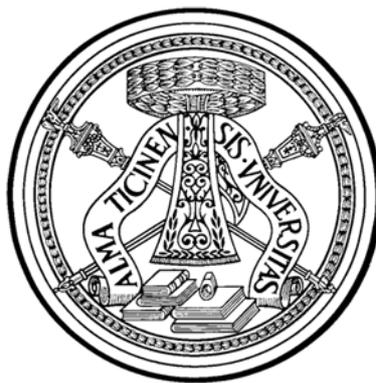


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA
Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza



“LA PENA DELL’ERGASTOLO NEL SISTEMA ITALIANO”

Relatore:
Chiar.ma Prof.ssa Cristina DE MAGLIE

Tesi di Laurea di
Silvia VOLPE

Anno Accademico 2016 - 2017

“Mai un uomo, o un atto, è tutto samsara o tutto nirvana, mai un uomo è interamente santo o interamente peccatore.”

H. HESSE, *SIDDHARTA*

LA PENA DELL'ERGASTOLO NEL SISTEMA ITALIANO

INTRODUZIONE	4
---------------------------	---

CAPITOLO I

ERGASTOLO: ORIGINI ED EVOLUZIONE NORMATIVA

1. Alle origini della pena.....	7
2. Dal codice Zanardelli al codice Rocco.....	13
3. Abolizione della pena di morte e lavori in assemblea costituente.....	21
4. La l. 25 novembre 1962, n. 1634: la liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo.....	29
5. Ordinamento Penitenziario, legge Gozzini e successivi interventi normativi.....	32
6. L'ergastolo per i minorenni.....	38
7. La disciplina attuale dell'ergastolo.....	42
7.1 L'ergastolo con isolamento diurno	50
7.2 L'ergastolo e il rito abbreviato.....	53
7.3 Il c.d. ergastolo ostativo.....	56
7.4 I dati statistici	63

CAPITOLO II

LE FUNZIONI DELLA PENA DELL'ERGASTOLO E LA SUA ESECUZIONE

1. Cenni sul dibattito tra scuola classica e scuola positiva. Le scelte del codice Rocco.....	69
---	----

2. Le funzioni della pena.....	74
2.1 La prevenzione generale	79
2.2 La retribuzione	87
2.3 La prevenzione speciale	95
2.4 La pena secondo la Costituzione: la finalità rieducativa.....	100
3. Quali funzioni della pena nell'ergastolo ?.....	114
4. L'esecuzione della pena dell'ergastolo.....	120
4.1 L'esecuzione dell'ergastolo ostativo.....	127
5. Il problema del sovraffollamento carcerario.....	131
6. Le possibilità di reinserimento sociale per i condannati all'ergastolo.....	139
6.1 Quale reinserimento per i condannati all'ergastolo ostativo ?	143

CAPITOLO III

PROFILI DI INCOSTITUZIONALITA' DELL'ERGASTOLO E PROSPETTIVE DI RIFORMA

1. L'ergastolo e la finalità rieducativa	146
1.1 L'orientamento della Corte di Cassazione.....	149
1.2 La posizione della Corte Costituzionale	153
1.3 L'ergastolo ostativo: il rispetto della finalità rieducativa con riferimento a una pena effettivamente perpetua	163
2. L'ergastolo e i trattamenti contrari al senso di umanità.....	171

3. L'ergastolo in quanto pena fissa e automatica e i principi di individualizzazione e di proporzionalità della pena	179
4. Cenni su alcune pronunce della CEDU	187
5. I vari progetti di riforma.....	201
5.1 La pena perpetua e i bisogni di punizione della società civile	211
6. Ha un futuro la pena dell'ergastolo?	215
CONCLUSIONI	221
BIBLIOGRAFIA	226

INTRODUZIONE

«“Rieducazione” è la prima delle parole-faro del trattamento penitenziario. Sta scritta nella Costituzione e vieta alla pena di essere solamente pena».¹ È alla luce di questo concetto di rieducazione che ho voluto analizzare la pena dell'ergastolo nell'ordinamento italiano: una pena perpetua che priva il condannato di ogni prospettiva di reinserimento sociale, che toglie ogni speranza, che rende l'uomo non più un fine ma un semplice mezzo, che nega il «diritto all'esistenza».²

L'ergastolo è la massima pena prevista nel nostro ordinamento, disciplinata dall'articolo 22 del codice penale. Bisogna ricordare, però, che ci sono due tipi di ergastolo: l'*ergastolo semplice* (quello appunto di cui all'articolo 22 c.p.) e l'*ergastolo ostativo* (regolato dall'articolo 4bis dell'Ordinamento Penitenziario). Il primo consente di accedere ai benefici penitenziari, ovvero al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alla semilibertà e infine alla liberazione condizionale, lasciando quindi una prospettiva, seppure remota, di reinserimento sociale. L'ergastolo ostativo è invece una pena effettivamente perpetua: introdotto nell'agosto del 1992, dopo gli assassinii di Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, preclude l'accesso alle misure alternative agli autori di delitti elencati di matrice mafiosa e terroristica, detti appunto *ostativi*, a meno che il detenuto collabori con la giustizia.

Prendendo le mosse dalle origini della pena, dalle sue caratteristiche e dalle sue funzioni in epoca greco-romana, e considerando il dibattito in Assemblea Costituente,

¹ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015, p. 71.

² Quest'ultima è un'espressione del filosofo Aldo Masullo, riportata in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 18.

sono state evidenziate le peculiarità dell'ergastolo: l'obbligo del lavoro, la perpetuità, le pene accessorie, le cause di estinzione e la disciplina esecutiva.

Per quanto riguarda le funzioni della pena si è osservato come l'ergastolo non sembra in grado di adempiere a nessuna delle funzioni tradizionali.

In particolare l'ergastolo non appare coerente con la finalità rieducativa che invece, ai sensi dell'articolo 27 comma 3, della Costituzione dovrebbe caratterizzare tutte le pene nel nostro ordinamento: come può, infatti, una sanzione senza fine perseguire l'obiettivo della rieducazione, intesa come reinserimento sociale del condannato, se per definizione il suo scopo è quello di rinchiudere a vita il reo nell'istituto penitenziario?

Questo costituisce il primo profilo di incostituzionalità della pena perpetua, cui si aggiungono la dubbia compatibilità con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, con i principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena e infine, in quanto norma interposta, con l'articolo 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che vieta i trattamenti inumani e degradanti.

L'analisi è accompagnata da ampi riferimenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte EDU. A cominciare dalla storica sentenza n. 204 del 1974 con cui la Consulta ha riconosciuto la centralità della funzione rieducativa e la necessità di un'*esecuzione dinamica* della pena, ovvero «il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo». Sentenza che esprime un punto di vista particolarmente garantista che, tuttavia, la giurisprudenza successiva sembra avere, almeno in parte, dimenticato, preoccupata

di trovare una giustificazione a una pena che la collettività considera irrinunciabile e che quindi deve essere mantenuta.

Le ultime pagine del lavoro sono dedicate alle prospettive della pena perpetua: una sanzione di dubbia legittimità costituzionale può avere futuro nel nostro ordinamento? Può essere tollerata?

Sono stati presentati svariati progetti di riforma, volti a eliminare l'ergastolo o quantomeno ad attenuarne i profili critici, tuttavia nessuno di questi è riuscito a tramutarsi in legge. Questi fallimenti appaiono principalmente legati ai bisogni di punizione della società civile: la collettività di fronte ai crimini efferati esige una risposta severa ed efficace.

Ma è opportuno ricordare, con le parole di Aldo Moro, che «la pena non è la passionale e smodata vendetta dei privati. È la risposta calibrata dell'ordinamento giuridico e, quindi, ha tutta la misura propria degli interventi del potere sociale che non possono abbandonarsi ad istinti di reazione e di vendetta, ma devono essere pacatamente commisurati alla necessità, rigorosamente alla necessità, di dare al reato una risposta quale si esprime in una pena giusta».³

³ A. MORO, *La funzione della pena, lezione del 13 gennaio 1976 nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli studi di Roma*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, cit., p. 139.

CAPITOLO I

ERGASTOLO: ORIGINI ED EVOLUZIONE NORMATIVA

1. Alle origini della pena

Nell'antica Grecia gli "ergastoli" erano luoghi in cui gli schiavi passavano la notte dopo aver lavorato al servizio dei loro padroni, come indica la stessa etimologia: *εργαστήριον*, officina o bottega, dalla radice di *εργάζομαι*, lavorare. È a partire dall'epoca romana che si iniziò effettivamente a parlare dell'ergastolo in quanto pena: l'*ergastulum* diventò il luogo in cui i *domini* rinchiusavano gli schiavi insolventi e gli schiavi ribelli che ritenevano incorreggibili, condannandoli ai lavori forzati. È abbastanza significativo che già più di duemila anni fa tale pena fosse destinata a persone repute irrecuperabili, quando oggi una delle principali critiche rivolte contro di essa è proprio quella di non tendere alla rieducazione del condannato, di non consentirne il recupero.¹

In epoca greco-romana era inoltre già emerso quello che ancora oggi è uno dei caratteri pregnanti dell'ergastolo: l'obbligo del lavoro.²

A partire dal medioevo l'ergastolo cominciò ad assumere i caratteri di una pena perpetua, la chiesa la utilizzava contro gli eretici, contro i miscredenti, condannandoli, però, non più ai lavori forzati ma a un *ozio forzato*: si trattava di un isolamento continuo con l'obiettivo di favorire l'accostamento dei detenuti alla

¹ Per i riferimenti storici cfr. F. DI CARO, *Ergastolo ostativo: la presunta legittimità costituzionale del "fine pena mai" tra spinte riformatrici nazionali e sovranazionali*, in *Giur. pen. web*, 5/2017, p. 2; R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua? Appunti giuridici e sociologici sulla pena dell'ergastolo*, in *L'altro diritto*, 2006, p.1; P. FIORELLI, voce *Ergastolo, premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XV, Milano, 1996, p. 223 ss.

² L'articolo 22 c.p. prevede che l'ergastolo sia scontato con obbligo del lavoro. Sul punto cfr. S. FUNGARDI, *"Fine pena mai", il c.d. ergastolo ostativo, tra spinte riformatrici nazionali e sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2015, p. 7.

religione cattolica.³ Tuttavia, a differenza di quanto accadeva in epoca precedente, gli ergastolani non erano più considerati irrecuperabili ma anzi, con il pentimento e la conversione al cattolicesimo, avevano la possibilità di tornare liberi.⁴ Proprio tale pena venne inflitta, tra gli altri, a Galileo Galilei, accusato di eresia.⁵

Al potere politico questa sanzione era invece pressoché sconosciuta, non ne abbiamo quasi traccia nelle fonti, il che è probabilmente legato alla mancanza di una efficiente organizzazione statale⁶. Giulio Chiari, giudice milanese vissuto nel XVI secolo, scrisse nella sua opera *Pratica criminalis*: «la pena del carcere perpetuo non è in uso presso i laici, loro avevano mezzi più sbrigativi: la mannaia, la forca, lo squarciamento [...]. L'ergastolo invece, come segregazione perpetua, a pane e acqua, in qualche convento sperduto, era una specialità che la chiesa usava allorché non riteneva necessario condannare un eretico al rogo.»⁷

Nei comuni italiani il carcere rappresentava l'eccezione e a maggior ragione quello a vita, che era equiparato a una riduzione in schiavitù: veniva usato esclusivamente per i delitti più gravi, come quelli sessuali o politici. Molto più diffuse erano invece altre pene come quelle corporali o la pena di morte. Non differente era la situazione europea all'epoca dell' *ancien régime*, dove la reclusione perpetua era inflitta molto raramente; si sosteneva in particolare che dovesse essere scontata in istituti speciali

³ Cfr. F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 2. Con il significato di pena perpetua la parola ergastolo compare in alcune fonti come un canone del concilio di Toledo del 675 d.c. che prevedeva che i sacerdoti che avevano inflitto o eseguito condanne a morte o a mutilazione venissero rinchiusi in *ergastula* per tutta la vita. Un canone del concilio di Trebur del 895 d.c. prevedeva invece tale pena per i religiosi che avevano infranto il voto di castità. Cfr. R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua?*, cit., p. 2.; P. FIORELLI, voce *Ergastolo*, cit., p. 224.

⁴ Cfr. F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 2.

⁵ I. MEREU, *Note sulle origini della pena dell'ergastolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 95.

⁶ P. FIORELLI, voce *Ergastolo*, cit., p. 224.

⁷ I. MEREU, *Note sulle origini della pena*, cit., p.95.

(fortezze o conventi) in modo da conservare l'idea romana della prigione come luogo di custodia temporanea.⁸

A partire dal XVIII secolo si ricominciò a parlare di ergastolo, additandolo come principale alternativa alla pena di morte: lo stesso Beccaria lo proponeva in sostituzione ad essa.⁹

La sua critica alla pena capitale poggiava sull'intollerabilità in uno stato di diritto di quello che sarebbe stato nient'altro che un omicidio legalizzato: l'uomo, secondo il filosofo milanese, aveva sottoscritto un contratto al momento del suo ingresso in società rinunciando a una frazione (la più piccola possibile) della propria libertà in cambio di protezione e tutela della parte di libertà rimastagli; è chiaro che così facendo nessun uomo aveva inteso sacrificare il suo principale bene giuridico, ovvero la vita, che quindi lo Stato non era assolutamente legittimato ad aggredire.¹⁰

L'ergastolo invece, oltre a non violare il diritto alla vita dei cittadini, aveva, agli occhi di Beccaria, una maggiore efficacia deterrente proprio in quanto sofferenza senza fine, a fronte del temporaneo e precario profitto derivante dal reato: «non il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà che, divenuto bestia da servizio, ricompensa con le sue fatiche quella società che ha offeso, è il freno più terribile contro i delitti»¹¹. Ancora Beccaria sosteneva: «chi dicesse che la schiavitù perpetua è dolorosa quanto la morte e perciò ugualmente crudele, io risponderò che sommando

⁸ Cfr. P. FIORELLI, *Ergastolo, premessa storica*, cit., p. 225; R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua?*, cit., p.2. Di lì a pochi anni tuttavia la detenzione carceraria diverrà la "forma essenziale del castigo". M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976, p. 125.

⁹ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 19° edizione, 2015, p. 79 ss. Si noti che Beccaria non utilizza l'espressione ergastolo ma parla di "schiavitù perpetua".

¹⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 81.

¹¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p.81.

tutti i momenti infelici della schiavitù lo sarà forse anche di più [...]».¹² La carcerazione a vita era dunque in grado di infliggere un maggiore dolore, e di conseguenza provocare maggiore timore nei consociati, proprio in quanto senza fine, al contrario la pena di morte si esauriva in un breve attimo e poteva per di più essere mitigata dalle credenze religiose, dall'idea di una vita ultraterrena.¹³

È sorprendente che lo stesso Beccaria che difendeva ed esaltava nella propria opera la dolcezza delle pene («uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene ma l'infallibilità di esse [...]. La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito con la speranza di un'impunità»¹⁴) proponesse di sostituire la pena di morte con una sanzione che definiva ancora più crudele e disumana, in grado di trasformare l'uomo in «bestia da servizio». ¹⁵

Un altro grande filosofo, Benjamin Constant arrivò, al contrario, addirittura a comprendere e legittimare la pena di morte ma non la pena perpetua, interpretandola come un ritorno «alle più rozze epoche, un consacrare la schiavitù, un degradare l'umana condizione».¹⁶

La proposta di Beccaria di sostituire alla pena capitale il ben più efficace ergastolo fu accolta nella maggior parte degli Stati europei, dove la reclusione perpetua veniva presentata in aggiunta o in sostituzione alla pena di morte.¹⁷ Unica eccezione in Europa era rappresentata dal codice penale francese del 1791 che aveva abrogato le

¹² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 82.

¹³ Cfr. R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua?*, cit., p. 2 e I. MEREU, *Note sulle origini della pena*, cit., p. 97.

¹⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 78.

¹⁵ Come ha osservato tra gli altri I. MEREU, *note sulle origini della pena*, cit., p. 97, ma cfr. anche G. MOSCONI, *Il massimo della pena*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 100-101.

¹⁶ Sul punto cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, cit., p. 79.

¹⁷ Cfr. I. MEREU, *Note sulle origini della pena*, cit., p. 98.

pene perpetue, prevedendo subito dopo la pena di morte la reclusione fino a ventiquattro anni.¹⁸ L'idea su cui poggiava questa scelta era che le pene non avrebbero dovuto costituire esclusivamente una retribuzione del reato compiuto ma anche rispettare la dignità dell'uomo e contribuire a redimere il reo.¹⁹ Una pena senza fine sarebbe stata *contraddittoria* proprio perché il condannato non avrebbe potuto, una volta rimesso in libertà, trarre insegnamento dalle costrizioni subite.²⁰ Al di là di questa anomalia la pena dell'ergastolo veniva utilizzata in tutti gli ordinamenti per soggetti reputati incorreggibili; era ritenuta l' unica sanzione idonea a retribuire i gravissimi delitti da loro commessi e ad adempiere funzioni di prevenzione generale. Solitamente coloro che venivano condannati a questa pena potevano riacquistare la libertà solo attraverso la grazia.²¹

Proprio facendo leva sulla rigidità e sulla severità della pena dell'ergastolo il giurista francese Target – come riferisce Ferrajoli – nelle *observations* al progetto di codice, cercò di giustificare la sua reintroduzione nel codice penale francese del 1810: «L'Assemblea Costituente, con un sentimento di umanità degno senza dubbio del maggior rispetto, ma la cui saggezza non fu per anco provata dall'esperienza, aveva posto la massima che nessuna pena sarebbe perpetua. Tutti i malfattori non colpiti dalla pena di morte avevano in termine fisso che, per le anime profondamente depravate, annulla quasi completamente l'efficacia della pena. Egli è d'uopo che le azioni, per le quali, nell'ordine dei reati, seguono immediatamente quelli cui è

¹⁸ All'articolo 8 si affermava: «*La peine de fers ne pourra en aucun cas être perpétuelle*». Cfr. A. ASCHIERI, voce *Ergastolo*, in *Dig. it.*, volume X, Torino, 1895-1898, p. 517.

¹⁹ Sul punto cfr. R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua?*, cit., p.3.

²⁰ Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 117: «una pena che non avesse termine sarebbe contraddittoria, tutte le costrizioni che impone al condannato e di cui, ridivenuto virtuoso, non potrebbe mai profittare, non sarebbero più altro che supplizi; e lo sforzo fatto per riformarlo sarebbe pena e costi perduti da parte della società».

²¹ Cfr. A. SALVATI, *Profilo giuridico dell'ergastolo in Italia*, in *Amministrazione in cammino*, 4 maggio 2010, p. 4.

minacciato l'estremo supplizio, non lascino prevedere alcuno scampo; senza di che non sarebbero osservati i gradi, la scala penale non corrisponderebbe punto a quella de' malefici e la proporzione sarebbe infranta.»²²

Per quanto riguarda il sistema italiano la carcerazione a vita era prevista dal codice penale del Granducato di Toscana del 1786, da quello del Regno delle due Sicilie del 1819, dal codice austriaco per il lombardo veneto del 1852, dal codice estense del 1855 e da quello del Regno di Sardegna del 1859; tale pena consisteva nella reclusione in luoghi particolari con l'obbligo del lavoro, in alcuni casi anche con catene ai piedi e sanzioni disciplinari del digiuno o del giaciglio duro. Tutti questi codici peraltro continuavano a disciplinare accanto all'ergastolo la pena di morte, con l'unica eccezione del codice toscano, che fu il primo ad abolirla nel 1859.²³

Nel XIX secolo nel nostro Paese si instaurò un dibattito per l'abolizione della pena capitale: si riteneva che l'ergastolo fosse perfettamente in grado di sostituirla e anzi inasprirla.²⁴ È indicativo che nei vari progetti di codice penale si escludesse sempre la liberazione condizionale per i condannati alla reclusione perpetua: l'abolizione della pena di morte esige una sanzione rigida e severa, in grado di svolgere una funzione deterrente²⁵, mentre la rieducazione del condannato, la finalità di

²² L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, cit., p. 80, nota 3.

²³ Cfr. A. SALVATI, *Profilo giuridico dell'ergastolo*, cit., p. 3, nota 13; L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, cit., p. 79.

²⁴ Sul punto cfr. I. MEREU, *Note sulle origini della pena*, cit., p.98. In generale nel contesto europeo cambiò l'oggetto della pena: «non è più il corpo ma l'anima. All'espiazione che strazia il corpo deve succedere un castigo che agisca in profondità sul cuore.» M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 19. Mentre nel periodo precedente le pene dovevano essere atroci, incutere timore e rappresentare l'infallibilità del potere politico (ma proprio questa crudeltà finiva col generare illegalità), a partire, dal XIX secolo si cercò di infliggere castighi più "umani" ma che allo stesso tempo avessero una maggiore efficacia deterrente. Cfr. *ivi*, p. 62 ss.

²⁵ Pessina nel progetto di codice penale italiano scrisse « [...] con l'estremo supplizio sparisce il delinquente e dopo pochi anni se ne è perduta la memoria, quando per l'opposto la sofferenza che massima perdura nella pena perpetua, accompagnando tutta la vita ulteriore del delinquente, è esempio che rimane nella coscienza di tutti indelebilmente scolpito». Cfr. A. ASCHIERI, voce *Ergastolo*, cit., p. 517.

prevenzione speciale, veniva considerata solo come uno scopo accessorio e secondario della pena. Alessandro Aschieri scrisse nel *Digesto italiano* dell'800 «Per i codici, i quali hanno abolito la pena di morte, la perpetuità di quella che la surroga è quasi necessaria. [...] E infatti nessuna discussione vi fu intorno ai progetti del codice penale sulla pena da sostituirsi a quella di morte e venendo quasi unanimemente accettata la pena dell'ergastolo e la perpetuità di essa.»²⁶

2. Dal codice Zanardelli al codice Rocco

Nel 1889 entrò in vigore il codice Zanardelli, che prese il nome dell'allora Ministro guardasigilli, il primo codice penale postunitario. L'ergastolo si presentava come la pena più elevata prevista dall'ordinamento italiano disciplinata dall'articolo 12 e connotata da una notevole severità²⁷: consisteva in sette anni di segregazione cellulare continua con obbligo di lavoro, decorsi i quali era previsto il solo isolamento notturno con l'ammissione al lavoro insieme agli altri condannati ma con obbligo del silenzio. Il passaggio al secondo periodo avveniva automaticamente, *ope legis*, in modo da evitare qualsiasi arbitrio dell'autorità giudiziaria.²⁸ La fase di segregazione cellulare continua poteva essere aumentata fino a cinque anni (e avere di conseguenza durata da 8 a 12 anni) per il detenuto che fosse incorso in un altro ergastolo, mentre poteva essere aumentata da uno a tre anni in caso di concorso dell'ergastolo con un'altra pena detentiva temporanea. Per i recidivi era invece

²⁶ A. ASCHIERI, voce *Ergastolo*, cit., p. 517.

²⁷ Cfr. A. ASCHIERI, *ibidem*.

²⁸ I primi progetti di codice penale presentati prevedevano un periodo di segregazione cellulare continua di dieci anni, con il passaggio alla fase successiva solo se il condannato avesse dato prova di cambiamento o possibilità di ridurre tale periodo in caso di buona condotta del detenuto. Il testo adottato ridusse la fase di isolamento e rese automatico il passaggio alla seconda fase della detenzione eliminando così ogni incertezza. Durante i lavori parlamentari furono presentati emendamenti ancora più favorevoli ai condannati che vennero però rigettati per evitare il pericolo di togliere alla pena dell'ergastolo la "nota di massimo rigore". Cfr. *ivi*, p. 518.

previsto un periodo di segregazione cellulare continua da sei mesi a cinque anni, se il nuovo delitto comportava la reclusione per un periodo superiore a un anno, e non inferiore a otto anni se il nuovo delitto era punito con l'ergastolo.²⁹ La sanzione veniva scontata dagli uomini in appositi istituti denominati appunto *ergastoli*, mentre le donne erano detenute in strutture speciali. Una volta entrato nello stabilimento il detenuto veniva sottoposto a visita medica, gli venivano tagliati i capelli, rasata la barba ed era tenuto a indossare la divisa dell'istituto. Il regolamento penitenziario del 1891 prevedeva che durante il periodo di segregazione continua i condannati all'ergastolo potessero avere un colloquio all'anno, mentre nella fase successiva uno ogni sei mesi. Una volta esaurito il periodo di isolamento continuo i detenuti potevano andare al passeggio, dovendo però osservare la regola del silenzio e l'obbligo di camminare in fila uno dietro l'altro senza potersi fermare o sedere senza il permesso degli agenti di custodia, che doveva essere chiesto per alzata di mano (articolo 247). Non potevano essere addetti ai servizi domestici prima di aver scontato vent'anni di pena (articolo 279).³⁰

Gli ergastolani potevano essere proposti per la grazia solo dopo aver scontato vent'anni di pena, o anche precedentemente nel caso in cui avessero compiuto azioni coraggiose o encomiabili.³¹

A questo trattamento sanzionatorio erano sottoposti coloro che avevano commesso delitti reputati particolarmente gravi: attentato contro l'integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato; macchinazioni dirette a promuovere ostilità o guerre contro lo Stato italiano ovvero a favorire le operazioni militari di uno Stato in guerra con lo

²⁹ Cfr. A. ASCHIERI, voce *Ergastolo*, cit., p. 519.

³⁰ Cfr. A. ASCHIERI, *ivi*, p. 524.

³¹ *Ibidem*.

Stato italiano, con intento raggiunto; attentato contro il Re, la Regina, il Principe ereditario o il reggente durante la reggenza; parricidio; omicidio premeditato; omicidio per preparare, consumare o facilitare un altro reato; omicidio per solo impulso di brutale malvagità, ovvero con gravi sevizie; omicidio col mezzo dell'incendio, inondazione, sommersione o altro dei delitti contro l'incolumità pubblica; omicidio per preparare, facilitare o consumare un altro reato, benché questo non sia avvenuto; omicidio commesso immediatamente dopo un altro reato, per assicurarne il profitto, o per non essersi potuto conseguire l'intento proposti ovvero per occultare il reato o sopprimere le tracce o le prove, o altrimenti per procurare l'impunità a sé o ad altri.³² Il codice prevedeva la possibile sostituzione dell'ergastolo con la reclusione di anni 30 in caso di riconoscimento di attenuanti generiche.³³

La pena perpetua comportava una serie di sanzioni accessorie: pubblicazione della sentenza di condanna (nel comune in cui era stata pronunciata, nel comune in cui era stato commesso il delitto e in quello di ultima residenza del condannato), interdizione perpetua dai pubblici uffici, interdizione legale, perdita della patria potestà, perdita dell'autorità maritale, della capacità di testare e nullità del testamento redatto prima della sentenza di condanna.³⁴

La severità delle conseguenze previste fece parlare, alla fine del XIX secolo, di «morte civile». Si instaurò quindi, molto tempo prima della Costituzione

³² Articoli 104; 106; 117; 366 n. 1-6, codice Zanardelli. Sul punto cfr. A. ASCHIERI, voce *Ergastolo*, cit., p. 522. Inoltre in base all'articolo 22 delle disposizioni attuative a tutti i casi di pena di morte previsti dal codice della marina mercantile doveva intendersi sostituita la pena dell'ergastolo. Cfr. *ibidem*.

³³ Cfr. *ivi*, p. 521.

³⁴ Cfr. *ivi*, p. 519.

repubblicana, una polemica circa la legittimità della reclusione perpetua, di una sanzione capace di consumare la vita dei condannati al pari della pena di morte.³⁵

Ma la pena dell'ergastolo, così come disciplinata dal codice del 1889, era particolarmente severa e afflittiva proprio perché l'intento perseguito dal legislatore era quello di renderla «un serio e appropriato surrogato dell'estremo supplizio», che era stato contemporaneamente eliminato.³⁶

Solo pochi decenni dopo l'entrata in vigore del codice Zanardelli, con l'ascesa di un nuovo regime politico e l'aumento della criminalità, si avvertì la necessità di varare un nuovo codice penale, con l'obiettivo – tra gli altri – di inasprire le risposte sanzionatorie. Questa esigenza di riforma si collocava in un quadro europeo caratterizzato dalla crisi dei valori liberali³⁷, che avevano ispirato le codificazioni ottocentesche, e dall'avvento dei totalitarismi: la nuova concezione dello Stato, del potere politico e del suo rapporto con i cittadini comportava inevitabilmente una nuova visione del diritto penale.³⁸ I lavori preparatori iniziarono nel 1925, quando il parlamento approvò una legge che delegava il governo a intervenire in materia³⁹, e cinque anni più tardi, nell'ottobre del 1930, venne promulgato il nuovo codice⁴⁰, che prese il nome dell'allora guardasigilli Alfredo Rocco e che reintroduceva al vertice della scala delle sanzioni la pena capitale⁴¹ per delitti contro la personalità dello Stato e la vita dei cittadini. La sanzione, nell'ottica del legislatore degli anni

³⁵ Cfr. E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 66.

³⁶ Così si esprimeva Zanardelli in una relazione presentata alla camera il 22 Novembre 1887, Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 577 nota 3.

³⁷ Se la scuola positiva è divisa circa il ripristino della pena di morte “unanime riprovazione suscita la mitezza delle pene” Cfr. E. DOLCINI, *Codice penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 16.

³⁸ Cfr. *ivi*, p.17.

³⁹ Cfr. *ivi*, p. 20.

⁴⁰ R.D. 19 ottobre 1939, n. 1398.

⁴¹ Il ripristino della pena di morte era peraltro stato anticipato dalla L. 25 novembre 1926, n. 2008, dopo l'attentato a Mussolini. Cfr. E. DOLCINI, *Codice penale*, cit., p.17.

'30, doveva avere più che altro una funzione retributiva e general preventiva, mentre «la funzione di rieducazione e di emenda del colpevole non costituisce lo scopo essenziale della pena»⁴².

