel caso *M. c. Germania*. La violazione dell’art. 7 viene accolta²³⁰ sulla base dei medesimi principi stabiliti nella prima pronuncia, nonostante le intervenute modifiche normative, che avrebbero potuto portare ad una conclusione di segno opposto. Nonostante la recente introduzione del *Therapy Detention Act*, infatti, che avrebbe permesso il trasferimento del ricorrente in un istituto idoneo alla cura degli individui affetti da disturbi mentali, non era stato fatto alcun uso di tale possibilità; tale ricovero detentivo a fini terapeutici non sarebbe stato qualificato come una pena, non trattandosi di una punizione imposta da un organo giudiziario penale a seguito di una condanna penale, ma invece di una misura ordinata da corti civili rivolta al trattamento medico e alla riduzione della pericolosità sociale dei soggetti interessati. Essendo invece stata meramente protratta la custodia di sicurezza, l’analogia con il caso *M.* è inevitabile: nonostante il processo di riforma messo in moto nell’ordinamento tedesco, degno di nota, il caso del ricorrente non si discosta ancora dai precedenti.

²²⁹ Il ragionamento appena ripercorso viene sviluppato nella sentenza *M.*, *leading case*, e poi espressamente richiamato in quelle successive. L’unico caso deciso diversamente, ma non per ragioni sostanziali, in cui si arriva ad una conclusione di rigetto, è *Schmitz c. Germania*: per quanto riguarda la prima carcerazione preventiva del ricorrente, al momento delle decisioni di proroga impugnate, costui non aveva ancora raggiunto il limite massimo di dieci anni; per quanto riguarda la seconda, invece, a questa non è mai stato previsto si potesse applicare un limite, contemplato soltanto per la prima carcerazione preventiva. Dunque, questa parte del ricorso viene respinta in quanto incompatibile *ratione personae* con le disposizioni convenzionali.

²³⁰ La carcerazione preventiva ordinata nel 1997, secondo i principi consolidati della Corte da qualificarsi come una pena, è stata infatti ripetutamente confermata e prolungata, nonostante il limite massimo di dieci anni previsto al momento della condanna.

3. *La necessità di un riesame periodico anche attraverso acquisizione di perizia medica.*

Come abbiamo visto, l'istituto tedesco della custodia di sicurezza è di per sé legittimo, e così anche il ricovero di soggetto socialmente pericoloso in ospedale psichiatrico. Tuttavia, la Corte prescrive specifiche modalità esecutive affinché vi sia un pieno rispetto dei parametri convenzionali.

Così, presupposto della detenzione è che l'individuo presenti un “*true mental disorder*”, e che questo sia stato accertato sulla base di una oggettiva perizia psichiatrica: vi deve essere un controllo da parte dell'autorità medica che il soggetto sia effettivamente “*of unsound mind*”.

Ancora, la durata del ricovero deve essere direttamente legata alla persistenza del disturbo mentale, così da rilasciare l'individuo non appena non rappresenti più un pericolo per la società. La Corte, nel caso *M.*, ha esplicitamente criticato l'operato dei precedenti giudici tedeschi, che hanno prorogato il regime di carcerazione del ricorrente senza verificare la continua sussistenza della patologia psichiatrica, rendendo illegittima la conseguente parte di detenzione.

Sempre nel caso *M.*, poi, i giudici di Strasburgo hanno sostenuto che la mancanza di un termine massimo di durata della custodia di sicurezza fosse indice rivelatore di uno scopo punitivo, e non solo preventivo, della misura. Se il fine fosse stato solo quello di curare il soggetto, con l'obiettivo primario del suo reinserimento, sarebbero stati previsti strumenti di rieducazione ulteriori, e un termine alla detenzione.

Allora, tutti questi elementi, portano implicitamente a configurare la necessità di un riesame periodico della situazione dell'internato²³¹. Nonostante la Corte, diversamente da quanto visto nel capitolo precedente in tema di ergastolo, non lo dica esplicitamente, presupposto di tutti i suoi percorsi argomentativi è il monitoraggio continuo del soggetto pericoloso, onde assicurargli, il prima possibile, il suo “*fundamental right to liberty in the near future*”.

²³¹ Si esprime nella medesima direzione il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che con la Raccomandazione (82)17 sulla detenzione e il trattamento dei detenuti pericolosi, adottata il 24 settembre 1982 in occasione del 350esimo incontro dei Rappresentanti dei Ministri, invita gli Stati membri a prevedere il principio della temporaneità dei provvedimenti che interessano tali soggetti, con una procedura di revisione regolare delle situazioni. Per un commento della raccomandazione si veda Giorgio Pighi, *La raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla detenzione ed il trattamento dei detenuti pericolosi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1984, fasc. 1.

Trattandosi poi di patologie psichiatriche, è evidente che tutte le acquisizioni dovranno essere supportate da perizie mediche, le uniche adeguate a valutare realmente la situazione: deriva dal fatto che si tratti di soggetti portatori di un disturbo mentale, dal fatto che tali perizie sono necessarie già al momento della disposizione della misura, e ancora dal fatto che l'unico ambiente idoneo alla detenzione sia, in questi casi, un ospedale o una clinica. Si tratta dunque di questioni giuridiche che dal momento in cui sorgono, per tutta la durata del loro svolgimento, fino al momento in cui cessano, necessitano di essere integrate dalle conoscenze mediche.

Un ultimo rilievo, particolare, nel contesto di una doglianza diversa da quelle finora analizzate.

Nel caso *Schummer*, il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 3 della Convenzione, sostenendo che una carcerazione preventiva di durata potenzialmente illimitata integrerebbe una punizione inumana e degradante. Ecco dunque emergere, in tutta la sua problematicità, la questione di quel tipo di ergastolo che in Italia viene definito "bianco", ovvero sia quello risultante dall'applicazione di una misura di sicurezza a tempo indeterminato.

I giudici di Strasburgo, comunque, liquidano la questione come manifestamente infondata in poche righe: i principi giurisprudenziali elaborati con riferimento alla pena della reclusione (analizzati nel capitolo precedente) risultano sicuramente applicabili al caso di specie; tuttavia, la previsione di obbligatorie riesami, ad intervalli regolari, della situazione del detenuto in vista di una liberazione in prova, e la mancanza di indicazioni di malafede delle Corti precedenti nella disposizione della protrazione della carcerazione del ricorrente, portano a concludere che non sia stata rimossa qualsiasi prospettiva di liberazione, e dunque che non vi sia stata alcuna violazione dell'articolo in esame²³².

Così la Corte conferma l'obbligatorietà del riesame.

Che si tratti di reclusione per espiazione della pena dell'ergastolo o detenzione in ospedale psichiatrico, il soggetto interessato non può essere abbandonato dalle autorità

²³² Questo per quanto riguarda il caso *Schummer*.

Anche nel caso *Jendrowiak* era stata presentata una simile doglianza, tuttavia rigettata per non esaurimento delle vie interne di ricorso.

nazionali, che devono compiere ogni sforzo possibile verso il suo reinserimento e controllare periodicamente le sue condizioni.

4. Osservazioni conclusive.

Le sentenze ora analizzate rendono chiaro il *modus operandi* della Corte, rivolto alla sostanza delle previsioni nazionali, nell'ottica di un'effettiva e concreta protezione dei diritti convenzionali. Così, la misura detentiva che nello Stato viene qualificata come misura di sicurezza, viene invece trattata dai giudici di Strasburgo come vera e propria pena: come tale, essa dovrà rispettare tutti i requisiti stabiliti in merito dalla giurisprudenza convenzionale.

E così, una misura a tempo indeterminato andrà valutata anche con riguardo ai requisiti analizzati con riferimento all'art. 3 CEDU in tema di ergastolo, in quanto pena di durata potenzialmente illimitata. E alcuni criteri, seppur trattati in ambiti diversi, con parole diverse, già si avvicinano. Nel capitolo precedente abbiamo visto che deve sussistere una piena proporzionalità tra il reato commesso e la pena comminata; qui, la detenzione deve essere legata a filo doppio con la persistenza del disturbo mentale: proporzionalità, quindi, tra la situazione personale dell'individuo e la misura adottata nei suoi confronti, che potrà essere detentiva solo laddove non esistano alternative meno afflittive. Altri criteri, poi, sono proprio gli stessi, come il riesame obbligatorio e regolare delle condizioni del soggetto *in vinculis*. Inoltre, si pongono nuovi requisiti con riferimento all'art. 5 § 1 lett. (e) e alla detenzione degli individui alienati. In quest'ultimo caso la Corte ha addirittura delineato il diritto alla libertà nel futuro prossimo, ancora più stringente del diritto alla speranza elaborato a partire dal caso *Vinter*: così, le autorità nazionali sono soggette all'obbligo convenzionale di fornire al detenuto ogni mezzo possibile al fine di raggiungere tale obiettivo; ancora prima, le prescrizioni legislative devono essere tutte rivolte a tale obiettivo. La pena (o misura di sicurezza che sia) fino alla morte, viene di nuovo esclusa dall'orizzonte degli scenari possibili.

Che si tratti di "diritto alla speranza" o "diritto alla libertà nel futuro prossimo", la sostanza della questione rimane la medesima: non è legittimo detenere una persona a tempo indeterminato, senza offrirle una possibilità di reinserimento nella società, che deve essere obiettivo primario della politica penale, e dunque comportare ogni sforzo e

offerta trattamentale possibile. Le autorità statali non saranno chiamate a svolgere un ruolo passivo, ma dovranno aiutare in ogni modo i soggetti sottoposti alla loro custodia, di cui sono pienamente responsabili.

CAPITOLO III

La pena dell'ergastolo nell'ordinamento interno.

“La cancellazione dell'ergastolo dal nostro ordinamento è oggi un atto di elementare civiltà.

Certo, non siamo ottimisti sull'esito della nostra battaglia per la soppressione di questo relitto del passato”²³³.

Si tratterà adesso della pena perpetua come disegnata dal legislatore, negli anni, nel nostro ordinamento.

Il lavoro sarà focalizzato su due diversi tipi di ergastolo esistenti in Italia, quello comune e quello c.d. ostativo, e sugli aspetti della disciplina che li rendono conformi (o meno) ai requisiti stabiliti dalla giurisprudenza europea, analizzati nel precedente capitolo. Il c.d. ergastolo bianco, derivante dall'applicazione di una misura di sicurezza, sarà oggetto di trattazione nel capitolo successivo.

SEZIONE I

L'evoluzione dell'istituto dell'ergastolo in Italia.

Si tratterà adesso una sintesi dell'evoluzione normativa dell'ergastolo nel nostro ordinamento. Dopo aver accennato brevemente alle antiche origini storiche, si vedranno i cambiamenti apportati alla fisionomia dell'istituto dall'entrata in vigore della Carta costituzionale e i successivi interventi legislativi, non sempre in linea con i precetti fondamentali.

²³³ Luigi Ferrajoli, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, n. 2, p. 85.

1. Premessa storica²³⁴.

L'ergastolo è un istituto presente nella maggior parte degli Stati, di origini antichissime. La parola deriva dal greco “*ergazomai*”, che significa lavorare: storicamente indica il luogo in cui venivano reclusi durante la notte gli schiavi o i detenuti per debiti addetti al lavoro nei campi. L'*ergastulum* romano, poi, era un luogo di lavoro forzato in cui venivano tenuti in catene gli schiavi ritenuti incorreggibili dal loro proprietario. Successivamente, nel Medioevo, assunse un significato diverso, e la parola “ergastolo” venne utilizzata dalla Chiesa per indicare le carceri di particolare rigore, con segregazione continua e perpetua; nel XVIII secolo giunse ad indicare l'istituto penitenziario adibito alla reclusione e ai lavori di pubblica utilità.

L'ergastolo, inteso quale reclusione perpetua, fu una pena tipica del diritto canonico, e per lo più sconosciuta nei secoli del rinascimento giuridico e del diritto comune²³⁵. Si affermò invece con l'illuminismo giuridico, quando grandi pensatori che si opponevano alla pena di morte proposero di utilizzarla come sanzione sostitutiva della pena capitale²³⁶: si cercava una pena altrettanto severa, destinata a quegli individui considerati incorreggibili²³⁷.

²³⁴ Questo paragrafo è svolto sulla base della lettura di: Roberto Cabri, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Rivista penale*, 1990; N. Casotti, M. Mazzitelli e R. Pezzano (a cura di), *Codici Penali del Regno d'Italia*, Esselibri, Napoli, 1997; Ettore Gallo, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, n. 2; Silvio Lugnano, *Considerazioni sull'ergastolo*, in *Archivio Penale*, 1983, suppl. al n. 3; Italo Mereu, *Note sulle origini della pena dell'ergastolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, n. 2; Sergio Moccia, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del Codice Zanardelli*, in Sergio Vinciguerra (studi coordinati da), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, CEDAM, Padova, 1993; Sergio Vinciguerra, *Diritto penale italiano. Concetto, fonti, validità, interpretazione*, CEDAM, Padova, 1999.

²³⁵ Addirittura, i giureconsulti (gli esperti di diritto) sostenevano che la condanna di un uomo libero al carcere a vita sarebbe equivalsa ad una sua riduzione in schiavitù.

²³⁶ Occorre tuttavia osservare che non si affermò quale alternativa umanitaria alla pena di morte, ma al contrario molti autori illuministi la considerarono ancor più afflittiva e terrificante. Così, nella Francia rivoluzionaria, ad esempio, l'Assemblea Costituente mantenne la pena capitale, ma proibì le pene perpetue: nel codice penale del 28 settembre 1791, allora, ventiquattro anni di ferri fu la pena più grave dopo la morte.

²³⁷ Così, tale pena venne prevista dal Codice toscano del 1786 prima (art. 55) e del 1853 poi, dal Codice penale delle Due Sicilie del 1819 (artt. 3 e 7), dal Codice parmense del 1820 (art. 17), dal Codice austriaco del 1852, dal Codice estense del 1855 (artt. 10 e 16), dal Codice sardo del 1859 (artt. 13 e 16) e dal Regolamento Pontificio del 1832 (art. 50).

Queste sono dunque le sintetiche premesse dalle quali muove l'ordinamento italiano per delineare i contorni della pena più dura²³⁸ che ad oggi si rinviene negli ordinamenti europei.

2. *L'ergastolo prima dell'avvento della Costituzione.*

L'ergastolo, come si è visto istituito di antichissime origini, era previsto nell'ordinamento penale italiano prima dell'entrata in vigore della Costituzione, nel codice Zanardelli prima, e nel codice Rocco poi. Si tratta del periodo storico precedente alla seconda guerra mondiale, quando la codificazione dei diritti fondamentali non aveva ancora fatto il suo ingresso trionfale in Europa, nonostante qualche caso isolato. La pena di morte era ampiamente prevista e utilizzata, e non si era ancora fatto spazio il principio del reinserimento dei rei anche più pericolosi, in un momento di pura retribuzione del diritto penale.

2.1. *L'ergastolo nel codice Zanardelli.*

L'unificazione politica italiana, come ben noto avvenuta il 17 marzo 1861, non portò immediatamente all'unità dell'ordinamento penale. Rimasero infatti vigenti sul suolo nazionale, per un trentennio, tre diversi sistemi penali, in un clima di “federalismo penale e giudiziario”²³⁹: in Toscana rimase vigente il codice penale del 1853, nelle altre parti dello Stato il codice sardo-piemontese del 1859, e nei territori che avevano fatto parte del Regno delle Due Sicilie ancora quest'ultimo, rivisitato con modificazioni, aggiunte e soppressioni da ricondurre ai codici borbonici penale e di procedura penale. Si arrivò ad una unificazione giuridico-penale solo sul finire del secolo, quando fu approvato, con R.d. del 30 giugno 1889, n. 6133, il nuovo codice penale Zanardelli,

²³⁸ Dura al punto di essere definita da S. Lugnano (in *Considerazioni sull'ergastolo*, cit., p. 517) “una forma di condanna a morte, la cui esecuzione non dura pochi istanti, ma per l'intera esistenza del condannato”, che contraddice “lo spirito di libertà, che è alla base della nostra Carta costituzionale”.

Dura al punto di essere definita da L. Ferrajoli (*Ergastolo e diritti fondamentali*, cit., pp. 80-81) come una “pena capitale”, “perché è una privazione di vita e non solo di libertà: una privazione di futuro, un'uccisione della speranza. E perché è una pena *eliminativa*, sia pure non in senso fisico, che esclude per sempre una persona dal consorzio umano”.

E ancora, dura al punto di essere definita dal Papa, in tempi recenti, una “pena di morte coperta”, così spiegando la decisione di cancellarla dal Codice Penale Vaticano (in *Avvenire.it*, 23 ottobre 2014).

²³⁹ S. Vinciguerra, *Diritto penale italiano*, p. 254, cit.

entrato formalmente in vigore il 1° gennaio dell'anno successivo, dopo un'elaborazione quasi trentennale passata attraverso undici diversi progetti; questo fu espressione delle garanzie illuministico-liberali, e rappresentò un grande passo avanti nella configurazione e disciplina degli elementi generali del reato, con la previsione di pene di regola più miti di quelle previste dal codice attuale. Con tale normativa si giunse addirittura ad abolire la pena di morte, che venne sostituita dall'ergastolo, istituto eccezionale rispetto all'impianto sanzionatorio complessivo del codice, e rispondente ad istanze meramente repressivo-deterrenti. Si ritiene che detto codice fosse fondamentalmente ispirato a Francesco Carrara (1805-1888), giurista e politico italiano di ispirazione liberale, il quale auspicava il mantenimento della pena perpetua: riteneva infatti che questa possedesse una maggiore efficacia intimidativa rispetto alla pena capitale, come aveva a suo tempo sostenuto anche Beccaria²⁴⁰; nei suoi *Opuscoli* si legge infatti che “molti non temono la morte”, mentre “siamo certi che la reclusione perpetua è temuta da tutti”.

L'art. 11 prevedeva dunque l'ergastolo quale pena massima stabilita per i delitti; il successivo art. 12 ne descriveva il regime: “La pena dell'ergastolo è perpetua. Si sconta in uno stabilimento speciale, dove il condannato rimane per i primi sette anni in segregazione cellulare continua, con l'obbligo del lavoro. Negli anni successivi egli è ammesso al lavoro insieme con altri condannati, con l'obbligo del silenzio”.

Essendo l'ergastolo presentato come l'immediato sostituto della pena capitale, si configurava come pena severissima, che cercava al meglio di tutelare la sicurezza della società: veniva dunque scontato in appositi istituti, detti appunto “ergastoli”, ed era previsto un periodo minimo di sette anni di segregazione continua in cella con l'obbligo del lavoro, del silenzio e dell'isolamento, terminato il quale era possibile per il condannato essere ammesso al lavoro con altri detenuti, e la segregazione perdurava soltanto durante la notte, mentre veniva mantenuto il duro obbligo del silenzio. All'ergastolo conseguiva l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, e inoltre l'ergastolano era, durante l'espiazione della pena, in stato di interdizione legale, e

²⁴⁰ Beccaria, infatti, dichiarava la necessità di abolizione della pena di morte e di sua sostituzione con la detenzione a vita e i lavori forzati. Questo perché l'esempio costante e continuo, e non un “forte ma passeggero movimento”, di un uomo ridotto in schiavitù, “divenuto bestia di servizio”, che ripaga la società che ha offeso con il proprio lavoro, può davvero allontanare i cittadini dall'idea di violare la legge: la morte, asseriva l'autore, viene sempre vista in una oscura lontananza, impressiona ma viene facilmente dimenticata, mentre turba e scuote la così lunga e misera condizione del detenuto a vita.

perdeva la patria potestà, l'autorità maritale e la capacità di testare²⁴¹ (e l'eventuale testamento redatto prima della condanna perdeva efficacia²⁴²). A ragione di tali pene accessorie si parlò alla fine del XIX secolo di "morte civile". Solo la grazia sovrana poteva commutare la pena perpetua.

2.2. *L'ergastolo nel codice Rocco.*

Nel 1925 prende avvio la riforma per un nuovo codice penale; nel 1930, con R.d. n. 1398²⁴³, viene pubblicato il testo del nuovo codice Rocco, entrato poi formalmente in vigore il 1° luglio 1931 e tutt'ora vigente. Con l'ingresso di questa codificazione siamo in generale al cospetto di inasprimenti sanzionatori: si legge infatti nella Relazione che accompagnava il disegno di legge che l'esperienza aveva mostrato quanto fossero insufficienti nella lotta contro il crimine, "...i mezzi puramente repressivi e penali ... e l'assoluta inidoneità delle pene a combattere i gravi e preoccupanti fenomeni della delinquenza abituale, della delinquenza minorile, degli infermi di mente pericolosi". Era dunque necessario predisporre, accanto alle tradizionali misure di repressione, "...nuovi e più adeguati mezzi di prevenzione della criminalità"²⁴⁴. Così, assistiamo alla reintroduzione della pena di morte, e alla frequente previsione di questa e dell'ergastolo; ancora, vengono introdotte le misure di sicurezza a tempo indeterminato, destinate ai soggetti ritenuti socialmente pericolosi²⁴⁵.

Tuttavia, se da una parte si insinua di nuovo nel nostro ordinamento la pena capitale, dall'altra la pena perpetua viene mitigata rispetto alle previsioni del codice Zanardelli, con la scomparsa della segregazione cellulare continua, che l'esperienza aveva mostrato essere causa di mero abbruttimento del condannato, e dell'obbligo del silenzio: così l'istituto viene in parte spogliato di afflizione.

²⁴¹ Questa non è oggi più prevista come conseguenza di una condanna all'ergastolo, ma soltanto come effetto dell'interdizione legale, a sua volta conseguente a tutte le pene detentive temporanee non inferiori a cinque anni, nei limiti della durata della pena.

²⁴² La nullità del testamento fatto prima della condanna è caduta ad opera della legge 24 novembre 1981, n. 689, *Modifiche al sistema penale* (GU n. 329 del 30 novembre 1981).

²⁴³ R.d. 19 ottobre 1930, n. 1398, *che approva il nuovo Codice penale* (GU n. 251 del 26 ottobre 1930).

²⁴⁴ *L'elaborazione del Codice Rocco tra principi autoritari e 'continuità istituzionale'*, in *L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*.

²⁴⁵ Questo aspetto sarà oggetto di trattazione specifica nel seguente capitolo IV.

L'istituto dell'ergastolo, massima pena prevista nell'odierno ordinamento giuridico²⁴⁶, era (allora come oggi) disciplinato dall'articolo 22 c.p.:

“La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno.

Il condannato all'ergastolo, che ha scontato almeno tre anni della pena, può essere ammesso al lavoro all'aperto.

Il Ministro della giustizia può disporre che l'esecuzione della pena abbia luogo in una colonia o in un altro possedimento d'oltremare.

Il condannato, che sconta la pena in una colonia o in un altro possedimento d'oltremare, può essere ammesso al lavoro all'aperto, anche prima che sia trascorso il termine indicato nel primo capoverso”.

La pena perpetua veniva allora scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e l'isolamento notturno, come prescrive ancora oggi la normativa vigente (salva l'abolizione degli istituti penitenziari speciali, e la tacita abrogazione dell'isolamento notturno avvenuta ad opera dell'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario); il condannato poteva essere ammesso al lavoro all'aperto soltanto dopo l'espiazione di almeno tre anni di pena, mentre oggi il numero di anni da scontare è salito a dieci. Inizialmente la perpetuità di tale istituto poteva essere derogata soltanto in forza della grazia, provvedimento di clemenza individuale concesso prima dal Re, e poi dal Presidente della Repubblica, a cui il condannato poteva essere proposto, dopo l'espiazione di almeno venti anni di pena, quando, per la condotta tenuta e per le prove date di attaccamento al lavoro, fosse giudicato meritevole di particolare considerazione. In tale caso, la sua pena poteva essere condonata, in tutto o in parte, o commutata in altra specie di pena prevista dalla legge.

3. L'ergastolo dopo l'avvento della Costituzione.

Il 1° gennaio 1948, diciassette anni dopo l'emanazione del codice penale, entra formalmente in vigore la nuova Costituzione della Repubblica italiana. Fa dunque

²⁴⁶ Massima pena dopo la formale abolizione della pena di morte, pienamente compiutasi con l'emanazione della legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1, *Modifica all'articolo 27 della Costituzione, concernente l'abolizione della pena di morte* (GU n. 236 del 10 ottobre 2007).

ingresso nel nostro ordinamento il principio del finalismo rieducativo della pena, proclamato all'art. 27, comma 3, secondo il quale:

“Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

Con l'introduzione della Legge fondamentale, il diritto penale italiano si apriva così ad una nuova prospettiva (irrinunciabile, in quanto costituzionale) di rieducazione e reinserimento, e diveniva sempre meno agevole giustificare l'istituto dell'ergastolo come previsto dal codice Rocco.

3.1. *L'ergastolo nella Costituzione*²⁴⁷.

L'elaborazione dell'art. 27, comma 3, deve la sua prima formulazione ai relatori La Pira e Basso. La proposta, contenuta nell'art. 5 del progetto della prima sottocommissione (poi diventato l'art. 21 del progetto definitivo), recitava testualmente: “Le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo. La pena di morte non è ammessa se non nei codici militari di guerra. Non possono istituirsi pene crudeli né irrogarsi sanzioni collettive”. Venne tuttavia criticato l'uso del termine “pene crudeli”, poiché si ritenne che il concetto di rieducazione dovesse comprendere anche il limite a pene inumane; inoltre si fece notare che tale formulazione avrebbe posto un vincolo al legislatore, ma non anche all'agente carcerario. La proposta venne dunque aggiornata, giungendosi a proclamare: “Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti crudeli o disumani”.

Ciò che preme sottolineare è come, durante il dibattito, non si perdette mai di vista la centralità della dignità umana e la necessità di una rieducazione del reo durante l'espiazione della pena, pur nei diversi approcci al tema e alla redazione dell'articolo. Furono messi in risalto i problemi dell'amministrazione penitenziaria italiana, volgendo l'attenzione a cercare di trovare un modo per non svilire e brutalizzare il condannato.

Successivamente, in seno all'Adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione (Commissione dei 75) venne proposto e discusso un emendamento dei deputati Nobile e

²⁴⁷ Questo paragrafo è svolto sulla base della lettura di Francesco Saverio Fortuna, *La pena dell'ergastolo nella Costituzione e nel pensiero di Aldo Moro*, in Stefano Anastasia e Franco Corleone (a cura di), *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Ediesse, Roma, 2009, pp. 24-26.

Terracini, volto ad introdurre un limite massimo alla reclusione. Secondo tale emendamento: “Le pene e la loro esecuzione non possono essere lesive della dignità umana. Esse devono avere come fine precipuo la rieducazione del condannato allo scopo di farne un elemento utile alla società. Le pene restrittive della libertà personale non potranno superare la durata di 15 anni”. Secondo le parole dell’on. Terracini, occorre “dire schiettamente che le pene sono una ritorsione della società di fronte al delitto e togliere quel velame moralistico di cui si vorrebbero coprire”. Senza la previsione di una durata massima di carcerazione, “non soltanto cessa la finalità rieducativa, ma al contrario [le pene] sono fonte di un processo di abbruttimento progressivo”: pur riconoscendo l’esigenza di difesa sociale quale essenza della pena criminale, veniva rilevato il contrasto tra finalità rieducativa ed eccessiva durata della pena.

Se non si guarda dall’ottica della rieducazione meramente interna, di emenda, del reo, ma ci si sposta verso una prospettiva di risocializzazione del condannato, appare evidente la contraddizione tra la speranza di reinserimento nella società e una pena che per sua natura non può conoscere termine, quale l’ergastolo.

L’emendamento non fu tuttavia approvato perché si ritenne che non fosse competenza costituzionale porre tali limitazioni, e si lasciò dunque al legislatore il compito di trattare la materia, nell’ottica di una revisione complessiva del sistema sanzionatorio previsto dal codice Rocco, ad oggi mai intervenuta.

3.2. I primi dubbi di costituzionalità: le Sezioni Unite negano la pretesa incostituzionalità dell’ergastolo²⁴⁸.

Non trovandosi in Costituzione, come si è visto, alcuna indicazione specifica intorno alla detenzione perpetua, la questione dell’ergastolo e del suo rapporto con la nuova normativa costituzionale rimane per lungo tempo aperta e dibattuta, in quanto numerosi operatori del diritto rimangono non convinti della sua presunta compatibilità con la Carta fondamentale ed il recente principio del finalismo rieducativo della pena. Si tratta, tuttavia, di un istituto, come si è visto, che affonda nella storia le proprie radici, difficile

²⁴⁸ Questo paragrafo è scritto sulla base della lettura di Francesca Bailo, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Giuffrè, Milano, 2012.

da scardinare; la Corte costituzionale è organo di recentissima introduzione e l'ordinamento non è forse ancora pronto ad un passo così radicale.

Così, tra le prime pronunce di manifesta infondatezza della questione rileva l'ordinanza del 16 giugno 1956, con la quale la Corte di cassazione a Sezioni Unite rifiutò di devolvere alla Corte costituzionale la questione del preteso contrasto tra l'ergastolo e l'art. 27, comma 3, della Costituzione. Tale esito derivava da diverse motivazioni: la mancanza di qualsiasi riferimento costituzionale, esplicito o implicito, alla reclusione a vita; la mancanza di un esplicito rifiuto costituzionale per tale pena, come invece presente per la pena di morte; l'esistenza dell'istituto della grazia, che avrebbe potuto modulare la rigidità di tale pena; infine, il fatto che la tendenza verso la rieducazione avrebbe dovuto propriamente essere riferita alla esecuzione delle pene, e avrebbe dunque dovuto avere attinenza con il regime penitenziario, e non con i tipi di pena: così, avrebbe implicato soltanto l'eliminazione di tutti gli ostacoli che potessero frapporsi alla rieducazione, nel corso dell'espiazione di qualunque tipo di pena.

La questione non giunse così neanche all'analisi del Giudice delle Leggi, fermata da una decisa opposizione dell'altro organo giudiziario supremo dell'ordinamento, che per un po' mise a tacere tutti gli eventuali dubbi di costituzionalità.

3.3. I primi passi di riforma: la legge 25 novembre 1962, n. 1634.

Nonostante la posizione assunta dalla Corte di cassazione, la contraddizione esistente tra la pena perpetua dell'ergastolo e la sua (necessaria, in quanto prescritta dalla Costituzione per tutti i tipi di pene) finalità rieducativa rimase un problema aperto nell'ordinamento.

Intervenire a sanare parzialmente questo contrasto la L. 1634/1962²⁴⁹, che andò ad incidere profondamente sulle previsioni di cui agli artt. 22, 72, 176 e 177 c.p.

Considerata la nuova prospettiva costituzionale del finalismo delle sanzioni penali, "il concetto di trattamento si fa spazio nella scienza penale e, pur restando ancora fumoso,

²⁴⁹ L. 25 novembre 1962, n. 1634, *Modificazioni alle norme del Codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale* (GU n. 311 del 6 dicembre 1962).

Questa normativa rappresenta il primo sforzo legislativo teso a temperare la disciplina dell'ergastolo: incide profondamente sugli artt. 22, 72, 176 e 177 c.p. e per prima dilata l'applicazione dell'istituto della liberazione condizionale, concedendola anche all'ergastolano.

Dall'emanazione del codice penale sono passati trentadue anni, l'Italia è diventata una Repubblica ed è stata scritta la nuova Costituzione.

fa intendere, se non altro, la necessità di un'esecuzione più flessibile, meno legata all'immutabilità di un giudicato che ignora le vicende successive dell'uomo che espia"²⁵⁰. Si fa così strada la fiducia in un regime progressivo, tutto rivolto al cammino fatto dal condannato verso la rieducazione, e comincia un'opera di riforma legislativa che porterà l'istituto della pena perpetua a trovare la sua forma attuale. L'ergastolano assume progressivamente una posizione differente nel quadro socio-normativo, e non viene più considerato "anima persa": si mantiene l'eventualità della perpetuità della pena, qualora il condannato non dimostri effettivamente di essere pronto ad una riammissione nel consorzio sociale, ma si apre anche alla possibilità che così non sia, e che il colpevole possa essersi completamente ravveduto.

Così, si diceva, questa legge va innanzi tutto ad incidere sul testo dell'art. 22 c.p.: modifica del primo capoverso, con eliminazione del limite di tre anni di pena per l'ammissione al lavoro all'aperto; e abrogazione del secondo e terzo capoverso, concernenti la facoltà, attribuita al Ministero di Giustizia, di far eseguire la pena in una colonia o altro possedimento d'oltremare (art. 1, commi 3 e 4). Ma la vera innovazione di tale legge fu l'ammissione, per la prima volta, degli ergastolani al godimento della libertà condizionale (disciplinata, appunto, dagli artt. 176 e 177 c.p.) dopo l'espiazione di ventotto anni di pena (art. 2), allo scopo di "completare ed integrare, con speciale riferimento all'ergastolo, la progressiva umanizzazione della pena, rendendo più concreta e funzionale anche nell'ergastolo l'azione intesa alla rieducazione del condannato", come si legge nella relazione governativa che accompagnava la presentazione alla Camera dei deputati del disegno di legge²⁵¹. La concessione di tale misura era subordinata al ravvedimento del reo, l'espiazione di almeno ventotto anni di pena e l'esecuzione delle obbligazioni civili nascenti da reato, con la sola eccezione dell'impossibilità materiale di adempiere (con onere della prova a carico dell'interessato).

Verrà nel proseguo analizzata l'evoluzione normativa di tale istituto, questi accenni volendo solo rimarcare come il legislatore abbia cercato (almeno inizialmente) di muoversi verso l'abbandono di una concezione eliminativa dell'ergastolo.

²⁵⁰ Elvio Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 96.

²⁵¹ Francesca Bailo, *La scrittura delle sanzioni*, cit., p. 177.

3.4. *Gli anni Settanta: i tentativi, falliti, di abolizione dell'ergastolo*²⁵².

A vent'anni dall'ingresso nell'ordinamento della Carta costituzionale, e nonostante i tentativi di mitigazione della pena perpetua appena ricordati, la previsione codicistica dell'ergastolo rimane in Italia argomento di dibattito tanto in dottrina, quanto nella società civile.

Durante gli anni Settanta si alternarono così diversi progetti di riforma del codice penale.

Il primo tra questi veniva presentato al Senato nel 1968 (progetto Gonnella) ed esaminato solo dallo stesso nel corso della V Legislatura (1968-1972), ma vedeva la propria scomparsa a causa della fine anticipata della legislatura. Veniva in parte riproposto durante la Legislatura successiva, ma numerose battute d'arresto impedivano la sua approvazione entro il termine di quest'ultima. Tuttavia, è utile ricordare che tra le proposte in materia di pene principali era presente l'abolizione della pena perpetua, sintomo dunque di una rinnovata sensibilità politica verso la questione: l'ergastolo era sostituito dalla pena della reclusione da ventisette a quarant'anni, e per le sentenze di condanna all'ergastolo già passate in giudicato si prevedeva la reclusione per trentacinque anni.

Il progetto veniva comunque salutato con favore da una parte della dottrina penalistica. Così si esprimeva, ad esempio, Giorgio Marinucci²⁵³, il quale reputava la proposta di estromissione dell'ergastolo dall'elenco delle sanzioni un "felice adempimento" di un obbligo costituzionale. Secondo l'autore, infatti, si tratta di un "tabù retribuzionistico": l'idea sottostante alla pena perpetua sarebbe quella che chi ha commesso un reato che comporta tale pena, debba rinunciare, scartata la pena di morte, almeno alla propria vita civile. Parlava inoltre di "frode delle etichette", riferendosi alla possibilità di sostituire all'ergastolo la reclusione da ventisette a quarant'anni, pena solo nominalmente temporanea, in un ordinamento (il nostro) in cui già la massima pena temporanea – trent'anni – supera di molto la durata delle pene corrispondenti nella gran parte dei paesi europei.

²⁵² Questo paragrafo è svolto sulla base della lettura di Roberto Perotti, *L'ergastolo è ancora una perpetua? Appunti giuridici e sociologici sulla pena dell'ergastolo*, in *L'Altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*.

²⁵³ *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, fasc. 4.

3.5. Ancora dubbi di costituzionalità: la sentenza della Corte costituzionale 264 del 1974 e la teoria della polifunzionalità della pena.

È dunque in un clima di profonda divisione e spaccatura della società nei confronti del tema della pena perpetua che la Corte costituzionale si inserisce con una storica pronuncia, la sentenza n. 264 del 1974²⁵⁴.

Un pubblico ministero, nel corso di un procedimento penale che vedeva tre imputati dei delitti di omicidio volontario e rapina pluriaggravati, solleva questione incidentale di legittimità costituzionale dell'art. 22 c.p. in riferimento all'art. 27, comma 3, della Costituzione. Assume l'ordinanza di remissione che l'ergastolo, "in quanto pena che si risolve nella privazione perpetua della libertà personale, con impossibilità del reinserimento del condannato nella vita sociale, contrasterebbe con la funzione di emenda garantita dall'invocato principio costituzionale". La Corte affronta e rigetta la questione. Accogliendo una concezione polifunzionale della pena, per cui "non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena", la Consulta sottolinea che la Costituzione "non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare)", lasciando dunque la scelta alla discrezionalità del legislatore ordinario, libero di comminarla quale "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".

La posizione della Corte viene definita da Giovanni Fiandaca²⁵⁵ eclettica, o sincretistico-additiva: la pena assolverebbe contemporaneamente a più funzioni, e la finalità rieducativa sarebbe tendenzialmente circoscritta alla sola fase dell'esecuzione penitenziaria, lasciando invece una forte preponderanza degli aspetti di prevenzione generale/retribuzione e prevenzione speciale/intimidazione nelle fasi della comminatoria legislativa e applicazione giudiziale della pena.

Il nodo centrale del ragionamento della Corte sono le innovazioni apportate alla disciplina dalla già vista legge n. 1634: la possibilità di lavoro all'aperto, che "reca

²⁵⁴ Sent. 7 novembre 1974, n. 264 (GU n. 309 del 27 novembre 1974).

²⁵⁵ *Scopi della pena tra commisurazione ediziale e commisurazione giudiziale*, in Giuliano Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, pp. 134-135.

sollievo ai condannati che [...] godono migliore salute fisica e psichica, conseguono un compenso e si sentono meno estraniati dal contesto sociale”; e soprattutto la possibilità di ammissione alla liberazione condizionale, la quale “consente l’effettivo reinserimento anche dell’ergastolano nel consorzio civile”. Viene, infine, richiamata la propria sentenza 204/1974²⁵⁶, che aveva permesso l’ingresso le garanzie del procedimento giurisdizionale proprio in tale ambito: la Corte costituzionale, solo poche settimane prima, aveva infatti dichiarato l’illegittimità costituzionale della competenza del Ministro della Giustizia per la concessione del provvedimento, per restituirla al magistrato, ritenuto maggiormente idoneo “a poter valutare l’effettiva esistenza in concreto delle condizioni oggettive e soggettive – soprattutto quest’ultime – per la concessione di esso beneficio”.

La liberazione condizionale viene così a rappresentare la condizione necessaria e sufficiente per il mantenimento dell’ergastolo.

3.6. Osservazioni critiche.

L’art. 27, comma 3, indica chiaramente la rieducazione come uno dei fini a cui la pena deve tendere, e il fatto che ad essa possano essere attribuite ulteriori funzioni non giustifica certo la violazione dell’unico principio espressamente previsto in Costituzione: “se la pena ha più finalità non è che queste possano essere soddisfatte a turno: devono essere realizzabili tutte per tutte le pene”²⁵⁷. E non bisogna dimenticare come solo poche settimane prima della pubblicazione della pronuncia appena analizzata, con la sentenza 204/1974, la stessa Corte avesse presentato il recupero sociale del condannato come “fine ultimo e risolutivo della pena stessa”: da quest’ultima pronuncia emergeva una concezione dinamica della pena, con la liberazione condizionale come istituto capace di promuoverla e quindi vero e proprio diritto del condannato; successivamente, invece, la Consulta sembra tenere in considerazione la sola discrezionalità legislativa, che dovrebbe avere un freno proprio davanti ai principi costituzionali.

²⁵⁶ Sent. 27 giugno 1974, n. 204 (GU n. 180 del 10 luglio 1974). Questa pronuncia sarà *infra* analizzata in tema di evoluzione della disciplina della misura della liberazione condizionale.

²⁵⁷ Alessandro Margara, *L’ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, in Stefano Anastasia e Franco Corleone (a cura di), *Contro l’ergastolo*, cit., p. 37.