Il reinserimento della pena di morte vedeva in corrispondenza la riduzione dell'ambito applicativo e della severità dell'ergastolo, come evidenziato dal ministro Rocco nella relazione al Re: «[...] nella nuova legislazione la pena detentiva perpetua è stata spogliata di ogni inutile afflizione e di ogni superflua intensità dolorifica, essendosi per essa, come per le pene carcerarie temporanee, abolita, di regola, la segregazione cellulare continua, cioè diurna e notturna, che l'esperienza addita come fonte di abbruttimento, anziché di redenzione morale e cagione perenne di morbi che distruggono, con le forze fisiche, le forze intellettuali e morali dei condannati».⁴³

Il nuovo codice penale disciplinava la reclusione a vita all'articolo 22 che recitava: «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». Prima novità rilevante era dunque l'eliminazione della segregazione cellulare continua nei primi sette anni di detenzione, in modo da rendere la pena meglio sopportabile per chi era in ogni caso destinato a rimanere recluso a vita senza possibilità di scarcerazione (salva l'eventualità di grazia o indulto).⁴⁴

Rimaneva un'unica ipotesi di isolamento diurno, non inferiore a sei mesi e non superiore a quattro anni, prevista dall'articolo 72 c. 2 per il caso di concorso di un delitto punito con la pena dell'ergastolo con uno o più delitti comportanti pene

⁴² C. SALTELLI, voce *Ergastolo*, in *Nuovo dig. it.*, volume V, Torino, 1938, p. 458.

⁴³ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 577.

⁴⁴ La liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo sarà introdotto solo nel 1962.

detentive temporanee, mentre il comma 1 del medesimo articolo contemplava la pena di morte nel caso di concorso di più delitti per i quali era comminata la pena dell'ergastolo.⁴⁵ In queste ipotesi di isolamento continuo però il regolamento di esecuzione del 1931⁴⁶ prevedeva visite periodiche da parte del direttore del carcere, del cappellano e del medico (in modo da verificare le condizioni psico-fisiche del detenuto), con possibilità di sospensione dell'isolamento con provvedimento del Ministro della Giustizia in caso di sopravvenuta infermità fisica o psichica (articolo 205 e 206).⁴⁷ Il regolamento penitenziario contemplava inoltre la possibilità di prescrivere, con provvedimento del giudice di sorveglianza, l'isolamento continuo (di durata iniziale non superiore a tre mesi ma prorogabile) in una "casa di punizione" come sanzione disciplinare. Se il condannato perseverava il giudice di sorveglianza poteva ordinarne il trasferimento in una casa di rigore, in una casa per minorati fisici o psichici o in un manicomio giudiziale.⁴⁸

Quanto al lavoro si prevedeva la possibilità per gli ergastolani di essere ammessi al lavoro all'aperto dopo solo tre anni di detenzione, non più sette come all'epoca del codice Zanardelli. Implicitamente però si faceva riferimento ai soli lavori organizzati all'interno dello stabilimento.⁴⁹

In caso di riconoscimento di attenuanti il codice Rocco stabiliva non più la reclusione di trent'anni, ma la reclusione da venti a ventiquattro anni in presenza di una sola circostanza attenuante e non meno di dieci anni in presenza di più

⁴⁵ Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 578.

⁴⁶ R.D. 18 giugno 1931, n. 828.

⁴⁷ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 580.

⁴⁸ Cfr. A. JANNITTI PIROMALLO, voce *Ergastolo*, in *Novissimo dig. it.*, volume VI, Torino, 1960, p. 658.

⁴⁹ Cfr. C. SALTELLI, voce *Ergastolo*, cit., p. 459.

circostanze attenuanti: si trattava dunque di un'ulteriore modifica volta a favorire il condannato all'ergastolo, rispetto alla disciplina previgente.

Unica modifica *contra reum* concerneva la disciplina della prescrizione: i delitti per i quali era comminata la pena dell'ergastolo divennero imprescrittibili, a differenza di quanto previsto dal codice Zanardelli all'articolo 91 c. 1.⁵⁰

Per quanto riguardava l'esecuzione, la pena doveva essere scontata negli stabilimenti a ciò destinati (i c.d. *ergastoli*), a meno che il ministro non decidesse di disporre l'esecuzione in una colonia o in un altro possedimento d'oltre mare, con possibilità, in queste ipotesi, di ammissione al lavoro all'aperto anche prima che fossero decorsi tre anni. Il regolamento del 1931 classificava gli ergastoli tra gli stabilimenti ordinari, mentre tra gli istituti speciali venivano annoverati gli «ergastoli per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza» e le «case di rigore» per i detenuti «ostinatamente ribelli all'ordine e alla disciplina».⁵¹

Nonostante il codice avesse attenuato l'afflittività dell'ergastolo rispetto alla disciplina previgente il regolamento del 1931 presentava ancora un'esecuzione della pena particolarmente severa, come emerge dal raffronto con la regolamentazione dettata per la reclusione semplice.

Gli ergastolani avevano diritto a un colloquio con i famigliari al mese, e potevano inviare corrispondenza solo ogni quindici giorni, mentre gli altri detenuti potevano godere di due colloqui al mese e spedire lettere ogni settimana.⁵²

⁵⁰ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 578. Il codice Zanardelli stabiliva l'estinzione del reato dopo vent'anni nei casi in cui all'imputato si sarebbe dovuto infliggere l'ergastolo. Il codice rocco all'articolo 157 indica come tempo necessario a prescrivere un periodo corrispondente al "massimo della pena edittale stabilita dalla legge", il che implicitamente significa che nei casi in cui è prevista la pena dell'ergastolo il reato è imprescrittibile. Sul punto cfr. *ibidem*.

⁵¹ Cfr. A. JANNITTI PIROMALLO, voce *Ergastolo*, cit., p. 658.

⁵² Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 579.

Anche la remunerazione per i condannati all'ergastolo era inferiore rispetto a quella degli altri detenuti.⁵³

Non si prevedeva l'eventualità della liberazione condizionale ma solo la possibilità di ottenere la grazia dal sovrano, la cui proposta poteva essere avanzata solo dopo che fossero stati scontati almeno vent'anni di pena, per i detenuti che avevano tenuto comportamenti encomiabili. Anche in questa ipotesi la disciplina dell'ergastolo era più rigorosa rispetto a quella della reclusione semplice (in quel caso era sufficiente aver espiato la metà della pena) ma la differenza si può spiegare con il fatto che il legislatore, data la gravità dei reati in questione, riteneva necessario avere a disposizione un lasso di tempo adeguato per valutare la condotta tenuta e i progressi compiuti dal condannato. In caso di concessione della grazia, così come in caso di amnistia o indulto, il codice imponeva di sottoporre il condannato a libertà vigilata per un tempo non inferiore a tre anni.⁵⁴

Anche sotto la vigenza del codice Rocco alla condanna all'ergastolo conseguivano alcune pene accessorie: interdizione perpetua dai pubblici uffici, interdizione legale, perdita della patria potestà, dell'autorità maritale, della capacità di testare con anche nullità del testamento fatto prima della condanna. Si prevedeva poi che le sentenze di condanna alla pena di morte o all'ergastolo dovessero essere pubblicate nel comune in cui erano state pronunciate, in quello di commissione del delitto e in quello dell'ultima residenza del condannato, oltre che su uno o più giornali designati dal giudice, a spese del condannato.⁵⁵

⁵³ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 580.

⁵⁴ Cfr. *ibidem*. Inoltre cfr. C. SALTELLI, voce *Ergastolo*, cit., p. 459.

⁵⁵ Cfr. testo originario degli articoli 29, 32, e 36 R. D. 19 ottobre 1930, n. 1398. Oggi tali articoli appaiono parzialmente modificati. Sul punto cfr. C. SALTELLI, voce *Ergastolo*, cit., p. 459.

3. Abolizione della pena di morte e lavori in Assemblea Costituente

Il periodo immediatamente successivo alla caduta del regime fascista fu una fase cruciale per le sorti delle massime pene previste dal nostro ordinamento.

Il d. lgt. 27 Luglio 1944, n. 159, all'articolo 2, concernente le «sanzioni contro il fascismo», faceva espresso riferimento all'ergastolo come pena alternativa rispetto alla morte, nei casi di «minore responsabilità», per i «membri del governo fascista e i gerarchi del fascismo colpevoli di aver annullato le garanzie costituzionali, distrutto le libertà popolari, creato il regime fascista, compromesso e tradito le sorti del paese condotto all'attuale catastrofe».⁵⁶

Poche settimane più tardi, con il d. Lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 224, venne abolita la pena capitale stabilendo che in tutti i casi in cui tale sanzione era comminata dal codice si sarebbe dovuta applicare la pena dell'ergastolo. Dato l'esclusivo riferimento al codice penale tale disposizione suscitò non poche difficoltà ermeneutiche: non era chiaro se essa dovesse essere estesa anche ad altri testi normativi oppure intendersi limitata alle sole norme codicistiche. L'opinione prevalente preferì l'interpretazione estensiva, considerando abolita la pena di morte e sostituendola con l'ergastolo anche nei casi previsti dalle leggi speciali che al codice facevano riferimento diretto o indiretto.⁵⁷

Meno di un anno dopo si assistette, tuttavia, a un parziale ripristino della pena capitale: il d. lgs. 22 aprile 1945, n. 142, stabiliva tale pena per chi aveva commesso, dopo l'armistizio dell'8 settembre 1943, «delitti contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato [...] in qualunque forma di intelligenza o corrispondenza o collaborazione con il tedesco invasore e di aiuto o di assistenza ad esso prestata.» Si affermava poi

⁵⁶ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 581.

⁵⁷ Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena di morte in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 16.

che in ogni caso erano considerati collaboratori dei nazisti coloro che «successivamente all'istaurazione della Repubblica Sociale Italiana hanno rivestito cariche o svolto una delle attività elencate [...]». Sempre nello stesso anno il d. lgs. 10 Maggio 1945, n. 216, comminava la pena della reclusione non inferiore a vent'anni, e per i casi più gravi l'ergastolo o la morte, con riferimento a una serie di delitti⁵⁸ elencati.⁵⁹ Questo catalogo fu ulteriormente ampliato nel 1946 e nel 1947 il Presidente della Repubblica stabilì che le disposizioni del decreto n. 216 sarebbero rimaste in vigore «fino al 15 aprile 1948».⁶⁰

Nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente si discusse animatamente circa l'opportunità di mantenere o meno la pena di morte. Vi era infatti chi⁶¹ riteneva che la pena andasse soppressa completamente, chi⁶² proponeva di ammetterla soltanto in caso di guerra, chi⁶³ suggeriva di estenderla anche ai delitti particolarmente efferati e chi⁶⁴ invece evidenziava l'inopportunità di discutere un tema del genere durante i lavori per la Costituzione.⁶⁵ L'abolizione fu infine sancita dall'articolo 27 c. 4 che affermava: «non è ammessa la pena di morte se non nei casi previsti dalle leggi militari o di guerra».⁶⁶ Ribadire la soppressione della pena a livello costituzionale

⁵⁸ Tra cui rapina commessa con armi da più persone riunite e profittando di circostanze di tempo, di luogo o di persone tali da ostacolare la pubblica o privata difesa o promozione, costituzione o organizzazione di bande armate, compresi i capi e i sovventori al fine di compiere reati contro la proprietà o violenza contro le persone. Cfr. M. PISANI, *La pena di morte in Italia*, cit., p. 17.

⁵⁹ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 581.

⁶⁰ Sul punto cfr. *ivi*, p. 582.

⁶¹ Come il deputato Laconi.

⁶² Come gli on. Bellavista, Bettiol, Calamandrei o Togliatti.

⁶³ Cfr. *infra* emendamento Nobile-Terracini.

⁶⁴ Come Crispo.

⁶⁵ Per un approfondimento del tema cfr. M. PISANI, *La pena di morte*, cit., p. 22 ss.

⁶⁶ L'ultimo inciso («se non nei casi previsti dalle leggi militari») è stato abrogato dalla l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1 che ha segnato la definitiva scomparsa della pena capitale dall'ordinamento italiano. Sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, p. 766.

segnò senza dubbio «un importante traguardo per la riaffermazione della tesi abolizionista».⁶⁷

Quanto all'ergastolo il tema fu affrontato, seppure indirettamente, nel corso della discussione inerente quello che poi fu approvato come comma 3 dell'articolo 27 della Costituzione.⁶⁸

Durante i lavori della prima sottocommissione oggetto del dibattito fu l'articolo 5 del progetto⁶⁹: «le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo. La pena di morte non è ammessa se non nei codici penali militari di guerra. Non possono istituirsi pene crudeli né irrogarsi sanzioni collettive». Un primo scontro si registrò sull'opportunità di mantenere la pena capitale in caso di guerra: mentre all'unanimità i membri della commissione l'avevano esclusa dalla legislazione ordinaria, Togliatti sosteneva che «vi possono essere delle guerre giuste che si devono combattere, e allora, in caso di una guerra, è necessario che la pena di morte sia prevista».⁷⁰ Nella seduta del 10 dicembre 1946 fu sempre Togliatti a sollevare per la prima volta la questione dell'ergastolo: sanzione che «inumana quanto la pena di morte dovrebbe essere parimenti soppressa».⁷¹ Alla sua proposta si oppose il presidente della sottocommissione, il democristiano Tupini, manifestando il timore che l'abolizione dell'ergastolo potesse essere un incentivo alla commissione dei delitti. Intervennero invece a sostegno di Togliatti i socialisti Lucifero e Mancini, poco convinti dell'efficacia deterrente della pena. Contrario all'eliminazione della reclusione perpetua era, diversamente, Merlin il quale evidenziava la necessità di

⁶⁷ Cfr. M. PISANI, *La pena di morte*, cit., p. 27.

⁶⁸ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 584.

⁶⁹ Che poi diverrà l'articolo 21 del progetto definitivo.

⁷⁰ F. S. FORTUNA, *La pena dell'ergastolo nella Costituzione e nel pensiero di Aldo Moro*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 24.

⁷¹ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 584.

tenere conto dell'opinione pubblica, che, specialmente dopo alcuni recenti delitti particolarmente efferati⁷², era poco propensa a «riaprire i cancelli del carcere» e bisognosa di essere rassicurata dalla presenza di una pena effettivamente senza fine. Sulla questione si espresse anche l'onorevole Moro, che personalmente reputava la pena dell'ergastolo «crudele e disumana non meno di quanto lo sia la pena di morte»⁷³, ma riteneva preferibile affrontare il problema in una sede più appropriata, trovando il sostegno del collega Cevolotto.⁷⁴

Il presidente Tupini chiuse la seduta del 10 dicembre prendendo atto delle posizioni espresse dai vari deputati e sostenendo che «trattandosi, però, di un argomento di tale importanza da meritare di essere più approfondito» credeva che «la commissione potesse essere concorde nel rinviarlo in sede più opportuna».⁷⁵ La prima sottocommissione non si occupò più della questione e la formulazione «le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo» venne approvata con soltanto un voto contrario.⁷⁶

Il testo dell'articolo 5 (poi articolo 21) del progetto fu presentato alla adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione (c. d. Commissione dei 75) secondo la proposta di La Pira e Basso: «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti crudeli o disumani».⁷⁷ Nella seduta del 25 Gennaio 1947 si aprì un dibattito sullo scopo della pena e sul

⁷² In particolare si faceva riferimento al delitto commesso il 29 novembre 1946 da Caterina Fort che aveva brutalmente sterminato la famiglia del suo amante (la moglie e i tre figli di cui uno di pochi mesi). Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 584, nota 16.

⁷³ Come affermerà nella lezione tenuta il 13 gennaio 1976 presso la facoltà di scienze politiche dell'università di Roma. Cfr. S. ANASTASIA e F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, appendice, Roma, 2009, p. 137.

⁷⁴ Sulla discussione nella prima sottocommissione cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 584.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 100.

⁷⁷ F. S. FORTUNA, *La pena dell'ergastolo nella Costituzione*, cit., p. 24.

significato da attribuire al concetto di rieducazione. Il primo emendamento fu presentato da Leone che propose di modificare il secondo comma con l'espressione «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità».⁷⁸ Seguì un secondo emendamento avanzato dagli esponenti del P.C.I. Nobile e Terracini. Si trattava di una modifica particolarmente interessante poiché si poneva per la prima volta un limite massimo alla pena detentiva: se davvero le pene dovevano tendere alla rieducazione del condannato allora non era concepibile una sanzione senza fine, una sanzione che togliesse ogni speranza al condannato, allontanandolo per sempre dalla collettività e privandolo delle possibilità di redimersi e reinserirsi nel contesto sociale.⁷⁹ Secondo la proposta dei due deputati la Costituzione avrebbe dovuto affermare: «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». Emerge dunque chiaramente il significato che si intendeva attribuire al concetto di rieducazione: l'obiettivo era quello di fare del condannato un «elemento utile per la società», consentirgli di modificare i propri atteggiamenti, la propria condotta, in modo da non costituire più un pericolo ma anzi un vantaggio. E questo doveva essere «il fine precipuo» della pena.⁸⁰

⁷⁸ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 585.

⁷⁹ A sostegno dell'emendamento Terracini osservava: «bisogna dire schiettamente che le pene sono una ritorsione della società di fronte al delitto e togliere quel velame moralistico di cui si vorrebbero coprire»; tuttavia se si vuole seriamente parlare di finalità rieducativa occorrerà che le pene non superino un certo limite, altrimenti «non soltanto cessa la finalità rieducativa ma al contrario sono fonte di un processo di abbruttimento progressivo». Cfr. F. S. FORTUNA, *La pena dell'ergastolo nella Costituzione*, cit., p. 25.

⁸⁰ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 585 e F. S. FORTUNA, *La pena dell'ergastolo nella Costituzione*, cit., p.24-25. Sulla questione della finalità della pena vi erano anche altre posizioni all'interno della Commissione dei 75, per esempio Paolo Rossi riteneva che la rieducazione dovesse

Anche oggi del resto si tende ad affermare che rieducare non significa allontanare ed emarginare il reo dalla società, in modo da preservarla da eventuali delitti che il soggetto potrebbe commettere in futuro, ma anzi reintegrare il condannato nella collettività con una maggiore consapevolezza dei limiti posti dalla legge penale.⁸¹

All'emendamento Nobile-Terracini si opposero innanzitutto Grassi e Tupini i quali, ricordando l'esito della discussione sorta nel corso dei lavori della prima sottocommissione, ritenevano opportuno approfondire l'argomento in separata sede.⁸² Analogamente si espressero Cevolotto e Moro: non si credeva conveniente né possibile determinare a livello costituzionale il *quantum* di pena necessario per consentire la rieducazione del reo, il problema andava più che altro affrontato in sede di legislazione ordinaria e in sede di commisurazione giudiziale della pena.⁸³

Nobile e Terracini avevano inoltre suggerito la possibilità di mantenere la pena di morte per omicidi particolarmente violenti e feroci. Affermazione che fu accolta con sfavore dalla maggior parte dei membri dell'Assemblea, in particolare Paolo Rossi prese parola per evidenziare la propria posizione contraria.⁸⁴

essere soltanto uno degli scopi della pena, peraltro non sempre perseguibile, e di conseguenza proponeva di completare l'espressione «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato» inserendo l'inciso «in quanto possibile». Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 585.

⁸¹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 157.

⁸² Grassi con ironia chiese: «dovremmo quindi modificare tutti i codici?» Cfr. *ibidem*.

⁸³ «Non si risolve in sede di legislazione penale un problema umano di questa portata. Non si tratta di definire una pena entro certi limiti, ma di creare una tale struttura sociale, un tale costume, per cui il sistema degli illeciti e delle pene venga ad essere configurato in una luce nuova, nell'ambito di una società diversa da quella attuale. [...] Determinare fino a che punto la pena debba punire allo scopo di emendare è compito di dosaggio talmente delicato e legato a un tale complesso di elementi che si può dare soltanto un'indicazione di massima, lasciando al legislatore di valutare il problema.» Così interveniva Aldo Moro in seno alla commissione dei 75. Sul punto cfr. F.S. FORTUNA, *La pena dell'ergastolo nella Costituzione*, cit., p. 25.

⁸⁴ Rossi sottolineò come dall'unità di Italia la pena capitale fosse stata ripristinata proprio nei periodi di minore libertà e ne evidenziò la scarsa efficacia deterrente. Sul punto cfr. *ivi*, p.26.

L'emendamento dei due esponenti del P.C.I. fu respinto e il progetto passò all'Assemblea Costituente con la formulazione a suo tempo proposta da La Pira e Basso, dove fu discusso nella seduta del 15 aprile 1947.⁸⁵

Qui si dibatté in particolare del concetto di rieducazione: la fazione cattolica riteneva che la finalità rieducativa dovesse inevitabilmente misurarsi con il carattere afflittivo della pena mentre al contrario i laici ponevano l'accento sullo scopo curativo ed educativo della sanzione penale.⁸⁶

È peraltro interessante notare come vi fosse una sostanziale coincidenza tra varie proposte avanzate in sede di Assemblea Costituente: anche coloro che difendevano la formulazione originaria erano convinti che la rieducazione non dovesse essere l'unica ed esclusiva finalità della sanzione penale, solamente un'interpretazione «esagerata» avrebbe potuto assegnare alla pena il solo fine rieducativo.⁸⁷

Vi era poi chi, come l'onorevole Bastianetto, spostava il discorso sull'esecuzione della pena: «Nell'esecuzione delle pene si deve avere riguardo soprattutto al rispetto della persona umana» e assicurare che «i meccanismi della rieducazione non inneschino processi disumanizzanti non solo per i detenuti ma anche per gli agenti carcerari [...]».⁸⁸

Alla formulazione originaria fu proposto un emendamento da parte dei professori Leone e Bettiol, i quali chiedevano di precisare che «le pene non possono consistere

⁸⁵ Cfr. F.S. FORTUNA, *La pena dell'ergastolo nella Costituzione*, cit., p. 25.

⁸⁶ Sul punto cfr. *ivi*, p. 27. Furono avanzate proposte volte a eliminare riferimenti alla rieducazione. Persico propose di un emendamento volto ad affermare: «Le sanzioni penali hanno solo scopo curativo ed educativo, secondo i casi e le necessità e devono essere a tempo indeterminato». Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 100 nota 73.

⁸⁷ In questo senso si esprimeva l'on. Leone. Sul punto cfr. *ivi*, p. 101. Dunque anche le opposizioni avanzate dai sostenitori dell'idea retributiva devono essere lette in questo senso, ovvero come volte ad evitare interpretazioni eccessivamente estensive della norma, non come obiezioni alla finalità rieducativa in sé. Cfr. *ibidem*.

⁸⁸ F.S. FORTUNA, *La pena dell'ergastolo nella Costituzione*, cit., p. 28.

in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolino il processo di rieducazione morale del condannato».⁸⁹ A favore della modifica si schierò immediatamente Aldo Moro il quale sottolineava la necessità di evitare formulazioni imprecise e di dettare, al contrario, chiare disposizioni per la riorganizzazione del sistema penitenziario.⁹⁰ Si opposero invece all'emendamento Tupini e Ruini che preferivano la formulazione originaria, infine approvata. Fu poi il comitato di redazione, in sede di "coordinazione finale", ad invertire l'ordine degli enunciati, giungendo così alla configurazione dell'articolo 27 c. 3 che noi oggi conosciamo: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».⁹¹

Ciò che dai lavori preparatori possiamo desumere in ordine all'ergastolo è che si rinunciò a una sua abolizione espressa, ritenendo preferibile rinviare la questione ad altra sede, al contrario di quanto avvenne per la pena capitale. Bisogna però ricordare che anche la reclusione perpetua deve adempiere alla funzione rieducativa, poiché non è dato ricavare una sua esclusione dal principio generale dettato dall'articolo 27.⁹² Per quanto riguarda il significato di rieducazione, essendo stato respinto l'emendamento Leone-Bettiol, si può ragionevolmente sostenere che l'espressione debba essere intesa come reinserimento sociale e non come rieducazione esclusivamente morale, cosa che porta di conseguenza a porsi

⁸⁹ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 585.

⁹⁰ Egli intervenne affermando: «Dobbiamo preoccuparci che per un'imprecisione nella formulazione non si dia l'apparenza di aver risolto quello che in realtà non si voleva e non si poteva risolvere in questa sede». Sul punto cfr. F.S. FORTUNA, *la pena dell'ergastolo nella Costituzione*, cit., p. 29.

⁹¹ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 586. In questo modo si anteponeva il «divieto di trattamenti inumani all'esigenza di rieducazione», E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 102.

⁹² Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 586. Cfr. inoltre P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2015, p. 6.

l'inevitabile interrogativo della compatibilità dell'ergastolo con la nostra carta fondamentale.

4. La l. 25 novembre 1962, n. 1634: la liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo

Già pochi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana cominciarono a sorgere dubbi circa la conformità della pena dell'ergastolo con il finalismo rieducativo, tanto che della questione venne investita anche la suprema Corte di Cassazione che concluse per la sua infondatezza affermando che un ipotetico temperamento della pena avrebbe potuto essere preso in considerazione «dagli organi legislativi dello Stato, nella esplicazione di quella che è lor propria competenza».⁹³

Nel corso degli anni '50 molti studiosi di diritto penale discussero di questo tema: nel corso di un convegno a Venezia si arrivò a concludere per l'incompatibilità dell'ergastolo con il dettato costituzionale, mentre in un successivo convegno a Perugia, nel settembre del 1956, la pena venne prevalentemente considerata legittima, purché fosse introdotta la possibilità della liberazione condizionale. Due anni dopo, nel 1958, si tenne a Roma un congresso per la riforma del sistema penale e penitenziario, durante in quale furono avanzate alcune proposte di intervento tra cui riduzione dei casi di ergastolo e «umanizzazione» del trattamento penitenziario dei condannati all'ergastolo (con riferimento in particolare all'isolamento diurno, all'ammissione al lavoro all'aperto e alle proposte di grazia).⁹⁴

⁹³ Ordinanza 16 giugno 1956, sez. unite penali. Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 590.

⁹⁴ Su questo tema e per approfondimenti cfr. *ivi*, p. 590-591.

Le istanze di riforma furono accolte infine dal legislatore con la L. 25 novembre 1962, n. 1634, recante “Modificazioni alle norme del codice penale relative all’ergastolo e alla liberazione condizionale”.

L’articolo 1 modificava l’articolo 22 c.p. statuendo che il condannato all’ergastolo potesse essere ammesso *tout court* al lavoro all’aperto senza che vi fosse più la condizione di aver scontato «almeno tre anni di pena». Contestualmente veniva abrogata la previsione dell’esecuzione dell’ergastolo in una colonia o in un altro possedimento d’oltre mare.⁹⁵

L’articolo 2 riformava la disciplina dettata per il concorso di reati dall’articolo 72 c.p.: in caso di concorso di reati comportanti la pena dell’ergastolo, si continuava a comminare l’ergastolo⁹⁶, accompagnato dall’isolamento diurno da sei mesi a tre anni, mentre nella diversa ipotesi di concorso di delitti puniti con l’ergastolo e delitti puniti con pene detentive temporanee superiori a cinque anni era ridotta la durata dell’isolamento diurno da due a diciotto mesi.⁹⁷

Nessuna modifica invece per la previsione dell’articolo 73 c. 2 , che prevedeva l’ergastolo semplice, ovvero senza isolamento diurno, nel caso di concorso di più delitti ciascuno dei quali punito con la reclusione non inferiore a ventiquattro anni.⁹⁸

La maggiore innovazione della L. del 1962 fu senza dubbio quella relativa alla liberazione condizionale, disciplinata dall’articolo 176 c.p.. Innanzitutto fu modificato il presupposto generale per la concessione della misura: non venivano più richieste le generiche «prove costanti di buona condotta», ma si esigeva un

⁹⁵ Cfr. M. PISANI, *La pena dell’ergastolo*, cit., p. 592.

⁹⁶ Il primo comma dell’articolo 72, che nella sua versione originaria disponeva per questa ipotesi la pena di morte, era stato così modificato dal d.l. 22 gennaio del 1948, n. 21.

⁹⁷ Cfr. M. PISANI, *La pena dell’ergastolo*, cit., p. 592. Originariamente invece l’articolo 72 c. 2 fissava la durata dell’isolamento da sei mesi a quattro anni.

⁹⁸ Cfr. *ibidem*.

comportamento tale da far ritenere sicuro il ravvedimento del condannato. Si cercava così di rendere l'istituto più inerente alle previsioni costituzionali: il beneficio, a partire da questo momento, viene accordato soltanto a chi abbia acquisito, partecipando all'opera di rieducazione, la capacità di reinserirsi nella società, senza il pericolo di commissione di altri reati.⁹⁹

Accogliendo le proposte avanzate da parte della dottrina si giunse poi finalmente ad ammettere alla liberazione condizionale anche il condannato all'ergastolo, a condizione che avesse scontato effettivamente¹⁰⁰ almeno ventotto anni¹⁰¹ di pena (art. 176 c. 3 c.p.).¹⁰² La concessione del beneficio rimaneva peraltro sempre subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti da reato (salvo che il condannato dimostrasse l'impossibilità di adempierle).

In caso di ammissione dell'ergastolano alla liberazione condizionale l'articolo 177, contestualmente modificato, stabiliva l'estinzione della pena e la revoca delle misure di sicurezza personali una volta che fossero decorsi cinque anni¹⁰³ senza che fosse intervenuta alcuna causa di revoca del beneficio¹⁰⁴.

⁹⁹ Sembra infatti questo il significato da attribuire all'espressione «sicuro ravvedimento». Sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 855.

¹⁰⁰ L'opinione prevalente riteneva che dovesse aversi riguardo alla pena inflitta dal giudice, senza considerare le eventuali riduzioni per indulto o grazia. Cfr. V. GREVI, *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, p. 80. Nel 1986 la c.d. legge Gozzini ha modificato l'art 176 c.p. eliminando l'avverbio «effettivamente».

¹⁰¹ Con la c.d. legge Gozzini, nel 1986, l'articolo 176 c.p. sarà nuovamente modificato, diminuendo il periodo di pena da scontare a ventisei anni.

¹⁰² Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 593. Nel corso di un convegno svoltosi a Milano nel 1958 sotto la presidenza di De Nicola si era proposto di subordinare la concessione della liberazione condizionale per il condannato all'ergastolo all'espiazione della massima pena della reclusione prevista dall'ordinamento (quindi trent'anni). Cfr. *ivi*, p. 591.

C'era poi chi aveva suggerito di considerare, nel calcolo della pena scontata, anche l'età del condannato, per evitare che fossero esclusi dal beneficio i detenuti di età avanzata. Cfr. *ivi*, p. 593, nota 40.

¹⁰³ Mentre per i condannati a pena detentiva diversa dall'ergastolo era necessario un periodo pari alla durata della pena inflitta.