Concludendo, e per utilizzare un'efficace espressione di Ferrajoli, “la pena perpetua è stata dichiarata legittima nella misura in cui è in realtà non-perpetua: dunque l'ergastolo, secondo la Corte, non esisterebbe nella realtà, ma solo nelle norme – non come pena scontata ma come pena minacciata – e proprio per questo non sarebbe necessario eliminarla dalle norme [...]. Ma questo vuol dire ammettere l'illegittimità degli ergastoli – pochi o molti che siano – che per una ragione o per l'altra restano tali. E vuol dire anche un'altra cosa: riconoscere che l'esecuzione penale può diventare il terreno dell'arbitrio, dell'incertezza e delle discriminazioni più incontrollate”²⁵⁸.

Parole forti.

Terreno dell'arbitrio, perché il destino dell'ergastolano dipende oggi dal personale di custodia, e poi dal magistrato di sorveglianza: “per poter costituzionalizzare l'ergastolo, dalle pene fisse ideate dall'illuminismo siamo tornati alle pene arbitrarie dell'inquisizione”²⁵⁹.

4. La riforma dell'ordinamento penitenziario: la legge 26 luglio 1975, n. 354.

Nel 1975 un'altra innovazione legislativa segna un punto di svolta in merito al regime penitenziario dei detenuti: appunto la riforma dell'ordinamento penitenziario, avvenuta con la legge n. 354²⁶⁰. Questo era stato regolato, nell'Italia post-unitaria, dal R.d. 13 giugno 1862, n. 413, che approvava il regolamento generale per le case di pena del Regno, dal R.d. 1 febbraio 1881, n. 260, che approvava il regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori governativi, e dal R.d. 18 giugno 1931, n. 787, che approvava il regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena²⁶¹. Nessuno di tali regolamenti aveva forza di legge, e proprio qui sta la prima grande novità, formale, della legge in questione: per la prima volta le norme destinate ad incidere direttamente sulla condizione detentiva e il relativo trattamento vengono poste con legge formale. Per la prima volta vengono riservati alla legge il riconoscimento e la tutela di specifici diritti

²⁵⁸ L. Ferrajoli, *Ergastolo e diritti fondamentali*, cit., p. 83.

²⁵⁹ I. Mereu, *Note sulle origini della pena dell'ergastolo*, cit., p. 99.

²⁶⁰ L. 26 luglio 1975, n. 354, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (GU n. 212 del 9 agosto 1975).

²⁶¹ Giuseppe Di Gennaro, Massimo Bonomo e Renato Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione. Commento alla legge 26 luglio 1975 n. 354 e successive modificazioni, con riferimento al regolamento di esecuzione e alla giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 4.

soggettivi e interessi delle persone detenute, sempre meno lasciate all'arbitrio dell'esecutivo.

Tale legge è suddivisa in due titoli, dedicati da una parte al trattamento e dall'altra all'organizzazione penitenziaria. I principi enucleati dai primi articoli della legge sul trattamento penitenziario si rifanno a valori costituzionali (soprattutto, l'articolo 27, terzo comma) che l'ordinamento giuridico è finalmente pronto ad accogliere formalmente. Così: "Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona" (art. 1, comma 1) e "nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti" (art. 1, comma 6). Ai detenuti e internati sono finalmente riconosciuti diritti personali (art. 4), che essi esercitano in condizioni di parità (art. 3) e senza discriminazione alcuna (art. 1, comma 2). Visto il rilievo personalistico della nostra Costituzione, per cui ogni individuo rappresenta un valore a sé, il reo viene ad essere considerato persona, e il trattamento penitenziario deve girare attorno ad esso, e alla sua dignità; così si viene a discutere di individualizzazione del trattamento, ribadita a chiare lettere dall'art. 13, comma 1: "Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto". Perché la privazione della libertà personale, che la Costituzione proclama inviolabile (art. 13, comma 1), può essere considerata legittima solo ove rispetti la dignità di ciascun essere umano, "valore supercostituzionale nei confronti delle stesse libertà e dei diritti inviolabili dell'uomo"²⁶².

Ma ciò che qui maggiormente interessa è il trattamento extramurale previsto da tale normativa, disciplinato dal Capo VI, intitolato "Misure alternative alla detenzione e remissione del debito" e considerato uno dei pilastri fondamentali della nuova legge: affidamento in prova al servizio sociale (art. 47), detenzione domiciliare (art. 47-ter), regime di semilibertà (art. 48), disciplina delle licenze (artt. 52, 53, 53-bis), liberazione

²⁶² Gabrio Forti, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 7, 2013.

anticipata (art. 54), disciplina delle modalità di esecuzione della libertà vigilata (art. 55) e remissione del debito (art. 56).

La premialità esisteva già nella vigenza dei regolamenti precitati, certo, ma con l'avvento della Costituzione cambia fisionomia: da “strumento di controllo dei comportamenti, attraverso l'incentivazione del detenuto al rispetto delle regole della vita carceraria”, e quindi strumento di gestione della vita carceraria, a strumento di rieducazione, finalizzato dunque ad “incentivare e premiare tutte le condotte di adesione alla logica rieducativa”²⁶³. Come del resto, si è detto, ha cambiato fisionomia l'intero impianto legislativo e la posizione del detenuto: considerato soggetto passivo dell'esecuzione e amministrazione penitenziaria, con la previsione di poteri degli organi penitenziari ai soli fini dell'esercizio della potestà punitiva, prima, e posto in primo piano, destinatario dell'attività di trattamento, in funzione del quale è impostata, poi. Assistiamo quindi ad un “ribaltamento giuridico” tra il detenuto e l'amministrazione carceraria, la quale progressivamente perde il suo tradizionale privilegio di disciplinarsi autonomamente, in funzione di una maggiore tutela e riconoscimento della posizione del cittadino che entra in rapporto con essa: il “baricentro della trama normativa” si sposta dall'amministrazione al soggetto²⁶⁴. Finalmente vengono introdotti strumenti di rieducazione che consentono la partecipazione attiva del reo, in una prospettiva di conseguimento di vantaggi tutta guidata dal carcerato, dipendente dalla sua condotta e dalla sua volontà; inoltre, infatti, la legge permette di configurare tali benefici come “dovuti” al richiedente, al ricorrere dei relativi presupposti (il cui accertamento rimane affidato alla valutazione, con qualche margine di discrezionalità, della magistratura di sorveglianza).

Ecco dunque fare ingresso nell'ordinamento un modello di progressione nel trattamento penitenziario, secondo una concezione della pena ormai lontana dalla staticità pre-unitaria. Originariamente, nessuno di tali benefici era accessibile da parte del condannato all'ergastolo, di cui viene dunque nel tempo rivalutata la posizione, in un'ottica del diritto penale e della sanzione sempre più costituzionalmente orientata. Quindi, se la perpetuità dell'istituto rimane per ora mitigata dalla sola liberazione

²⁶³ Alessandra Picciani, *La premialità nel sistema penale*, in Serenella Armellini e Anna Di Giandomenico (a cura di), *Ripensare la premialità. Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 310.

²⁶⁴ Elvio Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit., p. 152.

condizionale, questa riforma pone comunque le basi per i successivi provvedimenti legislativi, che sulla sua scia completeranno l'opera di reinserimento degli ergastolani.

5. Gli anni Ottanta: ancora tentativi, falliti, di abolizione dell'ergastolo.

Sintomo di un costante dibattito intorno al tema, nel 1981 il partito radicale propose un referendum popolare per l'abrogazione dell'art. 22 c.p. Questo, tuttavia, non andò a buon fine: con un *quorum* abbastanza elevato di partecipanti (andarono al voto il 79,4% degli aventi diritto) i no (circa il 77,40%) prevalsero nettamente sui si (circa il 22,60%). Ciò che è importante rilevare non è tanto il risultato finale, appunto negativo, del referendum, quanto la dichiarazione di ammissibilità del quesito da parte della Corte costituzionale, con sentenza del 1981, n. 23²⁶⁵. Infatti, ai sensi dell'art. 75, comma 1, Cost., può essere indetto referendum popolare abrogativo solo per modificare la disciplina "di una legge o di un atto avente valore di legge": se ne ricava che l'ergastolo non è, nel nostro ordinamento, una pena costituzionalmente necessaria, ma una scelta tutta politica.

Ancora un flebile tentativo fu poi fatto il 31 luglio 1989, quando con 290 voti favorevoli e 123 contrari un largo schieramento parlamentare approvò una mozione che impegnava Governo e Parlamento all'abolizione della pena perpetua. Veniva così dichiarato che l'ergastolo, al pari della pena di morte e della tortura, "contrasta con gli articoli 3 e 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo cui ogni persona ha diritto al bene della vita e nessuno può essere sottoposto a tortura o a trattamenti o a punizioni crudeli, disumane o degradanti", e che esso "ripugna alla coscienza democratica ed al senso di umanità di ogni persona e comunque non costituisce neppure un ragionevole deterrente al crimine, essendo invece un'esemplare manifestazione di brutalità dello Stato", pratica che contraddistingue i "regimi autoritari".

Tuttavia, nulla venne successivamente fatto per rispettare l'impegno.

²⁶⁵ Sent. 9 febbraio 1981, n. 23 (GU n. 44 del 13 febbraio 1981).

6. La “seconda riforma” dell’ordinamento penitenziario e la piena attuazione del principio del finalismo rieducativo della pena: la legge 10 ottobre 1986, n. 663.

Proseguendo nell’opera di capovolgimento della filosofia carceraria che guidava il legislatore del 1931, arriva a “completare ed integrare l’intelaiatura normativa”²⁶⁶ la c.d. Legge Gozzini²⁶⁷, con la quale assistiamo al completo prevalere della funzione risocializzante della pena, e una posizione sempre più favorevole nei confronti dell’ergastolano. Si tratta di una legge che delinea “una sorta di trama parallela per quanto riguarda la regolamentazione dell’accesso dei condannati all’ergastolo ai benefici che la medesima legge prefigura nei confronti degli altri condannati a pene detentive”²⁶⁸. Stando alla ricostruzione offerta da Giovanni Flora²⁶⁹, sono tre gli scopi fondamentali perseguiti dal legislatore con tale normativa: configurare l’esecuzione piena della espiazione della pena carceraria come *extrema ratio*, assoggettare il regime dell’esecuzione penitenziaria ai principi della riserva di legge e di determinatezza (*ex art. 25, comma 2, Cost.*) e giungere ad una più completa e razionale giurisdizionalizzazione della fase esecutiva.

Ciò che viene in rilievo ai fini della presente trattazione è sicuramente il primo dei fini che hanno guidato l’azione legislativa, essendo proprio tale scopo ad avere portato ad una estensione del campo di applicazione delle misure alternative alla detenzione (attraverso modifiche *in melius* ai limiti di fruibilità, una possibilità di applicazione anche prima dell’inizio dell’esecuzione della pena e un ampliamento della tipologia delle stesse) a favore anche del condannato a pena perpetua, cui viene concessa una possibilità di riscatto. Nella Relazione che accompagna la presentazione del disegno di legge si legge infatti che, per abbattere gli ostacoli che si sono frapposti ad una piena

²⁶⁶ Vittorio Grevi (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, CEDAM, Padova, 1994, p. 58.

²⁶⁷ L. 10 ottobre 1986, n. 663, *Modifiche alla legge sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (GU n. 241 del 16 novembre 1986).

²⁶⁸ Vittorio Grevi (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 58.

²⁶⁹ Giovanni Flora (a cura di), *Le nuove norme sull’ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986, N. 663*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 1-4.

attuazione della L. 354/1975, la via maestra è quella “di uno sviluppo coraggioso delle pene alternative alla detenzione”²⁷⁰.

Tuttavia, come fa notare Alessandro Bernardi²⁷¹, nonostante i notevoli passi avanti compiuti con tale normativa nel bilanciamento tra dimensione afflittivo-punitiva della massima pena ed istanze rieducative, non si può ancora sostenere che tutti i problemi legati all’ergastolo siano così stati risolti.

Innanzitutto non vi è stata alcuna riforma, neanche successiva, dell’art. 32 c.p., che ancora oggi prevede l’interdizione legale dell’ergastolano: così che un’interpretazione che volesse mantenere l’interdizione anche nei confronti del liberato condizionalmente, risulterebbe tuttora ammissibile, in deroga ad ogni esigenza di reinserimento sociale. Inoltre, nonostante l’abrogazione dell’art. 90 ord. penit. in tema di “esigenze di sicurezza”, sospettato di incostituzionalità, la legge Gozzini introduce l’art. 41-*bis*, che consente pur sempre l’adozione di un provvedimento temporaneo da applicarsi in gravi situazioni di emergenza, con la sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti. Ulteriori profili problematici vengono delineati anche da Paola Comucci²⁷², la quale evidenzia i rischi di una adesione al trattamento rieducativo meramente opportunistica da parte del detenuto, e di una gestione penitenziaria “tesa alla realizzazione di risultati apprezzabili dal punto di vista disciplinare piuttosto che da quello risocializzativo”. Secondo l’autrice, la riforma si sarebbe frequentemente tradotta in una concessione talmente generalizzata dei benefici da “declassarli a mere misure indulgenziali”. Tuttavia, nonostante le critiche, è grazie all’ingresso nel nostro ordinamento di questa legge se oggi gli ergastolani conoscono quel “diritto alla speranza” di cui parla la Corte europea dei diritti dell’uomo. Così, nella parte dedicata al confronto tra gli *standard* europei e la disciplina italiana, vedremo gli aspetti delle singole misure che permettono a tutti i condannati all’ergastolo di sapere che, a determinate condizioni, potranno un giorno essere rilasciati.

²⁷⁰ Guido Casaroli, *La semilibertà*, in Giovanni Flora (a cura di), *Le nuove norme sull’ordinamento penitenziario*, cit., pp. 248-249.

²⁷¹ In *L’orribile necessario. Umanizzare l’ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in Franco Corleone e Andrea Pugiotto, *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, Roma, 2012, pp. 88-90.

²⁷² Paola Comucci, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall’ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in Adonella Presutti (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1994, pp. 24-25.

7. La piena accettazione del principio del finalismo rieducativo della pena: la sentenza della Corte costituzionale 313 del 1990.

Si è sopra parlato della tradizionale concezione polifunzionale della pena, cui la Corte costituzionale rimane legata fino al 1990, anno in cui viene pubblicata la sentenza n. 313²⁷³, “vero e proprio spartiacque tra i due indirizzi ermeneutici completamente diversi seguiti dalla giurisprudenza della Corte”²⁷⁴. Tale pronuncia, resa in tema di patteggiamento ed estranea a qualunque controversia in materia di ergastolo, finalmente accoglie pienamente il principio del finalismo rieducativo, prima assunto, a detta della stessa Corte, in senso marginale o addirittura eventuale.

I giudici riconoscono la connaturata afflittività e retributività della pena (“profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale”)²⁷⁵, ma asseriscono che altre considerazioni (reintegrazione, intimidazione, difesa sociale) non possono certo autorizzare un pregiudizio della finalità rieducativa, correndosi altrimenti il rischio di strumentalizzare l’individuo per fini generali di politica criminale o per soddisfare bisogni collettivi di stabilità e sicurezza. Essendo questo l’unico parametro espressamente citato dalla Costituzione, “non può mai essere sacrificato sull’altare di altre ipotetiche finalità”²⁷⁶. Il finalismo rieducativo, infatti, “lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece 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” e vincola dunque tanto il legislatore quanto i giudici, della cognizione, esecuzione e sorveglianza, e ancora le autorità penitenziarie.

²⁷³ Sent. 2 luglio 1990, n. 313 (GU n. 27 del 4 luglio 1990).

²⁷⁴ Stefania Sartarelli, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell’ergastolo: una contradictio in terminis ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza 161/97)*, in *Cass. Pen.*, fasc. 4, 2001.

²⁷⁵ Secondo un approccio, si noti, del tutto simile a quello della Corte europea dei diritti dell’uomo, quando ricorda che qualsiasi pena deve raggiungere un livello minimo di gravità, in modo da superare quei caratteri di afflittività propri di qualunque sanzione penale.

²⁷⁶ Andrea Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Osservatorio costituzionale*, maggio 2014.

8. Osservazioni critiche: quale compatibilità tra il fine pena mai e il finalismo rieducativo?

Ma se il principio di rieducazione deve plasmare l'ordinamento e non può essere subordinato a nessun altro fine, se vincola il legislatore nella previsione delle fattispecie penali e delle comminazioni di pena, viene da chiedersi come la previsione di una pena perpetua (indipendentemente dalla sua eventuale non esistenza in concreto, dovendo il legislatore fare i conti con il principio al momento della stesura delle norme) possa coordinarsi con un'esigenza di risocializzazione. Come può "tendere alla rieducazione" una pena che, sulla carta, non ha fine? Ed ecco (pare a chi scrive) riaffiorare la natura eliminativa dell'ergastolo, costituzionalmente illegittima: infatti, collegandosi anche al principio della legalità della pena *ex art. 25, comma 2, Cost.*, la pena non può avere una "durata indeterminata e protratta nel tempo finché la rieducazione non venga raggiunta, in netta violazione alla *ratio* di garanzia che regge le disposizioni costituzionali attinenti al giure penale"²⁷⁷.

Inoltre, oltre al finalismo rieducativo, il primo comma dell'art. 27 contiene un'altra indicazione: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità".

Natura umanitaria e finalità rieducativa si muovono all'interno di un "contesto unitario, non dissociabile", perché "un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato" (sentenza Corte costituzionale n. 279/2013²⁷⁸). Secondo la ricostruzione offerta dagli autori Bartole e Bin, infatti, la clausola di umanità delle pene esclude non solo la previsione di pene corporali, ma anche di quelle pene che consistano in tecniche di manipolazione della personalità o "produttive di una sofferenza di carattere non fisico ma psicologico-morale, consistente nell'umiliazione patita dal soggetto toccato nel valore della sua più profonda dignità umana". E può davvero considerarsi umano e dignitoso, anche qualora (e non è certo il caso delle carceri italiane²⁷⁹) si potesse raggiungere il miglior

²⁷⁷ Sergio Bartole e Roberto Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 281-282.

²⁷⁸ Sent. 9 ottobre 2013, n. 279 (GU n. 48 del 27 novembre 2013).

²⁷⁹ Il nostro ordinamento, infatti, è stato a più riprese condannato dalla Corte di Strasburgo per lo stato delle nostre carceri, che integrerebbero i parametri di un trattamento inumano e degradante. L'ultima è la nota sentenza Torreggiani (sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ric. nn. 43517/09, 46882/09,

trattamento consentito da un regime penitenziario evoluto, privare un uomo (o minacciare di privarlo) della sua libertà personale per tutta la vita? Sostiene Stefania Sartarelli²⁸⁰, a ragione secondo il parere di chi scrive, che il carcere a vita è un fatto inumano in sé, “è una dichiarazione di morte morale (chi è condannato a tale pena viene considerato non rieducabile) anche se condotto con trattamenti umani”. Inoltre, sarebbe una pena disumana in quanto, sopprimendo per sempre la libertà di un uomo, ne negherebbe in radice l’umanità. E ne deriverebbe, quindi, anche un contrasto con l’art. 3 della Costituzione e con il principio supremo della dignità umana²⁸¹.

9. *Gli anni Novanta: la legislazione dell’emergenza e il c.d. ergastolo ostativo.*

Successivamente all’emanazione della legge Gozzini, oltre alle critiche che da più parti vennero mosse a tale normativa per i suoi “eccessi garantistici”²⁸² e per il proposito, secondo alcuni, di puntare ad una decarcerazione indiscriminata²⁸³, si rinnovò in Italia un clima di allarme sociale per gli efferati crimini che in quegli anni venivano consumati soprattutto dalla criminalità organizzata. A partire dagli anni Settanta, infatti, la mafia aveva cominciato ad assumere una posizione di rilievo nell’economia, accrescendo la propria potenza e accentuando le sue capacità di condizionamento in politica; inoltre, formazioni sociali eversive cominciavano a rivendicare richieste e posizioni attraverso lo strumento della lotta armata: ed innanzi ad un tale fenomeno

55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10). Tale decisione è una sentenza-pilota, cui la Corte ricorre nell’affrontare casi seriali quanto a violazione convenzionale denunciata, riguardanti lo stesso Stato parte: dunque l’Italia è chiamata a dare soluzione ad un problema strutturale e sistemico risultante da un malfunzionamento cronico del nostro sistema penitenziario.

Anche il Presidente della Repubblica è intervenuto, nel maggio 2013, con un Messaggio alle Camere sulla “drammatica” questione carceraria – “realtà di degrado civile e sofferenza umana” –, esprimendosi duramente, in quanto “si tratta di questioni e ragioni che attengono a quei livelli di civiltà e dignità che il nostro paese non può lasciar compromettere da ingiustificabili distorsioni e omissioni della politica carceraria e della politica per la giustizia”.

²⁸⁰ *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell’ergastolo*, cit., in *Cass. Pen.*, 2001, fasc. 4.

²⁸¹ L. Ferrajoli, *Ergastolo e diritti fondamentali*, cit., pp. 81-82.

²⁸² Così si legge nel d.l. 13 aprile 1993, n. 107, *Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull’espulsione dei cittadini extracomunitari* (GU n. 87 del 15 aprile 1993): “per i detenuti per alcuni delitti di criminalità organizzata, deve guardarsi con particolare rigore se non si vuole tornare agli eccessi garantistici del passato”. Citato in Bruno Guazzaloca, *Criterio del “doppio binario”, utilizzo della “premiabilità” e “degiurisdizionalizzazione” del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell’emergenza*, in Glauco Giostra e Gaetano Insolera (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi. Atti della giornata di studio. Macerata, 13 maggio 1993*, Giuffrè, Milano, 1995.

²⁸³ Vittorio Grevi (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 4.

criminale l'intervento penale è andato a colmare, attraverso una legislazione d'emergenza, richieste di immediata difesa socio-individuale²⁸⁴.

Conseguenza fu dunque una dura inversione di tendenza da parte del legislatore, con l'emanazione dei decreti-legge nn. 8/1991²⁸⁵ (convertito dalla L. 82/1991²⁸⁶), 152/1991²⁸⁷ (convertito dalla L. 203/1991²⁸⁸) e 306/1992²⁸⁹ (convertito dalla L. 356/1992²⁹⁰), i quali vanno fondamentalmente ad incidere sulla materia processuale e penitenziaria, con la previsione di speciali metodi di indagine, criteri probatori derogatori e nuovi presupposti per la concessione dei benefici penitenziari.

Si sono attuate, con la normativa in questione, modificazioni sia di merito che di metodo²⁹¹. Dal punto di vista del merito, viene sostenuto in dottrina che la pena detentiva abbia recuperato una funzione neutralizzatrice, che siano stati riorganizzati, riducendoli, i poteri della magistratura di sorveglianza e che sia stata aumentata l'influenza sul trattamento penitenziario del tipo di reato commesso; dal punto di vista metodologico, invece, è stato prescelto lo strumento del decreto legge, "per sua natura...espressione di una visione unilaterale dei problemi su cui è destinato ad incidere", sotto la spinta degli avvenimenti drammatici del momento²⁹², che hanno costretto in tempi insolitamente brevi la conversione della disciplina.

²⁸⁴ Sergio Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997, pp. 56-57.

²⁸⁵ D. L. 15 gennaio 1991, n. 8, *Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia* (GU n. 12 del 15 gennaio 1991).

²⁸⁶ L. 15 marzo 1991, n. 82, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, recante nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia* (GU n. 64 del 16 marzo 1991).

²⁸⁷ D. L. 13 maggio 1991, n. 152, *Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa* (GU n. 110 del 13 maggio 1991).

²⁸⁸ L. 12 luglio 1991, n. 203, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa* (GU n. 162 del 12 luglio 1991).

²⁸⁹ D. L. 8 giugno 1992, n. 306, *Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa* (GU n. 133 del 8 giugno 1992).

²⁹⁰ L. 7 agosto 1992, n. 356, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa* (GU n. 185 del 7 agosto 1992).

²⁹¹ Franco della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in Vittorio Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., pp. 73-75.

²⁹² Il 19 luglio 1992, mentre la Seconda Commissione Giustizia del Senato aveva appena cominciato ad esaminare il d.l. 306/92, si consuma a Palermo l'attentato contro il magistrato Paolo Borsellino, e il 23 maggio 1992 si era consumato quello contro il magistrato Giovanni Falcone.

Andando ora ad analizzare le novità introdotte dai decreti legge citati, la più discussa e quella che maggiormente interessa ai nostri fini è sicuramente l'introduzione di un sotto-sistema carcerario per i condannati a determinate categorie di delitti, accompagnato ad una significativa riduzione dei principi (faticosamente acquisiti) di rieducazione e reinserimento sociale del reo. Per usare una efficace espressione di Elvio Fassone, assistiamo ad una "cristallizzazione del reo nello schema di un certo tipo di autore"²⁹³.

L'art. 1, comma 1, del d.l. 152/1991, introduce infatti nell'ordinamento penitenziario il nuovo articolo 4-*bis*, rubricato "Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti", modificato negli anni immediatamente successivi da diversi decreti-legge, che fa entrare nell'ordinamento il c.d. ergastolo ostativo, quella particolare pena per cui il condannato, contro ogni fine di rieducazione, potrebbe non uscire mai dal carcere, "strumento di lotta contro nemici cui viene di fatto negata la dignità di uomini"²⁹⁴. Tale norma, nella sua versione definitiva, introduce nell'ordinamento un vero e proprio "doppio regime penitenziario"²⁹⁵, volto a differenziare le regole probatorie per l'ammissione ai benefici sulla base di un criterio di diversificazione riconducibile alla natura del reato commesso: dunque, per i condannati ai reati previsti dalla disposizione, l'accesso alle misure alternative alla detenzione, fatta eccezione per la liberazione anticipata, risulta ancorato a presupposti diversi e ulteriori rispetto ai condannati "comuni". Si corre così il rischio, evidenzia Sergio Moccia, di "scambiare tipi di autore per eventi", ipotizzando certi eventi dopo aver individuato dei soggetti, con una legislazione premiale che tenta di ridimensionare la rilevanza del fatto di reato a favore della condotta successiva dell'autore nell'ambito del processo o dell'esecuzione della pena²⁹⁶.

Due sono le linee di intervento del legislatore: da una parte l'inasprimento del trattamento penitenziario dei condannati per delitti riconducibili alla criminalità organizzata, dall'altra l'introduzione di una legislazione premiale per i c.d. collaboratori di giustizia, entrambe analizzate nel seguito.

²⁹³ Elvio Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit., p. 227.

²⁹⁴ Alessandro Bernardi, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in Franco Corleone e Andrea Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena*, cit.

²⁹⁵ Vittorio Grevi, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 4.

²⁹⁶ *La perenne emergenza*, cit., pp. 55 e 178.

Da notare un ultimo profilo.

Si è visto che la legge Gozzini introduce l'art. 41-*bis* ord. penit., rubricato "Situazioni di emergenza". Il secondo comma di tale disposizione, introdotto da un successivo provvedimento d'emergenza nel 1992, si riferisce espressamente alla categoria di condannati individuata dall'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, e permette al Ministro di giustizia di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione delle normali regole di trattamento penitenziario.

Tralasciando le critiche dottrinali che sono state rivolte a tale regime, in quanto affidato ad un semplice atto amministrativo, e sottratto così ad una garanzia giurisdizionale, e dunque strutturato in violazione del "giusto processo", pur se reclamabile innanzi al tribunale di sorveglianza, sembra inoltre porsi in contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost., per contrarietà al senso di umanità, e comma 1, se disposto nei confronti di un imputato, per contrarietà alla presunzione di innocenza.

Concludendo, con tale misura si cerca di impedire la recidiva non attraverso la risocializzazione del reo, che essendo prescrizione costituzionale dovrebbe essere la regola applicabile in ogni caso, ma attraverso una sua vera e propria neutralizzazione, secondo una funzione della pena spiccatamente retribuzionista: fenomeni tutti dovuti all'utilizzo, da parte dello Stato, del momento dell'esecuzione della pena come strumento di lotta alla criminalità organizzata²⁹⁷.

Allora, si può adesso concludere che l'intervento legislativo agisce contemporaneamente sul duplice fronte della incentivazione e della repressione; la spinta verso una condotta collaborativa, infatti, deriva dal risultato combinato della sospensione delle regole trattamentali previste dall'art. 41-*bis* e del divieto di concessione dei benefici di cui all'art. 4-*bis*: quanto più la detenzione viene resa gravosa, tanto più il condannato sarà attratto dalla condotta collaborativa.

Inoltre, si tratta di scelte di politica criminale, e non penitenziaria (come la loro collocazione invece suggerirebbe), come si evince dalla stessa dichiarazione del Ministro Guardasigilli proponente, che l'ha rappresentata come "l'arma più efficace...per contrastare la criminalità organizzata", dato che "praticamente tutti i processi che hanno ottenuto qualche risultato...sono stati fondati...sulla collaborazione

²⁹⁷ Luca Blasi, *Il 41bis e il carcere duro per i mafiosi. Sicurezza e garanzie, nodi da sciogliere. Regime di reclusione e mezzi di gravame: la giurisprudenza*, in *Dir. e Giust.*, 2006, n. 16.

di ex appartenenti alle associazioni di stampo mafioso”²⁹⁸.

Ma, bisogna sempre tenere presente, il disagio sociale e la politica criminale non possono mai prescindere dai diritti dell’individuo. Non si possono ignorare i diritti e la dignità umana, per quanto nobile e ammirabile sia lo scopo. Il fine non giustifica i mezzi, soprattutto quando questi ultimi sono in contrasto con quei diritti fondamentali e inalienabili della persona umana.

*10. Gli istituti di clemenza*²⁹⁹.

Meritano infine un rapido cenno gli istituti di clemenza, quelle cause di estinzione della pena di cui la giurisprudenza di Strasburgo si è a lungo occupata in tema di condanne a vita. Nonostante non siano oggi più sufficienti ad integrare la riducibilità della pena come intesa dalla Corte europea, pare opportuno effettuare in merito un breve richiamo, in quanto ultimo possibile meccanismo utilizzabile dagli ergastolani per poter sperare in qualcosa di diverso dalla morte in carcere.

Questi sono dunque l’indulto e la grazia, i quali tradizionalmente si configurano come le forme moderne del potere di clemenza originariamente spettante al sovrano assoluto.

10.1. L’indulto.

L’indulto consiste in un condono totale o parziale, o nella commutazione, della pena principale, ed è un istituto di applicazione generale. Secondo il suo funzionamento, la pena dell’ergastolo non sarà condonabile in parte, ma solo *in toto*, o convertibile in altra. A norma dell’art. 79, comma 1, della Costituzione, è concesso con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale, come modificato nel 1992³⁰⁰ per evitarne un uso sistematico contro gli effetti indesiderati del sistema penale, assicurare un fondamento presumibilmente serio ed evitare un incentivo a delinquere nell’aspettativa di un

²⁹⁸ La dichiarazione del guardasigilli è citata nella sentenza costituzionale n. 306 del 1993.

²⁹⁹ La disciplina giuridica di tali istituti è stata rinvenuta in Carlo Federico Grosso, Marco Pelissero, Davide Petrini e Paolo Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 649-650; Leonardo Filippi e Giorgio Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 252-258; Mauro Ronco e Bartolomeo Romano (a cura di), *Codice penale commentato*, UTET giuridica, Torino, 2012.

³⁰⁰ Legge costituzionale 6 marzo 1992, n. 1, *Revisione dell’articolo 79 della Costituzione in materia di concessione di amnistia e indulto* (GU n. 57 del 9 marzo 1992).

impiego di tale misura. Competente per l'applicazione è il giudice dell'esecuzione, il quale procede senza formalità a norma degli artt. 666, 667, comma 4, e 672 c.p.p.

10.2. La grazia.

La grazia è un condono personalizzato, di competenza del Presidente della Repubblica, *ex art. 87, comma 11, della Costituzione*, a norma del quale: “Può concedere la grazia e commutare le pene”. Essa appunto condona, in tutto o in parte, senza o con condizioni, la pena inflitta, o la commuta in un'altra specie di pena stabilita dalla legge. Presupposto per la concessione è il passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Tale strumento di clemenza individuale permette una “verifica aggiornata della rispondenza tra pena residua e fine ultimo del punire”³⁰¹. L'art. 681 c.p.p. disciplina il procedimento per la concessione della grazia: la domanda, sottoscritta dal condannato (o da un suo prossimo congiunto o dal convivente o dal tutore o dal curatore ovvero da un avvocato o procuratore legale) e diretta al Capo dello Stato, è presentata al Ministro della giustizia. Qualora il condannato sia detenuto o internato, può alternativamente presentare la relativa domanda al magistrato di sorveglianza, il quale la trasmette al ministro con il proprio motivato parere, e quest'ultimo attiva una procedura istruttoria (ma non giurisdizionale!) al fine di acquisire i pareri sul condannato espressi dagli organi giudiziari competenti utili per formulare una valutazione finale. Il Ministro predispose dunque il relativo decreto di concessione, lo controfirma e ne cura l'esecuzione, mentre la vera e propria concessione rimane di competenza del Presidente della Repubblica (sentenza Corte cost. 200/2006³⁰²). La grazia può inoltre essere concessa su proposta del presidente del consiglio di disciplina dell'istituto penitenziario, a titolo di ricompensa per il detenuto che si sia distinto per comportamenti particolarmente meritevoli, o d'iniziativa dello stesso ministro della giustizia, essendo considerata come atto di diritto pubblico e quindi indipendente dal consenso dell'interessato. Di nuovo, competente per l'applicazione è il giudice dell'esecuzione, che provvede senza formalità a norma degli artt. 666, 667, comma 4, e 676 c.p.p.

³⁰¹ Andrea Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena*, cit.

³⁰² Sent. 3 maggio 2006, n. 200 (GU n. 21 del 24 maggio 2006).

Comune a entrambi i provvedimenti è la disciplina dettata dall'art. 174 c.p., appunto rubricato "Indulto e grazia". A norma di tale disposizione, le misure in questione non estinguono le pene accessorie, salvo che il decreto disponga diversamente, e gli altri effetti penali della condanna (comma 1). Inoltre, ai sensi dell'art. 210, comma 3, c.p., qualora per effetto dell'applicazione degli istituti in questione non debba essere eseguita la pena dell'ergastolo, il condannato è sottoposto a libertà vigilata per un tempo non inferiore a tre anni.

SEZIONE II

La disciplina dell'ergastolo alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Passiamo dunque ad analizzare la pena perpetua come attualmente organizzata nel nostro ordinamento, onde verificarne la compatibilità con gli *standard* posti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e ricordati nel capitolo precedente. Questi, occorre ricordare, sono: l'inapplicabilità dell'ergastolo ai minori d'età, la proporzionalità della condanna all'ergastolo rispetto al fatto di reato commesso, la previsione espressa di una possibilità di riesame e la conoscibilità, sin dal momento della condanna, delle condizioni e dei termini di detto riesame.

La seguente trattazione sarà dunque divisa in paragrafi che cercano di evidenziare la presenza, o meno, di tali condizioni.

1. La disciplina giuridica dell'ergastolo comune.

Per quanto riguarda l'ergastolo comune, ovverosia quello disciplinato dall'art. 22 c.p., si è già detto molto di ciò che rileva. L'art. 22, oggi, prescrive che:

“La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno.

Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto”.

Tuttavia, questo non esaurisce la portata dell'istituto, come si è visto più volte modificato da interventi legislativi e giudiziari (della Corte costituzionale, ovviamente).

1.1. La non applicabilità dell'ergastolo ai minori d'età³⁰³.

Si è dunque ricordato che il primo requisito, affinché la pena dell'ergastolo possa essere giudicata conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è l'imposizione di essa soltanto nei confronti del reo maggiorenne. Vediamo dunque ora quando e come l'ordinamento italiano si è adattato a tale condizione.

Nel codice penale Zanardelli del 1889 era espressamente previsto all'art. 55, per gli imputati di età tra i quattordici (soglia minima per l'imputabilità penale) e i diciotto anni, la sostituzione della pena perpetua con la reclusione da dodici a vent'anni; all'art. 56, poi, la sostituzione della stessa pena con la reclusione da venticinque a trent'anni, per gli imputati di età tra i diciotto e i ventuno anni. Non era dunque possibile imporre l'ergastolo al minore.

A fronte degli inasprimenti sanzionatori di cui si diceva, nel successivo codice Rocco si prevede, invece, la possibilità di imporre l'ergastolo al minore imputabile, non ponendo l'art. 22 c.p. alcuna distinzione tra condannati. Interviene in materia la Corte costituzionale, con sentenza 168/1994³⁰⁴, inibendo definitivamente al legislatore tale possibilità. Si usa l'avverbio "definitivamente" in quanto, solo un anno prima, con sentenza 140/1993³⁰⁵, la Corte aveva già ammonito il legislatore, auspicandone un intervento sul punto della comminatoria della massima pena anche per il minore, in base all'esigenza "di diversificare il più possibile il trattamento del minore dalla disciplina punitiva generale"³⁰⁶. Non era stato possibile, per la Consulta, intervenire già in quell'occasione, in quanto la questione poneva un quesito di carattere legislativo cui essa non poteva rispondere, in ragione dei suoi poteri, e si era dunque dovuta risolvere per una decisione di inammissibilità. Ma si ripropone l'occasione, come si diceva, l'anno successivo, quando viene proposto giudizio di legittimità costituzionale degli

³⁰³ L'analisi del presente paragrafo è svolta sulla base della lettura di: Ettore Gallo, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, e Gladio Gemma, *Pena dell'ergastolo per i minori: davvero incostituzionale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, vol. I.

³⁰⁴ Sent. 28 aprile 1994, n. 168 (GU n. 19 del 4 maggio 1994).

³⁰⁵ Sent. 6 aprile 1993, n. 140 (GU n. 16 del 14 aprile 1993).

³⁰⁶ Cfr. punto 4 del *Considerato in diritto* della sentenza.

artt. 17 e 22 c.p., nella parte in cui non escludevano l'applicabilità della pena dell'ergastolo nei confronti del minore di età, in riferimento agli artt. 10, comma 1³⁰⁷, 27, comma 3 (per compromissione della finalità rieducativa della pena e del trattamento pedagogico e di risocializzazione, peculiare per il minore), e 31, comma 2³⁰⁸ (per violazione del precetto che impone la protezione dell'infanzia e della gioventù), della Costituzione. Questa volta la Corte può aprirsi ad una piena dichiarazione di incostituzionalità degli articoli in questione, sulla considerazione della spiccata protezione del minore espressa nell'art. 31, "principio la cui compresenza nell'ambito dei precetti costituzionali impone un mutamento di segno al principio rieducativo immanente alla pena, attribuendo a quest'ultima, 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"³⁰⁹. E nonostante l'esistenza di tutti quegli istituti premiali che permettono all'ergastolo di andare esente da censure di incostituzionalità per i maggiorenni, l'istanza di risocializzazione dei minori deve investire anche il momento dell'irrogazione della pena e della astratta previsione normativa, non essendo nella materia specifica sufficiente la possibilità di modificare il carattere perpetuo della pena durante l'espiazione della medesima.

Dunque, a seguito di tale pronuncia, la pena della reclusione perpetua non è più imponibile nei confronti del minore imputabile, così aprendosi il nostro ordinamento ad una piena conformità a Convenzione, per quanto riguarda il primo dei requisiti enucleati dalla giurisprudenza europea.

³⁰⁷ Secondo tale disposizione: "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute". Il rimettente non specificava di quali norme si trattasse, limitando il riferimento a "numerose norme pattizie del diritto internazionale vigente in materia". Vista la genericità dell'assunto, la Corte non prenderà in considerazione tale parametro, non rinvenendosi neanche, a suo parere, un principio generale o una consuetudine in materia.

Tuttavia, la Consulta cita, "al fine di chiarire il significato degli altri parametri costituzionali" (cfr. punto 3 del *Considerato in diritto*), diverse fonti internazionali, e tra le altre, quell'art. 37 della Convenzione ONU di New York sui diritti del fanciullo, trattato che si è già visto prendere in considerazione dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ambito del medesimo tema.

³⁰⁸ Secondo tale disposizione: "Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo".

³⁰⁹ Cfr. § 5.1 del *Considerato in diritto*.

1.2. Il campo di applicazione.

La reclusione perpetua, essendo la pena più grave e severa prevista nell'ordinamento italiano, trova un ambito di applicazione piuttosto ristretto e viene irrogata soltanto a seguito di delitti particolarmente gravi, nelle ipotesi di concorso di reati *ex artt. 72 e 73, comma 2*³¹⁰, c.p., o nel caso di omicidio, quando ricorrano le circostanze aggravanti previste dagli artt. 576 e 577 c.p. Dunque, i reati che importano la pena dell'ergastolo sono i seguenti:

1. Delitti contro la personalità dello Stato:

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

2. Delitti contro l'incolumità pubblica:

³¹⁰ Ai sensi di tale disposizione: “Quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni, si applica l'ergastolo”.

- Art. 422 c.p. (*Strage*);
 - Art. 438 c.p. (*Epidemia*);
 - Art. 439, comma 2, c.p. (*Avvelenamento di acque o di sostanze alimentari*);
3. *Delitti contro la persona* (circostanze aggravanti del reato di omicidio volontario):
- Art. 576 c.p. (*Circostanze aggravanti. Ergastolo*);
 - Art. 577 c.p. (*Altre circostanze aggravanti. Ergastolo*).
4. *Delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone*:
- Art. 630, comma 3, c.p. (*Sequestro di persona a scopo di estorsione*).

Vista la gravità e l'allarme sociale prodotto da tali crimini, non sembra potersi mettere in discussione la presenza, nel nostro ordinamento, del requisito di proporzione che, secondo la giurisprudenza di Strasburgo come analizzata nel capitolo precedente, deve sussistere tra fatto di reato e relativa pena. Inoltre, pur potendo il nostro ergastolo essere definito "obbligatorio"³¹¹, in quanto pena prescritta dal codice penale e da infliggersi senza valutazioni ulteriori (salva la presenza di circostanze attenuanti) nel caso di integrazione della fattispecie di reato, il nostro ordinamento assicura quelle garanzie del giusto processo che secondo la Corte allontanerebbero il pericolo di una pena arbitraria e sproporzionata.

Fin qui, dunque, non sembrerebbe porsi alcuna questione di non conformità della disciplina italiana ai parametri della Convenzione europea.

Vi è però un ulteriore profilo, lasciato sullo sfondo dalla giurisprudenza europea ma sottolineato dalla dottrina italiana, ovvero sia quello della costituzionalità (o eventualmente conformità a Convenzione, a seconda dell'angolo visuale da cui lo si osserva) delle pene fisse, che si avvicina alla già analizzata³¹² questione della condanna obbligatoria a pena perpetua. Considerato il principio di giurisdizionalità delle pene, che esclude pene fisse non variabili sulla base della valutazione del caso concreto, non permettere quella commisurazione al fatto e alla responsabilità che ne è alla base, in danno chiaramente alla proporzionalità della condanna, potrebbe far sorgere

³¹¹ Fattispecie che, come visto nel capitolo precedente, potrebbe creare problemi maggiori con riferimento all'accertamento del requisito della proporzionalità.

³¹² Cfr. capitolo I, § 2.2.

interrogativi di legittimità della pena perpetua. Tuttavia la Corte costituzionale ha costantemente dichiarato non fondata la questione³¹³, a partire dal 1963, nonostante il riconoscimento, da parte della stessa, del fatto che “in via di principio, invero, l’ ‘individualizzazione’ della pena, in modo da tenere conto dell’effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali”, e che “in linea di principio, previsioni sanzionatorie fisse non appaiono in armonia con il ‘volto costituzionale’ del sistema penale”. “Il dubbio d’illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell’illecito 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”³¹⁴. Questa, dunque, la risposta apparentemente costituzionale del nostro ordinamento.

Ma un ulteriore elemento può essere preso in considerazione per allontanare il problema sollevato dalla dottrina: la possibilità giudiziale di considerazione delle circostanze attenuanti. Attraverso l’applicazione di queste ultime, infatti, il magistrato rimane libero di graduare la condanna sulla base del fatto concreto: così, qualora ritenga la pena dell’ergastolo non proporzionata all’entità del fatto di reato, il giudizio di bilanciamento delle circostanze gli permetterà di non infliggere una tale condanna. Infatti, secondo l’art. 69 c.p., quando concorrano insieme circostanze aggravanti ed attenuanti, il giudice opererà l’aumento o la diminuzione di pena prevista da quelle ritenute prevalenti; qualora invece le circostanze dovessero risultare equivalenti, la pena rimarrà invariata. Al giudizio di bilanciamento, così, è assegnata la funzione di individualizzazione della sanzione, nel senso di adeguamento della pena al caso concreto. Il giudice detiene in merito un potere assolutamente discrezionale, vincolato soltanto dall’obbligo di motivazione. Una così ampia discrezionalità è stata tuttavia da più parti criticata in dottrina: a fronte anche di un atteggiamento della Corte di cassazione che ha negli anni avallato semplici formule di stile anziché esplicitazioni reali di un concreto percorso logico-argomentativo, la corretta individuazione della pena viene lasciata al completo arbitrio del magistrato, in un giudizio che, cancellando del tutto la componente ritenuta non prevalente, aggravante o attenuante, non realizza un quadro pieno e adeguato del

³¹³ Sent. 8 maggio 1963, n. 67 (GU n. 132 del 18 maggio 1963). Il caso riguardava l’art. 54 del R.d.l. 15 ottobre 1925, n. 2033, che commina una pena pecuniaria fissa per le infrazioni cui si riferisce.

³¹⁴ Sent. 2 aprile 1980, n. 50 (GU n. 112 del 23 aprile 1980), cfr. §§ 3 e 4 del *Considerato in diritto*.

fatto e dell'autore, ma rischia di configurarsi come un eccesso di severità o, al contrario, un eccesso di clemenza. Al di là delle critiche, tuttavia, è evidente come il descritto esame delle circostanze porti la pena risultante da esso a non essere più classificabile come fissa. E volgendo la mente alla giurisprudenza europea, non sembra che tali questioni possano porre criticità: il giudizio di bilanciamento, infatti, rappresenta in ogni caso una ponderata valutazione, svolta sulla base della legge in vigore da un organo indipendente ed imparziale, che con la sua esistenza rende meno stringente il controllo da adoperarsi da parte della Corte europea sulla proporzionalità della condanna, in quanto già effettuato dall'organo precedente nazionale.

1.3. L'ergastolo con isolamento diurno.

Infine, comporta la pena dell'ergastolo l'ipotesi di concorso di reati, come si diceva, disciplinata dall'art. 72 c.p., ai sensi del quale: "Al colpevole di più delitti, ciascuno dei quali importa la pena dell'ergastolo, si applica la detta pena con l'isolamento diurno da sei mesi a tre anni.

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

L'ergastolano condannato all'isolamento diurno partecipa all'attività lavorativa".

Si tratta dunque dell'ergastolo con isolamento diurno.

L'isolamento rappresenta una misura di natura eccezionale, non compresa nell'ordinario trattamento penitenziario, in quanto contrastante con il processo di risocializzazione. Così, in passato sono sorte questioni sulla legittimità costituzionale dell'isolamento diurno, tuttavia respinte dalla Consulta con sentenza n. 115 del 1964³¹⁵, che dichiarava non fondata la questione sottoposta al suo esame, sul rilievo della natura di sanzione penale di tale isolamento. Secondo il giudice *a quo* l'isolamento diurno, per sua natura e per le modalità di esecuzione, non avrebbe consentito la rieducazione del condannato e si sarebbe risolto in un trattamento contrario al senso di umanità, esplicitamente vietato dall'art. 27 Cost. Ma la Corte è in disaccordo: ricorda la misura corrispondente prevista

³¹⁵ Sent. 16 dicembre 1964, n. 115 (GU n. 7 del 9 gennaio 1965).

nel codice Zanardelli, ovverosia la già vista segregazione cellulare continua³¹⁶, prevista come autonoma sanzione per i casi di concorso di reati (art. 84), ma anche “come contenuto e modalità di esecuzione della pena dell’ergastolo”, che sottoponeva così il condannato a tale pena, solo perché tale, alla segregazione cellulare continua per sette anni (art. 12), “durissimo trattamento di rigore” successivamente abrogato. Sotto la vigenza del codice attuale, invece, tale istituto rappresenterebbe un’autonoma pena, afferente alla genesi del rapporto esecutivo, prevista come unica sanzione per i delitti concorrenti con quello già punito con l’ergastolo, e non una modalità di esecuzione della pena³¹⁷. Inoltre, sottolinea la Corte, l’ergastolano è sempre ammesso all’attività lavorativa, elemento che riduce così l’afflittività della misura. Concludono dunque i giudici: “Appare evidente pertanto, da questa ed altre recenti disposizioni (eliminazione del limite dei tre anni per l’ammissibilità dell’ergastolano al lavoro all’aperto, possibilità della liberazione condizionale anche per il condannato all’ergastolo, ecc.), che le leggi penali vanno ispirandosi sempre più ai criteri di umanità riaffermati nella nostra Costituzione. È una viva esigenza della coscienza sociale che un tale indirizzo, nel quadro di una efficiente difesa sociale contro il delitto, trovi sempre più civili e illuminate applicazioni”.

Critica tale impostazione Alessandro Martini, in una nota di commento alla sentenza della I Sezione della Corte di cassazione del 28 febbraio 1980³¹⁸. Innanzi tutto l’autore non è d’accordo con la natura di sanzione penale attribuita dai giudici all’isolamento diurno *ex art. 72*: non essendo previsto in alcun luogo dell’ordinamento come pena, principale o accessoria, ma “essendo anzi considerato e conosciuto, da sempre, come

³¹⁶ Cfr. § 2.1, Sezione I.

³¹⁷ Si esprime in tal senso anche la Corte di cassazione, Sezione I Penale, con sent. 26 febbraio 2014, n. 9300: “Si verifica un rovesciamento della regola di non separazione perché giustificato dal fatto di costituire, esso isolamento, una sanzione di inasprimento dell’ergastolo, anch’essa sanzione penale”.

³¹⁸ *Ergastolo ed isolamento continuo: l’art. 72 c.p. fra abrogazione ed incostituzionalità*, in *Cassazione penale*, 1982.

Il caso che origina la sentenza è il seguente: i ricorrenti, condannati nel 1976 alla pena dell’ergastolo con isolamento diurno *ex art. 72 c.p.*, proponevano incidente di esecuzione, chiedendo la revoca dell’isolamento; l’istanza veniva rigettata, e adivano dunque la Corte di cassazione invocando la nullità del provvedimento per difetto di motivazione e violazione di legge, in quanto sostenevano la avvenuta abrogazione dell’art. 72 c.p. ad opera dell’intervenuto art. 33 della L. 354/1975, che avrebbe previsto in modo tassativo le ipotesi di isolamento continuo. Il Supremo Collegio, tuttavia, respingeva la doglianza, anch’essa sul rilievo della natura di sanzione penale dell’isolamento in questione. La legge sull’ordinamento penitenziario si sarebbe occupata soltanto del regime del trattamento penitenziario, lasciando intatto appunto il sistema sanzionatorio, autonomo: l’isolamento diurno previsto dall’art. 72 c.p. “attiene non allo svolgimento, ma alla genesi del rapporto esecutivo e non è modalità ma oggetto di esecuzione”.

modalità di esecuzione della pena detentiva”, qualificarlo come tale urterebbe sicuramente con il principio di legalità formale delle sanzioni penali, che impone che sia una legge a prescrivere quali siano le pene, e impedisce l’utilizzo della via interpretativa. Si tratterebbe dunque, secondo le parole dell’autore, di una “semplice modalità di esecuzione della pena detentiva, applicata in chiave essenzialmente retributiva”. Comunque, anche a voler considerare l’isolamento un’autonoma sanzione penale, l’autore non si spiega come questo possa non essere considerato rilevante sul piano dell’umanità della misura: non si devono trascurare, infatti, da una parte gli effetti deleteri di una tale pratica, alla luce dei contributi della scienza medico-psichiatrica; dall’altra, che essa non permette lo svolgimento di tutte quelle attività individuate dall’art. 15, comma 1, della L. 354/1975³¹⁹, indispensabili per un trattamento volto alla rieducazione del condannato. Ed in effetti, laddove la Costituzione richiede che le pene non consistano in trattamenti contrari al senso di umanità e tendano alla rieducazione del condannato (art. 27, comma 3) pare arduo ammettere nel novero delle sanzioni il detto isolamento: come può tendere alla rieducazione una pena che preclude l’accesso a tutti quegli strumenti introdotti proprio per rendere l’ordinamento conforme alle indicazioni dell’art. 27 della Costituzione? Sembra quasi impossibile rinvenire nella pratica in esame uno scopo diverso dalla mera punizione del reo, per altro già abbondantemente presente nell’inflizione dell’ergastolo. Come potrebbe essere considerato necessario punire ancora un individuo già costretto a passare ciò che rimane della sua vita in carcere? Quanto al carattere di umanità che l’isolamento dovrebbe possedere per poter essere qualificato quale autonoma pena, ove non si ritenesse sufficiente prestare attenzione alle criticità sollevate nei confronti di tale pratica dalla moderna scienza medico-psichiatrica, assume particolare rilevanza la posizione assunta dagli organi del Consiglio d’Europa.

Quanto l’autore citato, non condivide la natura di sanzione penale attribuita all’isolamento, infatti, neanche il CPT, che si è espresso in merito molto duramente,

³¹⁹ Secondo tale disposizione: “Il trattamento del condannato e dell’internato è svolto avvalendosi principalmente dell’istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia.

Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all’internato è assicurato il lavoro.

Gli imputati sono ammessi, a loro richiesta, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative e, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell’autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorativa di formazione professionale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica”.

suggerendo al Governo italiano, al termine della sua visita nel nostro Paese nel 2012, una modifica della disciplina. Il Comitato ha infatti ritenuto illegittima l'imposizione dell'isolamento quale autonoma sanzione penale³²⁰, anziché come modalità di esecuzione eventualmente resasi necessaria durante l'espiazione della pena principale: *“the CPT wishes to stress once again that solitary confinement should never be imposed – or be imposable at the discretion of the court concerned – as part of a sentence. The generally accepted principle that offenders are sent to prison as a punishment, not to receive punishment, should be recalled in this context. Imprisonment is a punishment in its own right and potentially harmful aggravations of a prison sentence as part of the punishment are not acceptable. It may be necessary for a sentenced prisoner to be subject, for a certain period of time, to a solitary confinement regime; however, the imposition of such a regime should lie with the prison authorities and not be made part of the catalogue of criminal sanctions”*³²¹. Si avrebbe, nel nostro ordinamento, un'interferenza tra momento della cognizione e momento dell'esecuzione.

L'isolamento rappresenta, nella maggior parte degli ordinamenti, una soluzione di sicurezza, unico modo di ridurre la rimasta pericolosità del soggetto *in vinculis*, oppure una sanzione disciplinare, una punizione ulteriore per il recluso che non abbia voluto o saputo rispettare le regole della vita penitenziaria: allora, l'isolamento dovrebbe far parte delle modalità di esecuzione della pena, le quali non possono in principio influire sulla legittimità della privazione di libertà, ma a cui sono tuttavia negli anni stati introdotti dei limiti, per via giurisprudenziale, affinché i detenuti non fossero privati di alcuni diritti e libertà considerati imprescindibili. E infatti la Corte europea, cui spetta in definitiva l'ultima dirimente parola sulle pratiche nazionali, presenta una giurisprudenza consolidata in materia di isolamento, concepito come misura necessaria motivata da esigenze di sicurezza (che deve ovviamente essere proporzionata alla situazione concreta e non superare i limiti di un trattamento penale legittimo), e non come autonoma sanzione penale. Già la Commissione, tempo addietro, aveva espresso in merito all'isolamento delle riserve: si sarebbe infatti trattato di una misura particolarmente indesiderabile, da adottare solo per ragioni eccezionali, e dunque

³²⁰ Si tenga a mente l'influenza che l'operato del Comitato svolge sulla giurisprudenza della Corte europea.

³²¹ CPT/Inf (2013) 32, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012*.

sarebbe stato fondamentale e decisivo un attento bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e i diritti fondamentali dell'individuo³²². Oggi, invece, tale prassi viene qualificata dalla Corte quale trattamento inumano e degradante, e dunque vietata, non giustificabile in base ad alcuna esigenza di sicurezza, qualora sia totale, sensoriale e sociale; altre forme di isolamento, invece, potrebbero non raggiungere la soglia minima di gravità da ricadere nell'ambito dell'art. 3 CEDU: si tratta, come sempre davanti ai giudici di Strasburgo, di una valutazione caso per caso. Così, il mero isolamento dalla comunità carceraria disposto per ragioni di sicurezza potrebbe essere vagliato con esiti positivi. Non si può dunque essere certi che tale pratica integrerebbe una condanna del nostro Paese, qualora venisse presentato come necessaria modalità di espiazione della pena. Ma non si potrebbe essere certi dell'esito neanche qualora il vaglio fosse diretto a porre in discussione la natura di autonoma sanzione penale, nonostante le pregnanti indicazioni del CPT, non vincolanti per la decisione giudiziaria; la Corte europea, infatti, richiede che le pene, per poter essere considerate tali, siano irrogate ed applicate nel pieno rispetto del principio di legalità³²³ e inflitte da un tribunale imparziale e competente a seguito di condanna. Dunque, vi potrebbe essere la piena accettazione, da parte della Corte, dei requisiti formali per la qualificazione dell'isolamento come pena; più fruttuoso potrebbe forse essere spostare il sindacato sulla natura sostanziale dell'isolamento, e, sulla base dei recenti sviluppi giurisprudenziali che richiedono nella pena una prevalente finalità risocializzativa, cercare di negargli una tale qualificazione: sarebbe per lo Stato molto complicato dimostrare l'esistenza di un fine di reinserimento nell'isolamento, per un periodo predeterminato e sganciato da esigenze contingenti, di un condannato che non abbia ancora cominciato l'espiazione della pena.

In ogni caso, a prescindere da un'eventuale condanna, la posizione della disciplina italiana è sicuramente in bilico, e, in un ordinamento con una tradizione costituzionale quale è la nostra, non è certo atteggiamento di tutto rispetto porsi al limite nella tutela dei diritti umani.

³²² Emanuele Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 134.

³²³ Si pone qui una necessaria precisazione: il principio di legalità come inteso dalla Corte europea si discosta da come concepito nel nostro ordinamento. Facendo parte della Convenzione anche Paesi appartenenti al sistema di *common law*, infatti, il principio in questione non esige l'emanazione di una legge in senso formale, potendo derivare anche da una decisione giudiziaria cui sia attribuita forza vincolante; così, il principio di legalità non potrebbe dirsi violato quale che sia la fonte normativa formale in base alla quale sia stata pronunciata la condanna di un individuo (Emanuele Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 63).

1.4. I benefici penitenziari applicabili.

Occorre volgere ora lo sguardo al regime penitenziario degli ergastolani, in quanto vero fulcro della disciplina come disegnata dal legislatore italiano. Passiamo dunque ad analizzare separatamente e analiticamente le diverse misure alternative alla detenzione, introdotte o modificate dalla legge Gozzini, dirette a dare piena attuazione al principio costituzionale del finalismo rieducativo, incidenti sulla fase esecutiva della pena detentiva. Si tratteranno solo quelle più rilevanti cui possono accedere anche gli ergastolani, onde definire il regime loro applicabile, e verificare la compatibilità del nostro ordinamento con i precetti europei di riducibilità della sentenza e conoscibilità sin dal momento della condanna delle condizioni da soddisfare per la rilascio anticipato.

- *La semilibertà*³²⁴.

La prima misura alternativa prevista, sebbene si tratti più propriamente di una speciale modalità di esecuzione della pena, è la semilibertà, disciplinata dagli artt. 48-51 della L. 354/1975 e modificata dall'art. 14 della legge Gozzini. Secondo l'art. 48 ord. penit., comma 1: "Il regime di semilibertà consiste nella concessione al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale", e il presupposto per esservi ammessi è che vi siano "le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società", in relazione ai "progressi compiuti nel corso del trattamento" (art. 50, comma 4, ord. penit.): potrà allora essere concessa al fine del reinserimento, previo accertamento dei compiuti progressi nel corso del trattamento e della presenza di condizioni idonee a favorire la risocializzazione del condannato. Si tratta, dunque, di un tipico strumento per un trattamento progressivo individualizzato. Tra le modifiche maggiormente rivoluzionarie apportate alla disciplina vi è appunto l'introduzione di un quinto comma all'art. 50 ord. penit., a norma del quale: "Il condannato all'ergastolo può

³²⁴ L'analisi del presente istituto è svolta sulla base della lettura di: Guido Casaroli, *La semilibertà*, in Giovanni Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, cit.; Francesco Palazzo, *La disciplina della semilibertà: evoluzione normativa e ampiezza funzionale di un "buon" istituto*, in Vittorio Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit.

essere ammesso al regime di semilibertà dopo aver espiato venti anni di pena”³²⁵, che permette all’ergastolano di essere “detenuto di notte e libero cittadino di giorno”³²⁶, rimuovendo un limite del tutto “innaturale, dando alla semilibertà quella necessaria flessibilità che è coerente con la sua natura di strumento del trattamento progressivo”³²⁷. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che nel procedimento per l’applicazione della semilibertà la valutazione scientifica della personalità del condannato assorbe una eventuale valutazione concernente la gravità del reato, la personalità dell’autore e i suoi precedenti penali; dunque, al momento del giudizio per l’ammissione a tale regime deve aversi esclusivo riguardo ai risultati del trattamento individualizzato (pur restando, gli altri, elementi rilevanti per lo studio della personalità).

Vista dunque la prospettiva di rieducazione propria della misura, si collocano in quest’ottica la possibilità di reiterazione dell’istanza, qualora fosse stata precedentemente rigettata, ovviamente sulla base dell’allegazione di fatti sopravvenuti di idonea rilevanza, e la possibilità di adozione di un nuovo provvedimento successivamente ad una revoca. Infine, il periodo di pena espiato in semilibertà può essere valutato ai fini della concessione della liberazione anticipata, essendo una modalità di esecuzione della pena detentiva e lasciando aperta la possibilità di osservare adeguatamente la personalità del reo, sempre secondo la logica del trattamento progressivo: i rapporti tra semilibertà e liberazione anticipata sono caratterizzati da un’influenza di tipo “binario”, per cui la parte di pena detratta ai fini della liberazione

³²⁵ Si ricorda che tale questione era già stata posta, tre anni prima dell’entrata in vigore della legge Gozzini, dalla Sezione di sorveglianza della Corte d’appello di Firenze, che sollevava incidente di legittimità costituzionale, in riferimento al terzo comma dell’art. 27 Cost., dell’art. 50 (ammissione alla semilibertà), comma 2, della L. 354/1975, nella parte in cui non prevedeva l’applicabilità del beneficio della semilibertà ai condannati alla pena dell’ergastolo.

Secondo il giudice *a quo* ostava all’applicazione di un tale istituto anche all’ergastolano il riferimento testuale che l’articolo faceva alla “espiazione di almeno metà della pena”, ovviamente non determinabile in caso di pena perpetua: si sarebbe trattato così di una esclusione indiretta del condannato all’ergastolo. Tuttavia, proseguiva l’ordinanza di remissione, era il secondo comma del medesimo articolo a determinare una serie di reati in cui non era apparso opportuno concedere tale beneficio, secondo una scelta cosciente, e tale scelta era del tutto mancata per il condannato all’ergastolo: pertanto, esso, avrebbe dovuto poter essere ammesso al regime di semilibertà, “con l’inserimento di condizioni temporali particolari ovviamente diverse da quelle previste dalla legge ed applicabili alle sole pene temporanee”. La Corte, tuttavia, con sentenza 21 settembre 1983, n. 274 (GU n. 274 del 5 ottobre 1983), dichiarava la inammissibilità della questione: ciò che le veniva richiesto sarebbe stata una integrazione della norma, funzione creativa di diritto che eccede i poteri attribuitile.

³²⁶ Guido Casaroli, *La semilibertà*, in Giovanni Flora (a cura di), *Le nuove norme sull’ordinamento penitenziario*, cit., p. 318.

³²⁷ Francesco Palazzo, *La disciplina della semilibertà*, in Vittorio Grevi (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 429.

anticipata si considera come scontata agli effetti del computo della metà di pena da espiarsi per l'ammissione alla semilibertà; concessa la semilibertà, le detrazioni di pena continuano ad effettuarsi anche durante tale regime.

- *La liberazione anticipata*³²⁸.

La liberazione anticipata per riduzione di pena è disciplinata dall'art. 54 ord. penit., come modificato dall'art. 18 della Legge Gozzini, che ha trasformato integralmente il primo ed il quarto comma ed apportato rilevanti innovazioni. Ai sensi dell'attuale comma 1, tale istituto è concesso "al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione (...) quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società": la misura viene dunque a configurarsi quale ricompensa per il detenuto che abbia attivamente e positivamente aderito al trattamento rieducativo, ed è svincolata da una mera osservanza delle regole disciplinari. L'istituto non ha dunque una valenza disciplinare, ma neanche richiede una modificazione dell'atteggiamento interiore del condannato: non occorre che costui riveda le motivazioni che lo avevano indotto alla scelta criminale, essendo sufficiente che vi sia un atteggiamento di attiva cooperazione all'opera rieducativa, verificabile sulla base della condotta esteriore tenuta dal reo. Ma la vera novità è rappresentata dall'aumento, da venti a quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata, della detrazione concessa³²⁹. E quando tali condizioni per la detrazione sussistono, questa non è più facoltativa, ma diventa obbligatoria. Per quanto riguarda invece il quarto comma, viene ora sancito che i periodi di detenzione detratti si considerano scontati non più ai soli effetti della concessione della liberazione

³²⁸ L'analisi del presente istituto è svolta sulla base della lettura di: Alessandro Bernardi, *La liberazione anticipata per riduzione di pena*, in Giovanni Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, cit.; Giovanni Grasso, *Nuove prospettive in tema di riduzioni di pena e di liberazione condizionale*, in Vittorio Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit.

³²⁹ Si segnala, per completezza, che con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, *Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria* (GU n. 43 del 21 febbraio 2014), c.d. "svuotacarceri", convertito dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria* (GU n. 43 del 21 febbraio 2014), è stato introdotto, per fronteggiare l'emergenza di sovraffollamento carcerario che affligge il nostro Paese, un temporaneo e transitorio (operante solo per i periodi di detenzione scontati nel triennio anteriore al decreto e per quelli da scontare nel biennio successivo) innalzamento degli sconti di pena previsti a titolo di liberazione anticipata. Dunque, la detrazione di pena riconosciuta al detenuto passa da quarantacinque a settantacinque giorni.

condizionale, ma anche in relazione ai permessi-premio e (come anticipato) alla semilibertà, nella prospettiva di una piena progressività del trattamento penitenziario; inoltre tale disposizione “si applica anche ai condannati all’ergastolo”.

La previsione chiara ed esplicita della possibilità di concessione all’ergastolano deriva da dibattiti interpretativi che erano sorti con l’emanazione della L. 354/1975, dovuti alla equivocità della precedente stesura della norma, la quale genericamente indicava quale beneficiario della misura il “condannato a pena detentiva”. Due erano le posizioni fondamentali presenti in dottrina e giurisprudenza: da un lato vi era una parte della dottrina, ferma nell’affermare l’applicabilità di tale istituto anche agli ergastolani, mentre dall’altra stava la Corte di cassazione, altrettanto ferma nel negarla. Si può citare, tra la dottrina favorevole ad una equiparazione tra detenuti comuni ed ergastolani, Vittorio Grevi³³⁰, il quale faceva notare come gli effetti della liberazione anticipata si producessero su due piani diversi, e non necessariamente connessi: da una parte, infatti, sarebbe stata la conseguenza tipica e caratterizzante dell’istituto, e cioè una liberazione anticipata come effetto diretto delle riduzioni di pena man mano concesse al detenuto; mentre dall’altra si sarebbe situata una conseguenza che potrebbe definirsi indiretta, e cioè, stando al quarto comma della disposizione, l’abbreviazione dei tempi richiesti per l’ammissione alla liberazione condizionale. Ora, sottolineava Grevi, non sarebbe opportuno ridurre la questione ad un fatto di compatibilità dell’istituto con la pena in sé considerata dell’ergastolo, in quanto quest’ultima, vista appunto la sua perpetuità, non potrebbe certo subire una riduzione dei termini, effetto classico della liberazione anticipata. Tuttavia, non essendo questo l’unico effetto, ecco ricomparire la figura dell’ergastolano e la sua possibilità di avvalersi dell’effetto indiretto della misura: e il cerchio si chiude. Il giurista suffragava poi la propria interpretazione con l’argomento letterale: la norma parlava infatti genericamente di “condannato a pena detentiva”, non differenziando, come invece in altre occasioni il legislatore aveva provveduto a fare, tra pena perpetua e pena temporanea. Inoltre una tale interpretazione si poneva, secondo l’autore, in perfetta continuità con lo stesso spirito dell’intera legge (già è stato citato il “trattamento rieducativo che tenda...al reinserimento sociale” di cui all’art. 1 della legge sull’ordinamento penitenziario), ma

³³⁰ *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all’ergastolo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1978, fasc. 1.

anche dei lavori preparatori della riforma penitenziaria e della relazione del guardasigilli proponente: “sicché urterebbe sicuramente contro lo spirito della legge, oltre che contro la sua lettera, l’interpretazione di chi volesse ravvisarvi un limite siffatto nei confronti dei condannati all’ergastolo”. Sul fronte opposto stava invece la giurisprudenza di legittimità, salda nel propugnare l’opposta visione, pur non negando il contrasto tra il principio dell’individualizzazione del trattamento penitenziario (artt. 1 e 13 della L. 354/1975) e la preclusione che si veniva così a determinare nei confronti degli ergastolani. Secondo l’interpretazione testuale seguita dalla Suprema Corte, infatti, la disposizione dell’art. 176 c.p., secondo cui la liberazione condizionale poteva essere concessa soltanto dopo che il condannato avesse “effettivamente” espiato ventotto anni di pena, impediva la concessione della riduzione del *quantum* di pena ai condannati alla pena dell’ergastolo. L’art. 176 rappresentava, secondo tale impostazione, una norma speciale che, per precise scelte di politica criminale, derogava alla norma generale di cui al quarto comma dell’art. 54 ord. penit. Inoltre, l’inapplicabilità dell’art. 54, ultimo comma, agli ergastolani derivava anche dal carattere perpetuo della pena dell’ergastolo, affermato nell’art. 22 c.p.³³¹.

A fronte dunque di questa accesa disputa, e dell’esistenza di una consolidata e univoca giurisprudenza di legittimità che impediva una diversa interpretazione costituzionalmente orientata, la questione veniva rimessa alla Corte costituzionale. Con due ordinanze, successivamente riunite, di due distinte Sezioni di sorveglianza delle Corti d’appello di Palermo e Bologna, veniva sollevata questione di legittimità costituzionale degli artt. 54 ord. penit. e 176, comma 3, c.p., nella parte in cui non prevedevano che il beneficio della riduzione della pena potesse essere concesso anche agli ergastolani, al fine di abbreviare il periodo minimo richiesto per l’ammissione alla liberazione condizionale, per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, della Costituzione³³². Dunque, con argomenti analoghi a quelli spesi da Vittorio Grevi, la

³³¹ La ricostruzione della tesi della Corte di cassazione è presentata da Francesca Bailo, *La scrittura delle sanzioni*, cit., p. 182.

³³² Si possono efficacemente sintetizzare le doglianze dei giudici *a quibus* utilizzando il riassunto che la Corte offre all’inizio del *Considerato in diritto*: “premesso che la riduzione di pena prevista dall’art. 54 della legge n. 354 del 1975 presuppone la partecipazione del condannato a pena detentiva all’opera di rieducazione, ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, l’esclusione del condannato all’ergastolo da tale beneficio violerebbe, secondo le ordinanze di remissione, la finalità della rieducazione prevista dal terzo comma dell’art. 27 della Costituzione per tutti i condannati, e quindi anche per i condannati all’ergastolo, ai quali non è precluso il possibile reinserimento nel consorzio civile per effetto della liberazione condizionale, come sottolineato da questa Corte nella sentenza n. 264 del 1974.

Corte si pronunciava sulla fondatezza della questione, giungendo a dichiarare la illegittimità costituzionale “del denunciato art. 54, nella parte in cui non prevede la possibilità di concedere anche al condannato all’ergastolo la riduzione di pena, ai soli fini del computo della quantità di pena così detratta nella quantità scontata, richiesta per l’ammissione alla liberazione condizionale”. La parte in diritto della sentenza rappresenta un’interessante lettura, in cui la rieducazione e il reinserimento sociale del condannato (a qualsiasi tipo di pena!) vengono posti in posizione assolutamente preminente, da tutelare e incrementare attraverso l’applicazione (quanto più possibile indistinta) di tutte le regole e gli strumenti offerti dall’ordinamento penitenziario. Inoltre, al punto 4 del *Considerato in diritto*, la Corte ricorda, forse prendendo un po’ le distanze da quella posizione di apertura nei confronti della discrezionalità legislativa assunta nella ricordata sentenza 264/1974³³³, che le scelte del legislatore non possono certo sottrarsi al suo sindacato, “inteso a verificarne la compatibilità con i precetti della Costituzione”: non può esservi pena costituzionale, si deduce dalla lettura complessiva della pronuncia, se essa non contempla l’offerta strumenti idonei alla collaborazione attiva del condannato alla sua rieducazione.

Così, oggi, anche gli ergastolani possono usufruire di tale beneficio.

In un articolo di commento alla sentenza in esame Elvio Fassone³³⁴ individua come fulcro della pronuncia la codificazione del “patto penitenziario” quale elemento coesistente alla pena; parla poi anche di “scambio politico”, secondo il quale l’ordinamento deve mettere a disposizione del detenuto relazioni ambientali idonee a spingerlo a collaborare attivamente alla sua rieducazione. La Corte, secondo l’autore, intende la collaborazione al trattamento penitenziario come “cardine irrinunciabile dell’esecuzione della pena”.

Dunque il legislatore recepisce ciò che la Corte costituzionale, con la discussa sentenza, aveva già imposto come condizione per la configurazione costituzionale della pena perpetua, eliminando quella iniqua discriminazione che veniva precedentemente a crearsi tra ergastolani e condannati a pena temporanea.

L’esclusione violerebbe altresì il principio di uguaglianza, comportando una irrazionale e ingiustificata disparità di trattamento tra il condannato all’ergastolo e il condannato ad una pena detentiva temporanea, specie se inflitta in misura particolarmente elevata”.

³³³ Cfr. § 1.7.

³³⁴ *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo all’individuazione della “pena costituzionale”*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 2, 1984.

La revoca della misura, infine, è disposta dal tribunale di sorveglianza qualora il soggetto riporti una “condanna per un delitto non colposo commesso nel corso dell’esecuzione successivamente alla concessione del beneficio” (comma 3). La Consulta è poi intervenuta in materia, con sentenza n. 186 del 1995³³⁵, statuendo la illegittimità costituzionale dell’art. 54, comma 3, “nella parte in cui prevede la revoca della liberazione anticipata nel caso di condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell’esecuzione successivamente alla concessione del beneficio anziché stabilire che la liberazione anticipata è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio”.

- *La liberazione condizionale*³³⁶.

L’istituto della liberazione condizionale è disciplinato dagli artt. 176 e 177 c.p., che ne descrivono rispettivamente i presupposti e la revoca. Anche per quel che riguarda questo istituto, il più importante ai nostri fini, l’intervento della legge Gozzini è stato determinante.

Secondo l’art. 176, ai fini della concessione occorrono: il ravvedimento del reo (avere “tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento”): tale deve essere inteso come avvenuta risocializzazione, non essendo sufficiente la buona condotta carceraria³³⁷), l’espiazione di almeno ventisei anni di pena (diminuiti per

³³⁵ Sent. 17 maggio 1995, n. 186 (GU n. 23 del 31 maggio 1995).

³³⁶ L’analisi del presente istituto è svolta sulla base della lettura di: Leonardo Filippi e Giorgio Spangher, *Manuale di diritto penitenziario. Annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 122-126; Giovanni Grasso, *Nuove prospettive in tema di riduzioni di pena e di liberazione condizionale*, in Vittorio Grevi (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit.; Stefania Sartarelli, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell’ergastolo*, cit., in *Cass. Pen.*, 2001, fasc. 4.; Luigi Tramontano (a cura di), *Codice penale: spiegato con esempi pratici, dottrina e giurisprudenza*, CELT, Piacenza, 2014, pp. 377-381.

³³⁷ Non si tratta di un’indagine di tipo soggettivistico diretta ad indagare l’avvenuta modificazione della personalità del reo, ma che deve invece riferirsi all’osservazione dei concreti comportamenti tenuti durante l’espiazione della pena, i quali devono mostrarsi idonei a supportare un giudizio di avvenuta revisione critica delle proprie precedenti scelte criminali, ed un giudizio prognostico di reinserimento nella società civile e di non recidivanza. Secondo le parole della Suprema Corte (Sez. I, sent. 10 maggio 2007, n. 18022): “ai fini della concessione della liberazione condizionale, il ravvedimento deve consistere nell’insieme degli atteggiamenti concretamente tenuti ed esteriorizzati dal soggetto durante il tempo di esecuzione della pena, che consentano il motivato apprezzamento della compiuta revisione critica delle scelte criminali di vita anteatta e la formulazione – in termini di certezza, ovvero di elevata e qualificata probabilità confinante con la certezza – di un serio, affidabile, e ragionevole giudizio di pragmatica conformazione della futura condotta di vita del condannato al quadro di riferimento ordinamentale e sociale” (Vincenzo Rispoli, *Liberazione condizionale e finalità rieducative. Limiti ed estensione del*

effetto dell'art. 28 della legge Gozzini) e l'esecuzione delle obbligazioni civili nascenti da reato, con la sola eccezione dell'impossibilità materiale di adempiere (con onere della prova a carico dell'interessato). Accertata dunque la sussistenza di tali condizioni, il tribunale di sorveglianza³³⁸ (la cui competenza in materia di concessione e revoca è stata istituita con l'art. 22 della legge Gozzini, attraverso l'abrogazione della L. 6/1975 e la sostituzione dell'art. 70 della L. 354/1975) ha l'obbligo, e non la facoltà, di concedere la liberazione condizionale, sottoponendo il liberato al regime della libertà vigilata³³⁹, ai sensi degli artt. 177 e 230, n. 2, c.p. La revoca della liberazione condizionale, d'altra parte, è disposta dal medesimo tribunale al ricorrere di due situazioni: qualora "la persona liberata commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole" del reato per cui era stato condannato, o qualora trasgredisca agli "obblighi inerenti alla libertà vigilata". Inoltre, la legge di cui in questione ha ulteriormente modificato l'art. 177, disponendo che, trascorsi cinque anni dal provvedimento di liberazione condizionale senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca, la pena dell'ergastolo si

concetto del "sicuro ravvedimento" alla luce di una lettura costituzionalmente orientata delle pene, in Rivista Penale, 2012, n. 12).

³³⁸ Occorre qui aprire una parentesi in merito alla competenza per la concessione di tale misura. Inizialmente, infatti, come *supra* anticipato, questa spettava al Ministro della Giustizia, che la concedeva con proprio decreto e disponeva di una discrezionalità così ampia da poter disattendere il parere espresso in merito dall'organo giudiziario. Tuttavia, vista la nuova struttura data alla liberazione condizionale rispetto alla configurazione che ne era stata proposta con la codificazione del 1930, la Corte costituzionale interviene, con la sentenza n. 204 del 1974, già citata, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale del 1930, che prevedeva la competenza del ministro, per affidarla al magistrato, ritenuto maggiormente idoneo "a poter valutare l'effettiva esistenza in concreto delle condizioni oggettive e soggettive – soprattutto quest'ultime – per la concessione di esso beneficio". È interessante notare come il giudice *a quo* avesse utilizzato, quali parametri di legittimità costituzionale, gli artt. 24 e 111 della Costituzione, mentre il Giudice delle Leggi decide autonomamente di considerare la questione anche sotto il punto di vista dell'art. 27, comma 3, in quanto, cito testualmente, "l'istituto della liberazione condizionale rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato". Già affiora l'importanza di tale istituto giuridico, soprattutto quando legato alla pena perpetua: "con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione l'istituto ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle". La sentenza lascia dunque un vuoto normativo sulla competenza, che verrà colmato con legge 12 febbraio del 1975, n. 6 (GU n. 44 del 15 febbraio 1975), che all'art. 1 attribuirà la competenza alla "Corte d'appello, nel cui distretto, al momento della presentazione della domanda, il condannato espia la pena", previo parere del giudice di sorveglianza (art. 2).

³³⁹ La libertà vigilata è una misura di sicurezza personale non detentiva comportante una limitazione della libertà personale del soggetto interessato, attuata sotto la sorveglianza dell'Autorità pubblica di sicurezza e diretta ad "agevolare, mediante il lavoro, il riadattamento della persona alla vita sociale" (art. 228 c.p.). Secondo l'art. 228 c.p. "alla persona in stato di libertà vigilata sono imposte dal giudice prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati" ed essa non può avere una durata inferiore ad un anno.

estingua, e siano dunque revocate anche le eventuali e ulteriori misure di sicurezza personali disposte. Si tratta allora, secondo le parole della Corte di legittimità, di “una sorta di temporanea e finale messa alla prova del condannato”³⁴⁰.