¹⁰⁴ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 593. L'articolo 177 prevede la revoca del beneficio della liberazione condizionale se la persona condannata commette un delitto o contravvenzione della stessa indole, trasgredisce agli obblighi inerenti la libertà vigilata. In questi casi si stabiliva che il condannato non poteva essere riammesso alla liberazione condizionale, ma la Corte

5. Ordinamento Penitenziario, legge Gozzini e successivi interventi normativi

La legge 26 Luglio 1975, n. 354, segnò senza dubbio un importante traguardo nella disciplina del sistema penitenziario: la finalità rieducativa della pena, che fino ad allora era rimasta sostanzialmente lettera morta, fatto salvo il limitato intervento attuato con la legge n. 1364 del 1962, diventò il fulcro dell'esecuzione della pena.¹⁰⁵

Il legislatore del '75 costruì «l'intera disciplina del trattamento in istituto facendola gravitare intorno alla figura del detenuto: come protagonista attivo e, nel contempo, fine ultimo dell'esecuzione penitenziaria, nella prospettiva di una rieducazione».¹⁰⁶

Già dall'articolo 1 si ricava quello che è il principio ispiratore dell'intera riforma: «Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda attraverso contatti con l'ambiente esterno al reinserimento sociale degli stessi».¹⁰⁷ Veniva così tracciato il principio di risocializzazione: rieducare significa modificare gli atteggiamenti sociali del detenuto, agire sui fattori criminogeni in modo che egli non costituisca più un pericolo per la collettività; allo stesso tempo è però necessario evitare che la pena costituisca un fattore di desocializzazione.¹⁰⁸ La l. 354 rappresentò una svolta proprio perché per la prima

Costituzionale, con sentenza 4 giugno 1997, n. 161, ha dichiarato illegittima tale disposizione nella parte in cui si riferisce al condannato all'ergastolo, che quindi può nuovamente fruire del beneficio se ne sussistono i presupposti. Sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 855.

¹⁰⁵ L'esecuzione della pena è del resto l'unica fase in cui gli interpreti «non hanno quasi mai seriamente contestato la sua applicabilità», cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, p. 470.

¹⁰⁶ V. GREVI come citato in E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato, un'irrinunciabile utopia?*, in *Dir. pen. cont.*, 7 Dicembre 2011, p. 1, nota 1.

¹⁰⁷ Art. 1 c. 6. Oggi il regolamento di esecuzione (D.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, ma analogamente già stabiliva il d.p.r. 29 aprile 1976, n. 431) si preoccupa a questo proposito di specificare che il trattamento rieducativo dei condannati e degli internati è volto a «promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono d'ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale». (art 1 c. 2). Sul punto cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 84.

¹⁰⁸ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 474. Nel 1975 venne abbandonata la tradizionale visione del carcere (Rocco parlava di «funzione eliminatrice della pena») e si cercò invece di aprire il carcere all'esterno e di incentivare la partecipazione della

volte tale principio venne affermato nei confronti di tutti i condannati, senza alcuna distinzione relativa al tipo di pena inflitta, compresi quindi anche i condannati all'ergastolo.

La prima modifica apportata dalla riforma consisteva nell'abolizione dei c.d. *ergastoli* con assegnazione degli ergastolani alle case di reclusione.¹⁰⁹ Implicitamente venne poi abrogata la prescrizione dell'isolamento notturno¹¹⁰ dall'articolo 6 c. 2 Ord. Pen. che per il pernottamento assegna i detenuti in camere «dotate di uno o più posti» senza distinguere in base al tipo di pena da eseguire.¹¹¹ Inoltre, mentre il regolamento Rocco dettava una disciplina di esecuzione dell'ergastolo più severa rispetto a quella delle altre pene, il legislatore del 1975 eliminava ogni differenza di trattamento tra ergastolani e altri condannati. A cominciare dalla regolamentazione dei colloqui¹¹²: ogni detenuto, in base alla l. 354, aveva la possibilità di ottenere quattro colloqui al mese della durata massima di un'ora¹¹³, di intrattenere corrispondenza epistolare e, una volta ogni quindici giorni,

collettività alla fase di esecuzione della pena: l'articolo 15 della L. 354 precisa che «il trattamento è svolto principalmente avvalendosi di istruzione, lavoro, religione, attività sportive e ricreative e agevolando i rapporti con il mondo esterno». Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 111 e 135.

¹⁰⁹ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 599.

¹¹⁰ Di cui all'art. 22 c. 1 c.p.

¹¹¹ Cfr. S. RIONDATO, *sub* art. 22, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, p. 188. Anzi sono preferibilmente gli imputati, e quindi detenuti senza ancora una condanna definitiva, che dovrebbero essere assegnati in camere da un posto, non i condannati all'ergastolo (art 6 c. 4). Sul punto Cfr. P. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 102 e p. 377. La Corte di Cassazione ha precisato che l'isolamento notturno non può considerarsi «oggetto di un diritto soggettivo giuridicamente azionabile dal condannato» (sez. I 09/50005). Sul punto cfr. S. RIONDATO, *sub* art. 22, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 188.

¹¹² Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 599.

¹¹³ Successivamente sei colloqui al mese. Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 145.

ma solo nel caso in cui non avessero usufruito di colloqui con familiari e conviventi, anche telefonica, della durata massima di sei minuti.¹¹⁴

Con la l. 354 l'obbligo del lavoro cessava di essere una prerogativa dell'ergastolo per diventare un fondamentale elemento del trattamento di tutti i detenuti: «il lavoro è obbligatorio per i condannati e per i sottoposti a misura di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro» ma «non ha carattere afflittivo ed è remunerato». Addirittura «i detenuti che mostrino particolari attitudini artigianali, culturali o artistiche possono essere esonerati dal lavoro ordinario ed essere ammessi ad esercitare, per proprio conto, attività artigianali, intellettuali o artistiche».¹¹⁵ Veniva inoltre introdotta la novità del lavoro all'esterno dell'istituto, cui anche i condannati all'ergastolo possono essere autorizzati.¹¹⁶ La parificazione di trattamento riguardava anche la remunerazione (per tutti i condannati 7/10 della mercede), gli assegni familiari e il peculio.¹¹⁷

Ancora, si stabiliva anche per i condannati all'ergastolo, al pari degli altri detenuti, la possibilità di fruire dei permessi di necessità in caso di imminente pericolo di vita di un familiare o convivente, o per altri «gravi e accertati motivi»; e la facoltà di

¹¹⁴ Cfr. art. 37 d. p. r. 29 aprile 1976, n. 431. Oggi i detenuti hanno diritto a una telefonata alla settimana della durata massima di dieci minuti. Art 39 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230. Sul punto cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 151.

¹¹⁵ Art 20, l. 26 luglio 1975, n. 354. Cfr. *ivi*, p. 118 e 119.

¹¹⁶ Il d.l. 13 maggio 1991 n. 152 recante provvedimenti urgenti in materia di lotta contro la criminalità organizzata conv. in l. 2 luglio 1991, n. 203, ha previsto che gli ergastolani possano essere ammessi al lavoro all'esterno dopo l'espiazione di dieci anni di pena. Sul punto cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 120. Con l'istituto del lavoro all'esterno si consente al detenuto di uscire dall'istituto per prestare attività lavorativa, per poi rientrarvi al termine dell'orario di lavoro. In questo modo si cerca di facilitare i suoi rapporti con la società libera e il suo reinserimento sociale. Cfr. *ibidem*.

¹¹⁷ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 600.

partecipare ad attività culturali, ricreative e sportive organizzate all'interno dell'istituto e di seguire corsi scolastici.¹¹⁸

Il legislatore, con la riforma dell'Ordinamento Penitenziario, ha dunque perseguito l'obiettivo di rendere la pena umana e rieducativa nei confronti di tutti i detenuti, senza operare distinzioni in base al reato commesso o alla pena inflitta.

Ciò che rimaneva a stigmatizzare la posizione del condannato all'ergastolo erano esclusivamente le pene accessorie: nel 1975 fu eliminato però il riferimento alla perdita della capacità di testare e alla decadenza dall'autorità maritale¹¹⁹, mentre con la l. 24 novembre 1981, n. 689, venne meno la sanzione della nullità del testamento fatto prima della sentenza di condanna.¹²⁰

Il disegno del legislatore del 1975 fu ulteriormente ampliato una decina di anni più tardi con la l. 10 ottobre 1986, n. 663 (la c.d. legge Gozzini), che viene definita come la «seconda riforma penitenziaria».¹²¹

Prima grande novità fu la previsione della possibilità di concedere anche all'ergastolano, che avesse dato prova di «partecipazione all'opera di rieducazione», le riduzioni di pena di cui all'articolo 54 Ord. Pen. di 45 giorni ogni semestre di pena scontata al fine di «un suo più efficace reinserimento nella società». Il fatto che la disposizione non si applicasse al condannato all'ergastolo, aveva suscitato perplessità in dottrina, e si era auspicata la possibilità di concedergli comunque tali diminuzioni di pena, anche in assenza di una disciplina specifica, in modo da

¹¹⁸ Sul punto cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 112, 132-134 e 161.

¹¹⁹ Quest'ultimo istituto fu soppresso con la riforma del diritto di famiglia del 1975. Nello stesso anno l'istituto della "patria potestà" è stato sostituito con quello della "potestà dei genitori", e di conseguenza modificato l'art. 32 c.p. c. 2 che prevedeva la decadenza dalla patria potestà. Oggi si parla invece di "responsabilità genitoriale".

¹²⁰ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 604-605.

¹²¹ F.DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1168.

anticiparne l'ammissione alla liberazione condizionale (nonostante l'art. 176 c.p. richiedesse 28 anni di pena «effettivamente» scontata).¹²² Sulla questione era intervenuta anche la Corte Costituzionale con la sent. n. 274 del 1983 dichiarando appunto illegittimo l'art. 54 Ord. Pen. «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»¹²³. Il legislatore del 1986 quindi non fece altro che recepire quanto già disposto dalla Corte.¹²⁴ Contestualmente, modificando l'art. 176 c.p., si abbassava, inoltre, da ventotto a ventisei la pena da espiaire per accedere alla liberazione condizionale.¹²⁵

Strettamente collegata fu l'ammissione dell'ergastolano alla *semilibertà*. Il regime di semilibertà consiste nella possibilità per il detenuto di trascorrere «parte del giorno fuori dall'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale».¹²⁶ Fino all'intervento della l. Gozzini il condannato all'ergastolo era implicitamente escluso da questa misura alternativa dato che la legge richiedeva l'espiazione di almeno la metà della pena, frazione indeterminabile nel caso dell'ergastolo, data appunto la sua perpetuità. Il legislatore nel 1986 stabilì invece che questi potesse esservi ammesso con l'unica condizione di aver scontato almeno vent'anni di pena¹²⁷ compiendo quella valutazione discrezionale che la Corte

¹²² Cfr. V. GREVI, *Riduzione di pena e liberazione condizionale*, cit., p. 81.

¹²³ Sent. 274 del 1983, in *Consulta OnLine*.

¹²⁴ Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 601.

¹²⁵ Cfr. *ivi*, p. 602.

¹²⁶ Art. 48 L. 26 luglio 1975, n. 354, cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 273.

¹²⁷ L'articolo 58^{quater} richiede oggi l'espiazione di 26 anni di pena per l'ammissione al beneficio, se il soggetto è stato condannato all'ergastolo per uno dei delitti di cui agli articoli 289^{bis} e 630 c.p., su questo cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 602.

Costituzionale nella stessa sentenza 274 del 1983 aveva dichiarato eccedere i suoi poteri.¹²⁸

Sempre con la l. Gozzini fu introdotto l'istituto dei *permessi premio*: ovvero la possibilità, per i detenuti che hanno tenuto regolare condotta e non socialmente pericolosi, di uscire dall'istituto per un periodo di tempo predeterminato in modo da coltivare interessi affettivi, culturali o lavorativi. Per agevolare il reinserimento sociale dei condannati all'ergastolo, questi furono inclusi tra i possibili beneficiari dell'istituto, con la condizione di aver scontato almeno dieci anni di pena.¹²⁹

Negli anni successivi, tuttavia, l'impianto originario dell'Ordinamento Penitenziario fu sconvolto per soddisfare esigenze di sicurezza e difesa sociale¹³⁰: nel 1991 venne introdotto l'articolo *4bis* che indica una serie di casi in cui i benefici previsti dalla legge non possono essere concessi, a meno che i detenuti collaborino con la giustizia. Il soggetto condannato all'ergastolo per uno dei reati ivi indicati (prevalentemente di matrice mafiosa o terroristica) non ha quindi la possibilità di essere reinserito nella società e deve scontare una pena effettivamente perpetua.¹³¹

Nel 1992 invece fu invece inserito il secondo comma dell'articolo *41bis* che prevede un trattamento differenziato *in peius* per i detenuti a causa di delitti di stampo mafioso.¹³²

¹²⁸ Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 602 e cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 281.

¹²⁹ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 602. Sui permessi premio cfr. inoltre P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 164.

¹³⁰ La legge n. 354 del 1975 si era presentata come innovativa proprio perché privilegiava le finalità di rieducazione e reinserimento sociale dei detenuti, lasciando però nell'ombra le esigenze di ordine e sicurezza. Negli anni successivi le emergenze, terroristica prima e mafiosa poi, portarono il legislatore a intervenire modificando l'assetto originario della normativa penitenziaria. Cfr. *ivi*, p. 177 ss.

¹³¹ Cfr. *infra* paragrafo 7.2.

¹³² È prevista una disciplina più severa riguardo i colloqui, la corrispondenza, i beni e gli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno e in generale la vita all'interno dell'istituto carcerario. Anche in

Nei primi anni '90 il legislatore decise quindi di privilegiare le esigenze di ordine e sicurezza, rispetto a quelle di rieducazione prevedendo per alcuni detenuti la sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario.

A una diversa esigenza deflattiva rispondevano invece altri due provvedimenti successivi: l. 16 dicembre 1999, n. 479 e d.l. 24 novembre 2000, n. 341 che modificando la disciplina del giudizio abbreviato hanno introdotto una particolarissima tipologia di ergastolo: il c.d. *ergastolo rimosso*. Con questa espressione si intende fare riferimento all'ipotesi in cui la pena della reclusione perpetua, edittalmente prevista, si converte in reclusione temporanea grazie all'opzione dell'imputato per il giudizio abbreviato.¹³³

6. L'ergastolo per i minorenni

Il codice Zanardelli, influenzato dai valori liberali che avevano ispirato tutte le codificazioni ottocentesche, escludeva la pena dell'ergastolo per i minorenni, sostituendo ad essa *ope legis* altre pene detentive temporanee.¹³⁴

Il legislatore del 1930, al contrario, si limitò a dettare una presunzione di non imputabilità assoluta per il minore di quattordici anni (art. 97 c.p.) e relativa per il minore infradiciottenne (art. 98 c.p.), senza escludere quest'ultimo dalla pena della reclusione perpetua.¹³⁵

questo caso dunque si sacrifica la funzione rieducativa per privilegiare esigenze di sicurezza pubblica. Sul punto cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, p. 217 e 223 ss.

¹³³ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 607. Più ampiamente cfr. *infra* paragrafo 7.3.

¹³⁴ In particolare reclusione da dodici a vent'anni per il minorenni e da venticinque a trenta per il maggiorenne infraventenne. Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, p. 602.

¹³⁵ Il legislatore del 1930 aveva semplicemente stabilito che per il minore di anni diciotto imputabile la pena era in ogni caso diminuita. Sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 348.

Solo pochi anni più tardi, nel 1934¹³⁶, prendendo in considerazione l'effetto smisurato che una pena senza fine poteva avere su un individuo di giovanissima età, con una personalità ancora in formazione, si giunse ad affermare che il ministro potesse ordinare in ogni momento dell'esecuzione la liberazione condizionale del minore di diciotto anni, indipendentemente dalla durata della pena inflitta in sentenza, e quindi anche in caso di condanna all'ergastolo.¹³⁷

Il dubbio circa la legittimità dell'ergastolo per i minori fu sollevato per la prima volta nel 1992, quando si pose la questione di costituzionalità degli articoli 22, 98, 65 e 69¹³⁸c.p., invocando come parametri gli articoli 2, 3, 10, 27 e 31 Cost.

La Corte Costituzionale ritenne però le questioni inammissibili, sostenendo che la soluzione del problema rientrasse nella discrezionalità del legislatore. Tuttavia non mancò di evidenziare «l'esigenza di adeguare l'ordinamento positivo a quella linea più volte messa in evidenza da questa Corte di un sistema punitivo che per il minore risulti sempre più diversificato, sia sul piano sostanziale che su quello processuale»¹³⁹, auspicando sul punto un intervento tempestivo.¹⁴⁰

A distanza di un anno la Consulta intervenne però nuovamente sul punto giungendo questa volta, con la sentenza 27-28 aprile 1994, n. 168, a una dichiarazione di incostituzionalità degli articoli 17 e 22 c.p. rispetto all'articolo 31 Cost. letto in relazione all'articolo 27. Il giudice *a quo* aveva sollevato la questione invocando come parametri gli articoli 10, 27 c. 3 e 31 c. 2 Cost. Prima di pervenire alla

¹³⁶ R.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404 (istitutivo del tribunale per i minorenni).

¹³⁷ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, p. 602.

¹³⁸ L'art. 22 è la norma che definisce la pena dell'ergastolo. L'art. 98 prevede che se il minore infradiciottenne è imputabile la pena è in ogni caso diminuita, mentre gli articoli 65 al n. 2 stabilisce che quando ricorre una circostanza attenuante la pena dell'ergastolo è sostituita con «la reclusione da venti a ventiquattro anni». L'art. 69 disciplina il giudizio di comparazione di circostanze.

¹³⁹ Sentenza 16 aprile 1993, n. 140 in *Consulta OnLine*.

¹⁴⁰ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 603.

declaratoria di illegittimità la Corte esaminava in maniera più generale la questione dell'ergastolo, in modo da evidenziare la sua compatibilità con l'articolo 27 c. 3 della Costituzione e respingere, di conseguenza, quella specifica censura di incostituzionalità¹⁴¹: nella sentenza la Consulta richiamava quanto precedentemente affermato sul carattere polifunzionale della pena e ricordava come il legislatore, rispetto al momento dinamico della sua applicazione, avesse già provveduto ad adeguare la reclusione perpetua al dettato costituzionale estendendo al condannato all'ergastolo «non solo l'istituto della liberazione condizionale [...] ma anche altre misure premiali che anticipano quel reinserimento come effetto del suo sicuro ravvedimento, da comprovarsi dal giudice sulla base non solo della buona condotta tenuta dal condannato stesso durante l'esecuzione della pena, bensì soprattutto dalla sua partecipazione all'opera rieducativa». ¹⁴²

La Corte passava quindi ad esaminare la questione rispetto all'articolo 31 comma 2 della Costituzione che assicura la protezione dell'infanzia e della gioventù e favorisce gli istituti necessari a tale scopo, rilevando come questo facesse assumere all'articolo 27 «un significato distinto da quello che è riferibile alla generalità dei soggetti quanto alla funzione rieducativa della pena» la quale «per i soggetti minori di età è da considerarsi se non esclusiva, certamente preminente, per cui si manifesta un insanabile contrasto tra essa e le norme denunciate». ¹⁴³

¹⁴¹ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 603.

¹⁴² A. MARGARA, *L'ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 48. La Corte proseguiva affermando: «Tutti questi anzidetti correttivi finiscono con l'incidere sulla natura stessa dell'ergastolo, che non è più quella concepita alle sue origini dal codice penale del 1930 [...]. Ma una volta soddisfatto con detti correttivi il precetto costituzionale che assegna la funzione rieducativa, diviene -si noti- esclusivo compito del legislatore di valutare, nelle scelte di politica criminale, se conservare o meno l'ergastolo tra le soluzioni punitive astrattamente previste.» Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 603, nota 62.

¹⁴³ Sentenza 168 del 1994 in *Consulta OnLine*. Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 604.

La Consulta affermava quindi come il trattamento dei minori andasse differenziato il più possibile rispetto a quello riservato a soggetti adulti¹⁴⁴, sottolineando che anche i vari istituti premiali, sufficienti a rendere l'ergastolo per i maggiorenni compatibile con la Costituzione, dovessero essere rivisitati¹⁴⁵ rispetto ai condannati minorenni, poiché l'articolo 31 Cost. «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 un suo inserimento maturo nel contesto sociale».¹⁴⁶

Sulla base di questo ragionamento la Corte Costituzionale giungeva quindi a dichiarare illegittimi gli articoli 17 e 22 c.p. nella parte in cui «non escludono l'applicazione dell'ergastolo al minore imputabile». La declaratoria di incostituzionalità ha investito inoltre anche altre norme del codice penale che indirettamente prevedevano l'applicazione della reclusione perpetua nei confronti del minore infradiciottenne.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 510.

¹⁴⁵ Oggi l'articolo 79 Ord. Pen. continua però a prevedere che tutte le norme della l. si applicano anche nei confronti dei minorenni fino a quando non sarà provveduto diversamente. Siamo dunque ancora in attesa di una differenziazione di trattamento in adeguamento alle indicazioni della Corte. La giurisprudenza ha cercato di intervenire in via sostitutiva, prevedendo, ad esempio, che la semilibertà può essere concessa in ogni momento ai minorenni «che dimostrino progressi nel corso del trattamento». Sul punto cfr. *ivi*, p. 281.

¹⁴⁶ Sentenza 168 del 1994 in *Consulta OnLine*.

¹⁴⁷ In particolare art. 69 c.p. e art. 73 c. 2 c.p. Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 604.

7. La disciplina attuale dell'ergastolo

L'ergastolo attualmente è la massima pena contemplata dal nostro ordinamento: l'art. 17 c.p. lo colloca tra le pene previste per i «delitti» insieme alla reclusione e alla multa.¹⁴⁸

L'articolo 22 stabilisce 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.». La previsione relativa all'isolamento notturno è da ritenersi implicitamente abrogata dall'articolo 6 c. 2 dell'Ordinamento Penitenziario che ha stabilito che i detenuti sono destinati per il pernottamento in «camere da uno o più posti».¹⁴⁹

La Corte di Cassazione ha precisato che l'isolamento notturno «non costituisce oggetto di un diritto soggettivo giuridicamente azionabile dall'interessato» (sez. I 09/50005). Si tratta infatti di una modalità di esecuzione della pena in termini di maggiore afflittività e dunque «non è configurabile un interesse giuridicamente apprezzabile del detenuto a instare per l'inasprimento del proprio trattamento penitenziario» (sez I 07/16400).¹⁵⁰ Di conseguenza è da ritenersi pienamente legittimo il rigetto dell'istanza presentata dal condannato e volta a ottenere l'isolamento notturno.¹⁵¹

L'aspetto che contraddistingue la pena dell'ergastolo è innanzitutto la sua *perpetuità*: nel 1930, all'entrata in vigore del codice Rocco, la pena era effettivamente perpetua ma questo carattere è stato progressivamente eroso nel

¹⁴⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 765.

¹⁴⁹ Cfr. S. RIONDATO, *sub art. 22*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 188.

¹⁵⁰ Sul punto cfr. *ibidem*.

¹⁵¹ R. RINALDI, *sub art. 22*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2014, p. 143.

corso degli anni, come già evidenziato nei paragrafi precedenti.¹⁵² Nel 1962 il legislatore ha statuito che il condannato all'ergastolo potesse essere ammesso alla liberazione condizionale dopo aver scontato ventotto anni di pena, ulteriormente ridotti a ventisei anni dalla l. Gozzini nel 1986. Dunque, una volta espiato il minimo di pena ivi indicato (che può essere ulteriormente diminuito con le riduzioni di cui all'art. 54 Ord. Pen. in caso di partecipazione all'opera di rieducazione), anche il condannato all'ergastolo, se ha tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento e adempiuto le obbligazioni civili, vede cessare il suo stato di detenzione, con l'applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata per cinque anni. Decorso questo periodo di tempo la pena si estingue.¹⁵³

Inoltre la riforma penitenziaria del 1986 ha previsto che il condannato all'ergastolo possa essere ammesso alla semilibertà, una volta scontati vent'anni di pena, e fruire di permessi premio, dopo dieci anni di detenzione, per non più di quarantacinque giorni all'anno.¹⁵⁴ Dal momento che, ai sensi dell'articolo 53**bis** della legge n. 354 del 1975, il tempo trascorso dal detenuto in permesso è «computato a ogni effetto nella durata delle misure restrittive della libertà personale», è possibile che il condannato all'ergastolo, che abbia usufruito di duecentoventicinque giorni di permesso, sia ammesso alla semilibertà dopo quindici anni effettivi di pena scontata e acceda alla liberazione condizionale dopo diciannove anni e sei mesi, avendo goduto di permessi per un totale di quattrocentoventotto giorni.¹⁵⁵

¹⁵² Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2017, p. 634.

¹⁵³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 854-855.

¹⁵⁴ Periodi che possono sempre essere ridotti ex art. 54 Ord. Pen. Sul punto cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 635.

¹⁵⁵ Sul punto cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 710.

Oggi quindi la pena dell'ergastolo, più che una pena perpetua, può essere definita una pena ad «*esecuzione progressiva*»: nel corso del trattamento penitenziario il condannato ha la possibilità di modificare il suo stato detentivo, compiendo un cammino graduale verso il suo reinserimento sociale. E questa possibilità dovrebbe «promuovere, da parte dell'ergastolano, un approccio più costruttivo nei confronti della pena».¹⁵⁶

La Corte Costituzionale ha comunque precisato che l'ergastolo «non può mai essere considerato una pena temporanea»¹⁵⁷. Del resto, proprio dal fatto di essere una pena senza scadenza, derivano le peculiarità della sua disciplina rispetto a quella delle altre pene detentive: ad esempio l'inapplicabilità degli istituti dell'affidamento in prova ai servizi sociali o della sospensione condizionale della pena, l'imprescrittibilità dei reati per cui è previsto l'ergastolo o l'irriducibilità della pena con indulto.¹⁵⁸

Oltre alla perpetuità, ciò che, ai sensi dell'articolo 22 c.p., dovrebbe contraddistinguere la pena dell'ergastolo, è l'*obbligo del lavoro*. Tale obbligatorietà, tuttavia, è ribadita dall'articolo 20 dell'Ordinamento Penitenziario per la totalità dei condannati indipendentemente dal tipo di pena inflitta, con la precisazione che il lavoro non ha carattere affittivo e va remunerato. Inoltre, in base all'art. 15 Ord. Pen., il lavoro è un elemento fondamentale del trattamento rieducativo dei detenuti. Il secondo comma dell'articolo 22 c.p. prevede che il condannato possa essere ammesso fin da subito al lavoro all'aperto, ma tale facoltà è implicita anche per gli altri condannati, come si ricava dall'art. 10 Ord. Pen. che stabilisce che « ai soggetti

¹⁵⁶ Sul punto cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 635.

¹⁵⁷ Corte Costituzionale, ordinanza 20 luglio 1995, n. 337 in www.gazzettaufficiale.it

¹⁵⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2013, p. 8. Sull'imprescrittibilità dei reati e sulla disciplina dell'indulto più ampiamente v. *infra*.

che non prestano lavoro all'aperto è consentito di permanere almeno per due ore al giorno all'aria aperta». Unica differenza tra i condannati all'ergastolo e gli altri detenuti riguarda il lavoro all'esterno dell'istituto: per i primi l'articolo 21 Ord. Pen. richiede infatti l'espiazione di almeno dieci anni di pena.¹⁵⁹

La pena dell'ergastolo è comminata per i seguenti reati.¹⁶⁰

-Delitti contro la personalità dello Stato:

- Art. 242 co. 1 c.p.: cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano.
- Art. 243 c. 2 c.p.: intelligenze con lo straniero a scopo di guerra contro lo Stato italiano (se la guerra segue o si verificano altre ostilità).
- Art. 244 c. 1 c.p.: atti ostili verso uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di guerra.
- Art. 258 c. 2 e 3 c.p.: spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione (se il fatto è commesso nell'interesse di uno Stato in guerra con lo Stato italiano; se il fatto ha compromesso l'efficienza bellica dello Stato o le operazioni militari).
- Art. 261 c. 3 e 4 c.p.: rivelazione di segreti di Stato (se il colpevole ha agito a scopo di spionaggio politico o militare).
- Art. 262 c. 3 c.p.: rivelazione di notizie di cui è stata vietata la divulgazione (se il fatto è commesso in tempo di guerra e il colpevole ha agito a scopo di spionaggio politico o militare).
- Art. 265 ult. comma: disfattismo politico (se il colpevole ha agito in seguito a intelligenze col nemico).

¹⁵⁹ Sul punto cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 636.

¹⁶⁰ Sul punto cfr. A. SALVATI, *Profilo giuridico dell'ergastolo*, cit., p. 10 nota 29. L'ergastolo ha visto ampliarsi il suo campo applicativo dopo l'abrogazione della pena di morte. Cfr. C. SALTELLI, voce *Ergastolo*, cit., p. 458.

- Art. 276 c.p.: attentato contro il Presidente della Repubblica.
- Art. 280 c. 4 c.p.: attentato per finalità terroristiche o di eversione (se dal fatto deriva la morte della persona).
- Art. 284 c. 1 e 2: insurrezione armata contro i poteri dello Stato (l'ergastolo è previsto per chi la promuove e per chi la dirige).
- Art. 285 c.p.: devastazione, saccheggio e strage.
- Art. 286 c.p.: guerra civile.
- Art. 287 c. 3 c.p.: usurpazione di potere politico o di comando militare (se il fatto è commesso in tempo di guerra).
- Art. 289bis c. 3 c.p.: sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (se il colpevole cagiona la morte del sequestrato).
- Art. 295 c.p.: attentato contro i Capi di Stati esteri.

-Delitti contro l'incolumità pubblica:

- Art. 422 c.p.: strage.
- Art. 438 c.p.: epidemia.
- Art. 439 c. 2 c.p.: avvelenamento di acque e di sostanze alimentari (se dal fatto deriva la morte di alcuno).

-Delitti contro la persona:

- Art. 576 c.p.: Omicidio. Circostanze aggravanti. Ergastolo.
- Art. 577 c.p.: Omicidio. Altre circostanze aggravanti. Ergastolo.

-Delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone:

- Art. 630 c. 3 c.p.: sequestro di persona a scopo di estorsione (se il colpevole cagiona la morte del sequestrato). In questo caso l'articolo 58quater c. 4 dell'Ordinamento Penitenziario prevede che il condannato all'ergastolo per

tale reato (o per sequestro di persona a scopo di terrorismo) possa accedere ai benefici penitenziari soltanto dopo aver espiato almeno ventisei anni di pena.¹⁶¹ Il tribunale di sorveglianza di Venezia, il 5 aprile 2017, ha sollevato una questione di legittimità alla Corte Costituzionale dell'art. 58^{quater} rispetto agli articoli 3 e 27 della Costituzione: secondo i giudici sarebbe violato il principio di uguaglianza data l'applicabilità di questo regime più rigoroso soltanto agli autori dei due delitti indicati, che presentano disvalore analogo ad altre fattispecie. Inoltre emergerebbe un contrasto con il principio rieducativo data la «prevalenza assoluta delle esigenze di punizione e prevenzione sociale su quelle di recupero dei condannati».¹⁶²

Ancora, l'articolo 73 c. 2 c.p. prevede che si applichi la pena dell'ergastolo quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi la reclusione non inferiore a ventiquattro anni.¹⁶³

I reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti, sono imprescrittibili ai sensi dell'art. 157 ult. comma c.p.: l'articolo l'art 157 fa riferimento, per determinare il tempo necessario a prescrivere, alla massima pena editale prevista per il reato. Non si considerano le eventuali diminuzioni di pena dovute a circostanze attenuanti.¹⁶⁴

¹⁶¹ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p.216.

¹⁶² Nel caso in esame il tribunale di sorveglianza si era trovato nell'impossibilità di concedere la semilibertà al condannato, nonostante la presenza di tutti i requisiti richiesti dalla legge, a causa dell'ostatività dell'articolo 58^{quater} c. 4 che richiede ventisei anni di pena effettivamente scontata, quindi, per di più, senza l'operatività della liberazione anticipata. Sul punto cfr. *Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 58-quater c. 4. O.P.: divieto di concessione dei benefici penitenziari al condannato alla pena dell'ergastolo per il reato di cui all'articolo 630 c.p., che abbia cagionato la morte del sequestrato*, in *Giur. pen. web*, 9 maggio 2017.

¹⁶³ Cfr. D. PULITANO', *Diritto penale*, Torino, 2015, p. 492. La Corte Costituzionale con la sent. 28 aprile 1994, n. 168 ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 73 c. 2 nella parte in cui si applica al minore imputabile. Sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 699 (e cfr. *supra* par. 6).

¹⁶⁴ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 831. La disciplina della prescrizione è stata modificata nel 2005. La Corte di Cassazione con la sent. 12 maggio 2016, n.

La pena dell'ergastolo è imprescrittibile e si estingue solo per morte del reo, amnistia¹⁶⁵, indulto, grazia o liberazione condizionale.¹⁶⁶ Per quanto riguarda l'*indulto*¹⁶⁷ la Corte di Cassazione ha ritenuto che la reclusione perpetua sia condonabile *in toto* oppure convertibile in una pena di specie diversa, non condonabile in parte¹⁶⁸ (proprio perché la sua durata è perpetua, correlata alla vita del reo, e di conseguenza non determinabile *a priori*). Quindi non è consentito, per facilitare l'accesso ai benefici penitenziari, sottrarre dalla pena dell'ergastolo una parte condonata con l'indulto, tanto più che questi richiedono la partecipazione del condannato all'opera rieducativa da cui l'indulto invece «prescinde completamente».¹⁶⁹

Causa estintiva della pena dell'ergastolo può essere poi ovviamente il provvedimento di *grazia*¹⁷⁰, che, come rimedio alla perpetuità della sanzione, è in grado di «attenuare la durezza dell'istituto».¹⁷¹ È interessante, dal punto di vista statistico, analizzare l'incidenza che questo istituto ha avuto sulla pena dell'ergastolo nel periodo repubblicano. Durante la presidenza Gronchi vi furono

19756, ha affermato la massima per cui «il delitto punibile in astratto con la pena dell'ergastolo, commesso prima della modifica dell'art. 157 c.p., per effetto della legge 5 dicembre 2005, n. 251, è imprescrittibile, pur in presenza del riconoscimento di circostanza attenuante dalla quale derivi l'applicazione di pena detentiva temporanea». Sul punto cfr. J. TOFFOLI, *Imprescrittibilità dei delitti puniti con l'ergastolo*, in *Giur. pen. web*, 10 giugno 2016.

¹⁶⁵ Si tratta in questo caso di amnistia impropria, che a differenza di quella propria, presuppone una sentenza di condanna definitiva. Come l'amnistia propria è un provvedimento generale e astratto con cui lo Stato rinuncia a punire un determinato numero di reati. Sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 834 e 849.

¹⁶⁶ Una volta decorsi cinque anni dal provvedimento di liberazione condizionale infatti la pena si considera estinta. Cfr. *ivi*, p. 854.

¹⁶⁷ Provvedimento di carattere generale che condona in tutto o in parte la pena. Cfr. *ivi*, p. 851.

¹⁶⁸ Cassazione, sent. 15 giugno 2007, n. 35209. Cfr. S. RIONDATO, *sub art. 22*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., p. 144.

¹⁶⁹ Cassazione sez. I. 95/3528. Sul punto cfr. S. RIONDATO, *sub art. 22*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 189.

¹⁷⁰ La grazia, che presuppone una sentenza di condanna definitiva, viene concessa con un provvedimento del Presidente della Repubblica che condona in tutto o in parte la pena o la commuta in altra specie di pena prevista dalla legge. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 853.

¹⁷¹ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 612.

quattordici casi di commutazione di ergastolo nella pena scontata o in vent'anni di reclusione, mentre soltanto due decreti di grazia furono emessi durante la presidenza Saragat. Leone accordò la grazia soltanto a un ex partigiano condannato per strage. Due provvedimenti di grazia furono emessi durante la presidenza di Pertini e uno durante la presidenza Cossiga. Ciampi concesse la grazia a Ali Agca, condannato per l'attentato a Papa Giovanni Paolo II, e ad altri due condannati (di cui uno era rimasto in stato di detenzione per ben cinquantadue anni). Non sono registrati casi di grazia a condannati all'ergastolo durante le presidenze di Scalfaro e Napolitano.¹⁷²

In caso di concessione della grazia o dell'indulto l'articolo 210 c.p. richiede che il condannato all'ergastolo sia sottoposto alla misura di sicurezza della libertà vigilata per un periodo di tempo non inferiore a tre anni.¹⁷³

Alla sanzione dell'ergastolo si accompagnano alcune *pene accessorie*. Innanzitutto dalla condanna discende automaticamente l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, che priva il condannato: del diritto di elettorato attivo e passivo; di ogni pubblico ufficio, di ogni incarico non obbligatorio di pubblico servizio e della qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio; dell'ufficio di tutore o curatore; di gradi e dignità accademiche, dei titoli, delle decorazioni o di altre pubbliche insegne onorifiche; del diritto onorifici e della capacità di assumere o acquistare uno dei diritti, delle qualità o dei titoli precedenti.¹⁷⁴

Alla condanna consegue poi, sempre *ipso iure*, l'interdizione legale che spoglia il soggetto della capacità di agire (si applicano infatti le disposizioni dettate dal codice

¹⁷² Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 612-613.

¹⁷³ Cfr. R. RINALDI, *sub art. 22*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., p. 144.

¹⁷⁴ Art. 28 e 29 c.p., sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 776.

civile sull'interdizione giudiziale). L'articolo 4 della l. 26 luglio 1975, n. 354, si preoccupa tuttavia di precisare che anche i detenuti in stato di interdizione legale esercitano «personalmente» i diritti riconosciuti dall'Ordinamento Penitenziario.¹⁷⁵ Alla condanna consegue anche la decadenza dalla responsabilità genitoriale.¹⁷⁶ Ultima pena accessoria prevista dal codice è la pubblicazione della sentenza di condanna. L'articolo 36 c.p. statuisce che questa debba essere resa pubblica mediante affissione nel comune in cui è stata pronunciata, in quello in cui il delitto è stato commesso e in quello dove il condannato aveva l'ultima residenza. Inoltre la sentenza è pubblicata sul sito internet del ministero della giustizia per il periodo di tempo stabilito dal giudice e comunque non superiore a trenta giorni. Normalmente la pubblicazione è fatta per estratto, salvo che il giudice disponga diversamente, ed è eseguita a spese del condannato.¹⁷⁷

7.1 L'ergastolo con isolamento diurno

L'ergastolo con isolamento diurno è previsto dal legislatore per il caso di *concorso di reati*: più precisamente, ai sensi dell'articolo 72 c.p., al colpevole di più delitti ciascuno dei quali comporta la pena dell'ergastolo, si applica tale sanzione con isolamento diurno da sei mesi a tre anni, invece la durata dell'isolamento diurno è ridotta da due a diciotto mesi per l'ipotesi di concorso di un delitto punito con la

¹⁷⁵ Sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 778.

¹⁷⁶ Tale pena accessoria comporta l'incapacità per il genitore di esercitare qualunque diritto sui beni del figlio e in generale tutti i diritti che «la legge ricollega alla posizione di genitore». Sul punto cfr. *ivi*, p. 780.

¹⁷⁷ Art. 36 c.p., sul punto cfr. *ivi*, p. 781.

pena dell'ergastolo e delitti puniti con pene detentive temporanee per un periodo complessivo superiore a cinque anni.¹⁷⁸

Sulla natura dell'isolamento diurno vi sono opinioni discordanti: una parte della giurisprudenza ritiene che si tratti di un'autonoma sanzione penale, mentre in dottrina si è evidenziato come l'isolamento diurno non sia compreso nell'elenco delle pene di cui all'articolo 17 c.p. e debba quindi considerarsi semplicemente come una modalità esecutiva dell'ergastolo. Aderendo a quest'ultima ipotesi una corrente dottrinale considera l'articolo 72 c.p. come implicitamente abrogato dall'articolo 33 Ord. Pen. che disciplina le ipotesi di isolamento diurno.¹⁷⁹ Anche in giurisprudenza non mancano però posizioni divergenti: una sentenza della Corte di Cassazione ha infatti affermato che l'isolamento diurno non può essere oggetto di condono, in quanto non può considerarsi come sanzione autonoma.¹⁸⁰

Se si ritiene che l'isolamento diurno sia una pena vera e propria bisogna necessariamente concludere che non può essere applicato dal pubblico ministero in sede esecutiva, ma deve essere determinato dal giudice nella sentenza, il quale, per fissare la durata dell'isolamento, adotterà i criteri di commisurazione della pena di cui all'articolo 133 c.p.¹⁸¹ In ogni caso l'isolamento non si applica se la «reclusione concorrente con l'ergastolo è estinta per amnistia, indulto o grazia».¹⁸²

La corte d'appello di Perugia ha riconosciuto la possibilità di sottrarre dall'isolamento diurno inflitto con la sentenza, l'eventuale periodo di isolamento

¹⁷⁸ Cfr. R. RINALDI, *sub art. 22*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., p. 144 e R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua?*, cit., p. 8.

¹⁷⁹ Cfr. M. BACCI, *sub art. 72*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., p. 421.

¹⁸⁰ Cfr. R. RINALDI, *sub art. 22*, *ivi*, p. 144.

¹⁸¹ Cfr. R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua?*, cit., p. 9.

¹⁸² Cfr. M. BACCI, *sub art. 72*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., p. 420.

presofferto in fase cautelare, considerandolo dunque come un'autonoma sanzione penale, cui si applica il principio del computo di cui all'articolo 657 c.p.p.¹⁸³

A differenza di quanto avveniva in passato, l'isolamento continuo è stato spogliato di ogni «inutile afflizione»¹⁸⁴: anche il condannato in isolamento diurno deve infatti essere ammesso al passeggio, partecipa all'attività lavorativa ed è sottoposto a visite mediche periodiche a tutela della sua integrità fisica e psichica.¹⁸⁵

Nei casi in cui il detenuto non sia fisicamente in grado di sopportare l'isolamento il tribunale di sorveglianza, o in via provvisoria il magistrato di sorveglianza, può disporre la revoca o la sospensione ai sensi del combinato disposto degli articoli 146, 147 c.p. e 684 c.p.p.¹⁸⁶

La Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'articolo 72 c.p. con riferimento all'articolo 27 c. 3 della Costituzione nella parte in cui afferma che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità». La questione di costituzionalità è stata giudicata non fondata poiché «per la funzione cui adempie secondo il diritto vigente, per i limiti e le modalità attuali della sua applicazione, [l'ergastolo con isolamento diurno] non può ritenersi misura contraria al senso di umanità».¹⁸⁷ La Corte proseguiva sottolineando come l'attuale forma dell'isolamento fosse molto lontana dalla segregazione cellulare continua disciplinata dal codice Zanardelli, sia in termini di durata che in termini di rigore.¹⁸⁸

¹⁸³ Cfr. M. BACCI, *sub* art. 72, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., p. 420.

¹⁸⁴ Cfr. R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua?*, cit., p. 8.

¹⁸⁵ Cfr. *ibidem*.

¹⁸⁶ G. M. NAPOLI, *L'isolamento continuo del detenuto o dell'internato*, in *ristretti.it*, maggio 2009, p. 19.

¹⁸⁷ Sentenza 22 dicembre 1964, n. 115. Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 594.

¹⁸⁸ Cfr. *ibidem*.

Successivamente, altre questioni di legittimità sollevate in relazione agli articoli 3 e 27 cost. sono state considerate manifestamente infondate dalla Corte di Cassazione, proprio richiamando la sentenza della Corte Costituzionale sopra indicata.¹⁸⁹

7.2 L'ergastolo e il rito abbreviato

Il giudizio abbreviato è stato introdotto dal codice di procedura penale del 1988 e poi ampiamente modificato dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti). Si tratta di un rito speciale, concepito con l'obiettivo di snellire e velocizzare i processi penali, che consente di anticipare la conclusione del procedimento alla fase dell'udienza preliminare, utilizzando come prove gli atti delle indagini preliminari, accordando all'imputato, che accetti così di semplificare l'*iter* processuale, uno sconto di pena.¹⁹⁰

Questo finisce quindi con l'essere giudicato da un giudice diverso da quello precostituito per legge, ovvero dal giudice dell'udienza preliminare, e, per di più, in camera di consiglio, senza quindi la partecipazione del pubblico, con un'attenuazione inevitabile delle garanzie del giudice naturale, della collegialità e della pubblicità.¹⁹¹

Nella sua versione originaria l'articolo 442 c. 2 c.p.p. prevedeva che, in sede di giudizio abbreviato, alla pena dell'ergastolo dovesse essere sostituita la reclusione di anni trenta, pur essendo richiesto, per l'accesso al rito, il consenso del pubblico

¹⁸⁹ Cfr. M. BACCI, *sub* art. 72, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., p. 420.

¹⁹⁰ Cfr. G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, p. 618.

¹⁹¹ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 607.

ministero.¹⁹² Si introduceva così nel nostro ordinamento quella particolare tipologia di ergastolo che viene detta *ergastolo rimosso*.¹⁹³

La Corte Costituzionale, pochi anni dopo la sua entrata in vigore, con la sentenza 23 aprile 1991, n. 176, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 442 c. 2 c.p.p. per eccesso di delega: la legge delega non aveva autorizzato infatti una tale estensione del rito speciale.¹⁹⁴

Nonostante questa chiara presa di posizione della Consulta, il legislatore, con la legge n. 479 del 1999, ha ripristinato l'originaria portata dell'articolo 442 c. 2 («alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta»), eliminando, per di più, il necessario consenso del pubblico ministero: «una semplice richiesta dell'imputato, purché ritualmente formulata, era divenuta così sufficiente ad impedire l'applicazione dell'ergastolo».¹⁹⁵

L'articolo 442 c.p. parlava, però, semplicemente di ergastolo e dunque non era chiaro se a tale disposizione si potesse fare riferimento anche nelle ipotesi di ergastolo con isolamento diurno previste dall'articolo 72 c.p. La situazione di incertezza ha spinto il legislatore ad intervenire per porre chiarimenti. In un primo momento con un'interpretazione autentica, con la quale si specificava che l'art. 442 c.2 c.p.p. andava riferito al solo ergastolo semplice. Successivamente con l'art. 7 del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in l. 19 gennaio 2001, n. 4, con cui è stato aggiunto un terzo periodo all'articolo 442 c. 2 affermando che «alla pena

¹⁹² Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 609 e inoltre G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 618.

¹⁹³ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 607.

¹⁹⁴ Cfr. G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 619. La legge delega del 1987 infatti si limitava a prevedere che, in seguito alla scelta di giudizio abbreviato, le pene «previste per il reato ritenuto in sentenza» andassero «diminuite di un terzo». Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 609.

¹⁹⁵ G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 621.

dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo».¹⁹⁶

Mentre prima di questa modifica parte della giurisprudenza riteneva che, nei casi in cui doveva essere applicata la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, l'accesso al giudizio abbreviato fosse precluso, il legislatore è intervenuto precisando che ogni imputato può accedere al rito speciale, semplicemente in tali ipotesi lo sconto di pena è limitato all'esclusione dell'isolamento diurno dal «menù sanzionatorio».¹⁹⁷

Peraltro l'articolo 7 del d.l. del 2000 prevedeva l'applicazione della nuova regola anche ai giudizi abbreviati in corso al momento della sua entrata in vigore, e quindi richiesti antecedentemente, cosa che ha suscitato una serie di problemi di disparità di trattamento.

In particolare vicenda chiave è stata quella del famoso caso Scoppola.¹⁹⁸

Franco Scoppola era stato condannato all'ergastolo con isolamento diurno dalla Corte d'assise di Catania, per aver commesso due omicidi volontari. Entrata in vigore la c.d. legge Carotti prima del giudizio d'appello, l'imputato aveva richiesto il giudizio abbreviato con la prospettiva di ottenere, in sostituzione della pena perpetua, trent'anni di reclusione. Prima della sentenza era però intervenuto il d.l. n. 341 del 2000 con la conseguenza che Scoppola aveva ricevuto la condanna all'ergastolo semplice, con la sola esclusione dell'isolamento diurno. Ne era nato un contenzioso giunto fin davanti alla *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte Costituzionale, con la sentenza 3 luglio 2013, n. 210, prendendo le mosse dalla precedente sentenza della Corte europea, ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 7

¹⁹⁶ Cfr. G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 621.

¹⁹⁷ Cfr. *ivi*, p. 622.

¹⁹⁸ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 610.

del d.l. 24 novembre 2000, per contrasto con l'articolo 7 della CEDU¹⁹⁹ (come norma interposta) e con l'articolo 117 della Costituzione, proprio perché prevedeva la pena dell'ergastolo semplice anche per imputati cui sarebbe invece stata applicabile la ben più lieve pena dei trent'anni di reclusione.²⁰⁰

7.3 Il c.d. ergastolo ostativo

Come osservato nei paragrafi precedenti, principale caratteristica dell'ergastolo dovrebbe essere la sua perpetuità, ma tale aspetto è andato gradualmente attenuandosi nel corso degli anni, grazie agli istituti della liberazione condizionale, della semilibertà e dei permessi premio.²⁰¹

L'unica ipotesi di pena effettivamente perpetua nel nostro ordinamento è costituita dal c.d. *ergastolo ostativo*. Con questa espressione, coniata dalla dottrina, si fa riferimento ai casi in cui l'ergastolo è stato pronunciato per uno dei delitti di matrice mafiosa o terroristica elencati dall'articolo 4bis dell'Ordinamento Penitenziario. Delitti che sono appunto definiti delitti ostativi poiché ai condannati per uno di tali reati è impedito, salvo che collaborino con la giustizia, l'accesso al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alle misure alternative alla detenzione (tra cui dunque la semilibertà). Inoltre, ai sensi del d.l. 13 maggio 1991, n.152, convertito il l. 12 luglio 1991, n. 203, è preclusa loro anche l'ammissione alla liberazione condizionale.²⁰²

¹⁹⁹ Nella sentenza Scoppola c. Italia, del 17 settembre 2009, la Corte europea aveva fornito un'interpretazione dell'art. 7 della CEDU, affermando il principio per cui il giudice, se le leggi vigenti al momento della commissione del fatto e quelle successive, entrate in vigore prima della condanna definitiva, sono diverse, deve applicare le disposizioni più favorevoli all'imputato. A tale interpretazione faceva riferimento la Corte Costituzionale nella sentenza 210. Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 611 nota 74.

²⁰⁰ Cfr. *ivi*, p. 611.

²⁰¹ Cfr. *supra* paragrafo 7.

²⁰² Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 635.

Essi possono accedere esclusivamente alle riduzioni di pena di cui all'articolo 54 Ord. Pen. e ai permessi di necessità disciplinati dall'articolo 30 Ord. Pen.²⁰³

La disciplina «manifesta risvolti particolari e drammatici nel caso di condanna all'ergastolo»²⁰⁴: la pena inflitta diventa infatti una pena senza fine, *usque ad mortem*, una pena perpetua sia nella dimensione statica che nella dimensione dinamica. Mentre l'ergastolano comune ha diritto a vedere periodicamente riesaminato il suo percorso rieducativo, per valutare la possibilità di accesso ai benefici penitenziari, il condannato all'ergastolo per uno dei reati ostativi di cui all'art. 4bis, non ha neppure questo diritto, perché l'accesso alle misure alternative gli è precluso per legge.²⁰⁵

Ogni giorno trascorso in carcere diventa dunque un «giorno in più (e non in meno) di detenzione»²⁰⁶, la valutazione compiuta dall'ordinamento rimane quella effettuata al momento della sentenza di condanna senza che al condannato sia consentito compiere un cammino verso la risocializzazione.²⁰⁷ Bisogna poi considerare che ai medesimi reati c.d. ostativi fa riferimento anche l'articolo 41bis c. 2 Ord. Pen., prevedendo un regime penitenziario differenziato in *peius* rispetto a quello ordinario e la sospensione delle normali regole di trattamento. Spesso dunque accade che gli ergastolani ostativi subiscano «un fenomeno di triplo schiacciamento»²⁰⁸: in quanto condannati all'ergastolo, in quanto è preclusa loro

²⁰³ Cfr. 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, p. 1221.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, Napoli, 2016, p. 65.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ Cfr. *ivi*, p. 79.

²⁰⁸ N. VALENTINO, *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Roma, 2012, p. 98, come citato in A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 66.

ogni possibilità di uscire dal carcere usufruendo di una misura alternativa e in quanto costretti al regime del carcere duro.²⁰⁹

La disposizione dell'articolo 4*bis* è stata inserita nella l. 354 del 1975 nel 1991, ma poi modificata e inasprita con d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito il l. 7 agosto 1992, n. 356, dunque dopo le stragi di Capaci e via D'Amelio. L'obiettivo perseguito era quello di rendere più rigoroso il trattamento penitenziario dei condannati per delitti di stampo mafioso, sul presupposto di una loro maggiore pericolosità sociale, e allo stesso tempo incentivare la loro collaborazione con la giustizia.²¹⁰

L'articolo 4*bis* prevede infatti che i benefici possano essere concessi soltanto se i detenuti collaborano con la giustizia, salvo che la collaborazione risulti impossibile, irrilevante o comunque inesigibile. L'articolo 58*ter* Ord. Pen. definisce la condotta collaborante: collaborano con la giustizia coloro che «dopo la condanna si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenza ulteriori, ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati». Tale condotta deve essere accertata dal tribunale di sorveglianza, assunte le opportune informazioni e sentito il pubblico ministero.²¹¹

L'intera disciplina dell'ergastolo ostativo ruota intorno a tre presunzioni legali. Innanzitutto dalla condanna per uno dei reati elencati dall'articolo 4*bis* derivano le presunzioni di pericolosità sociale e di permanenza nell'associazione criminale, che sono appunto preclusive alla concessione dei benefici penitenziari. Dalla condotta collaborante deriva invece una presunzione assoluta di ravvedimento.²¹²

²⁰⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 66.

²¹⁰ Cfr. F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 7.

²¹¹ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 209.

²¹² Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 90.

L'equazione tra collaborazione e ravvedimento è uno degli aspetti della disciplina che ha suscitato maggiore perplessità²¹³: ci possono essere casi di «collaborazione senza ravvedimento» così come casi di «ravvedimento senza collaborazione».²¹⁴ Può accadere che un detenuto non collabori per timore di ritorsioni su sé stesso o sulla sua famiglia, oppure perché non ritiene moralmente corretto “barattare” la propria libertà con quella di altri.²¹⁵ La collaborazione del resto, come rilevato anche dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 306 del 1993, può anche essere frutto di un calcolo utilitaristico, ai fini dell'accesso ai benefici.²¹⁶ In questo modo il percorso rieducativo compiuto dal condannato diventa assolutamente irrilevante: ciò che importa, in vista dell'ammissione alle misure alternative, è esclusivamente la collaborazione con la giustizia, indipendentemente dai progressi compiuti dal detenuto nel corso del trattamento penitenziario.²¹⁷ Questa irrilevanza del percorso rieducativo potrebbe addirittura risultare «controproducente», dipingendo come vani gli sforzi compiuti dal detenuto nel corso del trattamento penitenziario.²¹⁸ Tale normativa prescinde, per di più, da qualsiasi possibilità di errore giudiziario: una condotta collaborante con la giustizia per il condannato innocente risulta obiettivamente impossibile ma egli non ha altre possibilità, se non appunto tale

²¹³ Sul punto cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 82; L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1222; A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2016, p. 29.

²¹⁴ F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 1273, come citato in A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 82.

²¹⁵ Cfr. L. EUSEBI, *L'ergastolo «ostativo», traendo spunto dalla lettura del libro di Carmelo Musumeci, Gli uomini d'ombra*, in *Criminalia*, 2010, p. 676.

²¹⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 83.

²¹⁷ Cfr. *ivi*, p. 78. Questo profilo della disciplina porta inevitabilmente a interrogarsi sulla compatibilità della pena con l'articolo 27 c. 3 della Costituzione, che impone alla sanzione penale la finalità rieducativa: si desume la pericolosità sociale del condannato da elementi estrinseci, senza dare rilievo al percorso compiuto dal condannato e ai risultati dell'osservazione scientifica della personalità. Sul punto cfr. *ibidem*.

²¹⁸ Cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1221.

collaborazione, per uscire dalla condizione di detenzione, senza che rilevi il suo percorso trattamentale.²¹⁹ Si crea così una situazione paradossale perché «solo il colpevole può utilmente collaborare con la giustizia».²²⁰

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di questa pena con l'articolo 27 c. 3 cost., ha considerato infondata l'eccezione sollevata, evidenziando come l'accesso ai benefici penitenziari non sia precluso in maniera assoluta, ma sia subordinato a una valutazione del condannato: la scelta di collaborare o meno con la giustizia. La Consulta ha poi precisato che la preclusione non può comunque operare quando la collaborazione risulta impossibile, irrilevante o inesigibile e il legislatore ha poi modificato di conseguenza l'articolo 4bis.²²¹

Unico beneficio cui i condannati all'ergastolo per uno dei delitti di cui all'articolo 4bis possono accedere sono le riduzioni di pena concesse, ex art. 54 Ord. Pen., a chi partecipa all'opera di rieducazione, di quarantacinque giorni ogni semestre di pena scontata. È proprio la possibilità di accedere a questo istituto che ha consentito alla Corte Costituzionale di considerare l'ergastolo ostativo compatibile con la finalità rieducativa di cui all'articolo 27 c. 3 della Costituzione.²²²

Peraltro le riduzioni di pena così concesse risultano «inutili» perché in ogni caso, in assenza di collaborazione con la giustizia, non valgono ad anticipare l'accesso ai benefici penitenziari (che sono preclusi), come accade invece per i condannati

²¹⁹ Una situazione del genere si è per esempio verificata per i condannati per la strage di via D'Amelio. Cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1225.

²²⁰ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 72 (Pugiotto parla di «paradosso kafkiano»). La Corte Costituzionale ha negato la rilevanza di quest'ultima obiezione, per il fatto che la situazione di innocenza può assumer importanza solo in seguito a una procedura di revisione del processo. Mentre la Cassazione ha ritenuto che anche il detenuto innocente possa utilmente collaborare con la giustizia, dato che non si richiede necessariamente la coincidenza tra collaborazione e ammissione di colpevolezza. Cfr. *ivi*, p. 73.

²²¹ Cfr. *ivi*, p. 67. Si tratta della sentenza Corte Costituzionale 7 agosto 1993, n. 396. Più ampiamente cfr. capitolo III.

²²² Cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1228.

all'ergastolo semplice. Queste dovrebbero poi perseguire il fine di «un più efficace reinserimento» del condannato nella società, ma, nell'ipotesi di ergastolo ostativo, esse risultano prive di scopo, poiché il reinserimento sociale non potrà mai avvenire, essendo precluso l'accesso alla liberazione condizionale, a meno che il condannato collabori con la giustizia.²²³

In dottrina, cercando il significato della previsione dell'art 4bis Ord. Pen., che appunto fa salve le riduzioni di pena di cui all'articolo 54, si è fatto riferimento al nuovo testo degli articoli 21 c. 1 (lavoro all'esterno), 30ter c. 4 lett. c (permessi premio) e 50 c. 2 (semilibertà) della l. 354. Tali disposizioni, modificate nel 2009, esigono, ai fini della concessione dei benefici rispettivamente disciplinati, tempi minimi di reclusione più lunghi per i condannati per uno dei delitti ostativi rispetto a quanto richiesto per gli altri detenuti. L'unica interpretazione possibile è – secondo tale opinione dottrinale – quella per cui questi limiti più rigidi si riferiscono ai detenuti non collaboranti (sembrerebbero compresi anche i condannati all'ergastolo non collaboranti), dato che altrimenti risulterebbero assolutamente inutili, poiché, per chi collabora utilmente con la giustizia, ogni preclusione è esclusa dall'articolo 58ter. Allora, aderendo a questa tesi, le riduzioni di pena avrebbero la funzione di anticipare l'accesso a tali benefici per i detenuti non collaboranti.²²⁴

A mio parere la teoria appena esposta potrebbe valere, però, esclusivamente per i detenuti non collaboranti condannati a pena detentive temporanee, non per coloro cui è stata inflitta la pena dell'ergastolo: gli articoli in esame richiedono infatti, per l'accesso ai benefici, l'espiazione di un *quantum* di pena che non è misurabile in relazione all'ergastolo (come è possibile calcolare la metà, un terzo o due terzi di una

²²³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 81-82.

²²⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1227 s.

pena perpetua, la cui durata, per definizione, è indeterminabile *a priori*?). L'articolo 21 stabilisce più precisamente che i condannati per uno dei delitti di cui all'articolo 4 *bis* possono accedere al lavoro all'esterno dopo aver scontato un terzo di pena e comunque non oltre 5 anni. Se questa previsione si riferisse anche agli ergastolani ostativi il risultato sarebbe quello di prevedere, per questi ultimi, un trattamento più favorevole rispetto ai condannati all'ergastolo semplice, che possono invece essere ammessi al lavoro all'esterno dopo dieci anni di detenzione, quindi il doppio. Analogo discorso si può fare per i permessi premio: l'articolo 30*ter* richiede l'espiazione della metà della pena e comunque non oltre dieci anni per i condannati ostativi e sempre dieci anni per gli ergastolani semplici, che quindi sarebbero sottoposti a un trattamento ugualmente affittivo rispetto a detenuti che sono invece ritenuti maggiormente pericolosi. Per la semilibertà invece l'articolo 50, ai fini dell'ammissione al beneficio dei condannati ex articolo 4*bis*, fa riferimento esclusivamente alla frazione di due terzi della pena, che è appunto incalcolabile in relazione all'ergastolo.