Da notare che la Corte costituzionale, con sentenza n. 161 del 1997³⁴¹, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 177 comma 1, ultimo periodo, c.p., “nella parte in cui non prevede che il condannato alla pena dell’ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio, ove ne sussistano i relativi presupposti”³⁴². Prescindendo dalla questione di merito in sé, la Corte ripercorre in sentenza la sua precedente giurisprudenza in tema di rieducazione, ergastolo e misure alternative alla detenzione, ricordando la posizione preminente assunta dalla liberazione condizionale nel quadro costituzionale della pena perpetua. Al punto 6 del *Considerato in diritto* si trovano dunque interessanti osservazioni sui rapporti tra l’ergastolo e tale misura: non prevedere la riammissione a tale beneficio, infatti, esclude gli ergastolani “in modo permanente ed assoluto dal processo rieducativo e di reinserimento sociale”, creando una situazione di illegittimità costituzionale per contrasto con l’art. 27, comma 3, “la cui valenza è stata già più volte affermata e ribadita, senza limitazioni, anche per i condannati alla massima pena prevista dall’ordinamento italiano vigente. Se la liberazione condizionale è l’unico istituto che in virtù della sua esistenza nell’ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell’ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale”. Quello che conta, al fine di realizzare la finalità rieducativa sancita dall’art. 27, comma 3, Cost., non è la certezza della riammissione al beneficio, ma la mera possibilità. E infine: “Il mantenimento di questa preclusione nel nostro

³⁴⁰ Sez. I, sent. 10 maggio 2007, n. 18022.

³⁴¹ Sent. 4 giugno 1997, n. 161 (GU n. 24 del 11 giugno 1997).

³⁴² La questione veniva sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Firenze, con riguardo a quella parte dell’art. 177, comma 1, ultimo periodo, c.p., in cui si disponeva che i condannati, ai quali la liberazione condizionale già concessa fosse stata revocata, non potessero più essere riammessi a detto beneficio, così da rendere immodificabile per i (soli) condannati all’ergastolo la perpetuità della pena loro inflitta, in contrasto con la finalità rieducativa assegnata a tutte le pene dall’art. 27, comma 3, Cost. La decisione riguardava entrambi i casi di revoca della liberazione condizionale: quello determinato dalla commissione di un “delitto o contravvenzione della stessa indole” e quello determinato dalla “trasgressione agli obblighi della libertà vigilata, disposta ai termini dell’art. 230, n. 2, c.p.”.

ordinamento equivarrebbe, per il condannato all'ergastolo, ad una sua esclusione dal circuito rieducativo, e ciò in palese contrasto – come già si è visto – con l'art. 27, comma terzo, della Costituzione, la cui valenza è stata già più volte affermata e ribadita, senza limitazioni, anche per i condannati alla massima pena prevista dall'ordinamento italiano vigente”.

Ancora in un'ottica di valorizzazione del finalismo rieducativo della pena si pone la seconda decisione, sentenza n. 418 del 1998³⁴³, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 177, comma 1, c.p., nella parte in cui pone a fondamento della revoca della liberazione condizionale la condanna per qualsiasi delitto o contravvenzione della stessa indole, anziché stabilire che il beneficio è revocato se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con la prosecuzione della prova in regime di libertà vigilata: la revoca automatica della misura, in presenza dei presupposti, si porrebbe in contrasto con una ragionevole applicazione del principio rieducativo.

Risulta allora evidente come le pronunce citate si inseriscano nell'ambito di quel processo di trasformazione che ha interessato la disciplina della liberazione condizionale, il quale ha portato le valenze rieducative dell'istituto ad imporsi su quelle meramente sanzionatorie³⁴⁴.

Dunque, il regime applicabile all'ergastolano nel nostro ordinamento è il seguente: può accedere alla semilibertà dopo sedici anni e venti giorni di pena; alla liberazione condizionale dopo ventuno anni, quasi cinque dei quali trascorsi in semilibertà³⁴⁵: la legge Gozzini ha dunque *de facto* cancellato l'assoluta perpetuità della pena, e il condannato all'ergastolo c.d. comune sa che avrà diritto al medesimo trattamento penitenziario riservato a qualunque altro condannato. Allora, “il meccanismo delle riduzioni di pena appare idoneo a svolgere quella funzione trainante – sul terreno dell'adesione del condannato all'attività rieducativa – che l'ordinamento penitenziario gli assegna in via generale, secondo la logica della progressione nel trattamento”³⁴⁶.

³⁴³ Sent. 14 dicembre 1998, n. 418 (GU n. 52 del 30 dicembre 1998).

³⁴⁴ Stefania Sartarelli, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo*, cit.

³⁴⁵ Guido Casaroli, *La semilibertà*, in Giovanni Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, cit., p. 323.

³⁴⁶ Vittorio Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 60.

E sembrerebbe che non possano essere sollevati problemi di conformità alla disciplina convenzionale: ciò che la Corte europea impone, infatti, è il diritto alla speranza, un riesame basato su criteri oggettivi, predeterminati e conoscibili dal detenuto fin dal momento dell'imposizione della sentenza di condanna, che permetta di considerare i cambiamenti intervenuti nella vita del detenuto e i progressi compiuti nel corso dell'espiazione, e possa portare ad un reinserimento nel consorzio civile, qualora la detenzione non sia più giustificata da alcuno dei motivi legittimi inerenti ad essa. E la possibilità di accedere, dopo ventisei anni di espiazione e in presenza dei requisiti legali (che tengono in primaria considerazione la rieducazione del condannato), alla liberazione condizionale, prevista peraltro come esito di un più lungo percorso, durante il quale potrebbero essere già state concesse altre misure alternative, rende il nostro ordinamento pienamente compatibile con gli *standard* europei.

1.5. Il procedimento per la concessione dei benefici penitenziari.

La decisione circa la concessione spetta al magistrato o al tribunale di sorveglianza, a seconda della misura, che ha giurisdizione sull'istituto nel quale si trova il richiedente (art. 677, comma 1, c.p.p.).

Alcuni provvedimenti sono concessi *de plano*, mantenendo comunque tutte le garanzie del "giusto processo": contraddittorio tra le parti, diritto di difesa, motivazione del provvedimento e ricorribilità in cassazione. Tra questi troviamo la liberazione anticipata, adottata dal magistrato in camera di consiglio, senza la presenza delle parti, non prima di cinque giorni alla richiesta del parere del pubblico ministero, in assenza del quale procede ugualmente. Avverso l'ordinanza decisoria è ammesso reclamo innanzi al tribunale competente per territorio entro dieci giorni dalla comunicazione o notificazione (art. 69-bis ord. penit.). Ai sensi dell'art. 70 ord. penit., poi, sulla semilibertà e sulla liberazione condizionale decide il tribunale di sorveglianza, con un procedimento pienamente rispettoso dei principi costituzionali e delle garanzie del giusto processo, e ricorribilità del provvedimento decisorio in cassazione, per violazione di legge, entro dieci giorni dalla comunicazione. Ultimo elemento da tenere in considerazione: durante lo svolgimento del procedimento in questione, il tribunale di sorveglianza non deciderà sulla base di criteri meccanicistici, presuntivi ed oggettivanti,

ma con riferimento alla realizzazione di una valutazione discrezionale, trattandosi di un giudizio sul soggetto, riferito al trattamento individuale. Per quanto tale affermazione possa sembrare ovvia, vedremo più avanti³⁴⁷ come sia stata fortemente limitata tale (opportuna) discrezionalità nel procedimento di concessione dei benefici penitenziari, con riferimento ai condannati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

Di nuovo, dunque, il procedimento sembra porsi in linea con la giurisprudenza di Strasburgo; addirittura, la Corte riterrebbe legittima anche una valutazione amministrativa, mentre nel nostro ordinamento la procedura è tutta devoluta all'organo giudiziario, focalizzato sui progressi dell'individuo.

2. *La disciplina giuridica dell'ergastolo ostativo.*

Dunque, si diceva, l'art. 4-*bis* introduce una disciplina *ad hoc* nei confronti di individui che, sulla base del reato commesso, di particolare allarme sociale, si presumono socialmente pericolosi: vengono così individuate una serie di tassative fattispecie criminose (cui corrispondono, di conseguenza, “tipi di autore”) che, nell'ottica del legislatore, meritano un più severo regime di esecuzione della pena. Destinatari della disciplina speciale sono i “detenuti e internati”, con tale espressione intendendosi quei soggetti riconosciuti colpevoli con sentenza passata in giudicato³⁴⁸. Marco Pelissero parla di una “modificazione dello statuto della pericolosità”: dallo storico concetto di “autore pericoloso di reato”, su cui si fonda il sistema delle misure di sicurezza, si passa al concetto di “autore di reato pericoloso”³⁴⁹.

L'articolo individua due categorie di reati ostativi, ciascuna combinata ad un'autonoma disciplina di accesso ai benefici penitenziari, che presentano un solo elemento in comune: l'insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata quale requisito (tra gli altri) per la concessione delle misure. Una terza fascia è stata successivamente aggiunta, al comma 1-*quater*, nel 2009, così da individuare un ulteriore gruppo di reati, non riconducibili a realtà di criminalità organizzata, ma di particolare allarme sociale: i

³⁴⁷ Cfr. § 2.4., Sezione II.

³⁴⁸ Una minor parte della dottrina sostiene che l'espressione si riferisca anche agli imputati, con applicabilità della disciplina nei confronti dell'unico beneficio ad essi applicabile, ovverosia il lavoro all'esterno. Tuttavia, l'opinione non pare condivisibile.

³⁴⁹ *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 43.

detenuti condannati per la commissione di taluno di questi reati sono i c.d. *sex offenders*.

2.1. Il campo di applicazione³⁵⁰.

Il primo periodo del primo comma dell'art. 4-*bis* fa riferimento ai condannati per delitti commessi per finalità³⁵¹ di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; associazione mafiosa (art. 416-*bis* c.p.) anche straniera; delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.); induzione alla prostituzione minorile o suo favoreggiamento o sfruttamento (art. 600-*bis*, comma 1, c.p.); alcune ipotesi di pornografia minorile (art. 600-*ter*, commi 1 e 2, c.p.); tratta di persone (art. 601 c.p.); acquisto o alienazione di schiavi (art. 602 c.p.); violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.); sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.); delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* o al fine di agevolare le attività delle associazioni mafiose; associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* del Testo Unico approvato con d.P.R. 43/1973³⁵²); e, infine, associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 del d.P.R. 309/1990).

Per quanto riguarda il secondo gruppo di condannati (comma 1-*ter*), questo comprende i detenuti o internati per i delitti di omicidio volontario (art. 575 c.p.); prostituzione minorile (art. 600-*bis*, commi 2 e 3, c.p.); pornografia minorile (art. 600-*ter*, comma 3, c.p.); iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* c.p.); rapina aggravata (art. 628, comma 3, c.p.); estorsione aggravata (art. 629, comma 2 c.p.); associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri aggravata (art. 291-*ter* T.U. approvato con d.P.R. 43/1973); produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 73 d.P.R.

³⁵⁰ L'analisi del presente paragrafo è svolto, tra le altre fonti di seguito citate, sulla base della lettura di Paola Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, CEDAM, Milano, 2010.

³⁵¹ Con tale espressione il legislatore ha inteso dare alla nozione di finalità una connotazione alquanto ampia: la finalità-elemento costitutivo della fattispecie criminosa, la finalità-circostanza aggravante e la finalità-scopo del disegno criminoso (Giorgio Santacroce, *Ancora sull'art. 4 bis Ord. pen. e sui diversi gradi di ammissione ai benefici penitenziari: i limiti della tipizzazione per titoli di reato*, in *Giust. Pen.*, 1994, vol. II, p. 326).

³⁵² D. P. R. 23 gennaio 1973, n. 43, *Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale* (GU n. 80 del 28 marzo 1973).

309/1990, limitatamente alle ipotesi aggravate *ex art. 80 del medesimo decreto*); associazione per delinquere (art. 416, commi 1 e 3, c.p.) realizzata allo scopo di commettere contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni (art. 473 c.p.) o introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.), delitti contro la personalità individuale (libro II, titolo XII, capo III, Sezione I, c.p.), violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), o violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.); e infine i delitti previsti dall'art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al d. lgs. 286/1998³⁵³, e successive modificazioni.

Accanto alle due tradizionali fasce di reati, come si diceva, la L. 38/2009³⁵⁴ ha introdotto il nuovo comma 1-*quater*, che individua una ulteriore categoria di reati: prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.); pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.); detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater* c.p.); iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinqies* c.p.); violenza sessuale, semplice e aggravata, a meno che non venga applicata la circostanza attenuante prevista dal medesimo articolo (artt. 609-*bis* e 609-*ter* c.p.); atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.); corruzione di minorenne (art. 609-*quinqies* c.p.); violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.); e infine adescamento di minorenni (art. 609-*undecies* c.p.).

Non sembra, alla luce della gravità dei reati per i quali si profila l'eventualità dell'irrogazione di un ergastolo ostativo, si possa porre una questione di proporzionalità nei termini di cui alla giurisprudenza della Corte europea.

Per quanto riguarda la maggiore età, poi, valgono le medesime considerazioni svolte in precedenza³⁵⁵.

³⁵³ D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* (GU n. 191 del 18 agosto 1998).

³⁵⁴ L. 23 aprile 2009, n. 38, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori* (GU n. 95 del 24 aprile 2009).

³⁵⁵ Cfr. § 1.1, Sezione II.

2.2. *I benefici penitenziari applicabili.*

A queste categorie di condannati, si accennava in apertura, possono essere concessi i medesimi benefici penitenziari analizzati con riferimento agli ergastolani comuni. Ciò che rende differenti le due discipline sono tuttavia i presupposti per potervi accedere, nei casi in esame più stringenti e numerosi. Si analizzeranno prima la seconda e la terza fascia di reati, previste dall'art. 4-*bis*, perché per la prima occorrerà svolgere approfondimenti maggiori.

Per quanto riguarda quindi i condannati per i reati previsti dal comma 1-*ter* dell'art. 4-*bis*, a costoro possono essere concessi i benefici penitenziari di cui sopra solo qualora non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. L'onere probatorio, come previsto in linea generale nel nostro sistema, spetta al pubblico ministero, il quale non è tuttavia tenuto a fornire prova piena, risultando sufficienti anche meri indizi dai quali si possa logicamente dedurre la sussistenza dei collegamenti. Si ritiene in giurisprudenza che il legame possa dirsi provato qualora sia dimostrato un qualunque rapporto con persone o ambienti appartenenti alla criminalità organizzata, e non è dunque necessario dimostrare uno stabile inserimento del condannato nell'organizzazione; inoltre, sebbene non testualmente richiesto dalla norma, si ritiene che debba essere provata anche l'attualità dei collegamenti³⁵⁶.

Per quanto riguarda allora le condizioni poste dalla giurisprudenza europea in tema di riducibilità, non pare che si pongano nel caso in esame particolari problemi: sembra ragionevole, infatti, dedurre dalla sussistenza di contatti con la criminalità organizzata la pericolosità sociale del condannato, e dunque una non completa adesione al programma di risocializzazione e rieducazione. Laddove, successivamente, tali collegamenti dovessero non essere più presenti, il detenuto potrà accedere a tutti quegli istituti, già analizzati, che rendono l'ergastolo italiano pienamente conforme ai dettati europei.

Per quel che concerne la terza fascia, poi, a questi condannati potranno essere concessi i benefici penitenziari solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità, condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione

³⁵⁶ Paola Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 65.

(obbligatoria) di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica.

Si tratta di condannati che sembrano avvicinarsi alle fattispecie analizzate nel capitolo precedente con riferimento ai criminali pericolosi che in Germania vengono posti in stato di custodia preventiva. Nei casi tedeschi si tratta, come si è visto, di una misura di sicurezza a tempo indeterminato che la Corte europea decide autonomamente di riclassificare quale vera e propria pena; nel nostro ordinamento, invece, la punizione di tali soggetti viene già prevista come sanzione penale: la loro condanna risulterà così sicuramente legittima secondo il disposto dell'art. 5, § 1, lett. a), CEDU, essendo disposta al termine di un processo penale, da un organo giudiziario competente, sulla base di un riconoscimento di colpevolezza. E l'osservazione costante della personalità, con l'ausilio di personale medico, e l'eventuale liberazione fondata su un riconoscimento clinico (oltre che "giuridico") di cessata pericolosità, sembra allontanare qualunque dubbio di non conformità ai parametri convenzionali. Qualora, infine, i reati previsti siano stati commessi in danno di minorenni, "il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione" (comma 1-*quinquies*) previsto specificamente per tali soggetti dall'art. 13-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario, ovvero sia un "trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno".

Infine, giungiamo alla prima fascia di reati prevista dall'art. 4-*bis*.

A tali detenuti o internati non possono essere concessi l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della L. 354/1975 (affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà, fatta eccezione per la liberazione anticipata³⁵⁷), e la liberazione condizionale (art. 2 d.l. 152/1991), a meno che non collaborino con la giustizia ai sensi

³⁵⁷ Nel caso degli ergastolani, ovviamente, tale prescrizione si renderà in ogni caso inutile, non avendo essi una data di rilascio cui poter sottrarre i giorni previsti dalla liberazione anticipata. Merita un accenno la questione della liberazione anticipata speciale, citata alla nota 86; questa, infatti, per espresso disposto, in contrasto con la formulazione originaria, dell'art. 4, comma 1, come emendato dalla legge di conversione 10/2014, non può essere concessa ai condannati per taluno dei reati previsti dall'art. 4-*bis*. E tale previsione, laddove il regime ostativo è finora uscito indenne dal vaglio costituzionale proprio per la possibilità di accedere alla liberazione anticipata (ordinaria), potrebbe porre problemi di legittimità costituzionale. Sviluppa e approfondisce tali argomenti Andrea Pugiotto, cui si rimanda, in *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.

dell'art. 58-ter ord. penit³⁵⁸. Qualora poi vi sia stata, in sede di condanna, l'applicazione di una circostanza attenuante *ex artt.* 62, n. 6 (risarcimento del danno, anche quando avvenuto successivamente alla sentenza di condanna³⁵⁹), 114 (minima partecipazione) o 116, comma 2 (reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti³⁶⁰), c.p., anche qualora la collaborazione risulti irrilevante³⁶¹, ovvero qualora l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendano comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, potranno essere concessi i benefici³⁶², purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. La prova della inesistenza di collegamenti con la criminalità organizzata si risolve tuttavia in una sorta di *probatio diabolica*: impone infatti la necessità di provare "in maniera certa" un dato negativo (inesistente) attraverso la presentazione di specifici elementi positivi, e rischia così di rendere la previsione normativa di fatto inoperante, impedendo in definitiva l'accesso ai benefici, pur qualora dovessero effettivamente sussistere i presupposti del raggiunto percorso risocializzativo. Infatti, la mera affermazione, da parte del condannato, della mancanza di attuali rapporti con la malavita, non permette di superare la presunzione di pericolosità; da parte sua il tribunale di sorveglianza non ha l'onere di provare l'effettiva sussistenza dei collegamenti, a fondamento del rigetto dell'istanza di concessione dei benefici³⁶³.

³⁵⁸ Nella sua formulazione originaria l'articolo richiedeva, quale presupposto per l'ammissione ai benefici, la prova dell'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata; successivamente, con la riforma attuata con il d.l. 306/1992, è stata posta la attuale disciplina, ancor più rigorosa.

³⁵⁹ In quest'ultimo caso, tuttavia, il risarcimento non potrà costituire l'adempimento di un ordine statuito in sentenza, ma dovrà rappresentare un'iniziativa spontanea del condannato, pur essendo indipendente dalle motivazioni soggettive del detenuto, non essendo richiesto un reale pentimento.

³⁶⁰ Ovviamente, in questo caso, il reato non voluto deve rientrare tra quelli ostativi indicati nel primo periodo del primo comma dell'art. 4-bis.

³⁶¹ La collaborazione deve risultare oggettivamente irrilevante, e dunque tale da non incidere sulle conseguenze ulteriori dell'attività criminale, né sull'accertamento dei fatti di reato e sull'individuazione degli autori; la volontà collaborativa deve essere certa, e la collaborazione piena, e non limitata o parziale, consapevolmente calibrata in modo da risultare nella pratica inutile.

³⁶² La disciplina sulle ipotesi di collaborazione impossibile o irrilevante come oggi scritta nell'articolo deve il suo ingresso nell'ordinamento a tre sentenze della Corte costituzionale, *infra* analizzate (cfr. § 2.4.1.).

³⁶³ Paola Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 58.

2.3. Il procedimento per la concessione dei benefici penitenziari.

Per quanto riguarda il procedimento di concessione, si è già detto al § 1.3 quel che riguarda le linee generali, che rimangono invariate anche nella situazione in esame. Ciò a cui occorre prestare attenzione in questo caso è invece la provenienza delle informazioni dettagliate³⁶⁴ (sul soggetto detenuto che abbia presentato l'istanza) che il giudice deve obbligatoriamente richiedere.

Per i soggetti appartenenti alla prima fascia, le informazioni devono provenire dal Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica³⁶⁵ (cui può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario del detenuto), competente con riferimento al luogo di detenzione del condannato nel momento in cui l'organo giudiziario formula la richiesta. Per i soggetti appartenenti alla seconda, le informazioni devono invece provenire dal questore. Entrambi gli organi interpellati devono inviare quanto richiesto nel termine di trenta giorni, scaduto il quale l'organo giudiziario è tenuto a proseguire ugualmente.

L'elemento che può destare perplessità è l'intrinseca parzialità degli organi delle informative: subentra infatti, in una procedura giurisdizionale, l'obbligatorietà del parere fornito da un'autorità amministrativa e di polizia, organi che "per il loro stesso ruolo appaiono facilmente portati a giudicare come particolarmente pericolosi tutti coloro che commettono qualunque tipo di reato"³⁶⁶ e che difficilmente si impegneranno nella raccolta di elementi a favore del condannato. Questa è tuttavia mitigata dalla possibilità per il giudice di disattendere i pareri ricevuti, con idonea, rigorosa ed adeguata motivazione, e acquisire anche *aliunde* le informazioni necessarie alla decisione. Vediamo comunque quanto sia penetrante l'intervento di autorità non giudiziarie nell'ambito di scelte tradizionalmente rimesse all'autorità e competenza dei

³⁶⁴ La giurisprudenza di legittimità ha stabilito che queste debbano essere specifiche, dettagliate, corredate dall'indicazione delle fonti e sostanziali, onde consentire pienamente il diritto di difesa e la motivazione del provvedimento.

³⁶⁵ Tale organo ha sede presso la prefettura ed è composto dal prefetto, dal questore, dal sindaco del Comune del capoluogo, dal Presidente della Provincia, dai comandanti provinciali di Guardia di finanza e dei Carabinieri, e da alcuni esponenti delle pubbliche amministrazioni, della magistratura e delle strutture di pubblica sicurezza che siano stati invitati a partecipare dal prefetto.

³⁶⁶ Allo stesso modo si esprime Franco della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, in Vittorio Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 103, dove parla di un apparato che "essendo funzionalmente orientato a supportare tesi accusatorie, non è facilmente riconvertibile e risulta, perciò, scarsamente idoneo a valorizzare elementi, eventualmente utilizzabili *pro reo*".

magistrati³⁶⁷, in linea con una logica che Franco della Casa definisce di “carattere burocratico” più che di effettiva esigenza operativa, ricavando la propria tesi dalle “testimonianze dirette, che parlano dell’utilizzazione di moduli prestampati e, pertanto, di risposte generiche, non avvalorate da alcun elemento oggettivo e pressoché identiche per tutti i detenuti”³⁶⁸.

Tuttavia, questo potrebbe essere oggetto di una doglianza costituzionale interna, mentre non sembra porre particolari problemi con la giurisprudenza di Strasburgo, ferma nel sostenere non sia di sua competenza giudicare la forma, amministrativa o giudiziaria, del riesame. A maggior ragione, davanti ad un procedimento giudiziario pienamente rispettoso delle garanzie del detenuto, non sembra possa essere lamentata la provenienza delle informazioni sul condannato. Inoltre, il condannato è pienamente consapevole, fin dall’imposizione della condanna, di cosa debba fare affinché sia possibile riesaminare la sua detenzione, e secondo quali procedure e condizioni questo riesame avrà luogo.

2.4. La collaborazione con la giustizia: requisito per la concessione dei benefici penitenziari.

Si diceva, dunque, che per la prima fascia di condannati la collaborazione con la giustizia, *ex art. 58-ter* ord. penit., assurge a unico requisito per l’ammissione ai benefici penitenziari; viene così qualificata come espressione di una volontà di emenda, e assume una valenza anche penitenziaria: permette, da una parte, un’eccezione al divieto di concessione dei benefici previsto per tali condannati; e concede, dall’altra, tali benefici a coloro che sono entrati a far parte dello speciale programma (art. 16-*nonies* del d.l. 8/1991³⁶⁹) di protezione anche in deroga alle vigenti disposizioni sui limiti di pena.

³⁶⁷ Penetrante al punto che, secondo il comma 3-*bis* del medesimo articolo: “L’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunica, d’iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3”.

³⁶⁸ *Le recenti modificazioni dell’ordinamento penitenziario*, in Vittorio Grevi (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 99.

³⁶⁹ D.L. 15 gennaio 1991, n. 8, *Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia* (GU n. 12 del 15 gennaio 1991).

Si analizzeranno, nei paragrafi che seguono, le varie norme che si sono succedute nel tempo e sono andate a formare il quadro attuale della disciplina, e se ne rileveranno le criticità, onde infine dedicarsi ad un ipotetico vaglio europeo della normativa.

2.4.1. La collaborazione con la giustizia quale requisito per la concessione dei benefici penitenziari: gli interventi della Corte costituzionale.

A modificare in parte la disciplina emergenziale dettata dal legislatore dei primi anni Novanta è intervenuta a più riprese la Corte costituzionale, cercando di adattare detta normativa ai parametri della nostra Carta fondamentale e integrando, attraverso tre distinte pronunce, i casi di concessione dei benefici previsti dall'art. 4-bis, comma 1, secondo periodo, anche in assenza di collaborazione o in presenza di collaborazione irrilevante. Secondo l'originaria versione dell'articolo, infatti, esisteva una situazione in cui era possibile la concessione delle misure alternative anche in caso di collaborazione irrilevante, ovverosia il riconoscimento in sentenza di almeno una delle circostanze attenuanti indicate agli artt. 62, n. 6, 114 e 116, comma 2, c.p., purché fossero stati esclusi attuali collegamenti con la criminalità organizzata. La Consulta concede rilevanza, con le sentenze che si va ad analizzare, anche alle situazioni di impossibilità a prestare un'utile collaborazione o di inesigibilità della condotta collaborativa³⁷⁰: in questi casi l'esclusione di collegamenti attuali con la criminalità organizzata sarà sufficiente per la concessione dei benefici penitenziari. Anticipando le conclusioni dell'esposizione, la Corte costituzionale ridimensiona così il requisito legislativo della collaborazione con la giustizia e tenta di mitigare l'eccessiva asprezza della nuova normativa penitenziaria. Ma questo fa anche sorgere diverse domande: se allora i benefici penitenziari possono essere concessi anche in mancanza del requisito della collaborazione, quale significato va attribuito ad essa? Forse bisognerebbe rivedere la presunzione assoluta per cui una condotta di delazione sarebbe la sola a poter dimostrare una avvenuta emenda, visto che si permette anche a detenuti non collaboranti di uscire dal carcere.

³⁷⁰ Le decisioni di cui in commento sono poi state fedelmente trasposte nel comma 1-bis dell'art. 4-bis dalla L. 23 dicembre 2002, n. 279, *Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario* (GU n. 300 del 23 dicembre 2002).

Dunque, la prima sentenza da ricordare è la n. 306 del 1993³⁷¹. Oltre alle elogiabili statuizioni di principio³⁷², che tuttavia non sono riuscite a tradursi in una significativa modifica della disciplina dell'ergastolo ostativo, sulla base della nota teoria della polifunzionalità della pena e del rilievo della possibilità di concessione della liberazione anticipata anche al condannato “non collaborante” (e dunque dell'esistenza di un incentivo all'attività di partecipazione all'opera di rieducazione)³⁷³, la Corte assimila, per identità di *ratio*, all'ipotesi di collaborazione oggettivamente irrilevante, già prevista, quella in cui un'utile collaborazione non risulti possibile “perché fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati o perché la posizione marginale nell'organizzazione non consente di conoscere fatti e pertinenti al livello superiore”. Tuttavia, rimangono ancora presenti gli altri due requisiti: l'attuale assenza di contatti con la criminalità organizzata ed il riconoscimento con la sentenza di condanna di una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo.

L'attività integratrice prosegue, l'anno successivo, con la sentenza n. 357 del 1994³⁷⁴, in cui il giudice *a quo* deduceva appunto che anche altre circostanze, diverse da quelle tassativamente previste dalla disposizione impugnata (sempre l'art. 4-*bis*, ovviamente), avrebbero dovuto essere prese in considerazione dal legislatore come meritevoli di attenzione in presenza di collaborazione oggettivamente irrilevante. La Corte, ricordando la sentenza del 1993, nella quale già aveva notato che potessero “darsi ipotesi ad esse [le circostanze attenuanti già previste dall'articolo] così prossime sul piano fattuale, da poterne sostenere ragionevolmente l'assimilazione”, conclude allora che : “se, dunque, la *ratio* della non preclusività della collaborazione irrilevante si collega tra l'altro alla marginalità della partecipazione del soggetto nel contesto del sodalizio criminoso, tale appunto da non rendere concretamente possibile una condotta collaborativa significativa, consegue che la norma impugnata irragionevolmente discrimina, ai fini dell'ammissione ai benefici penitenziari, il condannato che, per il suo

³⁷¹ Sent. 8 luglio 1993, n. 306 (GU n. 29 del 14 luglio 1993).

³⁷² Si legge infatti in sentenza che la scelta di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai “condannati 4-*bis*” ha “comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena” e che dal requisito della collaborazione non possono farsi discendere incontrovertibili implicazioni sul versante della risocializzazione. Inoltre, “la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di ‘tipi di autore’, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita” (cfr. § 11 del *Considerato in diritto*).

³⁷³ Considerazione tuttavia, a ben guardare, non rilevante per il condannato all'ergastolo.

³⁷⁴ Sent. 27 luglio 1994, n. 357 (GU n. 32 del 3 agosto 1994).

limitato patrimonio di conoscenze di fatti o persone, al di là dei casi di applicazione degli artt. 62, n. 6, 114 e 116, comma 2, c.p., non sia in grado di prestare un'utile collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit.". La Consulta dichiara allora l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, secondo periodo, della L. 354/1975 nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

Infine, conclude l'opera del Giudice delle Leggi la sentenza 68/1995³⁷⁵, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, secondo periodo, nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. Vista, infatti, l'identità di *ratio* esistente tra tale ultima ipotesi e quella presa in considerazione con la pronuncia di cui sopra, la Corte non può esimersi dal proseguire nella sua opera di allargamento delle ipotesi di inesigibilità della collaborazione: "collaborazione irrilevante e collaborazione impossibile, dunque, finiscono per saldarsi all'interno di un quadro unitario di collaborazione oggettivamente inesigibile, che permette di infrangere lo sbarramento preclusivo previsto dalla norma proprio perché privato, in simili casi, della funzione stessa che il legislatore ha inteso imprimergli".

2.4.2. La collaborazione con la giustizia quale requisito per la concessione dei benefici penitenziari: cenni storici e cenni critici della legislazione premiale.

Il nostro codice penale non contiene una normativa premiale (intesa quale "tecnica legislativa volta a incentivare il soggetto, attraverso la promessa di un premio, a porre in essere determinati comportamenti ritenuti dal legislatore meritevoli

³⁷⁵ Sent. 1 marzo 1995, n. 68 (GU n. 10 del 8 marzo 1998).

d'incoraggiamento”³⁷⁶), usata ed abusata invece sul finire degli anni Settanta. Considerata l'importanza di tale istituto, pare opportuno svolgere alcuni brevi cenni sulle radici storiche della legislazione premiale.

La Relazione al Re relativa alla codificazione del 1930 giustificava l'assenza di una regolamentazione del pentitismo con l'opportunità di non liberare criminali testimoni del Re muniti di salvacondotto, prezzo della loro scellerata collaborazione³⁷⁷. L'unica premialità conosciuta era l'incentivazione del detenuto al rispetto delle regole della vita carceraria, dunque intesa quale strumento di controllo dei comportamenti. Con l'avvento della Costituzione e con l'emanazione della legge sull'ordinamento penitenziario, poi, questa diventa strumento di rieducazione, nell'ottica che già si è vista di incoraggiamento del detenuto verso un percorso di risocializzazione. Il nostro ordinamento penale è poi entrato in contatto con la premialità come promovimento di condotte collaborative durante l'emergenza terroristica e della criminalità organizzata, e non se ne è negli anni più allontanato.

Discutendo di normativa premiale occorre star bene attenti a quelli che sono gli scopi e i fondamenti del diritto penale, e cioè tutelare il singolo e la pacifica coesistenza tra consociati, potendo esso quindi reagire solo nei confronti delle più gravi offese ai beni giuridici fondamentali. Date queste premesse, i mezzi impiegati devono essere coerenti con l'assetto complessivo dell'ordinamento: davanti ad una Costituzione che assegna all'uomo e alla sua dignità la posizione preminente, il bene della società deve armonizzarsi con l'autonomia e la dignità del singolo, il quale non può mai essere ridotto a cosa, a mero mezzo dell'interesse pubblico. Ecco allora che la premialità va sempre guardata con sospetto, per assicurarsi che le dichiarazioni siano reale espressione di libera volontà, soprattutto in tutte quelle situazioni in cui la prospettiva del “non-collaborante” sia la reclusione a vita, per di più in condizioni carcerarie inumane e degradanti. Vista la posta in gioco in caso di collaborazione, la probabilità di atteggiamenti strumentali e utilitaristici in chi offre le informazioni in suo possesso rimane molto alta, e assai distante da un percorso riabilitativo. Sostiene ad esempio Padovani che il punto di crisi della non punibilità sia segnato dalla sua utilizzazione

³⁷⁶ Alessandra Picciani, *La premialità nel sistema penale*, in Serenella Armellini e Anna di Giandomenico (a cura di), *Ripensare la premialità*, cit., p. 310.

³⁷⁷ Tommaso Mancini, *Uso e abuso nella normativa premiale*, in Serenella Armellini e Anna di Giandomenico (a cura di), *Ripensare la premialità*, cit., p. 103.

come merce di scambio, “in corrispettivo di vantaggi che l’ordinamento si proponga di raggiungere su piani eccentrici rispetto all’offesa o al senso della punizione”³⁷⁸. Inoltre, secondo l’autore, tali benefici premiali si correlano alla prevenzione generale non in termini di funzionalità, bensì di dis-funzionalità: sono infatti state introdotte per rimediare alle carenze istituzionali e all’incapacità del sistema di fronteggiare l’emergenza terroristica, mentre la prevenzione generale dovrebbe dimostrarsi come capacità di attuare i meccanismi coercitivi istituzionali. Ancora, possono essere sollevati altri dubbi sulla compatibilità con la prevenzione generale, se si considera che il reo, al momento di commettere il reato, sa che con una collaborazione successiva potrà evitare la punizione, o quantomeno ottenere forti sconti, diminuendo così l’effetto intimidativo della norma penale³⁷⁹. Ma i problemi posti dalla collaborazione, come disegnata dal nostro legislatore, non sono finiti. Infatti il diritto di non collaborare viene garantito sul piano processuale dal principio *nemo tenetur se detegere*, ma rimane estraneo alla fase dell’esecuzione penale, in cui si trasforma in un dovere di collaborazione per poter usufruire dell’ordinario regime di rilevanza della partecipazione al trattamento penitenziario. Il regime giuridico dell’esecuzione, dove si ha una forma di rilievo *in malam partem* della condotta successiva alla condanna, si configura così molto più pregiudizievole di quello processuale, nel quale il diritto di non auto-incriminarsi e non rendere dichiarazioni può solo essere oggetto di una valutazione sfavorevole da parte del giudice della cognizione³⁸⁰.

2.4.3. *La collaborazione con la giustizia quale requisito per la concessione dei benefici penitenziari: disciplina.*

L’articolo 58-ter ord. penit., introdotto nell’ordinamento penitenziario attraverso il quinto comma dell’art. 1 del d.l. 152/1991, definisce dunque le persone che collaborano con la giustizia come “coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato

³⁷⁸ Tullio Padovani, “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità, in *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 51 e 59.

³⁷⁹ Enzo Musco, *Contratto penale e giustizia amministrata nella filosofia del processo*, in *La legislazione premiale*, cit., p. 123.

³⁸⁰ Luciano Eusebi, *Ergastolano “non collaborante” ai sensi dell’art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l’unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. Pen.*, 2012, fasc. 4.

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". Prescrive poi il secondo comma del medesimo articolo che le condotte di collaborazione "sono accertate dal tribunale di sorveglianza, assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione". Dunque, per inciso, anche se tale procedura ha carattere incidentale nell'ambito del procedimento per la concessione dei benefici, sembra comunque che essa non presenti quelle garanzie del "giusto processo" che devono sempre essere presenti, in danno delle garanzie dell'imputato³⁸¹.

La norma in questione, in origine, nasceva come clausola di salvezza per esonerare i condannati "4-bis" collaboranti dall'applicazione delle disposizioni che aggravavano i termini per l'accesso ai benefici penitenziari, prevedendo per essi un'eccezione ai limiti di pena stabiliti per l'accesso al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alla semilibertà, così che non dovessero attendere l'espiazione di un numero determinato di anni per accedere a questi istituti. Assume poi una rilevanza particolare con la decretazione dell'emergenza, che rende, come si diceva, la collaborazione obbligatoria³⁸². Trattandosi di delitti per i quali la prova di un precedente legame con la criminalità organizzata è costituita dalla stessa sentenza di condanna, si è ritenuto che un accertamento sulla cessazione della pericolosità sociale potesse essere dimostrato soltanto attraverso una delazione: si è delineato così un vero e proprio divieto di concessione dei benefici nel caso di assenza di collaborazione durante l'esecuzione della pena, una rigida presunzione *ex lege*³⁸³, secondo la quale la rottura di ogni collegamento con organizzazioni criminali, e dunque la mancanza di pericolosità sociale, può essere dimostrata soltanto attraverso una condotta collaborativa, in mancanza della quale la pena è destinata a durare *sine die*; i condannati sono in tale ultimo caso, secondo una incisiva espressione di Andrea Pugiotto³⁸⁴, "morti che camminano", "candele destinate a spegnersi in carcere".

³⁸¹ Non è infatti prevista alcuna forma di contraddittorio, tutela del diritto di difesa, né alcuna forma di reclamo nel caso di mancato riconoscimento della collaborazione del detenuto.

³⁸² Bruno Guazzaloca (a cura di), *Volume I*, in Massimo Pavarini, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, UTET, Torino, 2002.

³⁸³ Presunzione che porta, nel caso di collaborazione piena, a escludere la necessità di provare l'insussistenza di collegamenti attuali con l'organizzazione criminali, appunto in questo caso presunta.

³⁸⁴ *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in Franco Corleone e Andrea Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena*, cit., p. 127.

2.4.4. *La collaborazione con la giustizia quale requisito per la concessione dei benefici penitenziari: il regime giuridico dei collaboratori e la legge 13 febbraio 2001, n. 45.*

Legato a doppio filo con la disciplina dell'ergastolo ostativo e imprescindibile per una trattazione che non si accontenti di indicazioni superficiali è il tema del trattamento giuridico di quanti decidono di diventare collaboratori di giustizia.

Il primo provvedimento che è andato ad occuparsi in modo organico di questi soggetti è stato il d.l. 8/1991 (convertito dalla legge 82/1991), successivamente riformato (senza essere abrogato) dalla L. 45/2001³⁸⁵, in quanto “il fenomeno delle collaborazioni ha assunto una progressiva evoluzione e il sistema di protezione rischia di non reggere a dimensioni crescenti della platea dei collaboratori e non appare più adeguato alla realtà processuale e investigativa”³⁸⁶. Così, la riforma si proponeva di razionalizzare e regolamentare tutti gli aspetti collegati al fenomeno del “pentitismo”: i meccanismi di tutela e assistenza, il trattamento sanzionatorio, il regime carcerario e i criteri di controllo della chiamata in correità³⁸⁷. Tre erano le linee guida della nuova disciplina: una selezione qualitativa (e dunque quantitativa, in un'ottica di drastica riduzione del numero degli individui ammessi allo speciale programma di protezione) dei collaboratori; una piena trasparenza nella loro gestione processuale; e infine una piena distinzione del momento tutorio da quello premiale³⁸⁸.