Anche la collocazione sistematica delle norme fa supporre che il legislatore abbia voluto riferirsi unicamente ai condannati alla reclusione: infatti sia l'art. 21 che gli articoli 30*ter* e 50 si occupano prima dei condannati alla reclusione per delitti indicati nell'articolo 4*bis* e successivamente dei condannati all'ergastolo semplice. Se si fosse voluto consentire, anche agli ergastolani ostativi, l'accesso alle misure dopo aver trascorso in carcere un periodo minimo di detenzione, quella sarebbe stata la sede più opportuna per inserire una precisazione sul punto.

7.4 I dati statistici

Dopo aver analizzato l'evoluzione normativa e la disciplina attuale della pena dell'ergastolo appare utile confrontare alcuni dati statistici.

La tabella seguente mostra la situazione presente nelle carceri italiana alla data del 30 giugno 2017.²²⁵

Regione di detenzione	Condannati all'ergastolo	Di cui stranieri all'ergastolo	Totale condannati per regione
Abruzzo	198	2	1.034
Basilicata	10	0	337
Calabria	57	2	1.481
Campania	48	1	3.920
Emilia Romagna	145	7	2.252
Friuli Venezia Giulia	15	0	392
Lazio	115	8	3.936
Liguria	6	3	897
Lombardia	269	12	5.510
Marche	46	0	650
Molise	10	0	313
Piemonte	139	7	2.971
Puglia	30	0	1.979
Sardegna	189	0	1.879
Sicilia	70	9	3.692
Toscana	163	26	2.314

²²⁵ Per la tabella cfr. www.giustizia.it sezione statistiche. Fonte: Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria-Ufficio del Capo del Dipartimento - sezione statistica.

Trentino alto Adige	0	0	302
Umbria	115	6	1.097
Valle d'Aosta	5	2	146
Veneto	77	12	1.574

Si può notare come la regione con il numero maggiore di condannati all'ergastolo sia la Lombardia, che è allo stesso tempo la regione con più condannati nei propri istituti penitenziari. Calcolando le percentuali risulta però che la regione con più ergastolani rispetto al totale dei condannati è l'Abruzzo con il 15%, mentre la Lombardia raggiunge solo il 4%.

Prendendo in considerazione l'intero territorio nazionale, sempre al 30 Giugno 2017, i detenuti all'ergastolo sono 1.707 su un totale di 36.946 condannati (quindi 4,6%).²²⁶

Se si esaminano gli anni dal 2005 al 2016 emerge che il numero degli ergastolani ha continuato ad aumentare mentre il totale dei condannati non ha avuto sicuramente un andamento costante.²²⁷

Anno	Ergastolo	Totale condannati
2005	1.224	36.676
2006	1.237	15.468
2007	1.357	19.029
2008	1.408	26.587
2009	1.461	33.145

²²⁶ Cfr. sempre www.giustizia.it sezione statistiche. Fonte: Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria - Ufficio del Capo del Dipartimento - sezione statistica.

²²⁷ Cfr. *ibidem*. Fonte: Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica.

2010	1.512	37.432
2011	1.528	38.023
2012	1.581	38.656
2013	1.583	38.471
2014	1.584	34.033
2015	1.633	33.896
2016	1.687	35.400

Mentre tra il 2005 e il 2006 il numero totale dei detenuti è drasticamente diminuito il numero dei condannati all'ergastolo è rimasto pressoché costante, passando di conseguenza dal 3,3 % a circa 8 %. Questo aumento percentuale è stato determinato dal provvedimento di indulto che nel 2006 ha consentito la scarcerazione di un elevato numero di detenuti. Dato che il condono non riguardava la pena dell'ergastolo, il numero di tali condannati è rimasto invariato, mentre quello totale dei detenuti è passato da 36.676 a 15.468, con un conseguente aumento della percentuale di ergastolani.²²⁸

Negli anni successivi si nota come entrambe le categorie abbiano avuto un incremento. Nel 2014 e nel 2015 invece il numero dei condannati ha ricominciato a diminuire (per poi crescere nuovamente nel 2016) mentre i detenuti all'ergastolo sono aumentati ulteriormente.

Se consideriamo il primo anno in esame (2005) e l'ultimo (2016) è evidente che i detenuti all'ergastolo sono aumentati di quasi 500 unità mentre il totale dei

²²⁸ Sul punto cfr. S FUNGARDI, *"Fine pena mai"*, cit., p. 54.

condannati è addirittura diminuito di più di mille detenuti. Si è passati dal 3,3 % dei condannati all'ergastolo al 4,7 %.

È interessante notare che nel 1996 i condannati all'ergastolo erano solo 556.²²⁹

Questo significa che in vent'anni quindi il loro numero è più che triplicato.

Per quanto riguarda invece i condannati all'ergastolo ostativo nel 2015 rappresentavano circa il 72,5 % del totale degli ergastolani (1174 su 1619).²³⁰

Regione di detenzione	Condannati all'ergastolo ex art.4bis Ord. Pen.	Altri detenuti ergastolani	Totale detenuti ergastolani
Abruzzo	198	8	206
Basilicata	7	2	9
Calabria	48	8	56
Campania	35	12	47
Emilia Romagna	111	30	141
Friuli Venezia Giulia	15	0	15
Lazio	66	47	113
Liguria	1	3	4
Lombardia	174	71	245
Marche	41	7	48
Molise	4	5	9
Piemonte	98	32	130
Puglia	10	18	28

²²⁹ Cfr. S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Le buone e tenaci ragioni per l'abolizione dell'ergastolo*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 17.

²³⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 68. Cfr. *ibidem* anche per la tabella successiva, per la fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria -Ufficio per lo sviluppo e la gestione del Sistema Informativo Automatizzato - Sezione statistica.

Sardegna	124	36	160
Sicilia	21	33	54
Toscana	100	71	171
Umbria	85	15	100
Valle d'Aosta	4	3	6
Veneto	32	45	77

Colpisce in particolare il dato del Friuli Venezia Giulia, dove su un totale di quindici condannati all'ergastolo tutti sono ristretti in regime ostativo. Molto alto è il numero degli ergastolani ostativi anche in Abruzzo, dove raggiunge circa il 96%, in Calabria e Umbria. Emerge peraltro come siano nettamente la minoranza le regioni in cui la percentuale dei condannati all'ergastolo ostativo è inferiore al 50% del totale dei condannati all'ergastolo (Liguria, Molise, Sicilia e Veneto).

Da una ricerca condotta nel 2015 su 185 ergastolani ostativi poi risulta che circa la metà di essi (il 49%) ha sofferto almeno un anno di "carcere duro" ai sensi dell'articolo 41*bis* comma 2, dato che aumenta, superando il 70%, se si considerano esclusivamente quei condannati per reati ostativi in carcere da più di venticinque anni. Si può presumere che il dato statistico così rilevato non si discosti eccessivamente da quello nazionale.²³¹

In ogni caso è evidente come la maggior parte degli ergastolani non possa avere accesso ai benefici penitenziari, e questo smentisce l'opinione diffusa circa la scarsa effettività e certezza della pena dell'ergastolo, considerata attenuata, nella maggior

²³¹ Cfr. D. GALLIANI, *Appendice, La concretezza della detenzione senza scampo*, in A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo*, Napoli, 2016, p. 190.

parte dei casi, dalla concessione di misure premiali.²³² Invece l'ergastolo esiste e la maggior parte degli ergastolani scontano effettivamente la loro pena fino alla morte.²³³



234

²³² A. SOFRI, *Gli uomini ombra che moriranno in carcere*, in *La Repubblica*, 24 settembre 2012, come citato in A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 69, nota 13, affermava: «l'alto numero di ergastolani senza scampo contraddice quel luogo comune così spesso e disinvoltamente ripetuto secondo cui "l'ergastolo in Italia non esiste" e "dopo pochi anni escono tutti"»

²³³ Sul punto cfr. S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Le buone e tenaci ragioni per l'abolizione dell'ergastolo*, cit., p. 16.

²³⁴ Cfr. D. GALLIANI, *Appendice, La concretezza della detenzione senza scampo*, cit., p. 187.

CAPITOLO II

LE FUNZIONI DELLA PENA DELL'ERGASTOLO E LA SUA ESECUZIONE

1. Cenni sul dibattito tra scuola classica e scuola positiva. Le scelte del codice Rocco

Prima di affrontare la questione delle finalità della pena mi sembra opportuna una breve premessa sulle scelte sanzionatorie del codice Rocco, per meglio comprendere, prendendo le mosse dalla funzione che era all'epoca assegnata alla sanzione penale, il dibattito attuale.

Il legislatore del 1930 cercò di riorganizzare il sistema sanzionatorio attorno alle finalità di prevenzione generale e prevenzione speciale, cercando, così, di porre fine al dibattito tra classicisti e positivisti che per decenni aveva diviso la dottrina italiana.¹

La Scuola Classica, che aveva visto tra i suoi principali esponenti Carrara, Romagnosi, Carmignani e di cui lo stesso Beccaria fu precursore, partiva da una concezione dell'uomo dotato di libero arbitrio, fino al punto di stipulare un contratto sociale, limitando la propria libertà in cambio della tutela della parte di libertà rimastagli.²

L'uomo, nella visione dei classicisti, proprio perché dotato di capacità di autodeterminazione, sceglie liberamente di delinquere: egli è in grado di calcolare le conseguenze delle proprie azioni e di agire nella maniera per lui più conveniente. Per tale motivo il delinquente non è diverso rispetto agli altri cittadini, va punito per quello che ha fatto e non per ciò che è o potrebbe diventare.³

¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 733.

² Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, p. 205.

³ Cfr. *ivi*, p. 206.

La sanzione inflitta deve essere proporzionata al fatto compiuto in modo da consentire al reo di ripagare il debito contratto con la società a causa del delitto commesso e « ritrovare il proprio posto nella collettività » scegliendo, questa volta, di rispettare la legge penale.⁴

Nella concezione classica vi è dunque sicuramente l'idea retributiva: la sanzione penale deve infatti rappresentare un corrispettivo per il reato commesso. Ma non è assente il concetto della prevenzione generale: se l'uomo decide liberamente di delinquere, soppesando le conseguenze della proprie azioni, la pena, pur rimanendo proporzionata al reato, deve essere severa al punto da mostrare come sconveniente la commissione del delitto.⁵

Opposta era invece la visione della Scuola Positiva che ricercava spiegazioni biologiche del comportamento criminale. Il delinquente è, secondo i positivisti, portatore di patologie che lo rendono diverso rispetto agli altri e che determinano la sua condotta deviante.⁶

Se l'uomo non sceglie liberamente di commettere il reato, ma è indotto a compierlo dalle sue anomalie patologiche, viene meno anche la giustificazione della sanzione, ovvero il giudizio di colpevolezza. Per questo non si parla più tanto di pene ma piuttosto di misure, volte a neutralizzare la pericolosità del reo e a proteggere la società, calibrate, non sulla gravità del delitto, ma sul « potenziale aggressivo

⁴ G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 206.

⁵ Cfr. *ivi*, p. 207.

⁶ Cfr. *ivi*, p. 214.

individuale»⁷ dell'autore.⁸ Misure che hanno, a seconda dei casi, finalità terapeutiche e curative se il delinquente è recuperabile, o neutralizzanti nel caso opposto.⁹

Insita nella concezione positivista dunque non vi è l'idea di prevenzione generale o di retribuzione, ma più che altro quella di prevenzione speciale.¹⁰

Il codice Rocco, nel tentativo di dirimere il contrasto tra le due scuole di pensiero, cercò una soluzione che fece apparire, all'epoca, il nostro apparato sanzionatorio come all'avanguardia: fu introdotto il sistema del c.d. *doppio binario*, in cui si prevede accanto alla pena la misura di sicurezza, con la funzione di arginare la pericolosità sociale del condannato.

Così alla pena veniva affidata la funzione di prevenzione generale e alla misura di sicurezza quella di prevenzione speciale: modellate sulla pericolosità del reo queste ultime hanno infatti la funzione di evitare che egli torni a delinquere.¹¹

Rocco, nella relazione ministeriale al codice, affermava: «delle varie funzioni che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e la funzione c.d. satisfattoria, che è anch'essa in un certo senso di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della

⁷ Così E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 237, come citato in G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 220.

⁸ Sul punto cfr. *ibidem*. La sanzione penale deve essere adattata al tipo di delinquente e il suo obiettivo deve consistere nel ridurre al minimo la probabilità di recidiva. Nell'ottica dei positivisti passano in secondo piano i diritti dell'autore del reato a ricevere una pena equa e prevalgono invece le esigenze di difesa sociale. Cfr. *ivi*, p. 221.

⁹ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 733.

¹⁰ Garofalo in particolare si scagliò contro l'idea di una pena proporzionata al delitto, data l'impossibilità di determinare in maniera univoca e certa la gravità del reato. Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 221, nota 114. Questa è un'obiezione ancora oggi sollevata: reato e pena sono elementi eterogenei. Per collegarle proporzionalmente è necessario ricorrere ad un elemento esterno, ovvero la colpevolezza. La colpevolezza però non è un fatto ma un giudizio e come tale inevitabilmente arbitrario. Cfr. L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 100.

¹¹ Sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 734.

pena evita le vendette e le rappresaglie». La funzione retributiva veniva quindi vista come strumentale, accessoria, rispetto a quella di prevenzione generale.¹²

Nella visione del legislatore del 1930 il nuovo sistema sanzionatorio doveva trasmettere l'idea di uno Stato forte e solido.¹³ Per quanto riguardava le pene, veniva reintrodotta la pena di morte e prevista una modalità di esecuzione dell'ergastolo particolarmente severa¹⁴, ma anche le misure di sicurezza risultavano funzionali «ad un brutale disegno repressivo»¹⁵: il codice Rocco infatti introduceva una sanzione indeterminata (perché rapportata alla cessazione della pericolosità sociale) per i più temibili delinquenti, come i delinquenti abituali, ma anche eventualmente per i minori e per i semiinfermi.¹⁶

Il sistema del doppio binario non implica esclusivamente la compresenza nel medesimo ordinamento di pene e misure di sicurezza ma anche l'applicabilità di entrambe al medesimo soggetto. E quindi il legislatore sembra presupporre una «concezione dell'uomo come diviso in due parti»¹⁷: dotato di libero arbitrio e capacità di autodeterminazione, quindi colpevole e punibile, in un caso (secondo la concezione classica); patologico, determinato a commettere il reato e come tale destinatario di una misura di sicurezza, nell'altro (in omaggio al pensiero positivista).¹⁸

In dottrina si è immediatamente evidenziata la natura compromissoria del sistema del doppio binario e le contraddizioni teoriche e pratiche che questo comporta: ad

¹² Sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 734.

¹³ Principale critica al codice Zanardelli era infatti quella relativa alla mitezza delle pene. Cfr. sul punto E. DOLCINI, *Codice penale*, cit., p. 16.

¹⁴ Cfr. *supra*, capitolo I paragrafo 3.

¹⁵ E. DOLCINI, *Codice penale*, cit., p. 30.

¹⁶ Sul punto cfr. *ibidem*.

¹⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 735.

¹⁸ *Ibidem*.

esempio tra i criteri di commisurazione della pena l'articolo 133 c.p. individua la capacità a delinquere del colpevole, desumibile da indici relativi alla sua condotta e alla sua personalità, e l'articolo 203 c.p., per la determinazione della pericolosità sociale, rimanda ai medesimi criteri dell'articolo 133. Ciò significa che pene e misure di sicurezza finiscono per avere sostanzialmente i medesimi presupposti applicativi.¹⁹ Queste presentano, inoltre, differenze minime anche sotto il profilo esecutivo e afflittivo: dal punto di vista sostanziale il diritto soggettivo oggetto di limitazione è sempre il medesimo, ovvero la libertà personale. Per tali motivi si è parlato, e si parla tuttora, in dottrina di «frode delle etichette».²⁰

È indicativo che, seppure piuttosto recentemente, la stessa Corte Costituzionale abbia evidenziato questa sostanziale identità nella sentenza 21 maggio 2014, n. 135, affermando: «le misure di sicurezza personali comportano, peraltro, limitazioni di rilevante spessore alla libertà personale, raggiungendo, nel caso delle misure detentive, un tasso di afflittività del tutto analogo a quello delle pene detentive».²¹

È interessante notare come il 20 giugno 2017 sia stata approvata una legge che delega il governo a un ridimensionamento del sistema del doppio binario a vantaggio di misure di carattere riabilitativo e terapeutico, che comportino il minor sacrificio possibile alla libertà personale.²²

¹⁹ Sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 735.

²⁰ Cfr. *ivi*, p. 736; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014, p. 22. Cfr. inoltre E. MUSCO, *La riforma del sistema sanzionatorio*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 416: l'articolo 25 della Costituzione, che afferma che «nessuno può essere sottoposto a misura di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge» avrebbe forse dovuto indurre il legislatore a creare misure maggiormente rispettose della dignità dell'uomo eliminando i «caratteri repressivi ed emarginativi».

²¹ Cfr. sul punto A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, cit., p. 22. Nel caso di specie, proprio sul presupposto dell'equivalente afflittività di pene e misure di sicurezza, la Corte ha dichiarato l'illegittimità degli articoli 666 c. 3, 678 c.1 e 679 c.2 nella parte in cui non consentono che il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza si svolga davanti al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza, nelle forme di udienza pubblica.

²² Sul punto cfr. G. GATTA, *Riforma Orlando: deleghe in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario.*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2017, p. 1.

2. Le funzioni della pena

Tradizionalmente le teorie della pena si distinguono in assolute e relative. Le prime reputano la pena come fine a sé stessa, in particolare la concezione retributiva: la sanzione viene applicata per punire la commissione del reato e deve essere proporzionata alla gravità di quest'ultimo, non persegue altri fini come quello di difesa sociale o di recupero del condannato. Sorgono però inevitabilmente alcune obiezioni: una concezione assoluta della pena sottintende un'idea assoluta dello Stato, un'idea assoluta di reato ed è inutile dal punto di vista politico-criminale, dato che si esclude, per definizione, che con l'irrogazione della pena possano essere perseguiti scopi ulteriori e diversi rispetto alla finalità punitiva.²³

In altre parole con le teorie assolute si finisce col trascurare «l'aspetto sociale e pubblico della pena» e dunque essa non «è adeguata alla realtà della lotta alla criminalità».²⁴

Tipica teoria assoluta è la teoria retributiva, anche se in dottrina si è sostenuto che nemmeno la pena retributiva è esclusivamente fine a sé stessa ma anzi, tende a soddisfare i bisogni di punizione della società²⁵: è uno strumento di stabilizzazione sociale e persegue il fine essenziale di «rassicurazione emotiva».²⁶

Le teorie relative, invece, attribuiscono alla sanzione finalità concrete (lo stesso termine relativo indica il perseguimento di uno scopo, dal latino *relatum ad*): se lo

²³ Sul punto cfr. H. ZIPF, *Politica criminale*, Milano, 1989, p. 65.

²⁴ H. ZIPF, *ibidem*.

²⁵ Già alla fine dell'800 Merkel, affermava che la retribuzione «non ha nulla a che fare con le teorie assolute» ma è «pena finalistica», e Beling all'inizio del 1900 sosteneva che la pena retributiva persegue «un ben preciso interesse che si sostanzia nella tutela dell'autorità dello stato». Successivamente Schmidt ha inquadrato la retribuzione all'interno della teoria di prevenzione generale: quest'ultima, legata all'ideologia retributiva, considera la sanzione come avente una funzione primaria di rassicurazione psicologica dei cittadini. Sul punto Cfr. L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 109 e 110.

²⁶ L. EUSEBI, *ivi*, p. 108.

Stato necessariamente deve raggiungere degli obiettivi allora la sanzione non può essere concepita come qualcosa a sé stante, ma anzi si ricollega a quella particolare funzione dello Stato che è la lotta alla criminalità.²⁷

La pena viene vista quindi come uno strumento di cui il potere statale si avvale per esercitare le sue funzioni, un mezzo per il raggiungimento di scopi ulteriori rispetto alla pura e semplice punizione del reato. Allora si potrebbe obiettare che, insito in tali teorie relative, è il rischio di abuso della sanzione penale da parte dello Stato, invece assente nelle teorie assolute. È stato però rilevato come questo pericolo non dipenda dall'adesione o meno a una particolare teoria della pena, ma più che altro dalla presenza di un diritto penale liberale e rispettoso dei diritti fondamentali e inalienabili dell'uomo.²⁸

Bisogna tenere presente che il dibattito sulle finalità della pena è senza dubbio inevitabilmente influenzato dalle concezioni di Stato e dal contesto sociale e culturale dei vari sistemi politici. La «visione isolazionistica del diritto penale» è stata infatti gradualmente abbandonata: è lo Stato che detiene la potestà punitiva, che amministra la giustizia penale e la pena è, innanzitutto, un provvedimento statale.²⁹ Dunque ogni teoria sulla pena deve essere formulata considerando le funzioni che la Costituzione assegna allo Stato, tanto che si è parlato del diritto penale come di un «diritto costituzionale concretizzato»³⁰. In uno Stato moderno e secolarizzato, non si possono attribuire alle sanzioni funzioni etiche o morali, ma il diritto penale «può essere costruito solo come strumento di tutela dei beni

²⁷ Cfr. H. ZIPF, *Politica criminale*, cit., p. 66.

²⁸ Cfr. *ibidem*.

²⁹ Sul punto cfr. *ivi*, p. 63.

³⁰ Così CALLIES in *Theorie der Strafe in demokratischen und sozialen Rechtsstat*, 1974, come citato in H. ZIPF, *Politica criminale*, cit., p. 63. Callies elaborava la propria teoria della pena partendo dalla puntualizzazione delle finalità dello Stato. Cfr. *ibidem*.

giuridici»: solo ed esclusivamente di quei beni che, concepiti come essenziali dalla maggioranza dei cittadini, possono giustificare il ricorso all'*extrema ratio* della sanzione penale per garantire la loro incolumità.³¹

Anche i principi cui oggi la pena deve necessariamente rispondere sono legati a un determinato contesto socio-politico e alla concezione filosofico-giuridica dell'uomo.³² La nostra Costituzione stabilisce il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 c. 1): secondo l'interpretazione prevalente questo significa non solo che nessuno può essere penalmente responsabile per un fatto altrui, ma anche che può essere responsabile solo per fatto proprio e colpevole (secondo il principio *nulla poena sine culpa*).³³ Immediata conseguenza è che la sanzione deve essere sempre proporzionata alla colpevolezza: bisogna evitare, ad esempio, di irrogare pene esemplari, perseguendo esclusivamente fini di prevenzione generale, anche perché per adempiere adeguatamente la funzione preventiva, è necessario che la sanzione indichi in maniera precisa i comportamenti che i consociati devono evitare per non incorrere nella punizione.³⁴ Anche la funzione risocializzante sarebbe pregiudicata da una pena sproporzionata: è indispensabile che il condannato percepisca la pena come "giusta" per collaborare al percorso rieducativo.³⁵

³¹ Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, cit., p. 73.

³² F.L. RAMAIOLI, *La funzione della pena tra occidente e mondo islamico: una prospettiva teleologica*, in *Dignitas*, 1 maggio 2016, p.1.

³³ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 678.

³⁴ Sul punto cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 71.

³⁵ Cfr. *ivi*, p. 70.

Altro principio fondamentale è quello di umanizzazione della pena: qualunque sia la funzione che si vuole assegnare alla sanzione, «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» (art. 27 c. 3 cost).³⁶

Il dibattito sulle funzioni della pena ruota, tradizionalmente, intorno a tre poli: prevenzione speciale, prevenzione generale e retribuzione. La retribuzione «costituisce il *leit-motiv* di ogni discorso sulla pena»³⁷ fin dall'epoca romana (basta pensare al brocardo latino *malum passionis propter malum actionis*): si basa sull'idea che la pena debba compensare, retribuire appunto, il danno arrecato alla società con la commissione del delitto e come tale debba necessariamente essere proporzionata.³⁸

In dottrina si tende ad affermare la necessità di distinguere tra le varie fasi della pena: legislativa, giudiziale ed esecutiva. Il fatto che il legislatore abbia perseguito la finalità di prevenzione generale nella fase comminatoria non significa che il medesimo scopo valga anche per la fase dell'irrogazione o dell'esecuzione.³⁹

Seguendo questa tesi non si vuole escludere una correlazione tra i vari stadi della sanzione penale: la finalità di prevenzione generale risulta pregiudicata se alla minaccia non segue la concreta applicazione della pena, o ancora la prevenzione generale non può essere perseguita dal legislatore fino al punto di prevedere sanzioni sproporzionate e tali da vanificare qualsiasi prospettiva di rieducazione e risocializzazione.⁴⁰ Né si vuole affermare che la pena deve avere varie finalità:

³⁶ Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2009, p. 1172

³⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 732.

³⁸ Cfr. *ibidem*.

³⁹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 78. Dal fatto che la pena possa perseguire diverse finalità non si può dedurre una «disfunzionalità del sistema», che si ha solo nel caso in cui lo scopo attribuito alla sanzione in una prima fase, pregiudica il perseguimento della finalità assegnatale nella fase successiva. Cfr. *ivi*, p. 79.

⁴⁰ Cfr. *ivi*, p. 80.

semplicemente questa può perseguire scopi diversi. Si pensi ad esempio all'istituto della liberazione condizionale: il legislatore ha previsto l'ergastolo per alcuni reati, ritenendo che sia l'unica pena idonea a punire la gravità del fatto (perseguendo quindi una finalità retributiva) e con un'adeguata funzione deterrente (dunque di prevenzione generale); concedendo la liberazione condizionale al condannato, che ha mostrato segni di ravvedimento, si agevola il suo reinserimento sociale, ma inevitabilmente si rende la pena meno proporzionata.⁴¹

La tesi appena esposta, della c.d. polifunzionalità della pena, è stata, tuttavia, posta in crisi dalla Corte Costituzionale con la sentenza 3 luglio 1990, n. 313, affermando che la rieducazione non è solo uno degli scopi perseguibili, ma è un aspetto ontologico della pena, che la caratterizza dalla nascita alla sua estinzione.⁴²

Ogni teoria è stata elaborata avendo riguardo principalmente alla pena detentiva. Peraltro è stato più volte sottolineato come pene detentive, sia di lunga che di breve durata, provocano danni psicologici tali da compromettere il raggiungimento delle finalità assegnate alla sanzione, in primo luogo di quella risocializzante.⁴³ Per tale motivo è «opinione unanime che il compito futuro della politica criminale non risiederà nel miglioramento della pena detentiva bensì nella sua progressiva eliminazione».⁴⁴

⁴¹ Sul punto cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 82. Discorso analogo potrebbe farsi riguardo l'istituto della liberazione anticipata.

⁴² Cfr. M. RONCO, *Retribuzione e prevenzione generale*, in AA. VV., *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 486. Più ampiamente, su questo tema, cfr. *infra*, paragrafo 4.

⁴³ Cfr. tra gli altri S. MELLINA, *Problemi antropologici posti dalle lunghe detenzioni. Psicopatologia della cultura della custodia*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 89 ss.

⁴⁴ Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 77.

2.1 La prevenzione generale

Per prevenzione generale si intende «la prevenzione di comportamenti socialmente indesiderati, attraverso la minaccia di una sanzione legale».⁴⁵ È evidente, dunque, la differenza rispetto alle teorie assolute: la pena viene applicata non *quia peccatum est*, ma piuttosto *ne peccetur*.⁴⁶

A partire dagli anni '60 del '900 si è assistito a un recupero delle teorie di prevenzione generale, in connessione con una minore fiducia nella funzione risocializzante della sanzione penale e con l'aumento della criminalità: si avvertiva l'esigenza di una pena che fosse effettivamente capace di distogliere i consociati dal commettere reati. Si suppone che il potenziale delinquente, prima di commettere un reato, associ a un determinato fatto la relativa sanzione e, soppesando le conseguenze della propria condotta, sia distolto dall'azione delittuosa dalla prospettiva delle sofferenze che un'eventuale condanna comporterebbe.⁴⁷ Il fatto di delinquere viene quindi considerato come una scelta razionale e il delinquente visto come un «accorto calcolatore».⁴⁸ Questa ricostruzione, tuttavia, può effettivamente valere per alcuni reati, come i reati finanziari⁴⁹, ma non per altre forme di criminalità, come per alcuni casi di omicidio o per i delitti sessuali, che sono essenzialmente dovuti a impulsi emotivi.⁵⁰

⁴⁵ Così J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e Prassi*, p. 33 nota 15, come citato in G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su «cifre nere» e funzione general preventiva della pena*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 56.

⁴⁶ Cfr. G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale*, cit., p. 57.

⁴⁷ Si è parlato di «minaccia della pena come contropinta psicologica alla spinta criminosa». Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 747.

⁴⁸ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 236.

⁴⁹ L'autore, per esempio, di una frode fiscale sicuramente calcola i vantaggi che gli possono derivare dall'inosservanza della legge. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 748.

⁵⁰ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 246.

Oltre a questa concezione classica di prevenzione generale (c.d. negativa) oggi si tende più che altro a evidenziare un altro aspetto insito nella minaccia della pena: l'idea che questa possa rafforzare la fiducia nei valori dell'ordinamento giuridico e quindi educare i consociati, infondendo loro principi morali e pedagogici (prevenzione generale c.d. positiva). In quest'ottica il cittadino si asterebbe dal commettere il reato temendo la riprovazione sociale che l'azione delittuosa potrebbe suscitare.⁵¹ Si tratterebbe dunque di una funzione di «orientamento culturale».⁵² Secondo tale concezione il diritto penale si troverebbe a svolgere un compito di *socializzazione* pari a quello assolto dalla famiglia, dalla comunità e da altre istituzioni sociali.⁵³

Sostanzialmente lo scopo perseguito attraverso la sanzione penale è però sempre il medesimo, sia secondo la visione negativa che secondo quella positiva: impedire la commissione dei reati e ridurre la criminalità.⁵⁴

La funzione general-preventiva è destinata ad operare principalmente nella fase della minaccia della pena. È tuttavia necessario che alla commissione del reato segua

⁵¹ Cfr. G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale*, cit., p. 58.

⁵² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 748. La funzione di orientamento culturale richiede necessariamente precetti chiari e nitidi, ma anche che i beni giuridici protetti corrispondano il più possibile alla scala di valori dei consociati. Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 73. Il diritto penale che viene sentito come giusto guida i comportamenti umani e favorisce una «osservanza spontanea» dei precetti, determinata cioè «non dalla paura ma da accettazione del vincolo derivante dalla norma». Cfr. C. MAZZUCCATO, *Dal buio delle pene alla luce dei precetti: il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in I. MARCHETTI, G. MAZZUCCATO, *La pena in "castigo", un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006, p. 66 ss.