Così una delle principali novità introdotte con l'emanazione della nuova normativa è la previsione, accanto alle tradizionali misure di protezione ordinarie e speciale programma di protezione, già previste dal d.l. 8/1991, delle misure di protezione speciale, per fronteggiare tutti quei casi di “inadeguatezza delle ordinarie misure di tutela”³⁸⁹ adottabili direttamente dalle autorità di pubblica sicurezza o, se si tratta di

³⁸⁵ Legge 13 febbraio 2001, n. 45, *Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza* (GU n. 58 del 10 marzo 2001).

³⁸⁶ Relazione che accompagnava il disegno di legge governativo presentato al Senato dal Ministro della Giustizia e dal Ministro dell'Interno il giorno 11 marzo 1997, riportata in Loris D'Ambrosio, *Testimoni e collaboratori di giustizia*, CEDAM, Padova, 2002.

³⁸⁷ Maurizio Fumo, *Delazione collaborativa, “pentimento” e trattamento sanzionatorio. La nuova normativa sui collaboratori di giustizia: esegesi, spunti critici, riflessioni. Commento organico alla L. 12-2-2001, n. 45*, Edizioni giuridiche Simone, 2001, Salerno, p. 130.

³⁸⁸ Loris D'Ambrosio, *Testimoni e collaboratori di giustizia*, cit., p. 72.

³⁸⁹ Inadeguatezza, ovviamente, da valutarsi attraverso un giudizio prognostico, formulato in base a ragionevoli presunzioni.

persone detenute o internate, dal Ministero della giustizia – Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria" (art. 9, comma 2, d.l. 8/1991). Presupposti per l'applicabilità di queste misure qualificate sono l'accertamento di un pericolo grave e attuale, conseguenza diretta della collaborazione prestata, e l'attendibilità e la rilevanza delle dichiarazioni rese dal collaboratore, secondo la logica seguente: il rischio per l'incolumità dei dichiaranti è tanto maggiore quanto più importante è il contributo fornito. Inoltre, l'art. 2 della legge n. 45 sostituisce l'art. 9 del precedente decreto-legge n. 82, restringendo il numero dei reati con riferimento ai quali la collaborazione può comportare protezione ed assistenza del collaborante, graduando i livelli di protezione e distinguendo i collaboratori e i testimoni di giustizia. Per quanto riguarda il primo aspetto, si prevede ora che il sistema di protezione in esame possa essere attivato a favore di coloro che prestino collaborazione in riferimento ai delitti previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. e quelli commessi per finalità di terrorismo, ovverosia i nostri "condannati 4-*bis*". Ma per accedere al sistema di assistenza e tutela anche la collaborazione in sé deve possedere requisiti particolari: dovrà essere intrinsecamente attendibile, nuova³⁹⁰, completa³⁹¹ o di notevole importanza³⁹² per lo sviluppo delle indagini o ai fini del giudizio o delle attività di investigazione (e, fermo restando il requisito base della attendibilità, le ulteriori condizioni sono tra loro alternative). Parte della dottrina si è mostrata critica nei confronti delle nuove condizioni normative. Il requisito della novità, infatti, se interpretato restrittivamente, potrebbe portare ad escludere dal novero dei soggetti da proteggere tutti quei collaboratori che non siano primi o unici portatori della specifica conoscenza offerta alle autorità inquirenti, laddove invece è spesso il rafforzamento di una dichiarazione prima isolata a preoccupare maggiormente l'organizzazione criminale e ad assumere un peso maggiore nella valutazione della prova in dibattimento. Tutti i criteri, poi, sarebbero di difficile accertamento da parte dell'organo amministrativo preposto alla loro valutazione, in

³⁹⁰ Il requisito della novità impone che il collaboratore porti le autorità inquirenti a conoscenza di fatti fino a quel momento sconosciuti.

³⁹¹ Il requisito della completezza impone la collaborazione chiarisca il racconto e la ricostruzione dei fatti in ogni loro implicazione.

³⁹² Il requisito della notevole importanza è ovviamente quello che pone i maggiori problemi interpretativi. Per definirne la portata può essere utile ricordare gli speculari requisiti previsti nel d.l. 8/1991 e nel disegno di legge inizialmente presentato: dalla iniziale semplice "importanza", risultata troppo poco rigorosa, si era passati alla necessaria dimostrazione della indispensabilità delle dichiarazioni per le sorti del procedimento, parametro eccessivamente restrittivo. Così, l'interpretazione dell'odierno requisito deve situarsi nel mezzo delle due precedenti posizioni.

quanto di teorica competenza della Procura proponente³⁹³. Così, si rischia di scivolare verso una incontrollabile discrezionalità degli organi preposti a proporre i soggetti da sottoporre alle speciali misure di protezione³⁹⁴ e di quello deliberante³⁹⁵, con evidente scoraggiamento delle collaborazioni. Qualora, infine, le dichiarazioni non possiedano le caratteristiche appena indicate, al collaboratore potrà essere offerta solo la mera protezione ordinaria³⁹⁶. Viene così stabilito il principio di gradualità delle misure di protezione, agganciate alla particolare situazione di pericolo.

Ma quali differenze sussistono tra la protezione ordinaria e quella speciale? Qui affrontiamo il primo nodo problematico: se le misure ordinarie dovessero risolversi in una “finta protezione”, certo il condannato non sarà portato a collaborare senza l’assicurazione di essere sottoposto alle misure speciali. A parte l’inserimento nello speciale programma di protezione, lo Stato è davvero in grado di proteggere l’individuo a cui chiede una condotta collaborativa come corrispettivo della propria futura libertà? Considerata da una parte l’ampia discrezionalità, sconfinante quasi nell’arbitrio, che si è visto assistere la procedura di ammissione allo speciale programma di protezione, e dall’altra le plausibili reazioni ad una delazione del gruppo criminale di appartenenza, l’ipotesi della collaborazione, qualora non dovesse essere sostenuta da una reale capacità di protezione, non apparirà al condannato come una valida alternativa, precludendosi così l’accesso ai benefici penitenziari, e rendendo la propria pena davvero perpetua. Il detenuto si troverà così innanzi ad una scelta quasi impossibile: passare tutto ciò che rimane della propria esistenza in carcere (spesso, inoltre, alle durissime

³⁹³ Armando Spataro, *Per i collaboratori di giustizia legge scoraggia-collaborazioni. Mancato l’obiettivo di un miglioramento quali-quantitativo*, in *Dir. e Giust.*, 2001, n. 9.

³⁹⁴ La proposta di ammissione alle speciali misure di protezione deve essere formulata dal “Procuratore della Repubblica il cui ufficio procede o ha proceduto sui fatti indicati nelle dichiarazioni rese dalla persona che si assume sottoposta a grave o attuale pericolo. Allorché sui fatti procede o ha proceduto la Direzione distrettuale antimafia e a essa non è preposto il procuratore distrettuale, ma un suo delegato, la proposta è formulata da quest’ultimo” (art. 11, comma 1, d.l. 8/1991, come modificato dall’art. 4 della L. 45/2001).

³⁹⁵ Per la definizione e applicazione delle speciali misure di protezione è stata istituita, con decreto del Ministro dell’interno di concerto con il Ministro della giustizia, la Commissione centrale, composta da un Sottosegretario di Stato che la presiede, due magistrati e cinque funzionari e ufficiali, “preferibilmente scelti tra coloro che hanno maturato specifiche esperienze nel settore e che siano in possesso di cognizioni relative alle attuali tendenze della criminalità organizzata, ma che non sono addetti ad uffici che svolgono attività di investigazione, indagine preliminare su fatti o procedimenti relativi alla criminalità organizzata di tipo mafioso o terroristico-eversivo” (art.10 d.l. 8/1991, come modificato dall’art. 3 della L. 45/2001).

³⁹⁶ Rosa Anna Ruggiero, *L’attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Giappichelli, Torino, 2012.

condizioni poste dall'art. 41-*bis*³⁹⁷) o collaborare con la giustizia e vivere con l'angoscia di una ritorsione?

A parte le misure ordinarie di protezione³⁹⁸, il d.l. n. 8 prevede oggi tre misure di protezione: il piano provvisorio di protezione (art. 13, comma 1), le speciali misure di protezione (art. 13, comma 4) e il programma speciale di protezione (art. 13, comma 5). Tali misure sono poi state riempite di contenuto dal decreto n. 161/2004³⁹⁹, disciplinate rispettivamente agli artt. 6, 7 e 8.

Così, il piano provvisorio di protezione prevede: misure di vigilanza e di tutela da eseguire a cura degli organi di polizia territorialmente competenti; accorgimenti tecnici di sicurezza; misure necessarie per i trasferimenti in comuni diversi da quello di residenza; trasferimento in località segrete; forme di assistenza economica (spese alloggiative, erogazione dell'assegno di mantenimento, assistenza legale); modalità particolari di custodia in istituti penitenziari, di esecuzione di traduzioni e piantonamenti; e infine ogni altra misura ritenuta necessaria.

Le misure speciali di protezione prevedono: misure di vigilanza e tutela da eseguire a cura degli organi di polizia territorialmente competenti; accorgimenti tecnici di sicurezza per le abitazioni o per gli immobili di pertinenza degli interessati, consistenti anche in strumenti di video-sorveglianza e di teleallarme; misure necessarie per i trasferimenti in comuni diversi da quelli di residenza; modalità particolari di custodia in istituti penitenziari, di esecuzione di traduzioni e piantonamenti; interventi contingenti, anche di carattere economico, finalizzati ad agevolare il reinserimento sociale; e infine ogni altra misura ritenuta necessaria.

Il programma speciale di protezione, infine, presuppone l'inidoneità delle precedenti a fronteggiare la situazione di pericolo, e prevede: il trasferimento delle persone non detenute in luoghi protetti; misure di vigilanza e di tutela da eseguire a cura degli organi

³⁹⁷ Vedi *infra*, § 3.

³⁹⁸ Secondo Rosa Anna Ruggiero (*L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, cit.) queste consistono in una vigilanza saltuaria dell'abitazione del collaboratore da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, per i soggetti liberi, e nella costituzione di un circuito penitenziario *ad hoc*, tuttavia non in tutte le strutture esistenti, per i soggetti *in vinculis*. Sembrano, quindi, abbastanza insufficienti ad assicurare al collaboratore una reale protezione dalla probabile ritorsione dell'organizzazione criminale di appartenenza.

³⁹⁹ Decreto 23 aprile 2004, n. 161, *Regolamento ministeriale concernente le speciali misure di protezione previste per i collaboratori di giustizia e i testimoni, ai sensi dell'articolo 17-bis del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, introdotto dall'articolo 19 della legge 13 febbraio 2001, n. 45* (GU n. 147 del 25 giugno 2004).

di polizia territorialmente competenti; accorgimenti tecnici di sicurezza per le abitazioni o per gli immobili di pertinenza degli interessati, consistenti anche in strumenti di video-sorveglianza e di teleallarme; misure necessarie per i trasferimenti in comuni diversi da quelli sede della località protetta; modalità particolari di custodia in istituti penitenziari⁴⁰⁰, di esecuzione di traduzioni e piantonamenti; speciali modalità di tenuta della documentazione e delle comunicazioni al servizio informatico; misure di assistenza personale ed economica; utilizzazione di documenti di copertura; cambiamento delle generalità; misure atte a favorire il reinserimento sociale; infine misure straordinarie, anche di carattere economico, che si rendano eventualmente necessarie. Come si vede, si tratta di misure in generale abbastanza vaghe, la cui idoneità alla protezione degli individui interessati dipenderà direttamente dalle concrete modalità di attuazione e dall'attenzione e cura che verrà posta dai soggetti incaricati della loro gestione. Occorre inoltre puntualizzare che, accanto alla differenziazione formale dei vari tipi di misure di protezione, viene prevista anche una importante differenza sostanziale: solo il programma di protezione prevede infatti una forma di assistenza continuativa e prolungata, mentre le altre misure consistono in servizi di tutela temporanea, contingenti ed indirizzati al reinserimento sociale del collaboratore. Infine con la normativa in esame viene introdotto un criterio di proporzione tra la collaborazione offerta e la conseguenziale situazione di pericolo: così, il grado di pericolo, incidente sulle misure applicabili, sarà valutato alla luce dello "spessore delle condotte di collaborazione o della rilevanza e qualità delle dichiarazioni rese" e delle "caratteristiche di reazione del gruppo criminale in relazione al quale la collaborazione o le dichiarazioni sono rese, valutate con specifico riferimento alla forza di intimidazione di cui il gruppo è localmente in grado di valersi" (art. 9, comma 6, d.l. 8/1991). Così, qualora il soggetto interessato non sia residente in una "zona a rischio", dovrebbe essere considerato fuori pericolo e dunque non protetto dall'ordinamento? Per quanto lo spessore della collaborazione possa assurgere a indice della probabilità di pericolo, non sembra opportuno sganciare totalmente quest'ultima dalla valutazione del

⁴⁰⁰ Bisogna ricordare che la legge 45/2001 ha abrogato la norma che prevedeva la possibilità per il procuratore della Repubblica, su richiesta del capo della polizia e, nel caso di reati di mafia, di intesa con il procuratore nazionale antimafia, di autorizzare la custodia dei collaboratori in espiazione di pena in luoghi diversi dagli istituti penitenziari; oggi, dunque, si possono solo prevedere modalità particolari e differenti di esecuzione della pena. Di fatto, oggi, i collaboratori sono destinati ad aree separate degli istituti penitenziari (Rosa Anna Ruggieri, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nelle chiamate in correità*, cit., p. 145).

caso concreto, che meglio permetterebbe di valutare elementi ulteriori, non oggettivi, incidenti sul rischio che corre il soggetto interessato. La qualità della collaborazione assurge ad elemento discriminante per l'accesso alle speciali misure di protezione: qualora non possieda le caratteristiche indicate, infatti, il "pentito" che l'abbia resa potrà ottenere soltanto le misure ordinarie, pur se gravemente minacciato.

Ancora, secondo quanto stabilito dal comma 5, le speciali misure di protezione potranno essere applicate anche a "coloro che convivono stabilmente" con i soggetti interessati; il rapporto di parentela, affinità o coniugio non determina tuttavia un'applicazione automatica del programma, che, in caso di non coabitazione, sarà disposto solo "in presenza di specifiche situazioni" "a coloro che risultino esposti a grave, attuale e concreto pericolo a causa delle relazioni intrattenute" con il collaborante. Si tratta, come fa notare Maurizio Fumo, di "una formula priva di contenuto e distante da qualsiasi punto di riferimento", che allarga la discrezionalità dell'organo decidente e rischia di aprire la strada alle c.d. vendette trasversali, di difficilissimo (quasi impossibile) pronostico.

Infine, l'art. 14 della legge n. 45 inserisce il nuovo Capo III ("*Nuove norme per il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia*"), che disciplina i benefici riservati ai collaboratori di giustizia, con la previsione di norme di favore in ambito sanzionatorio e penitenziario. Così, dopo le previsioni, meno rilevanti ai nostri fini, del verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione⁴⁰¹ (art.16-*quater*), della possibilità di riconoscere determinate circostanze attenuanti in caso di collaborazione (art. 16-*quinqies*), della necessità dell'acquisizione del verbale illustrativo e di copie per estratto dei registri in materia di colloqui investigativi in caso di interrogatorio o esame del collaboratore (art. 16-*sexies*), della previsione di una restituzione nel termine e di una revisione delle sentenze in caso di dichiarazioni false o reticenti o commissione di un nuovo delitto da parte del collaboratore (art. 16-*septies*), della revoca o sostituzione della custodia cautelare per effetto della collaborazione (art. 16-*octies*),

⁴⁰¹ Tale previsione assume rilevanza laddove, ai fini della concessione dei benefici penitenziari, è necessario che colui il quale abbia in qualsiasi modo manifestato l'intenzione di collaborare renda al procuratore della Repubblica procedente, entro il termine di centottanta giorni, "tutte le notizie in suo possesso utili alla ricostruzione dei fatti e delle circostanze sui quali è interrogato nonché degli altri fatti di maggiore gravità ed allarme sociale di cui è a conoscenza oltre che alla individuazione e alla cattura dei loro autori ed altresì le informazioni necessarie perché possa procedersi alla individuazione, al sequestro e alla confisca del denaro, dei beni e di ogni altra utilità dei quali essa stessa o, con riferimento ai dati a sua conoscenza, altri appartenenti a gruppi criminali dispongono direttamente o indirettamente" (art. 16-*quater*, comma 1).

giungiamo all'art. 16-*nonies*, che disciplina esplicitamente i benefici penitenziari applicabili al collaboratore di giustizia. Una delle novità introdotte dalla legge n. 45, come si accennava in apertura, è stata la previsione di totale autonomia tra protezione e premio: così viene abrogato l'art. 13-*ter* del decreto-legge n. 8, che stabiliva fosse necessario essere stati ammessi allo speciale programma di protezione per poter accedere ai benefici penitenziari, e viene introdotto il nuovo art. 16-*nonies*, che prevede che ai "condannati 4-*bis*" che abbiano prestato una collaborazione rilevante possano essere concessi permessi-premio, la liberazione condizionale e la detenzione domiciliare, anche in deroga alle disposizioni vigenti in materia, su richiesta dei procuratori generali presso le corti d'appello interessati o del Procuratore nazionale antimafia⁴⁰². La competenza alla concessione rimane, come è ovvio, alla magistratura di sorveglianza, che avrà riguardo (per espresso disposto normativo) all'importanza della collaborazione (ancora una volta!) e accerterà il ravvedimento e la mancanza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva⁴⁰³. Ulteriori requisiti sono poi l'aver prestato una collaborazione che consenta l'applicazione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali (non necessariamente aver ottenuto il riconoscimento delle stesse), la redazione del verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione entro i termini e l'espiazione, per il condannato all'ergastolo, di almeno dieci anni di pena (fatta eccezione per i permessi-premio, del tutto sganciati da una pregressa permanenza in carcere)⁴⁰⁴. Così la disposizione va a configurare un trattamento speciale rispetto a quello disciplinato dalla legge sull'ordinamento penitenziario per i collaboratori di giustizia. Siamo ormai di fronte all'abbandono, per i condannati all'ergastolo ostativo, della coppia misura alternativa alla detenzione-progressione nel cammino trattamentale (introdotta con la

⁴⁰² Tutti organi i quali, si noti, non dispongono di norma di una propria conoscenza diretta del collaboratore e della sua situazione. Il parere dei suddetti soggetti viene ritenuto importante al punto che il magistrato che voglia discostarsene debba motivare la scelta in modo specifico.

⁴⁰³ Requisiti che paiono quasi pleonastici, dal momento che di norma saranno direttamente desunti dalla condotta collaborativa.

⁴⁰⁴ È stato fatto notare, in dottrina, che la previsione di un rigido limite di pena non gioverebbe al perseguimento della finalità del recupero del collaboratore, in quanto la possibilità di reinserimento sarebbe tanto più alta quanto più si possano mantenere in vita i legami con i punti di riferimento positivi che il condannato abbia all'esterno dell'istituto penitenziario (Giulio Romano, *Collaboratori di giustizia e benefici penitenziari*, in *Rassegna penit. e crim.*, 2003, n. 1-2). Tuttavia, non pare che la finalità di recupero sia stata in generale fonte di forte preoccupazione del legislatore, il quale ha, con la previsione in questione, cercato di restituire alla pena il suo significato retributivo e specialpreventivo, anche in conseguenza delle dure critiche che venivano mosse dall'opinione pubblica alla disciplina precedente, che non prevedeva alcun limite minimo di espiazione.

vista riforma dell'ordinamento penitenziario: L. 354/1975), sostituita dall'antitetica misura alternativa alla detenzione-servizio prestatò all'amministrazione della giustizia⁴⁰⁵.

Allora, tirando le somme: lo Stato pretende dal "condannato 4-bis" una piena, rilevante ed autentica collaborazione per rendere la sua pena non effettivamente perpetua (diritto garantito a qualunque altro tipo di detenuto con la mera richiesta di un ripensamento della propria antecedente condotta criminale, onde evitare una successiva ricaduta nell'ambito dell'illegalità e garantire alla collettività una relativa sicurezza e pace sociale), ma si occupa di assistere i soggetti che si determinano alla cooperazione nella lotta alla criminalità organizzata? O fa prevalere sentimenti di noncuranza e disattenzione verso individui che hanno gravemente ferito l'ordine pubblico e li nasconde soltanto sotto norme che devono professarsi di tutela? La normativa lascia aperte alcune domande che, senza una risposta, rendono difficile giustificare un'eventuale scelta collaborativa. E questo non perché si richieda allo Stato una capacità di protezione totale e indiscussa di fronte a fenomeni criminali di troppo ampia portata, è ovvio, ma perché pare che ad una situazione così rischiosa e ad una normativa così densa di criticità non possa essere agganciata la perpetuità della pena, laddove magari il soggetto si sia ravveduto ed abbia superato criticamente le proprie precedenti scelte criminali. Inoltre, il criterio che si è visto maggiormente impiegare dalla normativa in questione è l'entità e la rilevanza della collaborazione prestata, e in merito a questo sorgono spontanee due considerazioni. La prima è che i soggetti che hanno rivestito posizioni apicali all'interno delle organizzazioni criminali avranno di regola accesso più sicuro a tutele e trattamenti migliori, con una paradossale inversione del principio della proporzionalità della pena alla gravità del reato (qualora si tratti di benefici penitenziari) e un maggiore impegno di risorse (economiche, lavorative) da parte dello Stato nella protezione dei soggetti che si sono resi colpevoli dei reati più gravi (qualora si tratti della concessione di misure di protezione). Ancora, tenere in così forte conto lo spessore della condotta collaborativa lascia intravedere una prospettiva tutta rivolta allo Stato e alle sue esigenze di politica criminale e lotta alla delinquenza, anziché all'individuo detenuto e ai suoi diritti; e in un sistema penale garantista quale è

⁴⁰⁵ Corrada di Martino, *Il difficile connubio tra funzione rieducativa della pena e benefici penitenziari a favore dei "pentiti"*, in *Rassegna penit. e crim.*, 2003, n. 1-2.

il nostro, considerate le funzioni della pena e i principi generali che reggono il giure penale e il trattamento degli individui sottoposti alla potestà punitiva statale, una tale ottica non sembra potersi giustificare. Lo diceva già il grande illuminista Cesare Beccaria: “Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l’uomo cessi di essere persona e diventi cosa”⁴⁰⁶. Siamo davanti a quello che diventerà un principio cardine del diritto, e verrà ribadito da Kant nel 1785⁴⁰⁷: l’uomo non può mai essere trattato come mezzo, ma come fine.

E, si vuole per inciso ricordare, il principio fondante dell’affermazione dei diritti umani fondamentali è proprio la raggiunta consapevolezza dell’impossibilità di ridurre l’uomo a strumento per l’utile collettivo⁴⁰⁸.

Concludendo, è opinione di chi scrive che la collaborazione in sé possa sicuramente essere uno degli indici rilevatori di una avvenuta e piena risocializzazione e rieducazione⁴⁰⁹, ma non certo l’unico, e l’ordinamento non possa sottrarsi all’impegno di esaminare, criticamente e sulla base di circostanze anche soggettive, ogni soggetto sottoposto alla sua custodia, compiendo ogni possibile sforzo nella valutazione della sua personalità e della meritevolezza di una restituzione in libertà. Considerata la prescrizione costituzionale secondo la quale la pena non può consistere in un trattamento contrario al senso di umanità, e la prescrizione convenzionale secondo la quale nessuno può essere sottoposto a pene inumane o degradanti, si può essere certi che una sanzione completamente scollegata dall’analisi della personalità dell’individuo, e concentrata sulle esigenze ordinamentali di lotta al crimine, possa reggere il vaglio?

⁴⁰⁶ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, (edizione a cura di) Alberto Burgio, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 69.

⁴⁰⁷ Giorgio Marinucci, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Diritti dell’uomo e sistema penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2002, p. 30.

⁴⁰⁸ Si noti, anche la Corte europea ha espresso la medesima opinione, dove nella sent. 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito* (ric. n. 5856/72), ha statuito che la punizione consistente nel trattare un individuo “as an object in the power of the authorities - 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. Neither can it be excluded that the punishment may have had adverse psychological effects” (cfr. § 33).

⁴⁰⁹ Alla collaborazione è anche giusto che segua una normativa premiale, per incoraggiare una condotta che si è rivelata essenziale nella lotta alla criminalità organizzata.

2.4.5. *La collaborazione con la giustizia quale requisito per la concessione dei benefici penitenziari: criticità e vaglio europeo.*

La complessiva disciplina in esame, allora, dall'iniziale intenzione di "selezionare l'accesso alle misure penitenziarie rieducative", si trasforma in una normativa "di manifesta incentivazione verso i comportamenti di collaborazione con la giustizia"⁴¹⁰, in presenza dei quali la concessione dei benefici diventa automatica, a prescindere da una qualunque valutazione sul percorso risocializzativo compiuto dal condannato, che potrebbe anche aver fatto una scelta meramente opportunistica, non accompagnata da un reale pentimento, sostituita (tale valutazione) da quella di meritevolezza per il contributo fornito alle indagini. Fino a questo momento, il pentimento e il ritorno alla legalità doveva essere intimo e spontaneo, mentre ora si ha la sensazione di scivolare verso meccanismi di coartazione della volontà, testimoniati secondo parte della dottrina⁴¹¹ anche dai casi di recidiva di collaboranti in libertà e quelli di "fulmineo pentimento", avvenuto subito dopo la cattura, a distanza troppo breve dalla commissione di gravissimi reati. Occorre ricordare che si tratta di una scelta che segna il discrimine tra reclusione per un certo tempo e detenzione a vita, tra speranza di rilascio e fine pena mai. L'enormità della pena diventa "merce di scambio per sollecitare collaborazioni processuali e consentire per questa via l'attivazione dei meccanismi punitivi. La pena risulta sproporzionata non già per corrispondere più efficacemente alla sua funzione di prevenzione generale, ma per fare fronte piuttosto alla disfunzione che caratterizza la sua possibilità di applicarla"⁴¹². Inoltre, non essendo previsti termini di alcun tipo entro cui prestare la propria collaborazione, ed essendo quindi tutto rimesso alla discrezionalità del c.d. "pentito", quest'ultimo potrà parlare nei modi e tempi dettati da un calcolo esclusivamente personale, condizionando così l'esercizio dell'amministrazione giudiziaria: Sergio Ramajoli parla in proposito di un "avvilente spettacolo"⁴¹³, Nicola de Rienzo di "declino dell'ideologia trattamentale"⁴¹⁴, Sergio

⁴¹⁰ Vittorio Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 10.

⁴¹¹ Sergio Moccia, *La perenne emergenza*, cit., p. 177.

⁴¹² Tullio Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, fasc. 2. E allo stesso modo si esprime anche Guido Neppi Modona, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, fasc. 2.

⁴¹³ "Pentitismo" e sua disciplina giuridica, in *Giust. Pen.*, 1994, vol. III.

Moccia di “vendita dell’indulgenza”, in cui il il condannato si trasforma in un “negoziatore di fatti processuali”⁴¹⁵.

Come già osservato nei paragrafi precedenti, la liberazione condizionale rappresenta l’istituto di maggiore importanza ai fini di una piena compatibilità tra ordinamento interno e *standard* europei. Nel caso dell’ergastolo ostativo, al requisito del “sicuro ravvedimento” si aggiunge, come detto, quello della collaborazione con la giustizia, che va ad assumere il valore di “indice legale di per sé ostativo all’ammissione alla liberazione condizionale”⁴¹⁶.

La giurisprudenza di Strasburgo impone che il riesame della sentenza di condanna all’ergastolo debba essere basato sui progressi del condannato, e tale condizione sembra poter essere raggiunta solo ove si accetti in modo pieno l’equazione tra condotta collaborativa e pentimento. Ed è proprio a questo punto che sorge il primo problema: si può essere davvero certi che chi decide di cooperare con le autorità inquirenti (e dunque di trasformare solo così una pena alla reclusione a vita in una pena temporanea) abbia realmente condotto una revisione critica del proprio passato? Non sarebbe meglio considerare atteggiamenti di delazione come un sintomo della rottura dei collegamenti con la criminalità⁴¹⁷, in mancanza del quale operare in ogni caso un riesame del detenuto⁴¹⁸?

⁴¹⁴ *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema della sicurezza*, in Adonella Presutti (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., p. 99.

⁴¹⁵ *La perenne emergenza*, cit., p. 177.

⁴¹⁶ Adriano Morrone, *Liberazione condizionale e limiti posti dall’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 11, 2003.

⁴¹⁷ Adriano Morrone, *Liberazione condizionale e limiti posti dall’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario*, cit.

⁴¹⁸ Si sono registrati, negli anni, diversi progetti di riforma in tal senso. La Commissione Palazzo, ad esempio, istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013 e presieduta appunto dal Prof. Francesco Palazzo, ha proposto di aggiungere al termine del comma 1-bis dell’art. 4-bis il periodo seguente: “e altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati”. Secondo le testuali parole della Relazione al progetto: “La proposta, piuttosto, trasforma l’attuale previsione della mancata collaborazione come presunzione ordinariamente *assoluta* di insussistenza dei requisiti che consentono, di regola, l’accesso del detenuto o dell’internato ai benefici previsti dall’ordinamento penitenziario in una presunzione *relativa*, in quanto tale superabile, con adeguata motivazione, da parte del giudice”.

Si tratta di una questione molto dibattuta tra la dottrina italiana⁴¹⁹: “la scelta di non accusare altri, in quanto possa essere fondata su apprezzabili ragioni morali – le si condividano o meno – non può di per sé essere valutata come indice di non-ravvedimento, a meno di non ricadere in una concezione assolutizzante della giustizia punitiva, quale valore superiore a qualsiasi altro e vincolante per le coscienze individuali, al punto da imporre al ‘pentito’ un dovere di collaborazione positiva con la giustizia, che il nostro ordinamento non prevede affatto in via generale”⁴²⁰. Inoltre l’autore fa notare come il presupposto per la liberazione condizionata, quel “sicuro ravvedimento” *ex art. 176 c.p.*, si ricollega ad una “concezione etica della funzione specialpreventiva della pena” che esige un esame approfondito della personalità del condannato, che non può limitarsi all’accertamento di un elemento di natura oggettiva. E tale sembra essere anche l’impostazione dei giudici di Strasburgo, che nella sentenza *Vinter e altri* prendono atto di un mutato *consensus* europeo in fatto di obiettivi della detenzione, che vedrebbero ormai il reinserimento del reo quale cardine. E se tale reinserimento rappresenta la funzione principale della pena, questo deve essere vagliato in tutti i modi possibili, senza lasciare che una presunzione di legge possa sostituirsi ad

⁴¹⁹ Si tratta di una questione dibattuta non soltanto in dottrina, ma anche nella giurisprudenza, come testimoniato negli anni dalle molteplici ordinanze rinviate innanzi alla Corte costituzionale. Una delle ultime pronunce rese in merito dalla Consulta conferma tuttavia il suo costante orientamento, secondo cui solo attraverso una collaborazione il detenuto può dimostrare *per facta concludentia* di essere uscito dal circuito della criminalità e dunque esprimere con certezza il suo sicuro ravvedimento. Si tratta della sentenza 24 aprile 2003, n. 135 (GU n. 17 del 30 aprile 2003), che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui, in assenza della collaborazione con la giustizia, non consente al condannato all’ergastolo di essere ammesso alla liberazione condizionale, rendendo effettivamente perpetua la pena ed escludendolo in via permanente dal processo rieducativo, in contrasto con l’art. 27, comma 3, della Costituzione. La Corte rigetta appunto il ricorso sul rilievo che la preclusione ai benefici discendente dalla norma censurata non ne è conseguenza automatica, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: secondo le parole dei giudici, “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”, che il legislatore ha ragionevolmente assunto a “criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare il sicuro ravvedimento del condannato”. Offre un commento critico di tale sentenza Luca Cremonesi (in *La Consulta “stoppa” la rieducazione. Impedito all’ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, in *Dir. e Giust.*, 2003, vol. II), il quale sottolinea come la concessione di benefici sia stata ancorata ad un requisito di carattere processuale, qual è la collaborazione di giustizia. Una misura volta ad incidere sul trattamento sanzionatorio nella fase dinamica di esso, che va a comporre quelle conseguenze cui il reo si espone nel momento in cui decidere di commettere il reato, e che devono da lui essere conosciute, non può subire un tale irrigidimento per questioni di politica criminale, sganciate da qualsiasi considerazione sulla tipologia di trattamento da osservare per rieducare un soggetto. È inaccettabile, secondo l’autore e secondo chi scrive, che una responsabilità penale “non possa venir meno davanti ad un reinserimento e ad un recupero sociale che si è manifestato in modo certo e sicuro nel corso di oltre ventisei anni di detenzione”.

⁴²⁰ Domenico Pulitanò, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *La legislazione premiale*, cit., p. 94.

una valutazione “umana”. Tale valutazione altro non sarebbe che quel riesame periodico che assurge a condizione primaria per la legittimità delle pene perpetue; la Corte europea sostiene di non poterne sindacare la natura e i tempi, ma la necessaria presenza di un’ autorità preposta ad una tale verifica non è mai messa in discussione: un’ autorità, dunque, una persona, e non certo una norma scritta. L’ incentivazione di condotte collaborative, alla fine, cerca di evitare che l’ attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori e mira ad acquisire elementi utili per la ricostruzione dei fatti e per l’ individuazione e la cattura dei correi, obiettivi estranei alla finalità rieducativa a cui l’ esecuzione della pena, per espresso dettato costituzionale, deve incessantemente tendere, e obiettivi estranei anche alle finalità della pena riconosciute dalla Corte europea⁴²¹. Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, l’ attenzione deve essere posta ai progressi compiuti dal detenuto sulla via della risocializzazione, ai mutamenti indotti nella personalità del reo durante l’ espiazione della pena, e questi devono essere periodicamente riesaminati. È vero che il criterio della collaborazione, come richiesto dalla Corte europea, è oggettivo, predeterminato e conoscibile dal condannato; tuttavia, sembra che la rigida presunzione operante nel nostro ordinamento non attribuisca sufficiente importanza al percorso rieducativo, permettendo che questo non venga mai esaminato, in contrasto con il necessario riesame periodico della personalità del condannato. Il requisito della riducibilità della sentenza, infatti, è stato definito dalla Corte europea come “presenza di un riesame che consenta alle autorità nazionali di considerare se i cambiamenti intervenuti nella vita del detenuto e i progressi compiuti durante l’ espiazione della pena siano così significativi da delegittimare la protrazione della detenzione”. E, nell’ ergastolo ostativo, non sembra sia così, là dove la mancanza di una collaborazione con la giustizia impedisce al giudice di esaminare, prima, e tenere conto, poi, dei progressi del condannato.

E l’ intera disciplina va a discapito della imprescindibile umanità della pena: detenere un uomo che abbia profondamente ed intimamente compreso i propri errori e rinnegato il proprio passato criminale solo sulla base del fatto che rifiuti una collaborazione non può essere considerato umano e legittimo. Per quanto si possa eticamente condannare la scelta di colui che decida di non fare tutto ciò che è in suo potere per fermare un’ attività criminosa che lui stesso ha dapprima generato, e poi rinnegato, certo però la valutazione

⁴²¹ Si ricorda, identificati in retribuzione, deterrenza, protezione della collettività e risocializzazione.

giuridica non può essere la medesima. Un ordinamento che ponga l'essere umano al centro della propria attenzione non può cedere agli umani sentimenti di brutale punizione e vendetta. Colui che si sia realmente rieducato non rappresenta più un pericolo per la collettività, e la sua detenzione diventa illegittima. Non solo, la sua detenzione per mere finalità di lotta alla criminalità diventa inumana, andando direttamente a colpire la dignità dell'individuo e il suo diritto alla libertà personale.

In un'ottica meramente interna, infine, tenendo a mente l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sopra ricordata in tema di finalismo rieducativo e liberazione condizionale, e la tendenza volta a privilegiare le istanze risocializzative dei vari istituti che sono andati a comporre un trattamento penitenziario individualizzato, pare arduo ammettere un tale trattamento punitivo, rispondente ad una logica prevalentemente sanzionatoria, nei confronti di determinati condannati.

Il fine non giustifica i mezzi, soprattutto quando questi ultimi sono in contrasto con i diritti fondamentali e inalienabili della persona umana.

3. *L'ergastolo ostativo e il regime di carcere duro.*

Deve infine (e ancora) tenersi presente, per completare il quadro, che, ai sensi dell'art. 41-bis, comma 2, ord. penit.⁴²², quando ricorrano gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, il Ministro di giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti di singoli "detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del

⁴²² Il primo comma dell'articolo disciplina un altro tipo di sospensione delle normali regole di trattamento, ed è stato introdotto dalla legge Gozzini, che si era posta, tra gli altri, l'obiettivo di colmare le carenze precedenti sul problema dell'ordine e della sicurezza penitenziaria, abrogando il precedente art. 90 ord. penit. Così, il primo tipo di sospensione si applica ai singoli istituti penitenziari, in cui, "in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro della giustizia ha facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento". Dunque, dato il presupposto di una pericolosità "interna" all'istituto e la funzione di ripristino dell'ordine e della sicurezza, la durata della misura deve essere "strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto". Il secondo comma, invece, oggetto dell'analisi, è stato aggiunto, in piena emergenza mafiosa, dal d.l. 306/1992, ed era prevista la sua durata temporanea fino all'8 agosto 1995. Tale termine è stato tuttavia negli anni più volte prorogato (inizialmente, al 31 dicembre 1999, poi al 31 dicembre 2001, infine al 31 dicembre 2002), fino al suo ingresso in modo stabile nell'ordinamento con la legge 279/2002, al fine dichiarato di impedire che "i capi e i gregari delle associazioni criminali" potessero continuare a svolgere, nonostante lo stato detentivo, "funzioni di comando e direzione in relazione ad attività criminali eseguite all'esterno del carcere, ad opera di altri criminali in libertà" (Marco Ruotolo, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium Iuris*, 2003).

comma 1 dell'art. 4-bis, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva", l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza. È il c.d. carcere duro, così comunemente chiamato per l'inasprimento delle condizioni di detenzione, riferito a tutti i condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis, comma 1, primo periodo, e solo a loro: riappare quindi la statica discriminante del titolo di reato per il quale è intervenuta la condanna, a prescindere da effettivi comportamenti e atteggiamenti soggettivi manifestati dal reo durante l'esecuzione della pena, essendo la condotta carceraria del tutto irrilevante. E riappare anche la presunzione di pericolosità che caratterizza questi soggetti. Il presupposto applicativo sono gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, e riguarda una pericolosità "esterna" all'istituto: con la misura, infatti, si mira a spezzare i supposti collegamenti che il reo sia riuscito a mantenere, anche dal carcere, con la criminalità. E detta sospensione comporta, in termini pratici, la compressione dei diritti riconosciuti al detenuto, privando la fase dell'esecuzione delle sue ordinarie garanzie⁴²³. Il provvedimento applicativo deve essere fondato su una valutazione della pericolosità dell'organizzazione criminale presente sul territorio, e presuppone una osservazione

⁴²³ La Corte costituzionale ha precisato, con sentenza 28 luglio 1993, n. 349 (GU n. 32 del 4 agosto 1993), che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 41-bis "non può che limitare il potere attribuito al Ministro alla sola sospensione di quelle medesime regole ed istituti che già nell'Ordinamento penitenziario appartengono alla competenza di ciascuna amministrazione penitenziaria e che si riferiscono al regime di detenzione in senso stretto" (cfr. § 5.3 del *Considerato in diritto*), sulla base della esistente differenza sostanziale tra modalità del trattamento del detenuto, demandata all'amministrazione penitenziaria sotto la vigilanza della magistratura di sorveglianza, e misure (ad esempio, le misure alternative alla detenzione) che incidono direttamente sull'esecuzione della pena e sul residuo grado di libertà personale del condannato, sempre di competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria. Allora, l'amministrazione penitenziaria può adottare qualsiasi provvedimento che riguardi le modalità di esecuzione della detenzione, purché non ecceda rispetto al sacrificio della libertà personale già imposto al detenuto con la sentenza di condanna.

Ancora, con la successiva sentenza 351/1996 (sent. 18 ottobre 1996, n. 351, in GU n. 43 del 23 ottobre 1996), la Corte specifica che il limite al contenuto delle misure derogatorie applicabili dal Ministro si trae, per analogia, dall'art. 14-*quater*, comma 4, ord. penit., che specifica gli ambiti della vita carceraria che non possono essere incisi dalle restrizioni disposte con il regime di sorveglianza particolare ex art. 14-bis ord. penit. (regime che "nella sua concreta applicazione viene ad assumere un contenuto largamente coincidente con il regime differenziato introdotto con il provvedimento ex art. 41-bis, secondo comma": cfr. § 6 del *Considerato in diritto*): dunque, secondo quanto disposto dal comma 4 dell'art. 14-*quater* "In ogni caso le restrizioni non possono riguardare: l'igiene e le esigenze della salute; il vitto; il vestiario ed il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi ed oggetti permessi dal regolamento interno, nei limiti in cui ciò non comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli".

continua di tale pericolo e una conoscenza diretta delle fonti da cui lo si ricava⁴²⁴. Il successivo comma 2-bis dispone che tali provvedimenti vengano emessi, con decreto motivato, dal Ministro della giustizia, con durata non inferiore ad un anno e non superiore a due, prorogabili senza limiti di durata massima purché i presupposti non risultino venuti meno⁴²⁵ (situazione che deve portare in ogni momento alla revoca del provvedimento, anche d'ufficio, da parte del Ministro della giustizia). Il Ministro procede "sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice che procede ed acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia e gli organi di polizia": tale acquisizione di informazioni è sottratta ad un contraddittorio con il destinatario della misura e non necessita di specificità, verificabilità e accuratezza, esigendo la giurisprudenza meri indizi di collegamenti con la criminalità e non una prova positiva⁴²⁶. Il potere dell'Amministrazione, da mera valutazione di fattori esterni al carcere, si trasforma in un intervento concretamente operabile all'interno dell'istituto penitenziario, in assenza di un intervento giurisdizionalizzato⁴²⁷. Si comprende allora perché a tale regime siano state rivolte dure critiche da larga parte della dottrina, in quanto affidato ad un semplice atto amministrativo, e sottratto così ad una garanzia giurisdizionale, nonostante la possibilità di reclamo innanzi alla magistratura di sorveglianza, "introdotta" dalla Corte costituzionale nei primi anni di vigenza della disposizione⁴²⁸. Inoltre, come si è detto⁴²⁹, sembra porsi in contrasto con l'art. 27 della

⁴²⁴ Antonio Laudati, *Una storia infinita: il 41-bis non merita censure di incostituzionalità. Per l'accusa la nuova norma non è un sistema diabolico*, in *Dir. e Giust.*, 2003, vol. II.

⁴²⁵ La disposizione precisa infatti che "la sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione" (comma 2), così che la misura dovrebbe essere disposta per il tempo strettamente necessario a soddisfarle.

⁴²⁶ A questo proposito è tuttavia intervenuta la Corte costituzionale, che con sentenza 5 dicembre 1997, n. 376 (GU n. 50 del 10 dicembre 1997) ha, in tema di proroga, affermato che non possono ammettersi "motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte".

⁴²⁷ Nicola de Rienzo, *Il regime sospensivo*, in Adonella Presutti (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., p. 103.

⁴²⁸ Con sent. 23 novembre 1993, n. 410 (GU n. 49 del 1° dicembre 1993), la Consulta ha esteso la competenza del giudice ordinario, sulla base dell'analogia tra il regime di carcere duro *ex art. 41-bis* e il regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-ter* ord. penit., a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'amministrazione penitenziaria: "una volta affermato che nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, occorre conseguentemente riconoscere che la tutela giurisdizionale di dette posizioni, costituzionalmente necessaria ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, non può che spettare al giudice dei diritti e cioè al giudice ordinario" (cfr. § 3.5 del *Considerato in diritto*). Così, la legge 15 luglio 2009, n. 94, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica* (GU n. 170 del 24 luglio 2009), ha introdotto il nuovo comma 2-*quinqies*, ai sensi del quale: "Il detenuto o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o prorogata l'applicazione del regime di cui al

Costituzione: con il comma 1, se disposto nei confronti di un imputato, per contrarietà alla presunzione di innocenza, e con il comma 3, per contrarietà al senso di umanità.

Per quanto riguarda poi lo specifico regime detentivo speciale, questo è disciplinato dal comma 2-*quater* della disposizione, introdotto dalla legge 279/2002 per ridurre la discrezionalità di cui l'amministrazione penitenziaria aveva goduto nei primi anni di vigenza della norma, che elenca tassativamente le restrizioni adottabili⁴³⁰. In generale, esso prevede l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna finalizzate a prevenire contatti con organizzazioni criminali o con altri detenuti appartenenti alle medesime (comma 2-*quater*, lett. a)). Così, i soggetti interessati dal provvedimento devono "essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria", in camera singola, fuori dalla quale la permanenza è consentita per non più di quattro ore al giorno (ma non meno di due). Di queste, due sono trascorse nelle sale di socialità e in biblioteca, e le altre due all'aria aperta⁴³¹, in gruppi di non più di quattro persone, con l'adozione di tutte le "necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi" (comma 2-*quater*, lett. f)). È previsto un solo colloquio al mese con la famiglia e i conviventi⁴³², della durata di non più di un'ora, da effettuarsi "in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti" (comma 2-*quater*, lett. b)): si tratta delle apposite salette munite di vetri divisorii (quindi senza possibilità di contatto fisico) e pannelli isofonici⁴³³. Solo dopo i primi sei mesi di applicazione, e solo per coloro che non effettuano tali colloqui, può essere

comma 2, ovvero il difensore, possono proporre reclamo avverso il procedimento applicativo. Il reclamo è presentato nel termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza di Roma. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento".

⁴²⁹ Cfr. Sezione I, § 9.

⁴³⁰ Emanuele Nicosia, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009.

⁴³¹ Queste, poi, possono essere ulteriormente ridotte ai sensi dell'art. 10 ord. penit., che prevede il limite minimo di un'ora al giorno in caso di circostanze eccezionali.

⁴³² Sono invece vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente.

⁴³³ Addirittura, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, è prevista la possibilità di controllo auditivo e registrazione.

autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto o, per gli imputati, dell'autorità giudiziaria competente, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti, sottoposto, comunque, a registrazione⁴³⁴. Inoltre, per scoraggiare ulteriormente le comunicazioni con l'esterno, è vietata la detenzione di apparecchi radio, registratori di cassette e lettori Cd⁴³⁵. Infine, vengono previste la limitazione del somme di denaro, dei beni e degli oggetti ricevibili dall'esterno, l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati, e la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, eccezion fatta per quella intrattenuta con membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia.

Tutte le previsioni sin ora analizzate hanno portato una parte della dottrina e della giurisprudenza a dubitare dell'umanità della misura in questione, che è così stata ripetutamente portata al cospetto della Corte costituzionale. Questa, tuttavia, probabilmente anche sulla scorta dell'emergenza mafiosa maturata agli inizi degli anni novanta, ha sempre respinto le doglianze e legittimato il carcere duro in sé, cercando invece un'interpretazione della norma conforme a Costituzione, senza tuttavia svolgere un controllo approfondito della realtà concreta. Così, ad esempio, con la sentenza 376/1997⁴³⁶ la Consulta ha escluso la contrarietà al senso di umanità solo sulla base del fatto che la disposizione non potrebbe non vietare l'adozione di misure tali da vanificare del tutto la funzione rieducativa della pena, in quanto prescrizione costituzionale: "l'applicazione del regime differenziato *ex art. 41-bis*, comma 2, non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità, previste dall'art. 27 dello stesso ordinamento, le quali semmai dovranno essere organizzate, per i detenuti soggetti a tale regime, con modalità idonee ad impedire quei contatti e quei collegamenti i cui rischi il

⁴³⁴ È specificato, infine, che tutte le prescrizioni non si applicano ai colloqui con i difensori. Nella sua versione originaria, la disposizione prevedeva la possibilità di effettuare colloqui con i difensori, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, della stessa durata di quelli previsti con i familiari; tuttavia la Consulta ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale con sentenza 20 giugno 2013, n. 143 (GU n. 26 del 26 giugno 2013).

⁴³⁵ Francesco Saverio De Martino, *Dal Senato è arrivato il primo sì alla istituzionalizzazione del 41bis. Carcere duro, ma rispettoso dei principi costituzionali*, in *Dir. e Giust.*, 2002, n. 40.

⁴³⁶ Sent. 5 dicembre 1997, n. 376 (GU n. 50 del 10 dicembre 1997).

provvedimento ministeriale tende ad evitare⁴³⁷.

Ma, nonostante il contrario parere del Giudice delle Leggi, sorgono spontanee alcune osservazioni critiche alle singole previsioni, che sembrano svelare più un intento punitivo e di vendetta nei confronti di questi condannati che un'esigenza di sicurezza pubblica⁴³⁸. Così, non si capisce la limitazione nel numero dei colloqui con i familiari e conviventi, dal momento che essi vengono in ogni caso sottoposti a videosorveglianza, misura che consentirebbe appieno di vigilare sulla sicurezza e controllare che il condannato non scambi informazioni proibite o pericolose; sempre in materia di colloqui, non si comprende l'esclusione del contatto fisico con i familiari, momento fondamentale della vita umana di relazione: le guardie penitenziarie sono in ogni caso presenti, e gli incontri possono essere registrati, sicché qualunque scambio vietato potrebbe immediatamente essere escluso⁴³⁹. E come potrebbe influire sulla sicurezza esterna o sulla possibilità di comunicare con l'esterno il limite di due ore del passeggio all'aria, quando siano già state approntate tutte le misure necessarie ad impedire i contatti pericolosi? O come potrebbe farlo non consentire colloqui telefonici (registrati!) solamente durante i primi sei mesi di sottoposizione al regime?

E le modalità di attuazione di tale regime, tristemente famose anche fuori dal nostro Paese, hanno portato ad un episodio singolare, che vale qui la pena di ricordare brevemente⁴⁴⁰. L'11 settembre 2007 il giudice federale di Los Angeles D.D. Sitgraves ha cercato di bloccare l'espulsione dagli Stati Uniti verso l'Italia del mafioso

⁴³⁷ Cfr. § 7 del *Considerato in diritto*.

⁴³⁸ La concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, infatti, costituisce limite "interno" all'esercizio del potere ministeriale: secondo le parole della Corte costituzionale "non possono cioè disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento. Mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale. Né tale funzione potrebbe essere alterata o forzata attribuendo alle misure disposte uno scopo "dimostrativo", volto cioè a privare una categoria di detenuti di quelle che vengono considerate manifestazioni di "potere reale" e occasioni per aggregare intorno ad essi "consenso" traducibile in termini di potenzialità offensive criminali" (Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, in GU n. 43 del 23 ottobre 1996, § 5 del *Considerato in diritto*).

⁴³⁹ Inoltre, è previsto che i detenuti possano avere, durante i colloqui, un contatto fisico con i figli di una durata pari a un sesto del tempo totale a disposizione (ovverosia dieci minuti); quindi, l'ordinamento ammette implicitamente di avere un modo per controllare i contatti tra questi detenuti e i familiari, perché altrimenti sarebbe costretto a vietare anche la possibilità esplicitamente ammessa.

⁴⁴⁰ L'episodio è riportato da Emanuele Nicosia, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, cit.

italoamericano Rosario Gambino⁴⁴¹, in quanto quest'ultimo sarebbe stato verosimilmente sottoposto al regime di carcere duro, severo al punto di poter essere considerato "una forma di coercizione non correlata ad alcuna sanzione o punizione legalmente imposta", e dunque come una tortura, o quantomeno trattamento inumano o degradante. Così, sulla base dei numerosi documenti internazionali che proibiscono la tortura e i trattamenti crudeli, inumani o degradanti, e in particolare la Convenzione Onu contro la tortura⁴⁴², consentire l'allontanamento del soggetto avrebbe integrato gli estremi di una violazione. Tralasciando le reazioni critiche sollevate dall'episodio nella scena politica italiana e l'epilogo della vicenda⁴⁴³, è sicuramente interessante rilevare come il regime sia stato posto in discussione non solo dalla dottrina italiana, e quindi come una sua osservazione critica sia assolutamente legittima ed anzi auspicabile.

Concludendo, con tale misura si cerca di impedire la recidiva non attraverso la risocializzazione del reo, che essendo prescrizione costituzionale dovrebbe essere la regola applicabile in ogni caso, ma attraverso una sua vera e propria neutralizzazione, secondo una funzione della pena spiccatamente retribuzionista: fenomeni tutti dovuti all'utilizzo da parte dello Stato del momento dell'esecuzione penitenziaria come strumento di lotta alla criminalità organizzata⁴⁴⁴. Inoltre, per comprendere appieno l'istituto, occorre tenere presente il binomio 4-bis/41-bis, perché l'intervento legislativo agisce contemporaneamente sul duplice fronte della incentivazione e della repressione: la spinta verso una condotta collaborativa, infatti, deriva dal risultato combinato della sospensione delle regole trattamentali *ex art. 41-bis* e dal divieto di concessione dei benefici *ex art. 4-bis*. Quanto più la detenzione viene resa gravosa, tanto più il condannato sarà attratto dalla condotta collaborativa⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Costui aveva già scontato ventidue anni di carcere negli Stati Uniti per traffico di sostanze stupefacenti, e al momento della decisione si trovava nel centro di detenzione per stranieri di San Pedro, California, per sospetti persistenti legami con la criminalità organizzata.

⁴⁴² Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, firmata a New York il 10 dicembre 1984 ed entrata in vigore il 26 giugno 1987.

⁴⁴³ Dopo qualche mese, infatti, è intervenuta la pronuncia d'appello, che ha infine concesso l'estradizione di Gambino.

⁴⁴⁴ Luca Blasi, *Il 41bis e il carcere duro per i mafiosi*, cit.

⁴⁴⁵ Si veda, di nuovo, un *dictum* della già citata sentenza *Tyrer c. Regno Unito*: "a punishment does not lose its degrading character just because it is believed to be, or actually is, an effective deterrent or aid to crime control. Above all, as the Court must emphasise, it is never permissible to have recourse to punishments which are contrary to Article 3 (art. 3), whatever their deterrent effect may be" (cfr. § 31).

3.1. *L'ergastolo ostativo e il regime di carcere duro: una compromissione della possibilità di reinserimento?*

Si tratta ora, alla luce di un regime severissimo e da più parti criticato, di verificare se questo possa essere considerato conforme alle prescrizioni derivanti dalla Convenzione europea. Nonostante la posizione della nostra Corte costituzionale, infatti, residuavano (e residuano) seri dubbi in merito alla compatibilità del regime con i diritti fondamentali, e diversi detenuti si rivolgevano allora alla Corte europea, concentrandosi principalmente su tre aspetti⁴⁴⁶: se le condizioni imposte configurassero un trattamento inumano o degradante in sé, in violazione dell'art. 3 CEDU; se la possibilità di censurare la corrispondenza ledesse la libertà di comunicazione e il diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU*⁴⁴⁷; infine, se la mancanza di un ricorso effettivo avverso il decreto applicativo (o di proroga) del regime violasse gli artt. 6 e 13 CEDU⁴⁴⁸. La Corte non si è tuttavia mai spinta a sindacare la generale legittimità del

⁴⁴⁶ Carmelo Minnella, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna penit. e crim.*, 2004, n. 3.

⁴⁴⁷ La disciplina sull'apposizione di un visto di censura sulla corrispondenza dei detenuti, derivante dal combinato disposto degli artt. 18 e 41-bis ord. penit., è stata condannata prima dalla Commissione e poi dalla Corte europea in più di un'occasione, in quanto non risultava prevista dalla legge. L'art. 18 risultava infatti troppo generico e lacunoso, limitandosi ad identificare la categoria di soggetti la cui corrispondenza poteva essere sottoposta a controllo e l'autorità giudiziaria competente, senza specificare tuttavia i tempi e motivi che potessero giustificare il visto e il grado di discrezionalità attribuito all'autorità giudiziaria.

⁴⁴⁸ Anche questa doglianza è stata accolta dalla Corte in più di un'occasione. La disciplina era costruita nel modo seguente: applicazione del trattamento di rigore, proroga dello stesso, reclamo del detenuto avverso il provvedimento di protrazione in quanto concretamente ingiustificato, respingimento del reclamo (una volta scaduti i dieci giorni stabiliti dalla legge, in quanto la giurisprudenza ha sempre interpretato la previsione come termine meramente ordinatorio), ricorso in Cassazione avverso l'ordinanza del tribunale di sorveglianza e dichiarazione di inammissibilità di quest'ultimo per mancanza di interesse ad agire delle parti, poiché i provvedimenti di proroga, aventi efficacia di sei mesi, erano nel frattempo decaduti. E questo comportava anche una nuova applicazione del regime, non essendo il Ministro vincolato dalle precedenti decisioni della magistratura di sorveglianza, e potendo così emettere, immediatamente dopo lo spirare del termine di validità di uno dei provvedimenti, un nuovo decreto ripristinante le limitazioni eventualmente revocate dall'organo giudiziario. Così, l'ultima soluzione rimaneva il ricorso innanzi alla Corte europea, denunciando la mancanza di possibilità di usufruire di un ricorso effettivo per la tutela di diritti garantiti dalla Convenzione: l'inosservanza sistematica del termine legale di dieci giorni (sostituito da un tempo solitamente variabile tra i tre e i quattro mesi) andava a vanificare il controllo giurisdizionale sui provvedimenti ministeriali. Secondo la Corte europea, allora, nonostante la mera violazione di un termine di legge non implichi di per sé una condanna, in questo caso aveva messo in discussione l'efficacia del provvedimento e della prevista tutela giurisdizionale: il reclamo innanzi alla magistratura di sorveglianza, dunque, non costituiva un ricorso effettivo *ex art. 13 CEDU* (sent. 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/94). Oggi, la disciplina è stata modificata con legge n. 279 del 2002, che ha previsto un termine minimo di validità annuale del provvedimento ministeriale, di prima applicazione o di proroga, e la necessità che il Ministro, laddove intenda disporre

carcere duro, pronunciandosi su singoli casi concreti ed eventualmente riscontrando sporadiche e particolari violazioni. Così, ad esempio, nei casi *Labita c. Italia*⁴⁴⁹ e *Natoli c. Italia*⁴⁵⁰ i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che il regime carcerario non superasse la soglia minima di gravità necessaria per poter essere qualificato quale trattamento inumano degradante, in quanto le misure adottate erano sì severe, ma proporzionate alla gravità dei reati commessi⁴⁵¹. Ciò che emerge da queste e altre pronunce rese nei confronti di diversi Stati e diversi regimi detentivi, è che nessuna limitazione all'ordinario regime di reclusione può prescindere da concrete esigenze di sicurezza o dal comportamento del detenuto. E allora, pare a chi scrive, l'ordinamento italiano non è del tutto al sicuro; ci si interrogava infatti, nel paragrafo precedente, sulla reale necessità di previsioni quali, ad esempio, l'impossibilità di contatto fisico con la famiglia (durante colloqui comunque video-sorvegliati): qualora neanche la Corte dovesse ravvisare una

un nuovo provvedimento o ripristinare le limitazioni revocate, evidenzi "elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo" (art. 41-bis, comma 2-sexies). Inoltre, è intervenuta in materia un'importante sentenza della Corte di cassazione (Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 4599, *Zara*), che ha stabilito che, nonostante il termine di efficacia del provvedimento sia spirato, non può ritenersi venuto meno l'interesse del ricorrente all'impugnazione, e che quindi non vada dichiarata l'inammissibilità per carenza di interesse: l'esito del sindacato giurisdizionale "è destinato a riflettere effetti vincolanti, in via diretta ed immediata, sul 'rinnovato' esercizio del potere di applicazione o proroga del trattamento penitenziario differenziato da parte del Ministro della giustizia" (Carmelo Minnella, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit.*, cit.).

Questione simile si poneva con riferimento all'art. 6 CEDU, casi in cui, a causa del ritardo nell'esame dei reclami da parte della magistratura di sorveglianza, venivano nuovamente dichiarati inammissibili per carenza di interesse del ricorrente alla decisione, poiché erano nel frattempo scaduti i termini di efficacia dei provvedimenti censurati: così, non interveniva alcuna decisione giudiziaria durante il periodo di validità dei provvedimenti *ex art. 41-bis*. E così, veniva violato il diritto convenzionale del ricorrente all'accesso ad un tribunale (sent. 30 ottobre 2003, *Ganci c. Italia*, ric. n. 41576/98).

⁴⁴⁹ Sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia* (ric. n. 26772/95). In questo caso, per altro, la Corte ha riscontrato una violazione procedurale dell'art. 3, per avere le autorità nazionali ommesso di procedere ad indagini approfondite ed effettive tendenti all'identificazione e alla punizione dei responsabili delle condotte incriminate, vanificando così la concreta portata del divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti, e rendendo possibile che "in certi casi gli agenti dello Stato calpestino i diritti delle persone al cui controllo sono preposti, godendo di una quasi immunità" (per un commento alla sentenza si veda Andreana Esposito, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, fasc. 1).

⁴⁵⁰ Sent. 19 gennaio 2001, *Natoli c. Italia* (ric. n. 26161/95). Questo rappresenta il *leading case* di riferimento, in cui la Commissione, allora competente, ha fissato le linee dell'orientamento giurisprudenziale seguito successivamente anche dalla Corte (Angela Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit.).

⁴⁵¹ La presenza o meno di ragioni di sicurezza che giustificano l'applicazione del regime è un fattore cui la Corte mostra di accordare rilevante peso. Al contrario delle sentenze sopra viste, infatti, nel caso *B. c. Bulgaria* la Corte ha condannato lo Stato convenuto per violazione dell'art. 3 a causa del regime molto afflittivo imposto al ricorrente non solo per le modalità attuative (invero, le condizioni del ricorrente non parevano di molto deteriori a quelle cui è sottoposto qualunque "detenuto 41-bis"), ma soprattutto per la mancanza di ragioni di sicurezza alla base del regime di isolamento (Carmelo Minnella, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit.*, cit.).

concreta esigenza, non altrimenti tutelabile, di ordine e sicurezza, la condanna sembrerebbe inevitabile.

Il CPT, al contrario, a partire dalla visita effettuata nel nostro Paese nel lontano 1995, ha espresso opinioni opposte⁴⁵² in merito all'umanità delle misure applicate e applicabili, manifestando preoccupazione in merito al regime creato dall'art. 41-bis, che comporterebbe "un rischio di trattamento disumano maggiore di quello che può aversi nel caso di detenuti ordinari". Sono stati criticati i continui trasferimenti cui vengono sottoposti i detenuti e l'isolamento totale tale da "provocare...effetti dannosi che si traducono in alterazioni delle facoltà sociali e mentali, spesso irreversibili"; inoltre al Comitato non è sfuggita, dietro alla dichiarata finalità di rottura dei legami criminali, la natura di "strumento di pressione psicologica per provocare la dissociazione o la collaborazione dei detenuti. Obiettivo la cui legittimità è altamente discutibile"⁴⁵³. E occorre sottolineare che anche il Commissario dei diritti dell'uomo, a seguito di una visita effettuata nel 2005, ha dichiarato di sospettare che il regime di rigore rappresentasse un modo di spezzare la volontà del detenuto, per incoraggiarne la collaborazione e per dimostrare la forza dello Stato: così, pur ritenendo giustificabile in linea generale un trattamento speciale a difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica, suggeriva di tenere ben distinti il piano punitivo e quello preventivo, rendendo più umane le condizioni dei reclusi⁴⁵⁴. Ancora con riferimento all'opera del CPT, a seguito di una più recente visita nel 2000, veniva manifestata forte preoccupazione per l'irrigidimento del regime speciale di detenzione, che ha determinato "la quasi sparizione dei contatti tra il personale di sorveglianza e i detenuti", e per il constatato aumento di problemi ansiosi, di disturbi del sonno e del carattere. E la mancanza di un adeguato contatto umano è stata sottolineata ancora nel 2004, perché le autorità penitenziarie "giocano un ruolo fondamentale nell'osservazione e nel trattamento di questi detenuti", anche con riferimento alle visite familiari, le cui condizioni sono state definite inappropriate; il tutto, di nuovo, si riverserebbe in modo negativo sullo stato mentale dei detenuti. Così, il CPT ha ritenuto opportuno rivolgere alcuni suggerimenti:

⁴⁵² Il punto di vista del CPT è riportato da Andreana Esposito, *Condizioni della detenzione e trattamento del detenuto: la cultura della detenzione*, in *Documenti giustizia*, 2000, n. 1-2 e Carmelo Minnella, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit.*, cit.

⁴⁵³ Questa opinione del CPT verrà in seguito confermata anche successivamente alla visita effettuata nel 2008.

⁴⁵⁴ Paola Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 337.

permettere la possibilità di colloqui telefonici anche durante i primi sei mesi di sottoposizione al regime; permettere ai detenuti di accumulare ore di visite durante l'anno solare, qualora non abbiano potuto sfruttarle mensilmente; non negare sistematicamente ed automaticamente la possibilità di contatto fisico durante le visite, qualora si tratti di soggetti sottoposti al regime per lunghi periodi. Ma è durante la visita del 2008 che viene messo in luce l'aspetto più allarmante: per un numero considerevole di detenuti, “*if not for virtually all of them*”, la proroga è automatica. Così, se sono specificamente le esigenze di ordine e sicurezza a permettere al carcere duro di uscire indenne dal vaglio europeo, la prassi di rinnovo automatico sicuramente appare come deplorabile e inaccettabile. Infine, con la visita del 2012, la situazione addirittura peggiora: il Comitato sottolinea che l'ordinamento italiano non si è allineato ad alcuno dei suggerimenti proposti durante le sue precedenti ispezioni, ed ha anzi imposto una serie di ulteriori restrizioni al regime, argomentando le esigenze di sicurezza in modo scarsamente convincente; il fine perseguito dalla disciplina si mostra così sempre più chiaramente: indurre (forzatamente) i detenuti a collaborare con la giustizia.

Andreana Esposito riassume, con riferimento al trattamento penitenziario dei “condannati 41-*bis*”, in maniera calzante le posizioni di quanti hanno parola in merito: “la Corte è possibilista, il Comitato realista ed il Governo negazionista”⁴⁵⁵. E, forse, si possono ipotizzare anche le ragioni di questi atteggiamenti: tralasciando la posizione del Governo italiano, impegnato ad assecondare pubbliche richieste di punizione e vendetta e ad organizzare un modo semplice e poco faticoso di lotta alla criminalità organizzata, gli organi di Strasburgo agiscono in un contesto completamente differente, ma tuttavia da due angoli diversi. Così, si può pensare che la Corte, nella consapevolezza della gravità della situazione mafiosa nel nostro Paese, non abbia ritenuto opportuno inserirsi nella materia della sicurezza pubblica e sostituirsi alla valutazione di chi, dall'interno, cerca quotidianamente di fronteggiare e combattere il problema; ma questo non pare essere l'atteggiamento doveroso da parte di un organo giudiziario *super partes* che si occupa della difesa dei diritti umani, a prescindere da questioni interne e politiche. Il Comitato per la prevenzione della tortura, invece, non avendo poteri decisori vincolanti e trovandosi dunque in una posizione meno compromettente, ha potuto rilevare con

⁴⁵⁵ Andreana Esposito, *Condizioni della detenzione e trattamento del detenuto*, cit.

chiarezza ed onestà le problematiche connesse al carcere duro, denunciandole apertamente senza il problema di un'eventuale ripercussione di difficile gestione.

Giunti a questo punto della trattazione, non possono tacersi alcuni aspetti critici.

Nella sentenza *Campisi c. Italia*⁴⁵⁶, per citare un esempio, ma se ne potrebbero fare molti altri della medesima portata⁴⁵⁷, la Corte esplicitamente ammette che, per valutare se l'applicazione del regime speciale di detenzione *ex art. 41-bis* integri una violazione dell'art. 3 CEDU, essa deve "fare astrazione dalla natura del reato attribuito al ricorrente, perché la proibizione della tortura o delle pene o trattamenti inumani o degradanti è assoluta"⁴⁵⁸. Ribadisce così un principio saldo e cardine nella lettura della disposizione in questione, la sua inderogabilità. L'art. 3 non permette di prendere in considerazione alcuna altra opposta esigenza, nessuna eccezione ne può diminuire la portata precettiva: il divieto rimane assoluto anche in caso di pericolo pubblico che minacci la vita stessa della nazione, e quindi anche laddove siano poste a fondamento dei trattamenti esigenze di sicurezza pubblica⁴⁵⁹. Tuttavia, al successivo § 39, troviamo il seguente ragionamento: "la Corte nota che gli argomenti invocati per giustificare il mantenimento delle limitazioni non erano sproporzionati rispetto ai fatti precedentemente attribuiti al ricorrente, che era stato condannato a severe pene per fatti molto gravi". Qui, invece, i giudici di Strasburgo sembrano considerare le misure alla luce della gravità della condanna e delle esigenze di sicurezza della collettività; sembrerebbe che l'appartenenza dell'illecito per il quale è intervenuta la condanna ai reati di mafia innalzi il limite minimo di tollerabilità delle restrizioni imposte al detenuto. Come nell'analisi delle doglianze relative alla lesione dell'art. 8 CEDU la Corte ha fatto riferimento alla natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata per giustificare un regime più stringente di altri, forse in questo caso siamo in presenza di un implicito analogo percorso argomentativo, ovviamente non

⁴⁵⁶ Sent. 11 luglio 2006, *Campisi c. Italia* (ric. n. 24358/02).

⁴⁵⁷ Identiche considerazioni, ad esempio, sono riportate nella sent. 10 novembre 2005, *Argenti c. Italia* (ric. n. 56317/00), ai §§ 20 e 22.

⁴⁵⁸ Cfr. *Campisi c. Italia*, § 37.

⁴⁵⁹ A questo proposito è interessante ricordare i casi in cui la Corte si è trovata a valutare la legittimità dell'allontanamento dello straniero sospettato terrorista che correva il pericolo di essere sottoposto nello Stato di destinazione a trattamenti vietati dall'art. 3 della Convenzione. Davanti a Stati convenuti che sostenevano la necessità dell'extradizione a fronte del grave pericolo che la presenza dell'interessato creava per la sicurezza e l'ordine pubblico, la Corte, come visto nel precedente capitolo I, § 4, mostrava un atteggiamento di assoluta risolutezza: la protezione offerta dall'art. 3 non ammette deroghe o bilanciamenti con opposte esigenze, seppure le preoccupazioni degli Stati fossero gravi ed assolutamente fondate.

esplicitabile in quanto in contrasto con uno dei principi supremi in tema di art. 3⁴⁶⁰. La Corte ha quindi considerato prevalenti le esigenze di ordine e sicurezza poste a fondamento dei decreti ministeriali, effettuando un bilanciamento non consentito, perché un trattamento inumano o degradante non è ammesso, qualunque sia la finalità perseguita. Così, la valutazione della Corte europea sembra basata sulla congruità/proporzionalità delle misure rispetto allo scopo legittimo conseguito, che teoricamente dovrebbe essere l'impedire ai condannati di mantenere contatti con la criminalità organizzata dall'interno dell'istituto penitenziario e dunque proteggere la collettività intera dalla minaccia mafiosa. Ma qui sorge la seconda perplessità. Tutte le misure previste sono strettamente necessarie al fine? Una doglianza posta in questi termini non pare sia mai stata portata al vaglio dei giudici di Strasburgo, e sembra a chi scrive che potrebbe forse risultare vincente. Se infatti la Corte non vuole arrivare a demolire il sistema nel suo complesso, dovrebbe essere meno complicato attaccare singole previsioni che risultino meramente afflittive. Senza parlare dei casi concreti in cui potrebbe dimostrarsi l'assenza di reali motivi posti a fondamento della disposizione o della proroga, secondo il CPT estremamente numerosi. E qui entra in gioco l'ultima criticità, ovvero sia il reale intento del trattamento di rigore. Come da più parti osservato, questo sarebbe infatti la produzione di collaborazioni, in danno a tutti gli ormai indiscussi principi, interni, europei ed internazionali, del trattamento penitenziario⁴⁶¹ e alla prevalente funzione risocializzativa dell'esecuzione penale che si è visto accogliere anche dalla giurisprudenza europea. Questa sembra quindi un'ulteriore strada percorribile a Strasburgo per porre in discussione il regime del carcere duro.

Infine, si rende necessario un paragone con la atipica doglianza che si è visto presentare nel caso *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*, laddove i ricorrenti hanno sostenuto di non aver avuto una genuina possibilità di riscattarsi a causa delle dure condizioni di detenzione. Il ragionamento, accolto dalla Corte europea, si è mosso sui fili tracciati

⁴⁶⁰ Il dubbio sorge anche a causa di altre sentenze della Corte, nelle quali sono stati condannati regimi speciali di altri ordinamenti meno restrittivi di quello previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2. Tuttavia, si tratta di una valutazione nient'affatto semplice, in quanto la Corte giudica sempre di casi concreti, e non di disposizioni, cosicché le singole violazioni riscontrate potrebbero essere dovute ad un'analisi cumulativa delle astratte disposizione e delle concrete modalità cui il ricorrente sia stato sottoposto.

⁴⁶¹ Non è opinione di chi scrive che il regime dettato dall'art. 41-*bis* possa arrivare ad essere qualificato come tortura, considerata la portata estremamente grave della pratica; tuttavia, non si può fare a meno di notare come la definizione propostane dall'art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura sia proprio quella di un atto intenzionale implicante gravi sofferenze fisiche e mentali "al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni".

dall'art. 3 CEDU, ma in maniera innovativa: non la integrazione di un trattamento inumano o degradante del regime detentivo in sé, ma gli effetti deleteri da questo scaturenti, che hanno compromesso la possibilità di rieducazione e riscatto dei condannati, cui devono cooperare tutte le autorità penitenziarie coinvolte, nella piena e assoluta rilevanza del regime applicato. Seguendo la prospettiva per cui ogni autorità statale è tenuta a compiere ogni sforzo possibile per guidare il detenuto sulla via del riscatto, si potrebbe allora forse pensare che un ragionamento analogo porterebbe la Corte a condannare anche il nostro disegno della sospensione delle normali regole di trattamento, inadeguate all'aiuto del condannato a compiere progressi sulla via della risocializzazione.

4. *L'ergastolo ostativo e la valutazione del giudice Cabral Barreto nell'opinione dissenziente allegata alla sentenza Kafkaris: un'ipotesi di tortura?*

Ancora un ultimo rilievo sull'ergastolo ostativo.

Si è vista, nel capitolo precedente, l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Cabral Barreto nella sentenza *Kafkaris c. Cipro*, secondo la quale la protrazione della detenzione, dettata a suo parere dalla sola circostanza del rifiuto opposto dal ricorrente alla richiesta di identificazione del mandante degli omicidi di cui era stato riconosciuto responsabile, avrebbe integrato gli estremi di una vera e propria tortura. Le analogie di quel caso con il nostro sistema della collaborazione di giustizia sono di tutta evidenza: l'ergastolano ostativo, infatti, se non si risolve ad aiutare le autorità inquirenti con una delazione, non sarà mai preso in considerazione per la liberazione condizionale. Il rifiuto di collaborare implica, *sic et simpliciter*, non uscire vivo dal carcere (stessa identica situazione del ricorrente *Kafkaris*, come ricostruita dal giudice spagnolo). Senza spingersi fino al punto di dichiarare la nostra disciplina una vera e propria tortura, considerati i connotati particolarmente gravi e stringenti che essa deve possedere, non si può tuttavia rimanere indifferenti dinnanzi ad una pratica che si configura quale vero e proprio ricatto. Trattandosi di un'opinione dissenziente non indica certo un orientamento della Corte, né prescrive dunque alcunché al nostro legislatore; ma considerata l'autorevolezza dell'opinione occorrerebbe riflettere con maggiore

attenzione su una disciplina che, vista la gravità della piaga mafiosa che affligge il nostro Paese, non siamo portati a mettere in discussione. Inoltre, si è visto che spesso le opinioni dissenzienti ricalcano esattamente i successivi sviluppi della giurisprudenza della Corte.

Per quanto gravi possano essere i fatti di reato accertati nella sentenza di condanna, questo non autorizza mai pene inumane o degradanti. Lo Stato deve sempre mostrarsi superiore al crimine commesso dal reo, e non può reagire ad un'offesa con ferocia maggiore (o uguale) a quella impiegata dal condannato nell'uscire dalla legalità. Si è inoltre visto quanto rapidamente si stiano evolvendo gli *standard* europei, e quanto vengano posti sempre più in rilievo i diritti del detenuto, che non può essere strumentalizzato per fini estranei agli scopi legittimi ascrivibili alla pena. E il nostro ordinamento, invece, ha creato nel tempo, e sempre e soltanto attraverso strumenti tipici dell'emergenza, poi integrati nell'ordinamento, anziché sostituiti da una disciplina organica e ragionata, un sistema di punizione ulteriore e neutralizzazione di soggetti che implicitamente vuole ripudiare, che non può trovare la forza e il coraggio di "perdonare". E lo strumento che oggi, in un ordinamento che ha da tempo stabilito di rifiutare la pena di morte, permette di raggiungere celatamente questo fine è l'ergastolo, in particolare quello ostativo.

Allora, viste le premesse e il mutato *consensus* europeo ed internazionale, se la disciplina del nostro ergastolo ostativo dovesse essere portata al vaglio della Corte europea, possiamo essere certi che ne uscirebbe indenne?

CAPITOLO IV

Gli ospedali psichiatrici giudiziari e il c.d. ergastolo bianco.

Passiamo adesso ad occuparci di un'ulteriore categoria di individui che commettono reato, ovverosia coloro che risultano affetti da disturbo psichico. Storicamente, nel nostro ordinamento, si tratta di individui non imputabili: non può dunque essere loro imposta una pena, ma possono essere sottoposti a misura di sicurezza, a tempo indeterminato. Questo carattere delle misure di sicurezza porta a configurare il terzo tipo di ergastolo del nostro ordinamento, il c.d. ergastolo bianco, o nascosto, derivante dalla protrazione, a tempo indeterminato, del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario.

1. Premessa storica.

Nella vigenza del codice Zanardelli del 1889, considerata la sua “impostazione monistica retributiva del sistema sanzionatorio”⁴⁶², per i prosciolti per vizio totale di mente non era previsto un inserimento in speciali istituti destinati alla cura o alla mera carcerazione. Il prosciolto folle, ma pericoloso, veniva affidato all'autorità di pubblica sicurezza, che operava direttamente il ricovero in un manicomio “in stato di osservazione”; successivamente, “ad istanza del P.M. e assunte le opportune informazioni”, il presidente del tribunale civile ne ordinava discrezionalmente il ricovero definitivo o la liberazione⁴⁶³. La possibilità di internamento dei malati psichiatrici autori di reati fa ingresso nel nostro ordinamento con il R.d. 1° febbraio 1891, n. 260, sul nuovo regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori, istitutivo dei manicomi criminali, adibiti ad ospitare coloro che fossero “impazziti in carcere” e quanti, già “pazzi”, avessero commesso un reato e fossero stati prosciolti per infermità mentale, affinché si provvedesse “ad un tempo alla repressione e

⁴⁶² Marco Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 86.

⁴⁶³ Maria Teresa Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso” del reato*, in Andrea Gaboardi, Alberto Gargani, Gaetana Morgante, Andrea Presotto, Marco Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 297.

alla cura” (art. 469). Ogni tre mesi, poi, il direttore del manicomio inviava rapporti al presidente del tribunale civile che aveva disposto il ricovero, onde permettergli di valutare la possibilità di un’eventuale revoca. Così, i soggetti infermi di mente erano estranei al circuito della giustizia penale. Nel 1904 viene poi emanata la legge di riforma recante “Disposizioni sui manicomi e sugli alienati”⁴⁶⁴, che conferma la soluzione custodiale per le persone affette da disturbo mentale e considerate pericolose o di pubblico scandalo⁴⁶⁵.

Con il codice Rocco emergono invece elementi di novità: come si è già accennato⁴⁶⁶, il nostro ordinamento istituisce la nozione di pericolosità sociale e introduce il sistema del c.d. doppio binario, secondo cui da una parte si prevedono le pene (punitive e rieducative), agganciate alla colpevolezza del soggetto per il fatto di reato e commisurate in base alla gravità di quest’ultimo; dall’altra le misure di sicurezza (precauzionali e curative), imperniate sull’idea di pericolosità sociale dell’autore del reato. Così, l’internamento (in manicomio giudiziario) viene recepito in tale secondo sistema, in un’ottica squisitamente custodialistica, in quanto dominava incontrastata l’idea della incurabilità del malato psichiatrico e di una pericolosità sociale intrinseca alla stessa malattia mentale, cui discendeva conseguentemente la necessità di una esclusione sociale e neutralizzazione del reo⁴⁶⁷. Il ricovero, trovando le misure di sicurezza la propria disciplina nel codice penale, passa alla diretta competenza del giudice penale e l’intera gestione dei soggetti viene inglobata nel sistema penale, con una forte accentuazione del profilo sanzionatorio.