⁵³ G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, p. 268. La funzione educatrice del diritto penale risulta subordinata ad una serie di condizioni: innanzitutto presupposto essenziale è la tendenziale coincidenza tra disapprovazione sociale e disapprovazione legale, inoltre è necessario un «buon livello di credibilità dell'apparato giudiziario». Cfr. *ivi*, p. 270. Si è sostenuto che la funzione di prevenzione generale positiva può essere solo considerata come una funzione secondaria della sanzione penale, proprio perché è necessaria un'intrinseca razionalità dell'intero sistema e una sua rispondenza ai valori dominanti nella società. Cfr. M. RONCO, *Retribuzione e prevenzione generale*, cit., p. 496.

⁵⁴ Sul punto cfr. G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale*, cit., p. 58.

l'effettiva irrogazione della sanzione, altrimenti i potenziali delinquenti, davanti a una sistematica disapplicazione delle norme, sono al contrario quasi incentivati alla commissione del reato. Se una pena viene minacciata ma non applicata significa che è lo stesso «ordinamento penale che rinuncia, nei fatti, a svolgere un'autentica funzione preventiva».⁵⁵

Quello della prevenzione della criminalità è, inoltre, un ambito in cui la politica criminale risulta strettamente dipendente dalla politica sociale: è necessario che quest'ultima cooperi con la prima influenzando sui fattori criminogeni dell'ambiente sociale e cercando di arginarli. In altre parole la politica criminale deve, tramite la politica sociale, incidere su quei rapporti di forza all'interno della società che risultano favorire la delinquenza.⁵⁶

Si può affermare, a questo proposito, che «l'idea di giustizia sociale crea un fermento nella politica criminale».⁵⁷ Bisogna però considerare che il contesto di riferimento è in continua evoluzione e quindi anche la politica sociale deve rinnovarsi parallelamente, e con essa la politica criminale: vi è il rischio che meccanismi di prevenzione elaborati in un determinato momento storico diventino rapidamente inutili o insufficienti.⁵⁸

⁵⁵ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 74. Ancora più grave è la situazione per cui le pene vengono inflitte soltanto ad alcuni soggetti, ai margini della società, mentre i c.d. colletti bianchi riescono a sfuggire alla condanna o a ottenere, al più, una pena irrisoria. Questa situazione è per lo Stato controproducente perché «il ladro, il borseggiatore, il rapinatore, saranno tentati di ripetere la loro impresa nella convinzione che tutto il sistema penale sia solo uno strumento irragionevole di selezione». Cfr. *ibidem*.

⁵⁶ Cfr. H. ZIPF, *Politica criminale*, cit., p. 274. Basta pensare all'importanza che può avere un corretto uso dei mezzi di comunicazione di massa, una situazione abitativa accettabile, un'adeguata istruzione, la possibilità di un lavoro, e così via. Questo non vuol dire che sia sufficiente la politica sociale per sconfiggere la criminalità, ma sicuramente per arginarla. È quindi abbastanza sconcertante che questo binomio tra politica criminale e politica sociale sia stato raramente preso in considerazione, se non in tempi più recenti. Cfr. *ivi*, p. 274-275. Sul rapporto tra politica criminale e politica sociale cfr. C. MAZZUCCATO, *Dal buio della pena alla luce dei precetti*, cit., p. 37 ss. («la politica sociale è la migliore politica criminale») e p. 76.

⁵⁷ H. ZIPF, *Politica criminale*, cit., p. 274.

⁵⁸ Cfr. *ivi*, p. 275.

L'opinione pubblica, nella convinzione che si possa così arginare il problema criminale, dimostra di riporre un grande affidamento nell'efficacia general-preventiva della pena e il legislatore, per fronteggiare l'allarme sociale, tende ad elevare le massime pene edittali, inducendo, di conseguenza, anche i giudici ad irrogare sanzioni più severe.⁵⁹ L'esigenza di un inasprimento sanzionatorio sorge in particolare nei momenti di crisi e tensione, durante i quali passano in secondo piano le «considerazioni garantistiche» e le «sottili argomentazioni giuridiche».⁶⁰

È fondamentale chiedersi però se davvero gli incrementi di pena siano in grado di ridurre i tassi di criminalità.⁶¹ Soltanto negli ultimi decenni gli studiosi di criminologia hanno iniziato ad avvalersi di analisi statistiche e di inchieste campione, in modo da provare un'eventuale connessione esistente tra la misura della pena e l'andamento della criminalità.⁶²

I primi studi hanno riguardato più che altro la pena di morte e hanno evidenziato la mancanza di qualsiasi relazione negativa tra la severità della pena capitale e il numero di reati commessi, infliggendo così un «duro colpo» alla fiducia negli effetti general preventivi della pena: gli omicidi sembrano addirittura più frequenti negli

⁵⁹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 220-221. Un tipico esempio è quello dell'ergastolo: la ragione per cui le varie iniziative volte ad abolire la pena dell'ergastolo dal nostro ordinamento sono fallite è principalmente la convinzione che l'ergastolo sia l'unica pena in grado di esercitare un'adeguata efficacia preventiva rispetto ad alcuni reati. Cfr. sul punto M. L. BOCCIA, *L'ergastolo nel governo della paura*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 83 ss.

⁶⁰ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 222. In queste situazioni si crea una frattura tra la dottrina, da un lato, che si interroga sulla liceità della finalità di prevenzione generale, e il legislatore, spesso seguito dalla giurisprudenza, dall'altro, con la convinzione che pene elevate possano contenere la criminalità. Cfr. *ibidem*.

⁶¹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 235. Occorre interrogarsi, cioè, sull'utilità di considerazioni di prevenzione generale.

⁶² Cfr. *ivi*, p. 237. Le indagini sono state compiute considerando principalmente gli aumenti delle pene edittali. Si può presumere che le medesime conclusioni valgano anche nel caso in cui finalità di prevenzione generale siano perseguite al momento della commisurazione della pena da parte dei giudici: a un inasprimento legislativo corrisponde inevitabilmente l'irrogazione di pene più elevate.

Stati che prevedono la pena di morte, così come non si registra assolutamente un aumento della criminalità inseguito all'abolizione della pena capitale.⁶³

Altri studi hanno preso in considerazione non solo la severità della pena ma anche la certezza della sua applicazione: in questo caso è stata invece provata l'esistenza di un nesso negativo tra l'effettività della sanzione e il tasso di criminalità. Nesso che vale tuttavia soltanto per alcuni reati, come gli omicidi, non per quei delitti che sono determinati da impulsi passionali, cui è estranea ogni valutazione razionale.⁶⁴ La scarsa efficacia deterrente della pena di morte potrebbe così spiegarsi a causa del suo basso livello di certezza, che a sua volta è però dovuto alle peculiarità di questa sanzione: la sua crudeltà determina spesso una certa avversione a testimoniare o la riluttanza dei giudici ad applicarla.⁶⁵

Dalle indagini condotte risulta quindi che, in linea di massima, la certezza della pena comporta una diminuzione dei tassi di criminalità, mentre la severità della pena «ha un impatto deterrente soltanto se associata a un alto grado di certezza».⁶⁶

È importante, in ogni caso, non generalizzare i risultati raggiunti attraverso tali indagini statistiche e inchieste-campione. Considerando solo le variabili della severità e della certezza si finisce per trascurare altri aspetti fondamentali come la necessità che la pena venga percepita come legittima dai cittadini: se il soggetto reputa la sanzione non equa o illegittima, difficilmente ne terrà conto nel soppesare le conseguenze delle sue azioni, indipendentemente dalla sua rigidità e dalla

⁶³ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p.239.

⁶⁴ Cfr. *ivi*, p.241-242.

⁶⁵ Cfr. *ivi*, p. 243. Altre indagini hanno dimostrato l'assenza di qualunque collegamento tra gli inasprimenti delle pene previste per delitti di violenza sessuale e la commissione di tali reati, collegamento invece esistente per il caso di guida in stato di ebbrezza. Cfr. *ivi*, p.245.

⁶⁶ G. ANTUNES, A.L. HUNT, *The impact of certainty and severity of punishment on levels of crime in American States: an extended analysis*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1973, p. 489 ss., come citato in G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale*, cit., p. 59.

prospettiva di una sua effettiva applicazione.⁶⁷ Da qui l'esigenza di considerare la conoscenza che il soggetto ha della norma e della sanzione, la capacità della norma di orientare positivamente il comportamento dei potenziali delinquenti e così via. D'altra parte non si può non rilevare che la concezione di una prevenzione generale basata sul semplice timore della sanzione «assimila troppo l'essere umano al cane domato con la minaccia del bastone».⁶⁸

Bisogna poi valutare la non coincidenza tra criminalità reale, effettiva, e criminalità emergente dalle statistiche.

Con l'espressione «cifra nera» si indica proprio il divario esistente tra «il numero complessivo dei fatti commessi in un certo periodo di tempo» e «quelli che giungono effettivamente a conoscenza delle autorità».⁶⁹ Si ritiene che la percentuale dei reati scoperti sia sempre al di sotto del 50% rispetto al totale di quelli commessi.⁷⁰ La conoscenza che noi abbiamo dell'andamento della criminalità è quindi alquanto lacunosa e ciò si riflette in maniera fortemente negativa sulla lotta alla criminalità.⁷¹ La presenza della cifra nera ha delle conseguenze anche sulle teorie general-preventive della pena: se si sostiene che la sanzione possa trattenere i consociati dal commettere reati, allora questa affermazione deve essere verificabile empiricamente, ma la percentuale di reati non scoperti rende fallimentare ogni indagine sul punto.⁷² Si è obiettato che considerando il secondo significato di prevenzione generale, ovvero quello di orientamento culturale, si può superare il

⁶⁷ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 247.

⁶⁸ G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 267.

⁶⁹ Cfr. G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale*, cit., p. 53.

⁷⁰ Cfr. *ivi*, p. 71.

⁷¹ Cfr. H. ZIPF, *Politica criminale*, cit., p. 210.

⁷² Cfr. G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale*, cit., p. 60. A meno di non reputare la cifra nera come sempre costante nel corso dell'anno: solo in questo caso è infatti effettivamente possibile che un'indagine statistica offra un quadro sostanzialmente attendibile sulle dimensioni della criminalità. Cfr. H. ZIPF, *Politica criminale*, cit., p. 211.

problema della cifra nera. In realtà, però, anche in questo caso la presenza di reati non scoperti ha la sua importanza, perché attenua la fiducia dei cittadini nel sistema penale, che quindi non è più in grado di svolgere una funzione pedagogica.⁷³

Altro aspetto fondamentale della prevenzione generale che va necessariamente considerato è il problema della sua legittimità.⁷⁴ L'articolo 27 c. 1 della Costituzione, sancisce il carattere della personalità della responsabilità penale: non è chiaro se la disposizione debba intendersi semplicemente come divieto di responsabilità per fatto altrui o anche come costituzionalizzazione del giudizio di colpevolezza.⁷⁵ In ogni caso questo principio esige che le pene siano proporzionate e personali, ovvero che non perseguano il solo fine di prevenzione generale.⁷⁶

Nella fase della comminatoria il principio costituzionale deve, senza dubbio, guidare le scelte del legislatore impedendogli di fissare pene edittali eccessivamente elevate rispetto alla gravità del relativo reato, ma è difficile ipotizzare, in questo stadio, una questione di costituzionalità: è estremamente complicato, infatti, individuare il *quantum* a partire dal quale la pena può dirsi sproporzionata e in più non si può rimproverare al legislatore di aver perseguito, in questa fase, quella finalità di prevenzione generale, che opera principalmente al momento della minaccia.⁷⁷

È in occasione della commisurazione della pena che invece il principio della responsabilità penale personale assume un'importanza fondamentale: in questo stadio perseguire esclusivamente fini di prevenzione generale, irrogando una

⁷³ Cfr. G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale*, cit., p. 61.

⁷⁴ Cfr. *ivi*, p. 59.

⁷⁵ Anche la Corte Costituzionale non è stata chiara sul punto: vi sono pronunce che negano espressamente la costituzionalizzazione del giudizio di colpevolezza, e invece sentenze in cui si afferma che l'articolo 27 c. 1 esclude anche la responsabilità «per ogni condotta al di fuori della volontà o della colpa» (Corte Cost. 19 gennaio 1972, n. 6). Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 108, nota 106.

⁷⁶ Cfr. *ivi*, p. 109.

⁷⁷ Cfr. *ivi*, p. 110 e 111.

sanzione esemplare, significherebbe, infatti, addossare al soggetto una sanzione per un fatto di cui non è personalmente responsabile.⁷⁸ Si può quindi sostenere l'illegittimità della funzione general-preventiva della pena in questa fase in relazione non solo all'articolo 27 c. 1, ma anche agli articoli 2 e 13 della Costituzione che proteggono i diritti inviolabili dell'uomo, tra cui occupa una posizione preminente la libertà personale.⁷⁹ È possibile ravvisare in tali norme il divieto di sfruttare la posizione di inferiorità in cui si trova il condannato come strumento per «intimidire i terzi» e prevenire la commissione dei reati.⁸⁰

Sul problema della liceità delle considerazioni di prevenzione generale nella fase della comminatoria e della commisurazione giudiziale, peraltro, la giurisprudenza si è pronunciata in maniera non univoca risolvendolo ora in un senso ora nell'altro.⁸¹

Per quanto riguarda invece la fase esecutiva la funzione deterrente è affidata all'afflittività, alla durezza e alla rigidità che inevitabilmente caratterizza ogni trattamento punitivo: in questo caso l'esigenza di contenimento della criminalità si scontra, tuttavia, con la necessità di rispettare i diritti fondamentali e inalienabili delle persone condannate e, per quanto riguarda in particolare il nostro ordinamento, con la funzione rieducativa imposta alla sanzione penale.⁸²

⁷⁸ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 219.

⁷⁹ Cfr. *ivi*, p. 115.

⁸⁰ E. DOLCINI, *ivi*, p. 220.

⁸¹ In senso negativo cfr. ad esempio Cass. 4 maggio 1965, in senso positivo cfr. Cass. 18 febbraio 1949. Sul punto cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 56.

⁸² Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 750. Più ampiamente sulla funzione rieducativa cfr. *infra*, paragrafo 3.

2.2 La retribuzione

La teoria retributiva si basa sull'assunto che la pena debba costituire la retribuzione per il fatto commesso: originariamente, secondo la concezione del taglione, questo significava infliggere al reo il medesimo danno da lui arrecato alla vittima mentre successivamente il parametro di riferimento per la retribuzione è diventata, più che altro, la colpevolezza.⁸³

Storicamente, dunque, tale concezione retributiva della pena ha oscillato tra retribuzione del fatto e retribuzione della colpevolezza. Peraltro, una volta superata l'idea di stretta corrispondenza tra fatto e sanzione, tipica della logica del taglione, retribuzione del fatto e retribuzione della colpevolezza non integrano più due «modelli retributivi strutturalmente diversi»⁸⁴, la differenza è data esclusivamente dal differente livello di «verificabilità empirica»: mentre il fatto è qualcosa di oggettivo e certo, la colpevolezza è un giudizio, e come tale inevitabilmente soggettivo.⁸⁵ Si può infatti valutare la responsabilità, dolo o colpa, del soggetto agente soltanto esaminandone l'aspetto negativo, ovvero la possibilità di agire diversamente, ma tale verifica non può condurre a risultati certi e incontestabili.⁸⁶ Tanto più che vi è una serie di fattori che incidono sulla condotta del singolo, compresa c.d. *corresponsabilità sociale*, e risulta quindi impossibile formulare un giudizio assoluto di colpevolezza.⁸⁷

In dottrina si è evidenziato come, in ogni caso, al di là delle difficoltà insite nel concetto di colpevolezza, il principale profilo critico dell'idea retributiva sia

⁸³ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 117.

⁸⁴ L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 99. Basta pensare che l'entità della colpevolezza si riflette necessariamente sul fatto.

⁸⁵ Sul punto cfr. *ivi*, p. 99.

⁸⁶ Cfr. *ivi*, p. 100.

⁸⁷ Cfr. *ivi*, p. 133.

costituito dalla disomogeneità tra reato e pena: «reato e pena sono realtà eterogenee; qualsiasi teoria che intenda ricollegare proporzionalmente tali entità deve inevitabilmente ricorrere ad un elemento esterno – perciò dal punto di vista intrinseco della retribuzione arbitrario – su cui fondare il rapporto».⁸⁸ Questo elemento esterno è costituito dalla domanda di punizione proveniente dalla società.⁸⁹

Concetto essenziale all'interno dell'idea retributiva è quello di proporzionalità. Secondo la concezione classico-illuminista questo rapporto di corrispondenza è da ricercarsi nella fase edittale tra il singolo reato e la singola risposta sanzionatoria: sorge però il medesimo problema sopra evidenziato, dovuto al fatto che tra reato e pena non vi è alcuna analogia che consenta di creare una relazione proporzionale. Inoltre non è possibile negare *a priori* ogni individualizzazione della sanzione considerando il solo momento della comminatoria, anche perché le pene non sono mai identiche per chi le subisce: bisogna considerare il fattore dell'età, delle condizioni psicofisiche e così via.⁹⁰

In dottrina si è osservato come l'obiezione circa l'«incommensurabilità» tra reato e pena sia in realtà facilmente superabile: infatti l'idea della proporzionalità - vale a dire la tesi della compensazione del reato attraverso la sanzione penale - non necessariamente implica un'omogeneità tra le due grandezze. Ormai da tempo,

⁸⁸ L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 133.

⁸⁹ Cfr. *ivi*, p. 134.

⁹⁰ Cfr. *ivi*, p. 103-104. Tale necessità di individualizzazione vale anche e soprattutto per l'ergastolo, pena fissa e automatica. Sul punto cfr. *infra* paragrafo 3 e capitolo III. Il modello illuminista di proporzionalità è peraltro ancora il principale criterio che guida la scelta del giudice nella commisurazione della pena: ai sensi dell'articolo 133 c.p. il giudice valuta il fatto, lo colloca a un certo livello di gravità e irroga la sanzione più adeguata a tale gravità, mantenendosi entro i limiti edittali fissati dal legislatore. In dottrina si sottolinea la necessità che la pena sia idonea a consentire la rieducazione del reo e quindi non sia severa al punto da essere desocializzante, ma nella prassi il criterio guida di commisurazione della pena finisce per essere costituito dalla colpevolezza. Sul punto cfr. *ivi*, p. 105.

infatti, è stata abbandonata la logica del taglione secondo la quale si deve infliggere al reo il medesimo male che egli ha arrecato alla società commettendo il reato. È opportuno pensare, più che altro, a un diverso rapporto di proporzionalità: «nel senso che la graduazione, per specie e quantità, delle pene dovrebbe riflettere la scala di gravità dei reati, e, parallelamente, la misura giudiziale della pena dovrebbe fissarsi, all'interno dello spazio edittale, al livello corrispondente alla posizione che il fatto concreto occupa, sempre in ragione della sua gravità, nella gamma delle ipotesi riconducibili al modello legale».⁹¹ Si può obiettare, peraltro, come non sia possibile garantire un'assoluta certezza della pena, poiché il giudizio compiuto dal giudice si presenta necessariamente come soggettivo e discrezionale. Tale rilievo è tuttavia costante perché riferibile a qualunque teoria della pena, comprese quelle preventive: la capacità a delinquere, le prospettive di risocializzazione del reo sono delle entità altrettanto sfuggenti e imprecise.⁹²

L'idea di proporzionalità presenta dunque dei limiti, ma allo stesso tempo ha un importante profilo di utilità: consente di raffrontare i beni giuridici protetti dalle norme penali con il bene fondamentale della libertà personale e rende la sanzione maggiormente rispettosa dei diritti soggettivi del trasgressore.⁹³

Il concetto di pena proporzionata non può però in ogni caso fungere da unico criterio di legittimazione della sanzione penale⁹⁴: una pena è giusta nel momento in cui

⁹¹ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 132. Secondo tale concezione la pena dovrebbe quindi realizzare una giustizia distributiva, più che commutativa. Non è un'idea completamente nuova, tanto che già Hegel affermava come tra reato e pena dovesse esserci un'uguaglianza di valore, non una perfetta omogeneità.

⁹² Sul punto cfr. *ivi*, p. 133.

⁹³ Cfr. L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 106.

⁹⁴ Nel nostro ordinamento la sola finalità retributiva non è idonea a giustificare l'aggressione del bene di rango primario della libertà personale per il perseguimento di un ideale assoluto di giustizia. Dalla Costituzione emerge inoltre un'idea di Stato che non può limitarsi a punire ma deve «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che [...] impediscono il pieno sviluppo della

assicura tutela a un bene giuridico di rango costituzionale meritevole di protezione. «Fondamento della pena non è la colpevolezza, ma la sua necessità per la tutela dei beni giuridici».⁹⁵ Anche se non ne costituisce il fondamento, la colpevolezza rimane peraltro necessaria affinché il giudice possa irrogare una pena al soggetto agente. Ma se la possibilità di agire diversamente non può mai essere verificata in modo oggettivo, allora questo significa che una pena non può mai essere giusta in senso assoluto, anche se posta a protezione di un bene giuridico meritevole di tutela.⁹⁶ Tradizionalmente la concezione retributiva è sempre stata considerata come una teoria assoluta: la pena viene irrogata perché è stato commesso il reato e consente al condannato di adempiere il debito così contratto con la società, senza che sia perseguito alcun fine ulteriore. Il fondamento della pena viene individuato nel suo essere il corrispettivo del reato, non nella sua utilità per il reo o per i consociati. Negli ultimi anni si è assistito, tuttavia, all'emersione di *nuove* teorie retributive che vedono nella sanzione penale un mezzo per soddisfare la domanda di punizione e l'esigenza di sicurezza provenienti dalla collettività. Teorie dunque non propriamente assolute.⁹⁷

La pena, secondo tali concezioni, viene contemplata dal legislatore e poi irrogata dai giudici per rispondere ai bisogni emotivi dei cittadini, facendo propri i parametri di giudizio presenti nella società. È importante considerare però che tali parametri

persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese». Sul punto cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 142.

⁹⁵ NOLL, *Shuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*, p. 219, come citato in E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 138.

⁹⁶ Sul punto cfr. *ivi*, p. 139-140.

⁹⁷ Sul punto cfr. L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 107. Questo modo di intendere la pena retributiva non è nuovo ma ha una lunga tradizione nella dottrina penalistica. Cfr. *ivi*, p. 109-110. Cfr. anche C. MAZZUCCATO, *Dal buio della pena alla luce dei precetti*, cit., p. 27 ss.: si assegna alla pena il compito di essere un «punto fermo», di restituire sicurezza, di riportare l'ordine nella società.

sono irrazionali e soggetti a continue mutazioni e «lasciano il trattamento punitivo in balia delle spinte più incontrollabili»⁹⁸: quindi si presenta il pericolo di sanzioni sproporzionate, non rispettose della dignità e dei diritti fondamentali del condannato, e viene accantonato quell'aspetto garantistico che era stata la principale caratteristica delle teorie retributive classiche. Ancora una volta il condannato diventa un mezzo per soddisfare le esigenze della collettività.⁹⁹

Tali esigenze di punizione presenti nella società, per di più, non possono considerarsi come un fenomeno normale, ma anzi sono storicamente condizionate: se questi bisogni emergono significa che lo Stato non ha saputo, o voluto, individuare i fattori criminogeni e affrontarli, fatto che ha determinato la crescita della domanda di sicurezza, spesso enfatizzata da un uso scorretto dei mezzi di comunicazione di massa. Certamente, di fronte a una situazione di allarme sociale, la politica criminale non può restare inerte, ma questo non significa trasformare la risposta sanzionatoria in una reazione puramente emotiva, che prescindendo da altre valutazioni pratiche.¹⁰⁰ Uno dei principali compiti del diritto penale dovrebbe poi essere quello di «filtrare criticamente le istanze di punizione»¹⁰¹, di «canalizzare e formalizzare le spinte aggressive collettive»¹⁰²: un diritto penale razionale e moderno dovrebbe essere in grado di distinguere tra «reazioni emotive di tipo

⁹⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 753.

⁹⁹ L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 108. Interessante citare le parole di Morselli, secondo cui «ogni punizione non è che [...] una reazione o risposta a un allarme sociale». Cfr. *ivi*, p. 111.

Emblematico è proprio il caso dell'ergastolo: uno dei principali motivi alla base dell'opposizione alla eliminazione della pena perpetua è il fatto che la collettività non è disposta ad aprire i cancelli del carcere a chi si sia reso colpevole di crimini particolarmente efferati perché «prevale l'aspetto oggettivo del crimine, la sua ferocia e la sofferenza della vittima». Cfr. E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2016, p. 191.

¹⁰⁰ Cfr. L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 113.

¹⁰¹ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 753.

¹⁰² G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco, tra rassegnazione e utopia*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 344.

regressivo, come tali non avallabili, e esigenze reali di sicurezza meritevoli di essere assecondate»¹⁰³, al contrario accade che il legislatore inasprisca le pene edittali, cercando di attenuare i sentimenti di cieca paura con sanzioni simboliche, e i giudici infliggano pene sempre più elevate, mentre la colpevolezza, invece che fungere da limite, diventa la proiezione dei bisogni punitivi della società. Si passa da un «diritto penale razionale a un diritto penale dell'irrazionale».¹⁰⁴

Tali concezioni appena esposte sono state accostate a quella di prevenzione generale c.d. positiva o di orientamento culturale, ma in quest'ultimo caso l'obiettivo della sanzione non è tanto appagare le esigenze della società, ma più propriamente rafforzare l'adesione dei cittadini ad alcuni valori fondamentali e in questo modo prevenire la commissione dei reati.¹⁰⁵ Si è evidenziato peraltro come la pena, rispondendo ai bisogni emotivi di punizione dei cittadini, canalizzerebbe le spinte aggressive, dei singoli e della collettività, adempiendo dunque una funzione educatrice e di orientamento culturale.¹⁰⁶

Queste teorie c.d. «neoretribuzionistiche» sono emerse in corrispondenza della crisi dell'ideologia rieducativa: l'allarme suscitato dall'aumento di alcuni reati ha creato uno «scetticismo circa i risultati conseguibili attraverso qualsiasi forma di esecuzione della pena detentiva», tanto da indurre a parlare di «mito della rieducazione».¹⁰⁷ Al fine di contenere i timori dei cittadini si è quindi cominciato a pensare alla pena come mezzo per soddisfare i bisogni di punizione e le esigenze di sicurezza.

¹⁰³ G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 272.

¹⁰⁴ Sul punto cfr. *ivi*, p. 343-344.

¹⁰⁵ Cfr. L. EUSEBI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 114.

¹⁰⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 272.

¹⁰⁷ E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 500.

In Italia non si è avuta una «inversione neoretribuzionistica» paragonabile a quella di altri Stati, come gli Stati Uniti. La dottrina maggioritaria è infatti rimasta legata a una concezione bifasica della pena, attribuendole una pluralità di funzioni.¹⁰⁸ Non sono mancate tuttavia delle voci isolate, favorevoli all'idea retributiva, nel quadro di una contestazione del processo di secolarizzazione del diritto penale.¹⁰⁹

I sostenitori della teoria della retribuzione hanno fatto leva soprattutto sul fatto che la pena retributiva, in quanto proporzionata, è l'unica sanzione in grado di svolgere funzioni preventive, nella fase di minaccia, e risocializzanti, durante l'esecuzione, nel rispetto dei diritti fondamentali del condannato. Si può obiettare che la pena in sé non può cancellare il fatto commesso dal soggetto, né garantire una sua adesione al percorso trattamentale: è necessario un intervento attivo dello Stato che agisca sui fattori criminogeni, così da contenere il fenomeno delinquenziale, e offra programmi di aiuto al reo, in modo da favorire un suo concreto ravvedimento.¹¹⁰ Anche perché una pena retributiva non esercita automaticamente e necessariamente anche una funzione preventiva: basta pensare al reato commesso da un soggetto in circostanze tali che azzerano, o almeno riducono, le possibilità di recidiva.¹¹¹

¹⁰⁸ Cfr. L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 132.

¹⁰⁹ Come quella di V. MATHIEU, che in *Perché punire. Il collasso della giustizia penale* (1978) affermava: «la pena è dovuta, ossia è giusta in se stessa per una ragione formale indipendentemente da qualsiasi altro scopo». Egli arrivava addirittura a legittimare la pena di morte, in quanto mezzo più adatto, in alcuni casi, a permettere la rieducazione morale del condannato. Cfr. *ibidem*.

Si è sostenuto che ciò che giustifica la pena nella fase giudiziale è esclusivamente la funzione retributiva: «alla domanda dell'imputato che domandasse al giudice "Perché mi punisci?", l'unica risposta che garantisce la dignità della persona è quella di tipo retribuzionistico, che Rawls attribuisce al padre allorché soddisfa la curiosità del bambino: "Perché è stato provato in un giusto processo che sei colpevole di un delitto"». Si difende l'ideologia retributiva come l'unica che consente di riconoscere la capacità di autodeterminazione del reo, punendolo in quanto soggetto e non oggetto di diritto. Una pena di questo tipo è in grado di essere «autoeducativa». Sul punto cfr. M. RONCO, *Retribuzione e prevenzione generale*, cit., p. 509.

¹¹⁰ Cfr. L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 133.

¹¹¹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 130.

Certo, è sempre necessario tenere presente il limite della colpevolezza, ma la necessità del rispetto della dignità dell'uomo è un punto su cui ormai tutte le teorie della pena sembrano convergere.¹¹² Anzi la teoria meno garantistica sembra proprio essere quella retributiva, nella misura in cui l'intero sistema sanzionatorio è considerato non avere altri scopi se non rispondere agli impulsi irrazionali della collettività cercando di placare l'allarme sociale¹¹³: secondo autorevole dottrina la retribuzione «esprime una forma di intervento arbitraria, simbolica, emotiva, dichiaratamente vendicativa nonché totalmente antidemocratica».¹¹⁴

Queste considerazioni portano a sostenere come oggi non sembra essere più attuale la distinzione tra teorie relative e teorie assolute: l'alternativa si pone piuttosto tra un sistema volto esclusivamente alla «stabilizzazione psicologica» dei cittadini, in cui la persona del delinquente e la sua condizione vengono trascurate, se non addirittura completamente ignorate, e un sistema che, al contrario, cerchi di comprendere il fenomeno criminale nella sua interezza e concretezza, valutando il contesto sociale e culturale nel quale si è sviluppato il reato e cercando di incidere sui fattori delinquenziali e di reinserire, attraverso programmi rieducativi, un soggetto maggiormente consapevole nella società.¹¹⁵

¹¹² Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 134. «si tratterà di compiere ogni sforzo affinché le punizioni umane, orientate a scopi contingenti, sappiano rispettare la dignità della persona non già attraverso il meccanismo escludente della retribuzione, che il realtà la nega in quanto permanente espressione di vendetta, bensì garantendo la conservazione di legami di solidarietà e corresponsabilità sociale verso il condannato durante la stessa esecuzione della pena: ciò affinché quest'ultima assuma un significato costruttivo anche per colui che la subisce e tenda ad una sua rapida reintegrazione nella vita civile». L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 133.