Considerata dunque la nuova impostazione, la normativa del 1930 prevedeva apposite garanzie per il sistema delle misure di sicurezza, ancorandole alla riserva di legge (art. 199 c.p.) e ad una loro piena giurisdizionalizzazione (art. 205 c.p.⁴⁶⁸). Tuttavia, la

⁴⁶⁴ L. 14 febbraio 1904, n. 36, *Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati* (GU n. 43 del 22 febbraio 1904).

⁴⁶⁵ L’art. 1 disponeva infatti: “Debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o agli altri o riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi. Sono compresi sotto questa denominazione, agli effetti della presente legge, tutti quegli istituti, comunque denominati, nei quali vengono ricoverati alienati di qualunque genere”.

⁴⁶⁶ Cfr. § 2.2, Sezione I, capitolo III.

⁴⁶⁷ Maria Cristina Ornano, *Il superamento dell’ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti problematici e esperienze operative della gestione dell’autore di reato affetto da disagio mentale*, in *Cass. Pen.*, 2013, fasc. 5.

⁴⁶⁸ Secondo tale disposizione: “Le misure di sicurezza sono ordinate dal giudice nella stessa sentenza di condanna o di proscioglimento.

previsione di una durata minima di ricovero obbligatorio nel manicomio giudiziario, ma l'assenza di una durata massima (per cui la misura si protraeva, di proroga in proroga⁴⁶⁹), sulla base della presunta pericolosità sociale dell'individuo, contribuiva al mantenimento di un carattere spiccatamente carcerario dell'istituto. Il sistema codicistico è stato poi accolto, confermato e legittimato dalla Costituzione, che all'art. 25, comma 3, dispone: "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge". Inoltre, fin dai primi commenti dottrinari sulle misure di sicurezza, queste sono state sottoposte, benché non testualmente citati, agli ulteriori principi costituzionali stabiliti negli artt. 27, comma 3, 32, comma 2⁴⁷⁰, 2 e 3.

La l. 354/1975, la riforma dell'ordinamento penitenziario, sostituì poi ai manicomi giudiziari gli attuali ospedali psichiatrici giudiziari, dipendenti dall'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia; questo intervento, tuttavia, nonostante i principi guida della riforma, già ricordati nel capitolo precedente⁴⁷¹, non andò ad incidere sulle condizioni dei ricoverati, e creò quel fraintendimento per cui si trattasse, visto il nome, di centri di cura in cui gli internati beneficiassero di opportune garanzie giurisdizionali⁴⁷². Niente di più distante dalla realtà.

Tre anni dopo vennero aboliti i manicomi civili, sull'onda dei nuovi progressi psichiatrici che imponevano di guardare al malato di mente in modo opposto a quanto fatto fino a quel momento: nel 1978, con la c.d. legge Basaglia⁴⁷³, venne così superata la logica di mera costrizione di tali individui. Tuttavia, tale intervento non andò ad incidere sui manicomi giudiziari, e il superamento della contenzione fisica e della reclusione nella cura e gestione degli infermi di mente non incise sul trattamento degli

Possono essere ordinate con provvedimento successivo:

- 1) nel caso di condanna, durante l'esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena;
- 2) nel caso di proscioglimento, qualora la qualità di persona socialmente pericolosa sia presunta, e non sia decorso un tempo corrispondente alla durata minima della relativa misura di sicurezza;
- 3) in ogni tempo, nei casi stabiliti dalla legge".

⁴⁶⁹ Erano infatti molto rari i casi di revoca anticipata, riservata alla competenza del Ministro della Giustizia, e la misura si trasformava così in una condanna a vita, anche per reati di assai lieve entità.

⁴⁷⁰ Secondo tale disposizione: "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

⁴⁷¹ Cfr. § 4, Sezione I, capitolo III.

⁴⁷² Andrea Pugiotto, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, n. 2.

⁴⁷³ L. 13 maggio 1978, n. 180, *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori* (GU n. 133 del 16 maggio 1978).

incapaci riconosciuti socialmente pericolosi, per i quali l'adeguatezza dell'internamento inizia solo oggi ad essere pian piano messa in discussione.

Gli ospedali psichiatrici giudiziari (d'ora in avanti, OPG) sono oggi strutture che ospitano i malati psichiatrici, autori di reati, con l'intento, dichiarato, di curarli, ma che in realtà nascondono un'ottica tutta neutralizzatrice e di custodia di tali soggetti. Il personale ivi operante è, infatti, costituito prevalentemente da soggetti appartenenti al corpo della polizia penitenziaria, anziché da personale medico⁴⁷⁴. Attualmente, l'unica struttura italiana a porsi in controtendenza è l'ospedale psichiatrico giudiziario di Castiglione delle Stiviere (MN), direttamente gestito dal Servizio Sanitario Nazionale per mezzo di personale specifico.

Occorre da ultimo sottolineare che queste strutture sono oggi in via di scomparsa, in quanto è stato imposto, con recentissimi interventi normativi, che debbano essere sostituite dalle nuove residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, rispondenti a principi (almeno sulla carta) totalmente differenti.

2. Il sistema delle misure di sicurezza.

Dunque, si diceva, con la codificazione del 1930 le misure di sicurezza, imperniate sull'idea di pericolosità, entrano nel nostro ordinamento penale, andando a comporre il sistema c.d. a doppio binario.

Le misure di sicurezza sono regolate dal Titolo VIII del Libro I del codice penale, artt. 199 ss., e si dividono in misure di sicurezza personali (che incidono sulla libertà personale e sono rivolte a soggetti imputabili, semimputabili o non imputabili pericolosi) e misure di sicurezza patrimoniali (che incidono sul patrimonio, e sono la cauzione di buona condotta e la confisca). Le prime sono a loro volta distinguibili in misure di sicurezza personali detentive (oltre al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, che qui rileva, assegnazione a una colonia agricola o ad una casa di lavoro, assegnazione a una casa di cura e di custodia, ricovero dei minori in riformatorio giudiziario), e misure di sicurezza personali non detentive (libertà vigilata, divieto di

⁴⁷⁴ Questo nonostante si sia proceduto, con la legge finanziaria del 2008 (L. 24 dicembre 2007, n. 244, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)*, in GU n. 300 del 28 dicembre 2007), a prevedere il trasferimento al servizio sanitario nazionale di tutte le funzioni sanitarie prima spettanti al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, in un processo di sanitarizzazione degli ospedali psichiatrici giudiziari.

soggiorno in uno o più comuni o in una o più province, divieto di frequentare osterie e pubblici spazi di bevande alcoliche, espulsione od allontanamento dello straniero dallo Stato). Queste sono di regola applicate dal giudice della cognizione, nella sentenza di condanna (nel qual caso saranno eseguite dopo l'espiazione o comunque l'estinzione della pena), di proscioglimento (nel qual caso, invece, si ritiene che debbano essere eseguite dopo il passaggio in giudicato della sentenza, a meno che non ne venga disposta l'applicazione provvisoria⁴⁷⁵), o di patteggiamento.

Vale innanzi tutto, come si diceva, il principio della riserva di legge, corollario al fondamentale principio sancito all'art. 25 della Costituzione: così, secondo l'art. 199 c.p., "nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti". Nonostante questo, il disegno politico-criminale che sorregge il sistema del doppio binario emerge chiaramente dalla Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo del codice penale, in cui si legge che "la necessità di predisporre nuovi, in ogni caso più adeguati mezzi di lotta contro le aggressioni all'ordine giuridico, da adoperarsi quando le pene siano da sole impari allo scopo, ... è, ormai, universalmente riconosciuta"⁴⁷⁶. Così, veniva creata una sanzione svincolata dai limiti garantistici propri della pena, in quanto di natura non penale: nessun limite di durata massima, applicazione retroattiva e mancanza di qualunque corrispondenza tra l'ammontare della pena e la colpevolezza individuale. Per quanto riguarda quindi l'applicazione *ratione temporis*, i primi due commi dell'art. 200 c.p. prescrivono che esse siano regolate dalla legge in vigore al momento della loro applicazione; qualora poi la legge al tempo dell'esecuzione sia diversa, si applica la legge in vigore in quel momento. Così, come successo ai ricorrenti tedeschi nelle sentenze analizzate al capitolo II, potrebbe verificarsi il caso che, al momento di inizio di esecuzione della misura, distante dal tempo di prima applicazione durante il procedimento penale di condanna, la disciplina sia diversa rispetto al momento della commissione del fatto di reato: se dovesse essere più severa, saremmo al cospetto di un inasprimento *in pejus* delle condizioni del reo.

Presupposti per la loro applicazione, infine, sono la commissione di un fatto previsto dalla legge come reato (o quasi reato), e la pericolosità sociale dell'individuo

⁴⁷⁵ Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 630.

⁴⁷⁶ Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 622.

interessato; a norma dell'art. 202 c.p., infatti: "Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiamo commesso un fatto preveduto dalla legge come reato".

2.1. *La pericolosità sociale tra interventi giudiziari e legislativi: evoluzione.*

Si diceva, dunque, che il concetto di pericolosità sociale, cardine del sistema delle misure di sicurezza, fa ingresso nel nostro ordinamento con la codificazione del 1930, frutto di un compromesso tra la Scuola classica⁴⁷⁷ e la Scuola positiva⁴⁷⁸. Essa è definita dall'art. 203 c.p., secondo cui: "Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente⁴⁷⁹, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato.

La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133⁴⁸⁰".

Nella originaria disciplina codicistica, la pericolosità sociale era sovente presunta dalla legge (art. 204, comma 2, c.p.: "Nei casi espressamente determinati, la qualità di persona socialmente pericolosa è presunta dalla legge"). Trattandosi nello specifico di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, la pericolosità sociale era automaticamente desunta dall'esistenza di un disturbo psichico, poiché si riteneva esistente una piena equazione tra malattia mentale e commissione di un crimine (e dunque pericolosità sociale), e dunque un rischio di recidiva *in re ipsa* (e dunque pericolosità sociale ancora

⁴⁷⁷ Sorta nel periodo illuministico, essa pone al centro della sua visione del sistema della giustizia penale il reato quale risultato di una scelta individuale, e dunque sostiene la necessità di irrogare una pena ad esso adeguata, pronta e sicura, che andrebbe diminuita o annullata qualora l'autore fosse riconosciuto parzialmente o totalmente infermo di mente (Giovanni Galuppi, *Liberio arbitrio, imputabilità, pericolosità sociale e trattamento penitenziario*, in *Dir. famiglia*, 2007, fasc. 1).

⁴⁷⁸ Emersa nel XIX secolo, essa adotta una visione rigidamente causale della realtà, e sostiene così che il libero arbitrio non sia nient'altro che una mera illusione. Allora, la pena come disegnata dalla scuola classica non avrebbe alcun senso, considerato il legame tra il reato e fattori criminogenetici, e i delinquenti dovrebbe soltanto essere posti nella situazione di non nuocere, donde la necessità di riconoscere le personalità più o meno inevitabilmente caratterizzate da tendenze criminali (Giovanni Galuppi, *Liberio arbitrio, imputabilità, pericolosità sociale e trattamento penitenziario*, cit.).

⁴⁷⁹ Questi sono: fatti previsti dalla legge come reati, accordo per commettere un delitto, istigazione a commettere un reato se quest'ultima è accolta, istigazione a commettere un delitto, commissione di un fatto non costituente reato nella erronea supposizione che lo sia.

⁴⁸⁰ E queste ultime sono circostanze indiziarie, alcune di natura oggettiva (modalità dell'azione del fatto di reato, gravità del danno, intensità del dolo), altre di natura soggettiva (caratteristiche del reo, suoi precedenti penali, condotta di vita pregressa e successiva al reato, condizioni di vita individuali, familiari e sociali).

maggiore). Questa concezione aveva così portato a stabilire rigide presunzioni legislative di durata della pericolosità sociale, lentamente scomparse grazie all'intervento della Corte costituzionale.

La prima sentenza che occorre ricordare è allora la n. 110 del 1974⁴⁸¹, articolata pronuncia in cui venivano poste svariate questioni di legittimità costituzionale in riferimento alla generale disciplina delle misure di sicurezza. Per quel che interessa ai nostri fini, l'ordinanza di remissione assumeva che la facoltà attribuita al Ministro di grazia e giustizia di revocare con decreto le misure di sicurezza "anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima fissata dalla legge", *ex art. 207, comma 3, c.p.*⁴⁸², rappresentava "una indebita ingerenza del potere esecutivo nell'esercizio della funzione giurisdizionale, onde la norma sarebbe viziata di irrazionalità e si porrebbe in contrasto con i valori "ineliminabili" della persona e della libertà umane"⁴⁸³. Unica questione giudicata fondata dalla Corte, la sentenza dichiara allora costituzionalmente illegittimo il potere del Ministro, e lo affida invece alla magistratura di sorveglianza. Il secondo comma della disposizione, poi, poneva il divieto di revocare la misura di sicurezza prima che fosse decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge⁴⁸⁴, e la Corte pronuncia la conseguenziale illegittimità anche di tale ultima previsione, derivandosene così che "spetta al giudice il potere di revoca delle misure di sicurezza - ove sia accertata la cessazione dello stato di pericolosità (art. 207, comma primo, c.p.) - anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge"⁴⁸⁵. Tale disciplina, impedendo il riesame dell'internato prima del termine minimo stabilito dal giudice, si risolveva in una presunzione legislativa di durata della pericolosità sociale⁴⁸⁶. La piena corrispondenza tra malattia mentale e pericolosità sociale inizia così ad entrare in crisi, e subisce un colpo ulteriore con l'emanazione della legge Basaglia, che

⁴⁸¹ Sent. 5 aprile 1974, n. 110 (GU n. 107 del 24 aprile 1974)

⁴⁸² Secondo l'originaria stesura della norma: "Anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge, la misura di sicurezza applicata dal giudice può essere revocata con decreto del Ministro della giustizia".

⁴⁸³ Cfr. § 9 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸⁴ Secondo l'originaria stesura della norma: "La revoca non può essere ordinata se non è decorso un tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge per ciascuna misura di sicurezza".

⁴⁸⁵ Cfr. § 9 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸⁶ F. Schiaffo, *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

sostituisce il riferimento alla pericolosità con il concetto di tutela della salute pubblica, così cercando di equiparare la malattia mentale a qualunque altra malattia del corpo.

E su questi presupposti interviene nuovamente la Consulta con una storica pronuncia, la sentenza 139/1982⁴⁸⁷, in cui vengono ripercorsi i principi applicabili alla materia e vengono chiaramente delineati i limiti alla discrezionalità legislativa in tema di presunzioni di pericolosità sociale, con ragionamenti che si muovono tra “dimensioni di sicurezza e dimensione terapeutica”⁴⁸⁸. L’art. 204 c.p. poneva ancora un’altra presunzione legale di pericolosità sociale, stavolta direttamente legata all’internamento in ospedale psichiatrico giudiziario: ai soggetti prosciolti perché non imputabili per infermità psichica andava obbligatoriamente ed automaticamente applicata la misura di sicurezza del ricovero in OPG per un tempo minimo stabilito dalla legge, indipendente da qualsiasi altra considerazione e da eventuali ulteriori accertamenti. La Corte sintetizza la *ratio* della disposizione normativa nei termini seguenti: “poiché la pericolosità sociale consiste in una probabilità di recidiva (art. 203, primo comma, del codice penale) e dà quindi luogo ad un giudizio prognostico, la ragionevolezza del criterio presuntivo adottato dal legislatore poggia sull’accertamento di una infermità psichica che, come si è manifestata nella commissione di un reato, così, secondo dati di comune esperienza, può dar luogo alla reiterazione di condotte criminose”⁴⁸⁹. I giudici rimettenti (la sentenza riunisce ventidue diverse ordinanze) invece dubitavano, tra le altre censure, che il ricovero obbligatorio fosse “razionalmente idoneo al conseguimento delle finalità curative e risocializzanti assegnate – accanto alle finalità di prevenzione sociale – alla misura di sicurezza in questione”; si trattava infatti di imputati per i quali le indagini peritali esperite caso per caso avevano escluso la pericolosità sociale, pur rimanendo inalterato il disturbo mentale, situazione che poneva in forte dubbio il criterio presuntivo posto dal legislatore. La Corte ricorda innanzi tutto “la legittimità in via di principio, nel campo delle misure di sicurezza, di tecniche normative di tipizzazione di fattispecie di pericolosità cui collegare l’applicazione di determinate misure”, collegata anche al principio costituzionale di legalità (art. 25, comma 3), che impone “l’esigenza di una determinazione legale sufficientemente precisa dei presupposti delle misure di sicurezza”: così, “rientra, dunque, sempre in via di principio,

⁴⁸⁷ Sent. 8 luglio 1982, n. 139 (GU n. 213 del 4 agosto 1982).

⁴⁸⁸ Cfr. § 6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸⁹ Cfr. § 2 del *Considerato in diritto*.

nella responsabilità del legislatore anche determinare se e quali spazi e criteri d'orientamento sia opportuno lasciare alla discrezionalità o all'apprezzamento tecnico del giudice, in vista dell'adeguamento finalistico delle misure alle situazioni individuali". Tuttavia si poneva come parimenti necessaria "la doverosità del sindacato, alla stregua del principio di uguaglianza, su singole fattispecie di pericolosità costruite in termini "presuntivi" e rigidi, là dove la presunzione di pericolosità non abbia fondamento nell'id quod plerumque accidit ed abbia per conseguenza la indiscriminata applicazione delle misure di sicurezza in situazioni che differiscono fra loro proprio negli aspetti cui la misura ragionevolmente può riferirsi"⁴⁹⁰. La presunzione del legislatore si rivela duplice: da un lato, la corrispondenza tra infermità e pericolosità; dall'altro, quella concernente il perdurare della infermità psichica (e dunque della pericolosità sociale), che portava all'applicazione (obbligatoria ed automatica, fino a che non fossero trascorsi cinque o dieci anni) della misura, anche a distanza di lungo tempo dalla commissione del fatto. E così, non trovando dietro la presunzione né dati d'esperienza suscettibili di generalizzazione, né esigenze di semplificazione probatoria, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale degli artt. 204, 205, n. 2, e 222, comma 1, c.p., nella parte in cui non subordinavano il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario al previo accertamento da parte del giudice dell'esecuzione della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità al tempo dell'applicazione della misura: infatti, "una regola "presuntiva", come quella implicita nell'art. 222 cod. pen., che imponga di ricostruire il presente dal passato, si rivela pertanto un'inversione totale della logica del giudizio scientifico, su cui poggia qualsiasi ragionevole disciplina dell'infermità di mente"⁴⁹¹. Così, conclude la Consulta, "perfetta coerenza e continuità, in conclusione, vi è fra la presente decisione e la sent. n. 110/74, nel superamento di un sistema che, se riconosce la legittimità in via di principio della tipizzazione legale di fattispecie di pericolosità, già si è allontanato da un sistema di determinazione della durata delle misure di sicurezza in termini rigidi, agganciati ad ulteriori presunzioni. Il potere di apprezzamento concreto del giudice, che la presente pronuncia ritiene necessario ad evitare ingiustificati livellamenti di situazioni diverse, non è altro se non il potere di non internare in ospedale psichiatrico giudiziario soggetti che, in

⁴⁹⁰ Cfr. § 6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁹¹ Cfr. § 8 del *Considerato in diritto*.

considerazione del loro attuale stato di salute, avrebbero il diritto di ottenere immediatamente la revoca c.d. anticipata”⁴⁹².

Per l’effetto combinato di tale sentenza e del successivamente (e conseguentemente) introdotto art. 31 della L. 663/1986, che è andato ad eliminare formalmente l’art. 204 c.p., la pericolosità sociale non è oggi più inscindibilmente connessa al disturbo psichiatrico, e l’applicazione delle misure di sicurezza, dunque, non più automatica. Secondo l’art. 31 della legge Gozzini: “L’articolo 204 del codice penale è abrogato.

Tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa”.

La pericolosità sociale è così oggi presupposto ineliminabile per l’applicazione di qualsiasi misura di sicurezza, la cui esistenza deve essere accertata concretamente sulla base di ogni singolo caso specifico: prima dal giudice della cognizione, che ordina la misura, e poi dal giudice dell’esecuzione, che ne dispone la concreta applicazione.

2.2. Accertamento della pericolosità sociale: osservazioni critiche⁴⁹³.

L’art. 21 della legge Gozzini attribuisce oggi in via esclusiva al magistrato di sorveglianza la competenza funzionale in ordine all’applicazione in concreto delle misure di sicurezza, e dunque rimane affidato al medesimo soggetto l’accertamento relativo alla sussistenza della pericolosità sociale. La valutazione di quest’ultima deve essere basata sugli elementi disponibili al momento dell’esecuzione della misura, e, come si è visto, è affidata alla considerazione delle circostanze indicate dall’art. 133 c.p.⁴⁹⁴. Criteri dunque estremamente indeterminati, che comportano che tale nozione

⁴⁹² Cfr. § 9 del *Considerato in diritto*.

⁴⁹³ Per un approfondimento sui rapporti tra giudice e perito psichiatrico, sui problemi posti dall’accertamento dell’imputabilità del soggetto alla luce dei nuovi progressi scientifici, e su possibili prospettive di riforma si veda Maria Teresa Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, fasc. 3.

⁴⁹⁴ Secondo questa disposizione: “Nell’esercizio del potere discrezionale indicato nell’articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:

- 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall’oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell’azione;
- 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;
- 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:

- 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;
- 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;
- 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;

ponga ancora oggi svariati problemi, soprattutto con riferimento al momento dell'accertamento giudiziale in concreto, che si configura quale accertamento predittivo, dalla dubbia attendibilità, prognosi criminale che rischia di spostare il nostro diritto penale da diritto del fatto a diritto d'autore⁴⁹⁵. La pericolosità sociale è nozione che andrebbe oggi superata, concetto "misto perché insieme prognostico e diagnostico"⁴⁹⁶. E, si aggiunge, del tutto indefinito.

In ogni caso, il suo accertamento è adesso regolato dal principio del libero convincimento del giudice, senza che quest'ultimo debba necessariamente attenersi alle indicazioni del perito nel disporre il ricovero, purché vi sia adeguata motivazione sotto il profilo sia giuridico che scientifico. Per determinare l'infermità psichica e la pericolosità sociale del soggetto, infatti, il giudice dovrà ovviamente affidarsi ad un giudizio peritale, oggetto negli ultimi anni di svariate contestazioni. In particolare, si sottolinea, mancherebbe una standardizzazione delle procedure, indispensabile per far assurgere la perizia psichiatrica al rango di prova scientifica⁴⁹⁷. Spesso dunque il giudizio risulta approssimativo e automatico, non supportato da alcuna analisi o riflessione. A questo proposito, Alessandro Margara parla di una sostanziale "accettazione acritica delle conclusioni della perizia"⁴⁹⁸.

Ancora, la psichiatria e le valutazioni di posizioni soggettive del tecnico, mal si conciliano con le esigenze di certezza che caratterizzano l'attività giurisdizionale. Inoltre, al perito è richiesta una valutazione sulla infermità psichica dell'individuo, sicuramente di sua competenza, fornendo ai giudici un supporto dotato di validità scientifica, e un'altra sulla pericolosità sociale del medesimo soggetto, a cui solitamente non sono in grado di rispondere⁴⁹⁹, e che finisce nuovamente in una presunzione legata all'esistenza della malattia psichica. La pericolosità sociale, infatti, è un concetto giuridico, non rientra nel sapere scientifico, privo di indici di rilevabilità empirica, e

4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo".

⁴⁹⁵ Andrea Pugiotto, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori)*, cit.

⁴⁹⁶ Daniele Piccione, *Politica delle libertà costituzionali e soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 6.

⁴⁹⁷ Maria Teresa Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso" del reato*, cit., p. 270.

⁴⁹⁸ *Le tipologie giuridiche dell'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario e i loro presupposti*, in Alberto Manacorda (a cura di), *Folli e reclusi*, cit., p. 71.

⁴⁹⁹ Adelmo Manna, *Sull' "abolizione" degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013; e allo stesso modo, per un maggiore approfondimento, vedi Maria Teresa Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, cit.

sulla cui portata vi sono profonde discussioni anche all'interno della stessa dottrina giuridica. E difatti, l'autore citato in nota, propone di sostituire tale concetto con l'espressione "bisogno di terapia"⁵⁰⁰, applicando la misura del ricovero solo ove vi sia un effettivo rischio di recidiva, oltre all'implicito presupposto della commissione di un fatto di reato.

3. Il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario: presupposti, campo di applicazione e disciplina.

Si può ora passare all'analisi della specifica misura di sicurezza rilevante ai fini della presente trattazione, ovvero il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, disciplinato innanzi tutto dall'art. 222 c.p. Dunque, occorre innanzi tutto tenere presenti due norme del codice penale che regolano l'imputabilità⁵⁰¹, presupposto della responsabilità penale del soggetto e condizione che deve mancare in chi venga successivamente internato. Le due disposizioni sono l'art. 85, secondo cui: "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile.

È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere"; e l'art. 88, a norma del quale: "Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere".

Presupposti per il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario sono quindi il vizio totale di mente determinato da infermità psichica⁵⁰² (o intossicazione cronica da alcool o da

⁵⁰⁰ Tale proposta ha trovato accoglimento anche nel Progetto Pisapia di riforma del codice penale, che prevedeva per i non imputabili una "misura di cura e di controllo", da applicarsi "tenendo conto delle necessità della cura".

⁵⁰¹ Questa viene definita da Donato D'Auria come "capacità di colpevolezza, presupposto per la rimproverabilità al soggetto di un determinato comportamento da lui posto in essere" (*Un primo passo verso la sanitarizzazione del trattamento sanzionatorio dei non imputabili in attesa di una riforma complessiva dell'imputabilità*, in *Cass. Pen.*, 2014, fasc. 2).

⁵⁰² Anche l'infermità è nozione che ha impegnato per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza. Dirimente in merito è stata la sentenza delle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione del 25 gennaio 2005, n. 9163, che ha definitivamente superato il dogma della tassatività delle cause che possono escludere o diminuire la capacità di intendere e di volere, prescrivendo che ai fini dell'imputabilità "è necessario accertare, in concreto, se e in quale misura [l'infermità] abbia inciso, effettivamente, sulla capacità di intendere e di volere, compromettendola del tutto o grandemente scemandola. [...] I disturbi della personalità..., quand'anche non inquadrabili nelle figure tipiche della nosografia clinica inscrivibili al più ristretto novero delle 'malattie' mentali, possono costituire anch'esse 'infermità', anche transeunte, rilevante ai fini degli artt. 88 e 89 c.p., ove determinino lo stesso risultato di pregiudicare, totalmente o grandemente, le capacità intellettive e volitive". Inoltre, deve sussistere un nesso causale tra l'infermità e

sostanze stupefacenti, o sordomutismo), la commissione di un delitto non colposo, punito nel massimo con la reclusione superiore a due anni, e il conseguente proscioglimento per non imputabilità. In presenza di tali condizioni è allora possibile applicare la misura di sicurezza detentiva del ricovero in OPG, sempre previo accertamento da parte del giudice dell'esecuzione della persistente pericolosità sociale derivante dall'infermità (sentenza Corte costituzionale n. 139/1982).

La durata dell'internamento è stabilita dalla legge nel minimo, a seconda della pena edittale stabilita per la figura di reato integrata, tenendo conto di tutte le circostanze, aggravanti ed attenuanti, incidenti sulla gravità del fatto e sulla pericolosità dell'autore: "salvo che si tratti di contravvenzioni o di delitti colposi o di altri delitti per i quali la legge stabilisce la pena pecuniaria o la reclusione per un tempo non superiore nel massimo a due anni, nei quali casi la sentenza di proscioglimento è comunicata all'autorità di pubblica sicurezza" (art. 222, comma 1, c.p.⁵⁰³), il tempo non può essere inferiore a due anni; "se per il fatto commesso la legge stabilisce la pena della reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a dieci anni", invece, la durata minima della misura di sicurezza non potrà essere inferiore a cinque anni; infine, "se per il fatto commesso la legge stabilisce l'ergastolo", la durata minima di esecuzione sarà di dieci anni (art. 222, comma 2, c.p.). Ciò che la legge non prescrive è la durata massima del ricovero, sganciando così completamente la sanzione dalla gravità del fatto.

Ma i soggetti previsti dall'art. 222 c.p. e appena ricordati non sono gli unici a cui possa essere applicata la misura di sicurezza in questione, rientrando tra i possibili destinatari inoltre:

- a) soggetti sottoposti a misura di sicurezza provvisoria in quanto riscontrati affetti da disturbo mentale durante l'istruzione o il giudizio (art. 206 c.p.);
- b) condannati a pena diminuita per vizio parziale di mente, dei quali sia stata accertata la pericolosità sociale (art. 89 c.p.);
- c) condannati definitivi con infermità psichica sopravvenuta (prima o durante l'esecuzione della pena), tale da impedire l'esecuzione della pena (art. 148

il reato, tale per cui il secondo sia espressione e conseguenza diretta della prima (Donato D'Auria, *Un primo passo verso la sanitarizzazione del trattamento sanzionatorio dei non imputabili in attesa di una riforma complessiva dell'imputabilità*, cit.).

⁵⁰³ Per inciso, la Corte costituzionale, con sent. 24 luglio 1998, n. 324 (GU n. 30 del 29 luglio 1998) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questo comma nella parte in cui prevede l'applicazione anche ai minori della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, senza tenere in debito conto le "specifiche esigenze proprie dell'età minorile".

- c.p.)⁵⁰⁴;
- d) soggetti sottoposti a misura di sicurezza detentiva non psichiatrica colpiti da infermità psichica (art. 212 c.p.);
 - e) soggetti sottoposti al regime della casa di cura e custodia, previo accertamento della persistente pericolosità sociale (art. 219 c.p.);
 - f) condannati e imputati bisognosi di osservazione psichiatrica (artt. 112, comma 1 e 2, d.P.R. 230/2000⁵⁰⁵);
 - g) minorati psichici colpiti, durante la detenzione, da un'infermità psichica inidonea a dar luogo al ricovero *ex* artt. 219 e 222 c.p. (art. 111, comma 5, d.P.R. 230/2000).⁵⁰⁶

Una forte eterogeneità di individui, che fa dell'OPG “uno spazio fisico dalla natura giuridica multiforme”⁵⁰⁷.

Per quanto riguarda infine il riesame, la proroga, l'estinzione e la revoca dell'ordine di ricovero, questi seguono la disciplina generale dettata dal codice penale per tutte le misure di sicurezza. Quindi, la revoca sarà concessa qualora risulti la cessazione della pericolosità sociale, anche prima che sia decorso il termine di durata minima stabilito dalla legge (art. 207 c.p.); il riesame delle condizioni dell'internato e della sua pericolosità sociale, invece, avrà luogo allo scadere del termine minimo di durata, e porterà ad una nuova proroga o ad una revoca della misura (art. 208 c.p.). In ogni caso, “quando vi sia ragione di ritenere che il pericolo sia cessato, il giudice può, in ogni tempo, procedere a nuovi accertamenti” (art. 208, comma 2, c.p.).

3.1. La proroga del ricovero: il c.d. ergastolo bianco.

Merita qualche cenno separato la proroga della misura del ricovero in OPG, la cui disciplina ha portato la dottrina ad individuare un terzo tipo di ergastolo nel nostro ordinamento, il c.d. ergastolo bianco. La proroga può essere disposta, con assoluta

⁵⁰⁴ Da notare che il tempo che il detenuto trascorre in OPG non entra nel conto della pena che deve scontare!

⁵⁰⁵ D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà* (GU n. 195 del 22 agosto 2000).

⁵⁰⁶ Alberto Manacorda (a cura di), *Folli e reclusi. Una ricerca sugli internati negli ospedali psichiatrici giudiziari italiani*, La Casa Usher, Firenze, 1988 e Maria Antonietta Farina Coscioni, *Matti in libertà. L'inganno della “legge Basaglia”*, Editori Internazionali Riuniti, 2011.

⁵⁰⁷ Marco Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 122.

discrezionalità, per infinite volte: a prescindere dalla condanna prevista per il reato commesso, si rischia di rimanere internati per sempre, ed è questo il motivo per cui tale regime viene anche definito ergastolo bianco. Secondo il disposto dell'art. 208 c.p., infatti, decorso il periodo minimo di durata, il magistrato di sorveglianza "riprende in esame le condizioni della persona che vi è sottoposta, per stabilire se essa è ancora socialmente pericolosa". Qualora questo accertamento risulti positivo, "il giudice fissa un nuovo termine per un esame ulteriore".

E così all'infinito. In gergo si chiama stecca: è il rinnovo periodico dell'internamento. È ovviamente disposto, come si è visto, che la misura debba essere revocata, qualora la pericolosità risulti non essere più presente, ma questo non è ciò che poi accade nella prassi: qualora infatti la famiglia o le strutture sanitarie territoriali non siano in grado di prendere in carico l'internato, la proroga interviene comunque, "si resta rinchiusi *sine die* in un luogo che è un *mix* tra manicomio e galera". Per dare un'idea della non astrattezza di tali argomentazioni, si noti che al 18 novembre 2011, dei 368 internati dichiarati dimissibili, solo 101 hanno effettivamente lasciato le strutture; si calpestando così i diritti costituzionali di tali individui, infliggendo una detenzione sicuramente illegittima ed ingiustificata⁵⁰⁸. Inoltre, nella relazione finale sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari della "commissione Marino" (di cui si dirà *infra*) si legge: "sovente la proroga risulta disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, ma bensì per la carenza di strutture residenziali riabilitative esterne, che dovrebbero essere individuate e messe a disposizione dai competenti Dipartimenti di salute mentale. In questo modo, il luogo della cura e dell'esecuzione della misura di sicurezza sembra essere condizionato dall'inefficienza dei Servizi psichiatrici, i quali non riescono a provvedere alle necessità più complesse e gravose dei pazienti psichiatrici autori di reato".

3.2. Il ricovero come extrema ratio: la sentenza della Corte costituzionale 253 del 2003.

In presenza dei presupposti analizzati, il ricovero in OPG era originariamente

⁵⁰⁸ Andrea Pugiotto, *La follia giuridica dell'internamento nei manicomi criminali*, in Franco Corleone e Andrea Pugiotto (a cura di), *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Ediesse, Roma, 2013, pp. 117-118.

automatico e inevitabile, rispondendo ad esigenze di sola difesa sociale. Interviene tuttavia in materia, di nuovo, la Corte costituzionale, a prescrivere che cura e controllo dell'infermo di mente debbano stare in perfetto equilibrio, senza che nessuna delle due finalità possa prevaricare l'altra. La Consulta dunque, con la sentenza 253/2003⁵⁰⁹, dichiara l'art. 222 c.p. incostituzionale nella parte in cui non consente al giudice, nei casi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale. Il giudice remittente riteneva che la rigidità dei criteri legali per l'adozione della misura segregante del ricovero in OPG nel caso di maggiorenne totalmente incapace e socialmente pericoloso, e la conseguente impossibilità di ricorrere ad altre misure (come avveniva invece per il seminfermo di mente e per il minore non imputabile⁵¹⁰), stabilendo la legge una presunzione di maggiore pericolosità di tali soggetti non confortata da alcun rilievo scientifico, realizzasse una disparità di trattamento. Ciò che veniva chiesto era la possibilità per il giudice di disporre misure diverse quando in concreto il ricovero non apparisse adeguato alle caratteristiche del soggetto, alle sue esigenze terapeutiche e al livello della sua pericolosità: il giudice doveva essere libero di vagliare soluzioni "coerenti con le valutazioni medico-legali". La Corte muove dalla premessa che la qualità di infermi degli imputati in questione richieda misure a contenuto terapeutico, ma allo stesso tempo atte a contenere la pericolosità sociale e a tutelare la collettività: le misure di sicurezza in questione, quindi, "si giustificano, in un ordinamento ispirato al principio personalista (art. 2 della Costituzione), in quanto rispondano contemporaneamente a entrambe queste finalità, collegate e non scindibili"⁵¹¹. Di conseguenza, prosegue il ragionamento, ove il ricovero recasse danno, anziché

⁵⁰⁹ Sent. 18 luglio 2003, n. 253 (GU n. 29 del 23 luglio 2003). Per un commento, si vedano Massimo Minniti, *La Consulta apre la strada a misure più flessibili rispetto all'Opg. Malattia psichica e giustizia, un problema irrisolto*, in *Diritto e giustizia*, 2003, n. 32 e Maria Teresa Collica, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, n. 3.

⁵¹⁰ La Corte, con sentenza 324/1998, aveva infatti riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'automatismo del ricovero in OPG del minore totalmente incapace, in quanto è necessario prendere in considerazione le esigenze peculiari del minore d'età nell'ambito del trattamento sanzionatorio da riservare agli stessi. Prima ancora, con la sentenza 12 gennaio 1971, n. 1 (GU n. 22 del 27 gennaio 1971), aveva giudicato arbitraria la presunzione, stabilita nell'art. 224, comma 2, c.p., di pericolosità dei minori di quattordici anni, laddove rendeva obbligatorio e automatico il ricovero per almeno tre anni in riformatorio giudiziario.

⁵¹¹ Cfr. § 2 del *Considerato in diritto*.

vantaggio, alla salute del paziente, questo non potrebbe mai ritenersi giustificato da esigenze di protezione della collettività. L'illegittimità dell'articolo (per la precisione, dell'automatismo in esso contenuto) in questione è consequenziale, e il ricovero in OPG diventa una misura da intendersi come *extrema ratio*, secondo una rigida applicazione del principio di sussidiarietà. La Corte suggerisce, tra le alternative al momento attuabili, l'applicazione della libertà vigilata, arricchita di prescrizioni a contenuto terapeutico, giudicata idonea a contemperare le opposte esigenze di cura dell'infermo e di controllo della sua pericolosità sociale.

4. Il monito del Consiglio d'Europa.

Mentre il nostro ordinamento si adattava alle nuove prescrizioni costituzionali e cercava di trovare un equilibrio tra le opposte esigenze di tutela della collettività e diritti fondamentali dell'individuo, due organi del Consiglio d'Europa visitavano il nostro Paese. Così, accanto ai problemi astratti creati da norme emanate prima dell'entrata in vigore della Costituzione, si poneva un ulteriore problema concreto, ovvero sia le condizioni materiali cui sono sottoposti gli internati, fonte di grande preoccupazione europea.

Alvaro Gil-Robles, primo commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, dopo una visita in Italia dal 10 al 17 giugno 2005, suggeriva un'umanizzazione degli ospedali psichiatrici giudiziari: egli indicava infatti nel suo rapporto come le condizioni e i criteri di detenzione negli OPG fossero fonte di forte preoccupazione, e la mancanza di infrastrutture, in perenne sovraffollamento, disponibili, comportasse conseguenze inaccettabili per i malati. Parlando poi nello specifico di ospedali psichiatrici giudiziari, venivano scritte parole allarmanti: "vengono chiamati ospedali, ma sono in realtà delle strutture penitenziarie gestite dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministro della Giustizia... Le strutture mi sono parse vetuste, tali da offrire ai ricoverati condizioni di vita ai limiti della decenza, malgrado i considerevoli sforzi del personale dirigente. L'istituto manca veramente di mezzi necessari sia per ristrutturare certi spazi e sostituire il mobilio ormai vetusto, che per garantire effettività e programmi diversificati... In una società prospera e benevola come quella dell'Italia, è difficile ammettere che persone colpite da malattie mentali molto gravi finiscano in strutture

penitenziarie, per mancanza di strutture non giudiziarie disponibili”⁵¹².

Inoltre, dal 14 al 26 settembre 2008, una delegazione del CPT effettuava una visita in uno degli ospedali psichiatrici italiani, nello specifico quello di Aversa, Filippo Saporito. Nel suo rapporto, l’organo poneva in evidenza i casi di maltrattamento denunciati dai detenuti, il sovraffollamento, le scadenti condizioni della struttura e la necessità di migliorare il regime quotidiano di degenza dei pazienti, oltre a sottolineare la presenza di pazienti trattenuti oltre lo scadere del termine previsto nell’ordine di internamento, e altri trattenuti pur in assenza di una reale necessità terapeutica. Secondo le testuali parole del rapporto: *“At this time, the CPT would like to underline the totally unacceptable situation at the OPG at Aversa, concerning the conditions and procedures followed with regard to the physical restraint of patients. In the view of the CPT, the situation observed appears tantamount to inhuman and degrading treatment. [...] To sum up, the delegation observed a material environment with hardly any therapeutic value, which, combined with a very limited daily regime, is, in the opinion of the CPT, likely to worsen the condition of patients, most of whom have serious problems regarding contact with reality and relations with others”*. E preoccupano anche le parole di Marc Neve, portavoce e componente del CPT, che al termine dell’ispezione afferma: *“è inimmaginabile quello che ho visto. Mobili disgustosamente sporchi, topi nel cortile, mancanza delle attrezzature più elementari e strumentazione medica risalente anche a trentacinque anni fa”*.

5. Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: l’art. 3-ter del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211.

Viste le molteplici criticità poste dal sistema, nel 2010 veniva istituita una commissione di inchiesta del Senato della Repubblica sull’efficacia e l’efficienza del Servizio Sanitario Nazionale, presieduta dal senatore Ignazio Marino, che portava alla ribalta (in Italia) il problema dell’internamento e le pietose condizioni cui erano sottoposti i pazienti degli ospedali psichiatrici giudiziari. Le ispezioni effettuate nelle sei strutture presenti sul territorio evidenziavano una situazione grave e drammatica, e mostravano

⁵¹² *Rapporto del commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa*, integralmente riportato in Maria Antonietta Farina Coscioni, *Matti in libertà*, cit.

come negli OPG si assistesse a “pratiche cliniche inadeguate e, in alcuni casi, lesive della dignità della persona”. Frutto dell’attività d’indagine e istruttoria della commissione è una proposta legislativa tradottasi in emendamento al d.l. 211/2011⁵¹³, convertita nella L. 9/2012⁵¹⁴. Così, nel decreto c.d. “svuota carceri” le Camere inseriscono un emendamento “svuota OPG”⁵¹⁵, stabilendo che a decorrere dal 31 marzo 2013 la misura di sicurezza del ricovero in OPG venisse eseguita esclusivamente all’interno delle strutture sanitarie. Si cercava di superare la logica manicomiale, lasciando la cura dell’infermità mentale in luoghi di “normalità”. Si cercava di porre fine a quell’ “inganno di una società che – da un lato – non condanna un cittadino colpevole di un reato, in ragione della sua patologia che lo rende giuridicamente incapace, mentre – dall’altro – lo priva comunque della sua libertà e, cosa ancora più grave, della sua dignità, in nome del suo diritto a essere curato”⁵¹⁶.

Ancora una volta un tema pressante in materia di emergenze penitenziarie trova dunque accoglimento e concretizzazione in un “intervento dettato dall’urgenza che, senza modificare la disciplina vigente, permettesse una nuova organizzazione dei luoghi deputati all’esecuzione delle misure di sicurezza detentiva, con particolare attenzione all’elaborazione di programmi terapeutici individuali”⁵¹⁷.

Fa così ingresso nel nostro ordinamento l’art. 3-ter, aggiunto al d.l. 211/2011 dalla L. 9/2012, recante “disposizione per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari”. Superamento che tuttavia non significa abolizione delle misure di sicurezza detentive, ma solo superamento della loro concreta configurazione nella prassi, verso una piena umanizzazione delle stesse.

Secondo le nuove direttive, tre sono i criteri che devono guidare l’azione normativa:

- a) esclusiva gestione sanitaria all’interno delle strutture;
- b) attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna, ove necessario in

⁵¹³ D.L. 22 dicembre 2011, n. 211, *Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri* (GU n. 297 del 22 dicembre 2011).

⁵¹⁴ L. 17 febbraio 2012, n. 9, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, recante interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri* (GU n. 42 del 20 febbraio 2012).

⁵¹⁵ Andrea Pugiotto, *L’ergastolo nascosto (e altri orrori)*, cit.

⁵¹⁶ Stefano Caracciolo, *A proposito di Matti in libertà. L’inganno della “legge Basaglia”* (di Maria Antonietta Farina Coscioni, Editori Internazionali Riuniti, 2011), in Franco Corleone e Andrea Pugiotto (a cura di), *Volte e maschere della pena*, cit., pp. 110-114.

⁵¹⁷ Giulia Valvo, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: la delicata attuazione dell’art. 3-ter d.l. 211/2011*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

- relazione alle condizioni dei soggetti interessati, da svolgere nel limite delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente;
- c) destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma, dal territorio regionale di ubicazione delle medesime.

Inoltre, si prescrive l'immediata dimissione⁵¹⁸ dei soggetti non più pericolosi, che dovranno essere affidati al Dipartimento di salute mentale territorialmente competente. Non si procede, quindi, alla totale abolizione degli OPG, ma al loro rimpiazzo con una nuova e diversa struttura sanitaria, quale luogo di esecuzione delle misure di sicurezza detentive, senza modificare la disciplina dettata dal codice penale e dalla legge sull'ordinamento penitenziario, delineando l'assetto organizzativo e strutturale cui dovranno conformarsi i nuovi impianti. Tuttavia, il successivo d.l. 24/2013 (convertito in L. 57/2013), ha prorogato di un anno, alla data del 1° aprile 2014, la chiusura definitiva degli OPG.

6. Le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza.

Il decreto attuativo del 1° ottobre 2012 prevede dunque la sostituzione degli OPG con le REMS, residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, strutture a base regionale, che dovranno organizzarsi sulla base dei criteri *supra* citati. Criterio guida della sanitarizzazione dunque, con l'obbligo di conformarsi ai regolamenti ospedalieri ed esclusione della polizia penitenziaria, enfatizzando il ruolo della cura rispetto al controllo e alla custodia⁵¹⁹, sconfessando il regime paracarcerario degli OPG, frutto di una "ambigua ideologia risalente alla codificazione del 1930, che assegnava a tali strutture il duplice compito di curare e di difendere la collettività dei sani dal 'precipitato' della pazzia di quanti avessero già delinquito"⁵²⁰. Le nuove strutture, poi, potranno ospitare un massimo di venti pazienti (al fine di garantire un programma individualizzato di cura), con camere preferibilmente con uno o due posti letto, fino ad

⁵¹⁸ "Senza indugio", stando al tenore letterale della norma; espressione, per inciso, che ha ben poco di giuridicamente vincolante.

⁵¹⁹ Francesca Federici, *Il superamento degli O.P.G.: una riforma possibile?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

⁵²⁰ Franco Della Casa, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013.

un massimo di quattro, per la gestione dei quali si prevede la dotazione di medici psichiatri, psicologi, infermieri, terapisti della riabilitazione psichiatrica, educatori e operatori socio-sanitari⁵²¹. Inoltre, si cerca di agire sul piano dell'annoso problema dei cc.dd. ergastoli bianchi, cioè della situazione degli internati che, come detto, si vedono disporre una serie di proroghe della misura di sicurezza soltanto per la mancanza di adeguate soluzioni alternative alla loro permanenza nell'OPG: viene così finalmente istituito un termine massimo di durata della misura di sicurezza. E, osserva Franco Della Casa⁵²², una tale precedente situazione non può essere interamente addebitata alla magistratura di sorveglianza: i dipartimenti territoriali di salute mentale, infatti, sono stati molto spesso latenti, mancanti sulla compilazione di programmi individualizzati, rendendo l'eventuale dimissione degli internati un vero e proprio "salto nel buio".

Resta infine da citare l'ultimo provvedimento intervenuto in materia, il d.l. 52/2014⁵²³, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, convertito dalla L. 81/2014⁵²⁴. Tale disciplina, innanzi tutto, proroga per la seconda volta il termine stabilito per la chiusura di tali strutture, facendolo slittare al 31 marzo 2015. Si leggeva esplicitamente in chiusura della prima Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione delle iniziative per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, aggiornata al 30 settembre 2014, che sarebbe verosimilmente stata necessaria una terza proroga⁵²⁵. Tuttavia, al momento attuale, il termine risulta scaduto, e nessuna ulteriore proroga è intervenuta. Molti operatori manifestano la propria incertezza intorno alla possibilità di offrire strutture adeguate in tempi brevi, essendo le Regioni, cui viene demandata l'attuazione delle REMS, molto indietro nei lavori, ma la chiusura degli attuali istituti è ormai inevitabile⁵²⁶.

⁵²¹ Giulia Valvo, *Il superamento degli O.P.G.*, cit.

⁵²² *Basta con gli OPG!*, cit.

⁵²³ D.L. 31 marzo 2014, n. 52, *Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari* (GU n. 125 del 31 maggio 2014).

⁵²⁴ L. 30 maggio 2014, n. 81, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari* (GU n. 125 del 31 maggio 2014).

⁵²⁵ Giulia Alberti, *Chiusura degli OPG: si profila un'ennesima proroga del termine*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

⁵²⁶ La "Seconda Relazione trimestrale al Parlamento sul Programma di superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari" dice infatti testualmente che: "l'Organismo di coordinamento delle Amministrazioni centrali e Regionali ha preso atto del fatto che sarebbe impossibile adempiere al dettato normativo della chiusura degli OPG alla data del 31 marzo 2015, se si attendesse il completamento del

6.1. Le novità apportate dalla normativa.

La novità più importante introdotta dalla normativa in questione è la previsione di un inedito termine di durata massima delle misure di sicurezza detentive, le quali non possono ora superare la durata massima della pena detentiva comminata per il reato commesso, ai sensi dell'art. 1, comma 1-*quater*, d.l. 52/2014; tuttavia, prosegue la norma, tale disposizione non si applica ai condannati all'ergastolo, non avendo tale pena una fine cui fare riferimento per l'interruzione della misura. Bisogna qui prestare particolare attenzione: essendo il ricovero in OPG misura di sicurezza e non pena, agli internati non risulteranno certo applicabili le misure alternative alla detenzione. Potrà soltanto aversi la libertà vigilata, qualora, al momento dell'applicazione, il ricovero non dovesse palesarsi opportuno e idoneo alla cura della persona. E allora, se la Consulta ha ripetutamente salvato l'ergastolo in quanto non-ergastolo (vista la effettiva possibilità per il reo, rieducato o collaboratore, di uscire dal carcere), un tale regime, pare a chi scrive, potrebbe incontrare delle difficoltà ad uscire indenne da un eventuale giudizio di legittimità costituzionale.

Più in generale, comunque, il decreto-legge in questione apporta rilevanti modifiche alla disciplina delle misure di sicurezza detentive. Innanzi tutto viene positivizzato il principio di sussidiarietà di tali misure, potendo il ricovero essere disposto solo quando ogni altra misura risulti inadeguata ad assicurare cure adeguate e a far fronte alla pericolosità sociale del soggetto. Il ricovero si configura dunque quale *extrema ratio*, regola essendo invece l'applicazione di misure diverse, anche se provvisorie⁵²⁷. Inoltre, vengono introdotti due nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale dell'individuo: dovranno essere valutate le qualità soggettive della persona (senza che possano trovare rilievo le condizioni previste dall'art. 133, comma 2, n. 4, c.p. – e cioè

processo di realizzazione delle REMS prefigurato dai progetti a suo tempo predisposti dalle Regioni e successivamente valutati e autorizzati dal Ministero della salute con i propri decreti. [...] Tutte le Amministrazioni rappresentate nell'organismo di coordinamento hanno convenuto sulla assoluta necessità di individuare con urgenza soluzioni residenziali 'transitorie', in strutture da identificare ed allestire in tempi contenuti, per garantire il rispetto della scadenza fissata dalla legge, assicurando, comunque, i necessari ed appropriati interventi terapeutici riabilitativi in favore dei soggetti ospitati".

⁵²⁷ Cfr. art. 1, comma 1, lett. b), d.l. 52/2014: "Il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale".

le “condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo”) e la mancanza di programmi terapeutici individuali non potrà costituire elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale, motivo, nella vigenza del precedente regime, di infinite proroghe⁵²⁸. Così, le condizioni socio-economiche dell’individuo e la mancanza di un progetto terapeutico individuale non assurgono più a presupposti di un automatico internamento. Tale ultima modifica, per inciso, è stata critica da parte della dottrina, e portata al vaglio della Corte costituzionale⁵²⁹. Tuttavia, il legislatore sembra muoversi nella giusta direzione, avendo in parte eliminato gli ostacoli che si frapponevano tra l’individuo internato e il suo diritto, costituzionalmente garantito, alla libertà personale. Ancora, viene positivizzato l’obbligo di immediata dimissione di tutti gli internati non più socialmente pericolosi e bisognosi di cure: entro 45 giorni dall’approvazione della legge, le Regioni sono dunque tenute a trasmettere al Ministero della salute e alla competente autorità giudiziaria i programmi di dimissione di ciascun individuo, motivando puntualmente le ragioni che dovessero portare a protrarre l’internamento, comunque eccezionale e transitorio⁵³⁰. Qualora, dunque, la magistratura di sorveglianza ritenga che nessuna limitazione della libertà personale possa più essere disposta nei confronti del soggetto interessato, questo dovrà essere affidato alle cure dei presidi sanitari competenti per territorio, onde assicurare continuità al percorso di riabilitazione avviato, al fine di garantire il benessere psicofisico dell’individuo e la sicurezza della collettività. Qualora, invece, la magistratura di sorveglianza ritenga la persistenza della pericolosità sociale dell’individuo, la scelta si porrà tra proseguo della misura detentiva (in apposita, diversa, struttura) e disposizione della libertà vigilata.

E risulta chiaro come l’indicazione della necessaria dimissione e l’esclusione della rilevanza della “mancanza di programmi terapeutici individuali” e delle “condizioni di

⁵²⁸ Gian Luigi 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: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

⁵²⁹ Per un approfondimento, si veda Raffaele Bianchetti, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente. Tribunale di sorveglianza di Messina, ordinanza del 16 luglio 2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

⁵³⁰ Cfr. art. 1, comma 1-ter, d.l. 52/2014: “Per i pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l’eccezionalità e la transitorietà del proseguo del ricovero”.

Larga parte della dottrina e la “Relazione al Parlamento sul Programma di superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, ai sensi del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, convertito dalla legge 30 maggio 2014, n. 81” sottolineano come nei mesi successivi all’entrata in vigore della legge in questione si sia rilevata una diminuzione delle presenza degli internati, in linea dunque con l’intervento legislativo.

vita individuale, familiare e sociale” (art. 133, comma 2, n. 4, c.p.) per la valutazione della pericolosità sociale siano intimamente connesse: le prescrizioni si rivolgono infatti ai “dimissibili”, a tutti quegli individui che hanno subito negli anni infinite proroghe solo sulla base di fattori esterni e irrilevanti alla loro pericolosità⁵³¹.

Per concludere, bisogna osservare come il percorso di riforma intrapreso dal legislatore sia sicuramente degno di approvazione, ma non ancora completo. Pur muovendosi nella giusta direzione, serve ancora una riforma del codice penale, che permetta di adeguarsi ai nuovi orizzonti scientifici in tema di pericolosità sociale e trattamento sanitario, ed un completo superamento di strutture che non devono più ricordare delle carceri, con condizioni, se possibile, ancora più inumane e degradanti di quelle di queste ultime; oltretutto un percorso di sensibilizzazione sociale verso tematiche che, per ignoranza e paura, vengono troppo spesso ignorate o denigrate, cercando di allontanare dall’“universo dei sani” problemi che solo in apparenza non ci riguardano. In una società civile e democratica, infatti, quale si professa la nostra, non si possono chiudere gli occhi davanti a violazioni così palesi dei diritti umani, fondamentali e (almeno sulla carta) inviolabili; il malato psichiatrico non può più essere semplicemente escluso o neutralizzato.

Chiudendo con una efficace frase di Maria Teresa Collica, “l’evoluzione della psichiatria e della farmacologia consentirebbe oggi una maggiore capacità sia di controllo che terapeutica con rimedi alternativi, che non può più essere trascurata. Se paragonato ai nuovi possibili interventi, l’internamento nell’O.P.G. appare dunque oltre che antiterapeutico, anche inidoneo allo scopo di difesa sociale con cui se ne giustifica il mantenimento, in quanto le condizioni che lo caratterizzano finiscono per alimentare, anziché contenere, comportamenti violenti degli internati”⁵³².

Ed il timore che le nuove REMS possano di fatto trasformarsi in mini-OPG è diffuso, fondato e sempre presente. Occorrerà attendere la piena attuazione del nuovo programma per verificare se i buoni propositi del legislatore siano riusciti a concretizzarsi anche nella pratica.

⁵³¹ Francesco Schiaffo, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e ‘spessori normativi’*, cit.

⁵³² *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”*, in *Diritto penale contemporaneo*, cit.

7. *Gli aspetti problematici della disciplina italiana alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

È adesso necessario, in quanto oggetto del presente lavoro, vagliare il sistema italiano alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, onde verificare la compatibilità delle scelte legislative interne con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo come interpretata dalla Corte. Si sono viste, nel capitolo dedicato al sistema convenzionale, le sentenze pronunciate, in tema di ospedali psichiatrici, nei confronti della Germania, ordinamento fondato anch'esso sul sistema del doppio binario, per molti aspetti analogo a quello italiano. È dunque possibile cercare di immaginare, in parte, quali sarebbero le conclusioni della Corte europea qualora la nostra legislazione dovesse essere portata al suo cospetto⁵³³.

La Germania, così come l'Italia, prevede la detenzione fondata sulla pericolosità del soggetto interessato, anziché sulla sua colpevolezza. Tale detenzione, in entrambi gli ordinamenti, fa parte del sistema delle misure di sicurezza, estraneo al diritto penale strettamente inteso. E questo comporta, in entrambi gli ordinamenti, la possibilità di non prevedere una durata massima della reclusione, protratta per tutto il tempo in cui sia riscontrabile nell'individuo quell'evanescente concetto di pericolosità sociale. Le differenze tra i due ordinamenti stanno invece nell'individuazione dei soggetti che possono essere interessati dalla misura: rei imputabili, nel caso della Germania, tuttavia portati a commettere reati a causa delle loro tendenze criminali e dunque a serio rischio di recidivanza, e rei non imputabili, nel nostro caso, in quanto giudicati incapaci di intendere e di volere, pericolosi in sintesi perché infermi di mente, secondo quella presunzione che abbiamo visto a poco a poco scemare; inoltre, nel caso della Germania, la misura della custodia di sicurezza non risulta generalizzata, ma rivolta ad una selezionata criminalità abituale specifica, mentre nel nostro ordinamento non assume

⁵³³ È stata pronunciata una sola sentenza, nei confronti dell'Italia, in tema di misure di sicurezza (sent. 23 febbraio 1984, *Luberti c. Italia*, ric. n. 9019/80), tuttavia ai presenti fini non rilevante. La Corte ha infatti condannato l'Italia per il mancato rispetto dei "brevi termini" entro cui, ai sensi dell'art. 5 § 4 CEDU, un tribunale deve decidere sulla legalità della detenzione di un individuo privato della propria libertà personale. Comunque, nella sentenza, vengono ribaditi e precisati alcuni importanti principi che verranno vagliati nel proseguo: che le autorità statali devono costantemente controllare le condizioni mentali degli alienati privati della libertà, in modo da poter tempestivamente verificare l'avvenuta cessazione delle ragioni di validità dell'internamento, e garantire all'interessato il diritto al riesame di detto internamento da parte di un giudice, ad intervalli ragionevoli e regolari (Emanuele Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 146).

rilevanza alcuna il tipo di reato commesso dal soggetto, essendo la condanna per un reato bagatellare esattamente equivalente⁵³⁴, sul piano delle conseguenze, ad una condanna per violenza sessuale o omicidio. Procediamo, dunque, al detto vaglio.

Per quanto riguarda l'art. 5 CEDU, si è visto che esso consacra il diritto alla libertà e alla sicurezza, e non ammette alcuna privazione di libertà fuori dai casi tassativamente indicati. Sicuramente il ricovero in OPG non potrebbe rientrare nella fattispecie prevista dalla lett. a) dell'articolo in questione, richiedendo essa una detenzione causalmente connessa ad una condanna, mentre nel caso in questione siamo (prevalentemente) al cospetto di un proscioglimento per infermità mentale. Per quanto riguarda la lett. c), neanche questa fattispecie sembra coprire il nostro ricovero: laddove essa richiede motivi fondati di ritenere che sia necessario impedire al reo di commettere un reato, la Corte ha specificato che debba trattarsi di un eventuale crimine concreto e specifico, non autorizzando alcuna politica di prevenzione generale nei confronti di individui che, in ragione del proprio disturbo mentale, possano in generale essere considerati un pericolo per la sicurezza pubblica. Pare invece che potrebbe la Corte valutare l'ordine di internamento in OPG conforme allo scopo della lett. e)⁵³⁵, ovverosia la detenzione di un "alienato", considerato anche l'ampio margine di apprezzamento lasciato agli Stati nell'individuazione di tali soggetti⁵³⁶. Serve allora analizzare le tre condizioni stabilite

⁵³⁴ Si è visto che ovviamente varia, in questi casi, la durata minima di reclusione che può essere inflitta dal giudice; tuttavia, considerata la prassi italiana, le conseguenze sulla libertà dell'individuo non sembrano discostarsi, dato che dall'ospedale psichiatrico giudiziario risulterà quasi impossibile uscire, indipendentemente dai termini iniziali.

⁵³⁵ La disposizione prevede la detenzione delle persone suscettibili di propagare una malattia contagiosa, degli alienati, degli alcolizzati, dei tossicomani e dei vagabondi. Tutte persone vulnerabili dunque, accomunate dal fatto di essere soggetti nei cui confronti la detenzione può essere giustificata per ragioni sanitarie o di sicurezza pubblica, nell'interesse della collettività, ma anche nell'interesse dello stesso individuo interessato dall'applicazione della misura (Sergio Bartole, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Assago, 2012).

⁵³⁶ La Corte, infatti, non ha intenzionalmente voluto fornire una precisa definizione delle persone "of unsound mind", concetto inscindibilmente legato alle continue acquisizioni e scoperte della scienza medico-psichiatrica. Ha tuttavia escluso che la norma permetta di detenere un individuo per la mera considerazione che le sue idee o la sua condotta si discostino dalle regole che predominano in una determinata società (sent. 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, ric. n. 6301/73). Inoltre, due anni dopo, ha ritenuto coerente con la definizione convenzionale la nozione di malattia mentale adottata dal diritto inglese, che parla di: "mental disorder as mental illness, arrested or incomplete development of mind, psychopathic disorder or any other disorder or disability of mind" (sent. 5 novembre 1981, *X. C. Regno Unito*, ric. n. 7215/75). In Sergio Bartole, *Commentario breve alla Convenzione europea*, cit. Così gli Stati membri rimangono liberi nella valutazione della sussistenza di un disturbo psichiatrico, e la Corte interviene *a posteriori* a controllare le decisioni sia sotto il profilo del rispetto delle norme interne

dai giudici di Strasburgo affinché la fattispecie risulti integrata⁵³⁷.

La prima è che il disturbo mentale sia provato in maniera convincente. Per quanto riguarda tale requisito, non sembra che potrebbero crearsi problemi. Nonostante tutti i rilievi svolti sulle criticità poste dall'accertamento della pericolosità sociale e sull'atteggiamento restrittivo e diffidente tenuto dalla scienza medica in merito, non pare a chi scrive che la Corte potrebbe attribuire un peso rilevante a tali argomentazioni. Si è visto infatti, nelle sentenze contro la Germania, che la presenza del riconoscimento, da parte di un'autorità competente, sulla base di una perizia medica oggettiva, di un reale disturbo mentale, è necessaria e sufficiente ad integrare una detenzione legittima. E allora, laddove si tratta di individui prosciolti perché riconosciuti incapaci di intendere e di volere (con l'ausilio di periti tecnici), pare ragionevole pensare che la Corte si riterrebbe soddisfatta.

Per quanto riguarda la seconda condizione, il disturbo mentale deve presentare una natura o un'ampiezza tali da legittimare l'internamento, requisito esteso al punto di ricomprendere i casi in cui l'individuo necessiti di terapia o trattamenti medici per migliorare le sue condizioni, e quelli in cui abbia bisogno di controllo e supervisione per prevenirlo dal commettere ulteriori reati: la detenzione deve risultare necessaria in relazione agli scopi (di cura, in questo caso) perseguiti. Caduti gli automatismi previsti dall'originaria disciplina, grazie all'effetto combinato delle sentenze della Corte costituzionale 139/1982 e 253/2003 e della legge 663/1986, sulla carta la nostra disciplina non dovrebbe porre problemi. Inoltre, con le più recenti modifiche normative è stato posto l'obbligo di immediata dimissione dei soggetti non più pericolosi, da affidare ai presidi sanitari territorialmente competenti, e il principio di sussidiarietà della misura del ricovero: così, teoricamente, non dovrebbero porsi questioni in merito alla stretta necessità dell'eventuale internamento disposto. Esiste, infatti, l'alternativa della

(la cui inosservanza determina l'illegalità della detenzione: sent. 27 ottobre 2005, *Schenkel c. Paesi Bassi*, ric. n. 62015/00; sent. 8 luglio 2008, *Tokic e altri c. Bosnia Erzegovina*, ric. n. 12455/04; sent. 11 dicembre 2008, *Shulepova c. Russia*, ric. n. 34449/03), sia sotto quello della compatibilità delle medesime con la Convenzione (sent. 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, ric. n. 6301/73; sent. 3 febbraio 2011, *Kharin c. Russia*, ric. n. 37345/03). In Sergio Bartole, *Commentario breve alla Convenzione europea*, cit.

⁵³⁷ Le tre condizioni, riprese esplicitamente nelle sentenze che si sono analizzate nel precedente capitolo II, sono frutto di una lunga giurisprudenza consolidata della Corte; tra le tante pronunce si possono ricordare: sent. 5 ottobre 2000, *Varbanov c. Bulgaria*, ric. n. 31365/96; sent. 21 giugno 2005, *Kolanis c. Regno Unito*, ric. n. 517/02; sent. 27 marzo 2008, *Shtukaturov c. Russia*, ric. n. 44009/05; sent. 13 gennaio 2011, *Haidn c. Germania*, ric. n. 6587/04. In Sergio Bartole, *Commentario breve alla Convenzione europea*, cit.

libertà vigilata, che sarà applicata dal giudice in tutti i casi in cui sia ritenuta egualmente efficace e una reclusione si profili come non necessaria e meramente afflittiva.

Per quanto riguarda, poi, l'ultimo requisito, per cui la validità della continuazione della detenzione deve dipendere direttamente dalla persistenza del disturbo mentale, anch'esso è esplicitamente previsto dalle nostre astratte disposizioni: il giudice infatti, come visto, ordinerà la cessazione della misura ogni qual volta il soggetto risulti non essere più socialmente pericoloso. Inoltre, è ora espressamente previsto che non possano trovare spazio nella valutazione della necessità di una proroga le condizioni socio-economiche del soggetto interessato o la mancanza di un progetto terapeutico individuale: il nostro ordinamento sembrerebbe così tutto rivolto all'accertamento dell'esistenza della malattia mentale, in piena conformità con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea⁵³⁸.

Infine, la Corte ha espressamente ammesso⁵³⁹ che le condizioni della detenzione non rientrano nel campo di applicazione della disposizione, ma che tuttavia il regime detentivo di questi soggetti deve essere conforme non solo al diritto interno, ma anche agli scopi generali della detenzione individuati dall'art. 5 CEDU nella sua intenzione: quindi, deve esservi corrispondenza tra i motivi della privazione di libertà e il luogo e le condizioni della detenzione, cosicché l'internamento potrebbe dirsi legittimo solo ove eseguito in un ospedale, clinica o altra istituzione idonea e abilitata⁵⁴⁰. Di nuovo, ad oggi, non sembra possano porsi questioni di non compatibilità: si sono infatti osservate le caratteristiche, prettamente ospedaliere, delle nuove REMS, in linea con quanto richiesto dalla Corte. Non solo, ma anche gli OPG erano già strutture distinte dalle carceri⁵⁴¹, adibite specificamente alla cura di soggetti mentalmente disturbati. E se la detenzione può essere effettuata soltanto negli ospedali, questo è previsto perché

⁵³⁸ Una violazione sotto questo profilo avrebbe potuto essere ipotizzata nella vigenza del regime precedente. Si è visto, infatti, che nel caso *M. c. Germania* lo Stato convenuto è stato condannato a causa di una proroga intervenuta senza la necessaria verifica della continua sussistenza della patologia psichiatrica: così la precedente prassi invalsa nel nostro ordinamento di proseguo dell'internamento solo a causa della mancanza di valide alternative sarebbe certamente stata censurata dai giudici di Strasburgo.

⁵³⁹ Sent. 28 maggio 1985, *Ashingdane c. Regno Unito* (ric. n. 8225/78).

⁵⁴⁰ Emanuele Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 147.

⁵⁴¹ In realtà, questo aspetto presenta elementi controversi. Se il nome dell'istituto rimanda all'idea di cura e gestione medica degli individui interessati, ed è effettivamente del tutto scollegato dagli istituti penitenziari, tuttavia la gestione è fondamentalmente affidata alle autorità penitenziarie, e le caratteristiche della detenzione, come si diceva, presentano aspetti comuni alle modalità di reclusione per l'espiazione della pena. Allora, non si può escludere di riuscire a convincere la Corte della differenza soltanto formale tra i due luoghi di detenzione, portandola così a censurare il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario.

l'infermo di mente ha il diritto ad una reale offerta trattamentale basata sul suo disturbo e la sua personalità, volta alla cura e al suo successivo reinserimento in società; si è visto che nel caso *Glien c. Germania* la condanna dello Stato convenuto deriva proprio dalla mancanza di una concreta offerta terapeutica. E sotto questo aspetto possono essere avanzati seri dubbi in merito all'idoneità delle strutture esistenti, nelle quali gli internati vengono sostanzialmente abbandonati a loro stessi, in un'ottica che sembra essere di mero allontanamento dalla società civile, senza che trovi spazio l'idea di una risocializzazione dopo un percorso terapeutico.

Infine, si è ricordato nel capitolo relativo agli ospedali psichiatrici nella giurisprudenza europea, la necessità di un riesame periodico della situazione dell'internato, da effettuarsi sulla base di perizia medica, che assurge a requisito di legittimità della disciplina. E ancora, non sembrano in teoria emergere questioni di non conformità, laddove la nostra disciplina prevede che il giudice dichiari la cessazione della misura disposta ogni qual volta non siano più sussistenti i relativi presupposti, anche prima dello scadere del termine per l'esame del soggetto interessato.

Il nostro sistema sembrerebbe dunque in bilico in un possibile sindacato riferito all'art. 5 CEDU, in cui peso determinante verrebbe assunto dalla discrepanza esistente tra l'astratta previsione normativa e la realtà della prassi. Giudicando infatti la Corte europea di singole situazioni individuali, non si può escludere l'eventualità di riuscire a convincere i giudici di Strasburgo della precarietà dell'accertamento della pericolosità sociale, della semplice sistematicità nella predisposizione del ricovero, contro le concrete esigenze del singolo individuo, e della mancanza di reali giustificazioni alla protrazione dell'internamento. Soprattutto nella disciplina del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario il rilevato contrasto tra le norme e la prassi rende di difficile prognosi l'eventuale sindacato della Corte: perché le nostre disposizioni sono "scritte bene", ma in troppo numerosi aspetti lontane dalla realtà applicativa, dove i giudici europei potrebbero trovare spazio per una condanna alla disciplina sostanziale.

Un ultimo rilievo deve infine essere fatto con riferimento alla violazione, paventata nel caso *Jendrowiak*, dell'art. 3, ove si è sostenuto che una carcerazione di durata potenzialmente illimitata integrerebbe una punizione inumana o degradante. La Corte, è vero, respinge la doglianza sulla base dei periodici riesami previsti, esistenti anche in Italia. Ma considerata la prassi giudiziaria di proroga pur in assenza di attuale

pericolosità sociale, nuovamente si potrebbe pensare ad una pronuncia di condanna del nostro ordinamento, laddove si riuscisse a squarciare il velo. Inoltre, occorre prestare attenzione alle novità poste dai recenti interventi normativi, laddove impongono alle misure di sicurezza un limite massimo di durata, assente soltanto per quelle condanne che porterebbero all'ergastolo. È vero che anche in quest'ultimo caso, venendo a mancare i presupposti dell'internamento, il soggetto dovrebbe essere dimesso, *ex art.* 208 c.p. Tuttavia, non è previsto un termine per il riesame che potrebbe portare ad una simile valutazione, né l'obbligatorietà dello stesso, né una formalizzata procedura di richiesta attivabile da parte del soggetto interessato, che si trova così sprovvisto di garanzie a tutela della sua situazione, già peraltro di svantaggio. Ancora, nel caso *M. c. Germania* la Corte ha espresso l'opinione che la mancanza di un termine massimo di durata della misura svelasse un suo intento punitivo, anziché preventivo, poiché se il fine fosse stato soltanto la cura degli individui si sarebbe previsto un limite alla carcerazione. E allora, se la detenzione legittima deve essere coerente con gli scopi ad essa assegnata, e se lo scopo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario è la cura, la reclusione punitiva dell'ergastolo si configurerebbe come illegittima. I giudici di Strasburgo si sono spinti al punto da parlare di “*fundamental right to liberty in the near future*”, ma nella previsione dell'ergastolo che si sta analizzando, per come in generale strutturato il sistema delle misure di sicurezza (con i problemi appena rilevati), il diritto alla libertà sembra essere l'eccezione, più che la regola. E ci si permette di dubitare che sia l'accezione che la Corte europea intendeva dare all'espressione. Allora, forse, in presenza di una carcerazione potenzialmente *sine die*, disposta nei confronti di un soggetto in posizione di debolezza, senza la previsione di strumenti di tutela, con norme che si occupano solo di attribuire una facoltà al giudice procedente (sollecitato quando?, da chi?), la Corte potrebbe risolversi per una condanna.

Infine, ci si permette di aggiungere, una violazione dell'art. 3 CEDU potrebbe riferirsi anche alle materiali condizioni degli internati. Come la visita del CPT e inchieste giornalistiche interne hanno evidenziato, infatti, le condizioni materiali di internamento sono in questi luoghi inaccettabili, e arrivano ad integrare trattamenti inumani e degradanti. L'attenzione non è posta alla cura, ma solo alla contenzione degli internati, e per di più in condizioni di degrado assoluto. Se la realtà dovesse riuscire ad entrare nell'aula del Palazzo di Giustizia di Strasburgo, ci si permette di affermare con assoluta

certezza che l'Italia riceverebbe una condanna per sottoposizione degli internati a trattamenti inumani e degradanti.

Anche la seconda doglianza paventata dai ricorrenti nelle sentenze contro la Germania, ovverosia quella in riferimento all'art. 7 CEDU, che pone il principio della irretroattività della legge penale *in malam partem*, pone qualche criticità nel nostro ordinamento. La conclusione raggiunta in quelle pronunce, infatti, è che le misure di sicurezza tedesche rappresentino in realtà delle vere e proprie pene, così mettendo in discussione il sistema del doppio binario. E sembra che questo potrebbe avere ricadute anche nel nostro ordinamento, laddove molte sono le analogie che potrebbero portare alla medesima conclusione. Ciò che ai nostri fini interessa, dunque, è la qualificazione che la Corte europea potrebbe dare del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, non essendo vincolata, come noto, alla qualificazione interna di mera misura di sicurezza.

I primi elementi considerati dai giudici di Strasburgo per quanto riguarda la carcerazione preventiva tedesca sono la forte restrizione della libertà personale derivante dall'applicazione della misura (come in Italia) e dunque la sua estrema severità (come in Italia⁵⁴²), e il fatto che questa fosse eseguita nei medesimi istituti penitenziari destinati all'espiazione della pena. Ora, nel nostro caso, le strutture destinate all'esecuzione del ricovero sono storicamente diverse e distinte dalle carceri; tuttavia, la concreta vita all'interno non si differenzia molto dall'esecuzione di una pena, con porte chiuse, ore di passeggio e guardie carcerarie che si occupano della vigilanza: se dunque vengono chiamate ospedali, nascondono in realtà, come si diceva, un'ottica di mera custodia. E, laddove la Corte europea richiede che tali misure siano eseguite in ospedali o comunque strutture adeguate a fornire cura e assistenza, non è improbabile, ancora una volta, pensare di poter dimostrare come nella prassi si assista a differenze solo formali, anziché sostanziali, tra reclusione per l'espiazione della pena e della misura di sicurezza. Ancora la Corte, nel condannare la Germania, si dichiara non convinta dell'assenza di uno spirito punitivo nella previsione della custodia di tali soggetti, laddove si tratta addirittura di una misura che va ad aggiungersi alla pena

⁵⁴² Per quanto riguarda il nostro ordinamento, è la stessa Corte costituzionale, con sentenza 19 ottobre 2009, n. 274 (GU n. 44 del 4 novembre 2009), ad affermare come le misure di sicurezza possano “risultare, in concreto, di gran lunga più afflittive della pena irrogata con una sentenza di condanna” (cfr. § 3.2 del *Considerato in diritto*).

(situazione che può verificarsi anche nel nostro ordinamento). E anche qui osserviamo l'analogia: nonostante quanto si possa affermare sulla base del solo dettato legislativo, le inchieste parlamentari e quelle giornalistiche, le testimonianze dei reclusi e degli operatori coinvolti, gli articoli della dottrina, ci svelano luoghi in cui mancano strumenti volti a ridurre la pericolosità sociale dei soggetti e in cui nessuno sforzo viene fatto per limitare al minimo la durata dell'internamento, in un'ottica di repressione e neutralizzazione di individui di cui nessuno si occupa. Ancora, come nel caso tedesco, i tribunali coinvolti nel procedimento appartengono al sistema della giustizia penale.

Si potrebbe ipotizzare, a questo punto, che anche in caso di vaglio del sistema italiano la Corte si risolverebbe a demolire il sistema del doppio binario, con importanti conseguenze sulla disciplina generale delle misure di sicurezza; *in primis*, con riguardo all'applicazione temporale delle misure di sicurezza, che secondo il disposto dell'art. 200 c.p. "sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione"⁵⁴³.

E se, riassumendo il pensiero della Corte europea, le modalità di esecuzione di una sanzione devono corrispondere alla sua finalità, le modalità di custodia caratterizzanti il ricovero in OPG sembrano proprio rispondere ad una finalità retributiva, nella prospettiva di piena sanzione penale.

Qualche passo in avanti sembra invece essere stato fatto con la recente istituzione delle REMS. Tali nuove strutture integrerebbero, intanto, il parametro che vuole la detenzione di tali soggetti effettuata in cliniche o ospedali, essendo totalmente affidate alla gestione del Servizio Sanitario Nazionale e ormai scollegate dall'intervento della Autorità penitenziaria. Questo potrebbe comportare un vero piano di riabilitazione dell'internato, con programmi e trattamenti individualizzati, e la scomparsa di un'idea retributiva, soppiantata completamente da una finalità di cura e risocializzazione.

⁵⁴³ È interessante citare brevemente, in merito a tale questione, un recente intervento della Corte costituzionale, in cui è venuto in rilievo proprio il parametro interposto dell'art. 7 CEDU con riferimento alla misura di sicurezza della confisca del veicolo prevista dal codice della strada. Il caso origina da un'ordinanza di remissione con cui il giudice *a quo* sostiene di dover applicare retroattivamente, in quanto non prevista al momento della commissione del reato, la misura della confisca del veicolo, in contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost: sarebbe infatti granitica, secondo l'ordinanza, la giurisprudenza di Strasburgo che ritiene applicabile alla confisca il divieto di applicazione retroattiva *in malam partem* della legge. E la Corte, da parte sua, dopo aver riconosciuto la effettiva natura sanzionatoria della confisca, non può che riconoscere la fondatezza della questione, e dunque la sua natura di sanzione accessoria. Si tratta evidentemente di un caso specifico, ma potrebbe forse essere sintomo di una sensibilità sempre maggiore nei confronti del tema del doppio binario. E sicuramente testimonia l'importanza dell'apporto di Strasburgo in merito.

Tuttavia, al momento, è ancora troppo presto per esprimere giudizi: pur muovendosi il legislatore nella giusta direzione, si è purtroppo visto quanto spesso le previsioni normative siano distanti dalla realtà.

Così, forse, sarebbe opportuno ripensare le fondamenta della disciplina, criticate ormai da lungo tempo e da ampia parte della dottrina e della giurisprudenza. Per usare le parole della Corte costituzionale: “solo il legislatore (la cui inerzia in questo campo, caratterizzato da scelte assai risalenti nel tempo e mai riviste alla luce dei principi costituzionali e delle acquisizioni scientifiche, non può omettersi di rilevare ancora una volta) può intraprendere la strada di un ripensamento del sistema delle misure di sicurezza, con particolare riguardo a quelle previste per gli infermi di mente autori di fatti di reato”⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ Sent. 253/2003, § 3 del *Considerato in diritto*.