¹¹³ Cfr. *ibidem*.

¹¹⁴ C. MAZZUCCATO, *Dal buio della pena alla luce dei precetti*, cit., p. 25.

¹¹⁵ Cfr. L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., p. 133.

2.3 La prevenzione speciale

La sanzione penale svolge una funzione di prevenzione speciale quando è volta a impedire che chi ha già commesso un reato torni a delinquere in futuro. Questa funzione opera principalmente nella fase esecutiva, durante la quale viene attuato il trattamento penitenziario del colpevole, ma condiziona anche la scelta della sanzione da parte del giudice nella fase della commisurazione.¹¹⁶

Il fine di evitare che il reo torni a delinquere può essere perseguito in vari modi: attraverso l'intimidazione del condannato (viene irrogata una pena talmente severa e afflittiva da generare il timore di una nuova condanna); tentando la risocializzazione del soggetto (si cerca di agire sui fattori sociali, culturali ed economici che hanno contribuito alla genesi del crimine); oppure con la neutralizzazione del delinquente¹¹⁷, il quale viene isolato dalla società in modo da impedirgli di danneggiarla ulteriormente.¹¹⁸

È evidente la contrapposizione tra le tre modalità di prevenzione speciale, in particolare tra l'esigenza di emarginare il reo e quella di reinserirlo nella società.

L'intervento del diritto penale, peraltro, «oscilla inevitabilmente tra la stigmatizzazione del condannato e la sua riabilitazione».¹¹⁹ L'irrogazione di una pena¹²⁰ influisce negativamente sulla reputazione sociale del condannato, sulle sue

¹¹⁶ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 754.

¹¹⁷ Questa neutralizzazione viene ottenuta sia con le pene detentive sia con le pene accessorie, le quali contribuiscono ad emarginare il reo dalla società incidendo su alcuni aspetti della capacità di agire. Basta pensare all'interdizione legale o all'interdizione perpetua dai pubblici uffici che conseguono *ipso iure* alla condanna all'ergastolo. Sul punto cfr. *ibidem*.

¹¹⁸ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 154.

¹¹⁹ H. ZIPF, *Politica criminale*, cit., p. 288,

¹²⁰ L'effetto stigmatizzante varia a seconda della sanzione: la pena pecuniaria è la misura meno incisiva, mentre la pena detentiva, specie se di lunga durata, segna profondamente la reputazione del soggetto, quindi per esempio il condannato all'ergastolo cui viene concessa la liberazione condizionale difficilmente potrà reinserirsi efficacemente nella società, dato lo stigma che deve sopportare. Sul punto cfr. *ibidem*.

prospettive lavorative, sul contesto familiare e in generale sulla sue aspettative future. È dunque estremamente importante che l'ordinamento sia in grado di controbilanciare tale effetto stigmatizzante accompagnando il reo nel suo percorso di risocializzazione.¹²¹

Nei sistemi penali contemporanei vi sono sia situazioni in cui la finalità di prevenzione speciale viene perseguita attraverso trattamenti penitenziari individualizzati, sia casi in cui invece si rinuncia, totalmente o parzialmente, alla pena detentiva, valorizzando misure alternative, come l'affidamento ai servizi sociali.¹²²

Data la varietà di finalità special-preventive cui la pena può adempiere, sarebbe opportuno che il legislatore definisse, in maniera chiara e precisa, lo scopo che intende assegnare alla sanzione così da semplificare il lavoro del giudice, mentre invece questi è costretto, caso per caso, a individuare la funzione preventiva che deve prevalere o a combinare le antitetiche finalità di neutralizzazione, risocializzazione e intimidazione, con il rischio evidente di arbitrio e irrazionalità.¹²³

Certo, l'eventuale presa di posizione del legislatore non può essere comunque eccessivamente vincolante per il giudice, che deve avere la possibilità di individuare la misura più adatta al caso concreto per evitare che il reo torni a delinquere.¹²⁴ Se

¹²¹ Cfr. H. ZIPF, *Politica criminale*, cit., p. 289.

¹²² D. PULITANO', *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 27.

¹²³ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 155. Le indicazioni provenienti dal legislatore sembrano invece discordanti: la pena deve svolgere, per scelta costituzionale, una funzione rieducativa, risocializzante, allo stesso tempo però il codice prevede pene edittali particolarmente elevate e pene accessorie infamanti, che sembrano perseguire l'opposta finalità di intimidazione e neutralizzazione. Cfr. G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, cit., p. 329.

L'eliminazione di pene «senza speranza», come l'ergastolo senza liberazione condizionale, può essere sostenuta solo nel momento in cui effettivamente la rieducazione, o la risocializzazione, diventa l'obiettivo primario perseguito dal legislatore. Sul punto cfr. D. PULITANO', *Politica criminale*, cit., p. 29.

¹²⁴ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 164.

vi è la possibilità di reinserire con successo il condannato nella società, allora questo deve essere il principale obiettivo da prendere di mira nella fase della commisurazione giudiziale: il riconoscimento, da parte del condannato, di una «componente di aiuto nella pena» potrà consentire l'istaurazione di un diverso rapporto con le istituzioni e una sua collaborazione durante il percorso rieducativo.¹²⁵

Vi possono tuttavia essere dei casi in cui la pena non è in grado di svolgere una funzione risocializzante e, allora, il fine perseguito dovrà essere inevitabilmente l'intimidazione del reo: il giudice dovrà scegliere la pena più idonea a «fungere da freno rispetto a future attività criminose».¹²⁶

Tra i tre sistemi per evitare che il soggetto torni a delinquere, la neutralizzazione rappresenta la «forma più riduttiva di prevenzione speciale»¹²⁷: elevare a scopo primario della pena la neutralizzazione del condannato significa rinunciare *a priori* a ogni possibilità di reinserimento, e quindi cercare di emarginare il soggetto irrogando pene detentive estremamente elevate, se non addirittura indeterminate o a vita.¹²⁸ Una sanzione di questo tipo rischia di non essere in grado di svolgere nemmeno la funzione di ammonimento, nella misura in cui il reo la percepisce come eccessiva e inadeguata.¹²⁹

Individuare come principale obiettivo dell'esecuzione penale la neutralizzazione del condannato significa, inoltre, negare ogni forma di *corresponsabilità sociale*: è nel

¹²⁵ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 165. Ovviamente nella pena deve però essere sempre presente una componente di afflittività che esprima la disapprovazione sociale per il reato commesso. Cfr. *ivi*, p. 166.

¹²⁶ Cfr. *ivi*, p. 163.

¹²⁷ E. DOLCINI, *ivi*, p. 167.

¹²⁸ Cfr. *ivi*, p. 167 e anche D. PULITANO', *Politica criminale*, cit., p. 27-28.

¹²⁹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 166.

contesto sociale che vanno ricercati alcuni dei fattori criminogeni che hanno determinato la commissione del reato e si può affermare che «in una certa misura il soggetto delinque in rappresentanza della società, sulla quale grava quindi una parte di responsabilità per il reato».¹³⁰

Ancora, altro elemento che depone a sfavore della neutralizzazione come fine primario della pena è la presenza della cifra oscura. L'estromissione del condannato dalla società presuppone, infatti, che si tratti di un individuo diverso rispetto agli altri e che quindi deve essere allontanato dai cittadini onesti e virtuosi sui quali potrebbe avere una cattiva influenza. Il fatto che un elevato numero di reati, effettivamente commessi, non venga scoperto e non risulti dalle statistiche toglie ogni significato alla necessità di emarginazione del reo: non ha senso isolare un soggetto dai consociati, quando è noto che tra di essi vi sono probabilmente altre persone che hanno commesso il medesimo reato e non sono state perseguite.¹³¹

Sulla base di tali osservazioni si ritiene che la neutralizzazione del delinquente potrebbe essere, al limite, esclusivamente uno scopo accessorio e secondario della sanzione.¹³²

Attualmente, in dottrina, si sostiene come sia impossibile negare la sussistenza di esigenze di neutralizzazione rispetto almeno a due tipologie di delinquenti: chi ha commesso reati che indicano un'elevata pericolosità sociale (*in primis* quelli legati alla criminalità organizzata) e chi ha compiuto delitti così gravi da esigere

¹³⁰ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 167 e F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 323. Anzi si è sostenuta la necessità di parlare oltre che di risocializzazione o rieducazione del reo anche della società che lo punisce. Cfr. L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e «mediazione»* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 822 ss.

¹³¹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 169.

¹³² Cfr. *ivi*, p. 167.

l'esclusione dal consorzio sociale. Se il carcere deve svolgere una funzione di neutralizzazione è però necessario porre limiti esterni ed interni: per quanto concerne i primi è necessario ridurre l'ambito di applicazione della pena detentiva, riguardo i secondi occorrerebbe eliminare le inutili crudeltà che accompagnano la detenzione.¹³³

Come già osservato in merito alla prevenzione generale, anche quando alla sanzione penale si assegnano funzioni special-preventive è necessario rispettare il limite della colpevolezza. Questo significa che, anche se il soggetto appare particolarmente bisognoso di rieducazione, non è possibile irrogargli una pena che ecceda la misura della colpevolezza, anche perché una pena eccessiva non sarebbe percepita come giusta e quindi sortirebbe un effetto desocializzante, opposto rispetto alle finalità perseguite, senza favorire quella collaborazione del reo indispensabile in un percorso rieducativo. Analogamente non si può comminare una sanzione esageratamente severa per aumentare l'effetto di intimidazione sul soggetto.¹³⁴

Individuando nel giudizio di colpevolezza un limite intrinseco alla funzione special-preventiva della pena, inoltre, si attenua il contrasto con l'esigenza di certezza del diritto penale: se il giudice, nell'irrogare la pena, avesse riguardo esclusivamente alla pericolosità sociale del soggetto agente, verrebbe violato il suo diritto a conoscere preventivamente le conseguenze giuridiche delle sue azioni, condizione essenziale anche per la prevenzione della criminalità.¹³⁵

¹³³ T. PADOVANI, *Riflessioni conclusive*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, p. 251-252.

¹³⁴ Sul punto cfr. F. STELLA, *Laicità dello Stato*, cit., p. 323, e anche D. PULITANO', *Politica criminale*, cit., p. 28: «l'idea special preventiva introduce nel sistema sanzionatorio una logica che, guardando al reo piuttosto che al reato, mette in forse il sistema di risposte al reato fondato sull'astratto scambio di equivalenti reato-pena».

¹³⁵ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 177.

La principale critica rivolta contro la funzione di prevenzione speciale riguarda la strumentalizzazione del condannato rispetto alle esigenze della società: si punisce «*ne peccetur*», affinché il soggetto non torni a delinquere, e dunque per tutelare e proteggere la collettività.¹³⁶ In particolare, riguardo alla funzione risocializzante della pena, è stato criticamente osservato che l'obiettivo perseguito sarebbe quello di adeguare il reo a un «modello di comportamento proprio della classe dominante». Si può rispondere però che, considerando il diritto penale come uno strumento di tutela dei soli beni giuridici costituzionalmente rilevanti, la funzione rieducativa della pena va intesa solo come volta ad educare il reo al rispetto dei valori minimi della convivenza civile, unanimemente condivisi.¹³⁷

2.4 La pena secondo la Costituzione: la finalità rieducativa

Nel nostro ordinamento, il dibattito sulla prevenzione speciale, e in generale la discussione sulle funzioni della pena, non può prescindere dalle indicazioni fornite dall'articolo 27 c. 3 della Costituzione che stabilisce che «le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato», prendendo una posizione esplicita circa le finalità della sanzione penale.¹³⁸ Tale principio rieducativo è chiamato a svolgere la sua funzione fin dal momento della scelta dei fatti penalmente sanzionabili e sul

¹³⁶ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 171.

¹³⁷ Cfr. E. DOLCINI, *ivi*, p. 174.

¹³⁸ Cfr. *ivi*, p. 155. Di tale norma costituzionale sono state date numerose interpretazioni, volte, più che altro, a restringerne la portata. Vi è, innanzitutto, chi ha riferito il principio della rieducazione alla sola fase esecutiva, al termine della quale il condannato deve essere reinserito nella società. È stato inoltre sostenuto, ponendo in risalto il termine *tendere*, utilizzato dal costituente, come il principio non abbia un'efficacia cogente: la rieducazione sarebbe semplicemente una «tendenza ideale», uno scopo eventuale della pena, che non sempre è possibile realizzare e che quindi non può essere considerata la sua finalità essenziale. La dottrina maggioritaria invece considera la rieducazione come una delle plurime finalità essenziali della pena, secondo una concezione «polidimensionale» della sanzione. Cfr. *ivi*, p. 95 ss. (sulla presa di posizione della Corte Costituzionale e il superamento della concezione della polifunzionalità della pena, cfr. *infra*).

piano della teoria generale del reato: esso implica che oggetto del diritto penale possano essere soltanto quei valori suscettibili di essere assunti come punto di riferimento di un processo di rieducazione (dovrebbero quindi essere esclusi i beni dai contorni indefiniti, come il buon costume, o quelli non ancora sufficientemente consolidati).¹³⁹

Il termine utilizzato dal legislatore costituente nell'articolo 27 è estremamente ampio e potrebbe essere inteso sia come rieducazione morale, orientata alla trasformazione degli atteggiamenti interiori del soggetto, sia, al contrario, come riferito a un processo volto a ottenere una buona condotta puramente esteriore, rispettosa della legge penale.¹⁴⁰ Il contesto costituzionale induce peraltro a preferire questa seconda opzione ermeneutica: nella Carta fondamentale viene sancita la sovranità popolare, si tutela la diversità dei cittadini e la loro pari dignità sociale, si protegge come bene primario la libertà personale, si afferma che nessuno può essere punito se non in forza di legge e vengono vietati i trattamenti inumani. Questo quadro giustifica un diritto penale «del bene giuridico», un diritto, quindi, che protegga solo beni di rilievo costituzionale meritevoli di tutela, non un diritto posto a difesa di una determinata concezione etica e morale.¹⁴¹ Di conseguenza con la sanzione penale si può mirare a favorire l'acquisizione di alcuni valori minimi, fondanti un'ordinata convivenza civile, e a incoraggiare il rispetto esteriore della legge penale, non è invece coerente con il contesto costituzionale cercare di trasformare il condannato in un «cittadino modello» e di indurlo a interiorizzare i

¹³⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 275 e 246.

¹⁴⁰ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 472. L'enunciazione costituzionale non ha dunque assolutamente risolto il dibattito sulle funzioni della pena nel nostro ordinamento, tanto che ai due diversi significati di rieducazione si possono ricondurre da un lato le teorie retributive e dall'altro le teorie preventive. Cfr. *ivi*, p. 471.

¹⁴¹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 173.

precetti penali.¹⁴² A questo proposito si è osservato che la funzione rieducativa – al contrario di quella retributiva che rappresenta un «assegno in bianco» per il legislatore, poiché non è in grado di indicare l’oggetto del diritto penale – impone dei limiti ben precisi prescrivendo di tutelare solo quei beni che sono concepiti dai cittadini come valori essenziali da salvaguardare.¹⁴³

La redenzione morale del reo può essere un effetto ulteriore della condanna ma non può sicuramente rappresentarne il fine essenziale.¹⁴⁴

All’interno della seconda nozione di rieducazione, intesa come processo volto a ottenere il mero rispetto della legge penale, trova spazio l’idea di risocializzazione. Secondo tale concezione la finalità della pena dovrebbe quindi essere quella di reinserire il soggetto nella collettività dopo aver cercato di modificare i suoi atteggiamenti sociali: eliminando, o attenuando, i fattori criminogeni oppure rafforzando altri aspetti caratteriali che invece favoriscono il comportamento positivo del reo.¹⁴⁵ In altre parole lo scopo della sanzione deve essere quello di accompagnare il condannato in un percorso rieducativo così da permettere che

¹⁴² Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 472. In questo senso la rieducazione di cui parla l’articolo 27 si inquadra inoltre in un compito più generale dello Stato: l’articolo 3, comma 2, della Costituzione sancisce l’impegno della Repubblica a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del paese». Quindi con la sanzione l’ordinamento deve offrire aiuto a persone che ne hanno bisogno, non cercare di imporre una determinata concezione morale. Sul punto cfr. D. PULITANO’, *Politica criminale*, cit., p. 31. Il principio di risocializzazione è quello che, più di ogni altra teoria della pena, realizza i dettami dello stato sociale. Cfr. G. FORTI, *L’immane concretezza*, cit., p. 142

¹⁴³ Cfr. F. STELLA, *Laicità dello Stato*, cit., p. 324.

¹⁴⁴ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 474. Lo Stato non può essere legittimato a condizionare un processo che «si compie nella sfera più intima del soggetto», deve accontentarsi del fatto che il reo non commetta altri reati, indipendentemente dalle ragioni per cui questo avviene. Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 156.

¹⁴⁵ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 474.

venga restituito alla società un soggetto che comprende e rispetta la legge penale e che quindi, si suppone, non commetterà altri reati.¹⁴⁶

Affinché si raggiunga lo scopo della risocializzazione è essenziale che la pena non sia, al contrario, fattore di desocializzazione, ossia non crei ulteriori ostacoli alla reintegrazione del condannato.¹⁴⁷

Che la pena detentiva venga depurata da ogni elemento desocializzante rappresenta peraltro un'utopia: spesso accade che il carcere eserciti un'azione diseducativa¹⁴⁸, se non addirittura criminogena, sul detenuto, il quale inizia a coltivare un atteggiamento ostile nei confronti delle istituzioni statali e, isolato dalla collettività e a contatto con altri delinquenti, si conforma a valori e modelli di comportamento opposti rispetto a quelli della società esterna.¹⁴⁹

Questo aspetto della sanzione penale è stato in parte attenuato dalla l. 26 luglio 1975, n. 354, che ha riformato l'esecuzione penitenziaria cercando di dare attuazione alla finalità rieducativa di cui all'articolo 27 della Costituzione. Fin dal primo articolo, infatti, si afferma che «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, attraverso contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi», per poi precisare, nel regolamento di esecuzione, che per rieducazione si intende «un processo di modificazione degli atteggiamenti che sono d'ostacolo a una costruttiva

¹⁴⁶ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 107. Tale nozione presuppone un reato e un soggetto agente, visti non come immorali ma semplicemente come antisociali. Cfr. *ibidem*. L'articolo 27 induce a preferire le componenti positive della prevenzione speciale, relegando la neutralizzazione a scopo meramente sussidiario, cui fare riferimento esclusivamente in quei rari casi in cui il soggetto, in base ad un giudizio prognostico, non sembri «influenzabile in senso positivo nel corso dell'esecuzione». Cfr. *ivi*, p. 158.

¹⁴⁷ E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 474.

¹⁴⁸ In criminologia si parla di processo di «mortificazione» o di «infantilizzazione» del detenuto: questi viene spogliato di ogni sua proprietà, controllato in ogni suo movimento e privato di qualsiasi relazione eterosessuale, regredendo allo stato infantile. Cfr. *ivi*, p. 475.

¹⁴⁹ Sul punto cfr. *ivi*, p. 476.

partecipazione sociale».¹⁵⁰ In questo modo il legislatore ha mostrato di intendere il principio rieducativo col significato di reinserimento sociale, partendo dal presupposto, peraltro indimostrato, di un'equivalenza tra delinquenza e «condizione di sottosviluppo ed emarginazione sociale».¹⁵¹

La legge del '75 ha eliminato il taglio coatto della barba e dei capelli e l'uso obbligatorio delle divise, ha previsto per i detenuti la possibilità di utilizzare vestiti di loro proprietà e oggetti con un particolare valore affettivo, ha stabilito che questi devono essere chiamati per nome e apostrofati con il "lei", ha concesso la facoltà di acquistare generi alimentari, ha incentivato i rapporti con la società esterna, in particolare con i familiari e i conviventi, e ha previsto misure premiali che rendano meno traumatico il ritorno in libertà, o comunque affievoliscano l'afflittività della detenzione.¹⁵² In tal modo si è cercato di attenuare la componente negativa e desocializzante della pena. Per favorire invece la risocializzazione, ossia valorizzando l'aspetto positivo della sanzione, il legislatore ha previsto l'obbligo del lavoro (compresa la possibilità di formazione professionale) e l'organizzazione, all'interno degli istituti penitenziari, di corsi scolastici di tutti i livelli.¹⁵³

Appare evidente, tuttavia, come la legge abbia predisposto questi strumenti rieducativi avendo di mira soltanto una particolare tipologia di criminale: ossia una

¹⁵⁰ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 469.

¹⁵¹ G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 276.

¹⁵² Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 478 e ss. Per un verso, tuttavia, la previsione di tali benefici carcerari ha condotto a una situazione di imprevedibilità della durata della sanzione penale e quindi a una situazione di incertezza. Oggi non appare però possibile rinunciare ai benefici penitenziari, indispensabili per la realizzazione della funzione rieducativa, al fine di recuperare certezza. Cfr. C.F. GROSSO, *Crisi e prospettive di riforma del sistema penale*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, p. 190-191.

¹⁵³ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 485 e 487.

persona con carenze economiche o di istruzione, indotta a delinquere da una situazione di emarginazione sociale.¹⁵⁴

Lavoro e istruzione non sono sufficienti a svolgere un'opera rieducativa nei confronti di altri individui che invece hanno beneficiato di mezzi pari, se non superiori, a quelli degli altri cittadini: basta pensare agli autori di forme tradizionali di criminalità, come alcuni delitti passionali, che non necessariamente trovano la loro causa in una situazione di inferiorità sociale, oppure ai c.d. *colletti bianchi*, persone che occupano posizioni lavorative di rilievo e si rendono responsabili di reati economici o finanziari, lesivi degli interessi collettivi.¹⁵⁵ Questi soggetti non devono essere inseriti nella società, perché sono già perfettamente integrati nei «circuiti socio-economici»¹⁵⁶, eppure si può dire che anche nei loro confronti esista, in un certo senso, un bisogno di rieducazione, ovvero la necessità di restituirli alla collettività come persone maggiormente rispettose della legge penale. Al contrario, l'unico obiettivo che viene perseguito è quello della loro neutralizzazione.¹⁵⁷

L'articolo 27 c. 3 della Costituzione imporrebbe, piuttosto, di «predisporre tutti i mezzi idonei a realizzare le funzioni rieducative» nei confronti di ogni detenuto, senza alcuna distinzione.¹⁵⁸ Bisognerebbe cercare una nozione di rieducazione più ampia, che comprenda in sé anche la risocializzazione, ma che non vi si identifichi *tout cour*: come già osservato non è possibile accogliere il significato di correzione morale, che sarebbe in contrasto con i principi di una democrazia pluralista

¹⁵⁴ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 162. Cfr. anche T. PADOVANI, *Riflessioni conclusive*, cit., p. 250.

¹⁵⁵ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 488. Oppure il medesimo discorso vale per i terroristi, per i delinquenti politici o per i mafiosi, che non sono sicuramente persone prive di mezzi economici.

¹⁵⁶ G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 277.

¹⁵⁷ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 488.

¹⁵⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, cit., p. 12 (in questo senso si è espressa la Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 1974).

consacrati nella nostra Costituzione, e allora non rimane che ritornare al significato più generico di rieducazione, ovvero indurre il condannato ad assumere le norme giuridiche come guida della propria condotta, educarlo al rispetto esteriore delle leggi penali.¹⁵⁹ Il cammino verso una piena attuazione del principio costituzionale quindi è semplicemente iniziato con la riforma del '75, il legislatore dovrebbe affinare gli strumenti predisposti, rendendoli più malleabili e adatti a qualunque tipo di delinquente.¹⁶⁰

Verso la fine del '900 la dottrina ha cominciato, tuttavia, a prendere atto del fallimento della ideologia rieducativa ritenendo che la pena detentiva rappresentasse esclusivamente un mezzo di afflizione per i condannati, con effetti spesso criminogeni.¹⁶¹ Una cosa, però, è condannare gli strumenti utilizzati, altro è auspicare il superamento dell'ideologia rieducativa, «nelle sue numerose e complesse implicazioni».¹⁶²

Bisogna, per di più, considerare che il presunto fallimento della funzione rieducativa è sicuramente legato anche alle difficoltà organizzative, strutturali e culturali incontrate dagli istituti penitenziari nell'attuare le indicazioni del legislatore.¹⁶³

¹⁵⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 277 ss.

¹⁶⁰ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 490.

¹⁶¹ Cfr. C.F. GROSSO, *Crisi e prospettive di riforma del sistema penale*, cit., p. 193. Proprio per tali motivi si è iniziato a valorizzare pene alternative a quella detentiva, come la detenzione domiciliare. Secondo T. PADOVANI «il modello rieducativo è morto, non perché non sia mai stato realizzato, ma perché non è mai nato». Cfr. T. PADOVANI, *Riflessioni conclusive*, cit., p. 251.

¹⁶² Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 502.

¹⁶³ Cfr. S. MOCCIA, *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, p. 214-215. Si tratta di mancanze cui «uno Stato civile ha il dovere di far fronte». Una pena non desocializzante richiede per lo meno situazioni ambientali e di qualificazione degli operatori penitenziari adeguate, cosa che non si verifica. Quindi non basta continuare a enunciare principi rieducativi se non si creano le condizioni per cui questi possano trovare effettiva attuazione. Cfr. *ibidem*. Oggi si discute sull'opportunità di attuare la funzione rieducativa della pena tramite l'utilizzo di siti internet: ad esempio si propone di utilizzare *Skype* per consentire ai detenuti di migliorare i rapporti con la famiglia, oppure di autorizzare l'accesso ad alcuni siti per ragioni di istruzione scolastica. A questo proposito il 10 novembre 2016 sono stati siglati accordi tra il Ministero della Giustizia e quattro società informatiche (tra cui Vodafone) con i quali ci si impegna a

Primo tra tutti il problema (ormai non si può più parlare di emergenza) del sovraffollamento che ha determinato un aumento della popolazione carceraria del 240%, dal 1974 al 2011, ovvero nei primi trentacinque anni di vigenza dell'Ordinamento Penitenziario¹⁶⁴: l'eccessivo numero di detenuti rende estremamente difficoltose le attività di osservazione della personalità e di conseguenza l'individualizzazione del trattamento.¹⁶⁵

Oggi, per questo e per altri svariati motivi, la detenzione si ritrova a svolgere una mera funzione custodiale, e la pena finisce per perseguire semplicemente finalità di retribuzione e deterrenza con un abbandono delle esigenze di solidarietà: ma, in tal modo, «essa aggrava più che risolvere i problemi».¹⁶⁶

Influisce negativamente sulla funzione della pena anche l'idea che questa debba perseguire scopi distinti: se il giudice al momento dell'irrogazione della pena prende come riferimento l'idea retributiva difficilmente in fase esecutiva potrà essere attuata effettivamente la finalità rieducativa e raramente potrà realizzarsi un efficace reinserimento sociale.¹⁶⁷ Da questo punto di vista un passo estremamente importante è stato compiuto con la sentenza della Corte Costituzionale 2 luglio 1990, n. 313.¹⁶⁸ Con questa sentenza la Consulta ha fondato una vera e propria teoria

promuovere la formazione di educatori penitenziari specializzati che potranno insegnare ai detenuti come utilizzare internet e come navigare *on line* (il progetto riguarda momentaneamente solo sei carceri, ma non si esclude di estenderlo ad altri istituti una volta registrati risultati positivi). Cfr. D. GALLIANI, *Internet e la funzione rieducativa della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2017, p. 2.

¹⁶⁴ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia?*, cit., p. 3.

¹⁶⁵ Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 290. Ad esempio, è significativo il fatto che soltanto un ristretto numero di detenuti riesce effettivamente a svolgere attività lavorativa. Cfr. *ivi*, p. 287.

¹⁶⁶ S. MOCCIA, *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, cit., p. 212.

¹⁶⁷ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato: tra mito e realtà*, cit., p. 503.

¹⁶⁸ Redattore E. Gallo. Sentenza disponibile in *Consulta OnLine*.

della pena, valorizzando il carattere ontologico della finalità rieducativa¹⁶⁹: ha affermato che tale finalità, l'unica consacrata nella Costituzione, non può essere circoscritta alla fase esecutiva, ma anzi deve caratterizzare la pena in tutta la sua esistenza, da quando nasce fino a quando si estingue. Immediata conseguenza è il nesso che si instaura tra le varie fasi della pena, dalla sua previsione astratta fino alla sua esecuzione concreta.¹⁷⁰ Non si può fare riferimento alla rieducazione come tendenza ideale della pena ma anzi la Corte ha posto l'accento sulla presenza del verbo *dovere* nell'articolo 27: l'espressione *tendere* indica semplicemente la possibilità di una divergenza tra il risultato perseguito e quello raggiunto, data la necessità di rispettare l'autodeterminazione del singolo detenuto. Il *tendere* si pone quindi solo come un limite dell'ordinamento penitenziario, che ha però il dovere di «garantire e incentivare il processo rieducativo».¹⁷¹

In ogni caso, ritornando al presunto fallimento della funzione rieducativa, il fatto che il trattamento rieducativo abbia dato risultati negativi è un'ipotesi sprovvista di fondamenti empirici. Non è possibile basare questa conclusione sul tasso di recidiva dato che è opportuno considerare altre numerose variabili: il costante problema della cifra nera; la possibilità che il secondo reato possa essere stato determinato da altri fattori, estranei e successivi rispetto al trattamento carcerario; la natura della nuova infrazione e anche l'intervallo di tempo in cui questa si è verificata. Dall'altra parte non si può fare affidamento neppure sulle indagini psicologiche e sociali, volte a sondare l'evoluzione della personalità del detenuto durante la sua permanenza in

¹⁶⁹ Cfr. M. RONCO, *Retribuzione e prevenzione generale*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 487; e D. CHINNICI, *I "buchi neri" della galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 63.

¹⁷⁰ Cfr. I. NICOTRA, *Il senso della pena*, in *Rivista AIC*, 30 maggio 2014, p. 2.

¹⁷¹ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, cit., p. 3-4.

carcere: non è chiaro, infatti, su quali indici si basino tali studi e inoltre risulta difficile stabilire se e in quale misura i risultati rilevati siano legati alla situazione di detenzione e siano quindi destinati a scomparire al momento della rimessione in libertà.¹⁷²

Uno dei principali motivi della crisi dell'ideologia rieducativa è costituito dalla necessità di assicurare sicurezza penitenziaria e tranquillità sociale. Negli anni successivi all'entrata in vigore della legge n. 354 il legislatore ha attuato una serie di interventi di modifica, in risposta alle situazioni di emergenza: nel 1977 sono stati ridimensionati i permessi di necessità, nel 1986 è stato introdotto il regime a sorveglianza particolare¹⁷³, disciplinato dagli articoli 14*bis* e ss., e il primo comma dell'articolo 41*bis*, che prevede la possibilità di sospendere le normali regole di trattamento nell'istituto per ripristinare l'ordine e la sicurezza.¹⁷⁴

Ancora, nel 1991 è stato introdotto l'articolo 4*bis* Ord. Pen. che, come già evidenziato, vieta l'accesso ad alcuni benefici penitenziari ai condannati per delitti ivi elencati, mentre nel 1992 è stato aggiunto il secondo comma dell'art. 41*bis* che stabilisce la sospensione delle normali regole di trattamento per i condannati per delitti di matrice mafiosa o terroristica in presenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica.¹⁷⁵ «Gli automatismi imposti dagli articoli 4*bis* e 41*bis*, comma 2, testimoniavano la rinuncia dell'ordinamento (sia pure limitatamente ad alcuni detenuti e internati) alla rieducazione»¹⁷⁶, rieducazione che, oltre ad essere imposta

¹⁷² Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato: tra mito e realtà*, cit., p. 508 e G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 140 ss.

¹⁷³ Si tratta di un regime che comporta alcune restrizioni all'esercizio dei diritti dei detenuti e alle regole di trattamento, necessarie per mantenere l'ordine e la sicurezza. Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 182 ss.

¹⁷⁴ Cfr. M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in E. DOLCINI, C. PALIERO (a cura di), *Sudi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1263 ss.

¹⁷⁵ Cfr. M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione*, cit., p. 1266 e 1269.

¹⁷⁶ M. TIRELLI, *ivi*, p. 1271.

da una previsione costituzionale, resta, in base all'articolo 1, uno dei principali obiettivi della legge sull'Ordinamento Penitenziario.¹⁷⁷

Sicurezza e rieducazione possono apparire come scopi incompatibili, inconciliabili, e non si può non osservare che prendere in eccessiva considerazione le istanze di difesa provenienti dalla società civile può risultare controproducente: «che cosa ci si può attendere da una persona sottoposta a un trattamento penitenziario diversificato se non che, a pena eseguita, cerchi accoglienza nel circuito criminale ad alta pericolosità dal quale proviene, o riprenda comunque a delinquere, contribuendo così ad aumentare l'emergenza e la richiesta di sicurezza da parte della società, in un circuito perverso che non consente via d'uscita?».¹⁷⁸

Se oggetto di interesse rimangono prevalentemente i bisogni della collettività, finiscono per passare in secondo piano le esigenze dei condannati: paradossalmente la pena presenta una maggiore utilità per i cittadini comuni, che hanno già interiorizzato i valori fondamentali di un'ordinata convivenza civile, piuttosto che per il delinquente effettivamente bisognoso di risocializzazione.¹⁷⁹

Mi sembra opportuno citare, a tal proposito, le parole di Vittorio Grevi, che, in un commento all'articolo 1 Ord. Pen., ha identificato nelle idee di rieducazione e trattamento «una spinta antitetica rispetto alle ricorrenti tentazioni di imbarbarimento dei sistemi penitenziari».¹⁸⁰

¹⁷⁷ «Di fronte alla domanda di sicurezza l'ordinamento si preoccupa di cercare «una risposta immediata e facile al problema difficile: è facile approvare una legge "dura" di inasprimento sanzionatorio [...] ma si tratta in realtà di una *non-risposta*, che lascia apparire molto e fa, invece, poco o nulla». C. MAZZUCCATO, *Dal buio della pena alla luce dei precetti*, cit., p. 32.

¹⁷⁸ M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione*, cit., p. 1275. L'eccessiva severità delle pene può quindi avere effetti criminogeni e incidere, in più, sulla propensione alla denuncia, con un conseguente aumento della cifra oscura. Cfr. C. MAZZUCCATO, *Dal buio della pena alla luce dei precetti*, cit., p. 36-37.

¹⁷⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 10.

¹⁸⁰ Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia?*, cit., p. 12.

Per concludere il discorso sulla rieducazione non si può non prendere in considerazione il c.d. *diritto all'affettività* dei detenuti, che una pena effettivamente rieducativa dovrebbe tentare di soddisfare. Per diritto all'affettività si intende la possibilità per il detenuto di coltivare relazioni affettive con il proprio nucleo familiare e, più specificamente, la necessità di garantirgli relazioni sessuali con il proprio *partner*.¹⁸¹

Si tratta di un diritto che trova riconoscimento a livello costituzionale (rientrando tra i diritti cui fa riferimento l'articolo 2, ma potendo inoltre essere ricondotto agli articoli 29 e 30) e anche nelle fonti internazionali, in particolare nell'articolo 8 della CEDU che tutela il rispetto alla vita privata e familiare.¹⁸²

In passato l'astensione sessuale e l'allontanamento dalla famiglia erano considerati parte integrante della pena che doveva dimostrarsi, anche sotto questi aspetti, rigorosa e severa, oggi si sta gradualmente mutando opinione, sulla base di studi che dimostrano come la persona ristretta, durante la detenzione, senta il bisogno di coltivare le proprie relazioni affettive¹⁸³: l'interruzione forzata di ogni rapporto con il mondo esterno provoca nel detenuto un senso di ansia e di smarrimento, solitudine e depressione che lo rendono più ostile nei confronti delle istituzioni e delle offerte trattamentali e che quindi l'esecuzione della pena deve, per quanto possibile, attenuare.¹⁸⁴

¹⁸¹ A. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, in www.giustizia.it, 2017, p. 1.

¹⁸² Cfr. *ivi*, p. 1.

¹⁸³ Cfr. M. SALERNO, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giur. pen. web*, 13 gennaio 2017, p. 4.

¹⁸⁴ Cfr. *ivi*, p. 3. Carmelo Musumeci ha affermato a questo proposito «quello che a me mi ha veramente cambiato è stato l'amore per la mia famiglia, non certo lo Stato o questi 23 anni inutili, molti passati con fatica a studiare, rischiando di diventare un'enciclopedia che cammina. Ma se io non mi confronto con la mia famiglia, se io non cresco con la mia famiglia, è ovvio che il carcere mi peggiora», cfr. C. MUSUMECI, *L'amore può essere un'arma per sconfiggere la criminalità*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2015, p. 12.

Alcuni psicologi e psichiatri sostengono poi che l'isolamento dai propri cari sia uno dei più importanti fattori che incidono sulla propensione al suicidio: Diego de Leo, professore di psichiatria alla Griffith University, in Australia, ha affermato: «Ci stiamo rendendo conto dell'importanza di una cosa che sembra banale: che da soli non si può vivere bene e soprattutto che sentirci soli, rifiutati dagli altri, non ci permette di continuare a vivere. Questo fattore da solo spiega molta della varianza (la variabilità all'interno della quale un fenomeno accade) legata al problema 'suicidio'. Questo significa che se io sono un reietto, un abbandonato, un rifiutato dalla mia famiglia o dalla società, la mia propensione al suicidio aumenta moltissimo».¹⁸⁵

Inoltre, il supporto familiare appare fondamentale anche per prevenire il rischio di recidiva: una volta tornato in libertà il reo è facilitato nel suo cammino rieducativo dall'affetto dei propri cari.¹⁸⁶

L'unico strumento in grado di soddisfare tali bisogni affettivi del detenuto è attualmente il permesso premio di cui all'articolo 30ter Ord. Pen., che può essere concesso anche «per coltivare interessi affettivi». Per i condannati all'ergastolo ostativo, che sono esclusi dal beneficio, questo rappresenta un ulteriore profilo critico della relativa disciplina, poiché si può fare affidamento esclusivamente sull'articolo 18 Ord. Pen. che regola i colloqui con i familiari e i conviventi, i quali, tuttavia, si devono svolgere sotto il controllo visivo del personale di custodia, senza quindi che sia garantita una completa intimità.¹⁸⁷

¹⁸⁵ D. DE LEO, *Come si potrebbero creare degli elementi di protezione dal suicidio in carcere?*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2015, p. 22.

¹⁸⁶ Cfr. M. SALERNO, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti?*, cit., p. 4-5.

¹⁸⁷ Per tale motivo nel 2012 è stata sollevata una questione di legittimità dell'articolo 18 nella parte in cui prevede il controllo visivo del personale di custodia, impedendo ai detenuti di avere rapporti

Ancora più grave appare la situazione di coloro che, condannati per delitti di matrice mafiosa, sono sottoposti al regime del *carcere duro* ai sensi dell'articolo 41bis c. 2 dell'Ordinamento Penitenziario, il cui unico contatto con i famigliari avviene dietro un vetro divisorio e attraverso un interfono, con videoregistrazione dell'incontro.¹⁸⁸ Una pena detentiva di questo tipo appare afflittiva non solo per chi la subisce ma anche per i suoi famigliari. Significative, a tal proposito, le parole di Veronica, figlia di un detenuto: «vedere un padre dietro a un vetro e non poterlo abbracciare ti strappa il cuore».¹⁸⁹

Sono state effettuate, in relazione a questo tema, una serie di proposte *de jure condendo*. In primo luogo bisognerebbe consentire le visite famigliari garantendo una certa riservatezza, tempi più lunghi e condivisione di alcuni momenti della vita quotidiana, come ad esempio i pasti.

Inoltre, data la necessità di permettere al detenuto di avere rapporti sessuali con il proprio *partner*, indispensabili per il mantenimento di una relazione affettiva equilibrata, occorrerebbe prevedere degli incontri per la coppia, durante i quali sarà opportuno escludere ogni controllo visivo o auditivo.¹⁹⁰

intimi, anche sessuali, con il coniuge o con il convivente. Si riteneva violato il principio di uguaglianza e, inoltre, si ipotizzava la concretizzazione di un trattamento contrario al senso di umanità, in grado di compromettere anche la funzione rieducativa della pena in quanto «l'astinenza sessuale, incidendo su una delle funzioni fondamentali del corpo, determinerebbe pratiche innaturali e degradanti, quali la masturbazione e l'omosessualità "ricercata o imposta".» Risulterebbe violato, in più, anche il diritto alla salute, dal momento che l'astinenza potrebbe avere ricadute stressanti sia di ordine fisico che psicologico. La Corte Costituzionale ha giudicato la questione inammissibile sottolineando che il giudice *a quo* ha omesso di descrivere la fattispecie concreta, senza indicare le ragioni per cui ha incentrato la questione sull'articolo 18, non considerando l'articolo 30ter. Inoltre la Consulta ha evidenziato l'impossibilità di intervenire in una materia riservata alla discrezionalità del legislatore, pur dichiarandosi consapevole del fatto che l'ordinanza di remissione sollevava «una esigenza reale e fortemente avvertita». T. GRIECO, *La Corte Costituzionale sul diritto dei detenuti all'affettività e alla sessualità*, nota a Corte Cost. 19 dicembre 2012, sent. n. 301, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2013.

¹⁸⁸ P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 225.

¹⁸⁹ Testimonianza riportata in *Ristretti orizzonti*, 1/2015, p. 17.

¹⁹⁰ Cfr. A. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute*, cit., p. 5.

In questo senso nel 2015 è stato presentato un disegno di legge, poi accantonato, che proponeva colloqui più lunghi e «senza alcun controllo visivo», momenti di intimità con i propri familiari in «apposite aree presso le case di reclusione», possibilità per i magistrati di sorveglianza di concedere permessi, oltre a quelli premio o di necessità, anche per trascorre il tempo con la moglie e la famiglia, e infine telefonate con i parenti all'estero per i detenuti stranieri.¹⁹¹

Per elaborare una disciplina che tuteli effettivamente questi diritti del detenuto occorrerà però effettuare un difficoltoso bilanciamento con le esigenze di ordine e sicurezza, che impongono di effettuare controlli sulle persone che si relazionano con il condannato, specialmente nel momento in cui si tratta di detenuti reputati *ex lege* socialmente pericolosi, come gli autori dei delitti elencati nell'articolo 4*bis*.¹⁹²

3. Quali funzioni della pena nell'ergastolo ?

L'esame delle finalità della pena in generale è stato utile per constatare quali funzioni può effettivamente svolgere la pena dell'ergastolo.

Se rispetto a ognuna delle tre funzioni tradizionali esistono elementi critici, che sono stati evidenziati, con riferimento alla reclusione perpetua tali aspetti non solo si confermano ma si acuiscono, tanto che si potrebbe dire che questo «determina un rovesciamento del senso della pena in sé, dove cade la necessità di legittimazione riferibile alle classiche tre funzioni e la sanzione si può affermare come pura afflittività».¹⁹³

¹⁹¹ Cfr. *Presentato in senato un disegno di legge sul diritto all'affettività per i detenuti*, in *Ristretti.org*, 22 gennaio 2015.

¹⁹² Cfr. M. SALERNO, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti?*, cit., p. 17.

¹⁹³ G. MOSCONI, *Il massimo della pena*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 94.

Per cominciare, la presunta efficacia general-preventiva dell'ergastolo è priva di fondamenti empirici: è infatti assolutamente indimostrato che la minaccia di una sanzione così severa possa indurre i consociati ad astenersi dal commettere reati.¹⁹⁴ Come già osservato, gli studi statistici sulla prevenzione generale hanno dimostrato che la sola severità è priva di efficacia deterrente se non associata alla certezza della applicazione della pena. Secondo l'opinione pubblica l'ergastolo è al contrario caratterizzato da una scarsa effettività: basta pensare al fatto che il condannato può godere di permessi premio dopo dieci anni di detenzione, della semilibertà dopo sedici e della liberazione condizionale dopo ventisei anni (riducibili ulteriormente in caso di partecipazione all'opera di rieducazione).¹⁹⁵ Secondo il pensiero comune una pena è certa non quando è predeterminata rispetto a un particolare reato, non quando il cittadino sa che a uno specifico delitto seguirà una specifica sanzione, ma quando vi è la certezza che la pena sarà «scontata in tutto il suo rigore ed espiata in tutta la sua intransigenza».¹⁹⁶ Allora, se l'ergastolo è concepito come privo di tali caratteristiche, è chiaro che la pena perde la sua efficacia deterrente e la sua giustificazione general-preventiva.

Per quanto riguarda l'ergastolo ostativo ritengo estremamente difficile che chi è disposto a compiere un delitto così grave da essere compreso nell'elenco di cui all'articolo 4bis possa essere distolto dal reato con la semplice minaccia della sanzione, per quanto dura.

Anche sotto il profilo special-preventivo l'ergastolo non è in grado di svolgere la sua funzione. Una volta ricevuta una condanna così grave non esiste più alcun freno che

¹⁹⁴ Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 309.

¹⁹⁵ Cfr. A. SALVATI, *Profilo giuridico dell'ergastolo*, cit., p. 20.

¹⁹⁶ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 155.

trattenga il soggetto dal commettere altri reati, data la convinzione che ormai «più di così non si può essere condannati, qualunque cosa si faccia»: è sufficiente che il soggetto si veda negare qualche beneficio penitenziario perché, persa ogni aspettativa e ogni speranza, sprofondi nello sconforto.¹⁹⁷ È così che nascono quelli che vengono definiti i *killer delle prigioni*: «persone che non avendo più nulla da perdere né qualche cosa da sperare, mettono a disposizione la loro spietatezza prezzolata per regolare dei conti a loro estranei ma lucrosi».¹⁹⁸ Questo fenomeno, che si era attenuato negli anni '70, quando vi era per ogni detenuto la possibilità di tornare in libertà, ha invece nuovamente assunto dimensioni allarmanti con l'introduzione dell'ergastolo ostativo che priva il condannato di ogni speranza e di qualsiasi attesa.¹⁹⁹

L'adempimento della finalità rieducativa presenta notevoli difficoltà in relazione all'ergastolo: infatti la perpetuità, principale caratteristica di tale pena, esclude *a priori*, almeno sotto il profilo edittale, ogni possibilità di reinserimento sociale.²⁰⁰ Bisogna riconoscere, come ha osservato anche la Corte Costituzionale, che effettivamente la possibilità della liberazione condizionale dopo ventisei anni di reclusione ha ridimensionato il contrasto tra la massima pena e il principio rieducativo, soprattutto dopo la *giurisdizionalizzazione*²⁰¹ dell'istituto e

¹⁹⁷ G. MOSCONI, *Il massimo della pena*, cit., p. 94.

¹⁹⁸ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 122.

¹⁹⁹ Cfr. *ibidem*.

²⁰⁰ Cfr. G. MOSCONI, *Il massimo della pena*, cit., p. 93. Questo è proprio il più discusso profilo di incostituzionalità della pena dell'ergastolo, su cui più volte si sono pronunciate Corti nazionali e sovranazionali. Più ampiamente cfr. *infra* capitolo III.

²⁰¹ La Corte Costituzionale con la sentenza 4 luglio 1974, n. 204 ha valorizzato la finalità rieducativa della pena sancendo il diritto soggettivo del condannato a veder riesaminato periodicamente il suo percorso penitenziario (c.d. esecuzione dinamica) in modo da verificare l'opportunità di mantenere o meno la misura detentiva: questo accertamento, secondo la Corte, non può essere compiuto da un organo politico ma esclusivamente da un'autorità giudiziaria, cui quindi spetta il compito di concedere la liberazione condizionale (che prima di questo momento era di competenza ministeriale). Sul punto cfr. D. GALLIANI, *Umana e rieducativa? La pena dell'ergastolo dinnanzi alla Corte Costituzionale*, in www.lifeimprisonment.eu, 2014, p. 3.

l'ammissione degli ergastolani, ex art. 54 Ord. Pen., alle riduzioni di pena di quarantacinque giorni ogni semestre, in caso di buona condotta.²⁰² Peraltro la concessione della liberazione condizionale è tutt'altro che automatica: questa eventualità non esclude il concretizzarsi di un «fine pena mai» quando i benefici non vengono accordati perché mancano i presupposti o perché il giudice non lo ritiene opportuno.²⁰³ Sostenere che l'ergastolo è coerente con la finalità rieducativa per il fatto che si concede al detenuto la mera possibilità di essere ammesso alla liberazione condizionale significa affermare che tale pena «esiste in quanto tende a non esistere».²⁰⁴

A maggior ragione appare incoerente con il finalismo rieducativo il c.d. *ergastolo ostativo*, pena perpetua non solo nella dimensione statica ma anche in quella dinamica: come già osservato²⁰⁵ il condannato, che pure abbia compiuto validamente il suo percorso trattamentale, si vede negare qualunque beneficio, compresa la liberazione condizionale, se non collabora con la giustizia e si rifiuta di rivelare i nomi di eventuali complici.²⁰⁶ All'ergastolano non collaborante viene quindi sottratta definitivamente ogni valida possibilità di reinserimento nella società.²⁰⁷

In conclusione sembra che l'unica funzione cui la pena della reclusione perpetua è in grado di adempiere sia quella retributiva: dietro l'ergastolo si nasconde l'idea che «chi ha soppresso la vita altrui (o un bene reputato di ugual valore) debba

²⁰² Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 310.

²⁰³ Cfr. G. MOSCONI, *Il massimo della pena*, cit., p. 93.

²⁰⁴ A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., p. 4. Bisogna poi considerare che l'aver riportato una condanna così severa rende in ogni caso estremamente difficile il reinserimento sociale del soggetto, anche nel momento in cui sia effettivamente concessa la liberazione condizionale.

²⁰⁵ Cfr. *supra* capitolo I paragrafo 7.3.

²⁰⁶ Sul punto cfr. L. EUSEBI, *L'ergastolo «ostativo»*, cit., p. 675.

²⁰⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 26.

rinunciare, scartata la pena di morte, quantomeno alla vita civile».²⁰⁸ Peraltro l'efficacia della funzione repressiva non dipende esclusivamente dalla severità della sanzione ma anche da una serie di altri elementi.²⁰⁹ Se più persone hanno commesso il medesimo reato e sono state condannate all'ergastolo, l'afflittività della pena può variare per ognuna di esse in relazione alla concessione o meno di misure alternative oppure in base alla durata effettiva della vita della persona o alle sue condizioni psico-fisiche.²¹⁰

Bisogna poi considerare che, per esempio, cinque anni di detenzione possono pesare il doppio se scontati in condizione di sovraffollamento, in edifici fatiscenti, senza l'assistenza di educatori e psicologi o di medici, in assenza di qualunque servizio e così via.²¹¹ Al contrario il medesimo periodo di reclusione può risultare molto più leggero se l'istituto offre la possibilità di studio, di lavoro (anche all'esterno), o consente il pernottamento in camere ad un posto.²¹²

Se poi il detenuto viene trasferito da un carcere all'altro questo aggrava ulteriormente la sua posizione poiché significa che l'intero *iter* deve ricominciare: il condannato deve essere sottoposto nuovamente a un periodo di osservazione della personalità e dovrà imparare a relazionarsi con il nuovo direttore, con un nuovo educatore e con un nuovo magistrato di sorveglianza.²¹³

Qualche dubbio può inoltre essere sollevato in relazione alla presunta proporzionalità dell'ergastolo rispetto al reato commesso. Il danno arrecato alla

²⁰⁸ F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 30, come citato in G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 309.

²⁰⁹ E. MUSCO, *La riforma del sistema sanzionatorio*, cit., p. 406.

²¹⁰ Cfr. G. MOSCONI, *Il massimo della pena*, cit., p. 93.

²¹¹ Cfr. E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 157.

²¹² Cfr. *ivi*, p. 158. Ancora, il rinvio di una decisione o un intralcio burocratico possono comportare mesi e mesi di reclusione in più. Cfr. *ibidem*.

²¹³ Cfr. *ivi*, p. 131.

società con il delitto dovrebbe essere risarcito da una pena di una certa durata: nel caso della reclusione *usque ad mortem* al soggetto viene sottratta l'intera vita, lasciando il vuoto e la disperazione. Esiste un momento a partire dal quale il detenuto sviluppa la convinzione di «avere pagato il giusto» secondo una certa idea di giustizia: fino a questo punto egli è effettivamente disposto a collaborare ad un processo rieducativo, successivamente invece inizia a maturare un'insofferenza tale da rendere vani gli sforzi compiuti e controproducente il lavoro svolto.²¹⁴

Anche gli stimoli continui ad occupare il proprio tempo che normalmente una persona riceve all'esterno, nella società postmoderna, incidono sulla percezione soggettiva che il condannato ha della pena da scontare, aumentando la sua intolleranza e inquietudine.²¹⁵

La pena dell'ergastolo, dunque, non può propriamente definirsi come una pena retributiva e proporzionata né è in grado di svolgere funzioni general-preventive o rieducative, sembra porsi piuttosto come una «vendetta sociale», come strumento di controllo di un soggetto che, semplicemente in quanto autore di un certo reato, merita di essere neutralizzato.²¹⁶

Si tratta di una pena, dunque, che può essere definita come retributiva solo nel significato più moderno del termine, ovvero di una sanzione che, prima di ogni altra cosa, vuole soddisfare i bisogni di punizione emergenti nella società e svolgere una funzione di rassicurazione della collettività: si garantisce che determinati reati

²¹⁴ Cfr. E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 80.

²¹⁵ Cfr. G. MOSCONI, *Il massimo della pena*, cit., p. 96 ss. «Purtroppo questa terribile pena ti fa sentire perduto per sempre. E non puoi fare altro che vedere la tua vita scorrere senza di te». Queste sono le parole con cui Carmelo Musumeci, condannato all'ergastolo ostativo, definisce la sua detenzione in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., p. 3. Per la continua ricerca di stimoli da parte dell'uomo e la sua «incapacità di starsene tranquillo nella propria stanza» cfr. anche Z. BAUMAN, *La società sotto assedio*, Bari, 2003, p. 195 ss.

²¹⁶ Cfr. G. MOSCONI, *Il massimo della pena*, cit., p. 95.

saranno puniti con la massima pena, placando così l'allarme sociale. Anche in questo caso però non sempre lo scopo viene raggiunto, poiché molti cittadini percepiscono l'ergastolo come una condanna quasi simbolica.²¹⁷

4. L'esecuzione della pena dell'ergastolo

Per completare il discorso sulle finalità della pena, è opportuno esaminare la disciplina esecutiva dell'ergastolo, in modo da individuare gli elementi attraverso cui si cerca di attuare la funzione rieducativa.

Dal punto di vista dell'esecuzione l'ergastolo non si differenzia, se non sotto alcuni aspetti, dalle altre sanzioni: il condannato non solo è sottoposto a misure esecutive analoghe a quelle degli altri detenuti ma sa che, collaborando al percorso rieducativo, potrà scontare una pena temporanea.²¹⁸

Al momento del suo ingresso in carcere il condannato viene sottoposto a «osservazione scientifica della personalità»: un gruppo di dipendenti dell'amministrazione penitenziaria, eventualmente con il supporto di esperti in psicologia, psichiatria o criminologia clinica, esamina la condizione del detenuto, individua le sue carenze fisiche, psicologiche o altre eventuali cause del disadattamento sociale e redige un programma individualizzato di trattamento.²¹⁹

L'articolo 27 del Regolamento di esecuzione²²⁰ stabilisce che tale programma trattamentale debba essere redatto entro nove mesi e, successivamente, continuamente aggiornato in modo da adattarlo alle eventuali nuove esigenze che

²¹⁷ Sul punto cfr. M. L. BOCCIA, *L'ergastolo nel governo della paura*, cit., p. 83 ss.

²¹⁸ Cfr. E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo*, cit., p. 68.

²¹⁹ Cfr. P. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 89. L'articolo 13 Ord. Pen. stabilisce che deve essere favorita la collaborazione dei detenuti durante questa attività di osservazione.

²²⁰ D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

emergano durante la detenzione.²²¹ Si parla di *trattamento individualizzato* proprio perché è ritagliato sui «particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto».²²² Nel corso dell'esecuzione, poi, l'attuazione del programma è curata dagli educatori che coordinano la loro azione con quella del personale addetto.²²³ Anche per i condannati all'ergastolo, come per gli altri detenuti, l'articolo 15 Ord. Pen. stabilisce che «il trattamento [...] è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando gli opportuni contatti col mondo esterno e i rapporti con la famiglia». Si è già evidenziato come il lavoro sia storicamente una delle principali caratteristiche della pena dell'ergastolo, come risulta anche dalla lettera dell'articolo 22 c.p. che ne sancisce l'obbligatorietà.²²⁴

In netta rottura col passato l'articolo 20 Ord. Pen. sottolinea che il lavoro non ha carattere affittivo e va remunerato; inoltre, proprio per renderlo un fattore di socializzazione, stabilisce che «l'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono riflettere quelli del lavoro nella società libera».²²⁵

Il lavoro può essere svolto alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria oppure alle dipendenze di un'impresa pubblica o privata, all'interno o all'esterno dell'istituto. Quello del lavoro all'esterno è uno dei pochi profili per cui l'esecuzione dell'ergastolo si differenzia da quella delle altre pene detentive: il condannato può esservi ammesso soltanto dopo l'espiazione di almeno dieci anni di pena, se poi l'ergastolo è stato inflitto al colpevole di sequestro di persona a scopo di estorsione

²²¹ Cfr. A. BERNASCONI, *sub art 13*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento Penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 171.

²²² P. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 85.

²²³ Cfr. A. BERNASCONI, *sub art. 13*, cit., p. 174.

²²⁴ Cfr. *supra*, capitolo I paragrafo 7.

²²⁵ Cfr. M. R. MARCHETTI, *sub art. 20*, in *Ordinamento Penitenziario commentato*, cit., p. 294.

o di terrorismo, che abbia cagionato la morte del sequestrato, egli dovrà attendere ventisei anni prima di poter accedere al lavoro all'esterno.²²⁶

Per ogni detenuto la prospettiva di un lavoro, specialmente se all'esterno dell'istituto, è estremamente importante: è attraverso il lavoro che la persona umana trova realizzazione, acquista consapevolezza delle proprie capacità, del proprio ruolo sociale e procura sostentamento a sé stesso e alla propria famiglia.²²⁷

Ma questo vale in particolare per chi è condannato all'ergastolo, che vede nel lavoro all'esterno una delle poche possibilità di *evasione* dalla realtà carceraria.

Il fatto di dover scontare almeno dieci anni di pena prima di potervi accedere può però creare nel condannato un senso di straniamento, che rende ancora più difficile relazionarsi con il mondo esterno. Elvio Fassone nell'opera "*Fine pena: ora*" riporta un passo di una lettera inviatagli da un condannato all'ergastolo, il quale, ottenuta la possibilità di uscire *con l'articolo 21* (in questo modo ci si riferisce al lavoro all'esterno nella realtà carceraria), scrive: «Le dico che ho trovato molte difficoltà, non tanto fisicamente, quanto mentalmente, non ricordavo più che il cielo era così largo, lo stressi è tanto, fino a provocarmi dei terribili mal di testa, ero abituato a stare chiuso tutto il giorno, e ritrovarmi di nuovo a vivere all'aperto e con queste responsabilità non è facile [...]».²²⁸

A questo si deve poi aggiungere la diffidenza, il sospetto, che inevitabilmente accompagna il condannato all'ergastolo e che condiziona i suoi rapporti interpersonali sul posto di lavoro.²²⁹

²²⁶ Cfr. M. R. MARCHETTI, *sub art. 21*, in *Ordinamento Penitenziario commentato*, cit., p. 320.

²²⁷ V. FURFARO, *Il lavoro penitenziario, aspetti giuridici e sociologici*, in *L'altro diritto*, 2008, p. 1.

²²⁸ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 137.

²²⁹ Cfr. *ivi*, p. 138.

Oltre al lavoro, l'istruzione è l'altro principio cardine del trattamento penitenziario. In ogni istituto devono essere obbligatoriamente organizzati dei corsi scolastici di tutti i livelli, che i detenuti rimangono liberi di frequentare o meno.²³⁰ Peraltro si cerca di incentivare la loro partecipazione alle lezioni prevedendo l'esonero dal lavoro, ricompense, agevolazioni economiche e la possibilità di concedere la semilibertà per frequentare corsi all'esterno dell'istituto, anche se in quest'ultimo caso per i condannati all'ergastolo vale sempre la condizione che abbiano scontato almeno vent'anni di reclusione.²³¹ Inoltre, in vista del riconoscimento delle riduzioni di pena di cui all'articolo 54 Ord. Pen., risulta rilevante l'impegno del condannato «nel trarre profitto dalle opportunità offertegli nel corso del trattamento», tra cui appunto le opportunità scolastiche.²³²

È agevolato il compimento degli studi universitari e favorita la frequenza dei corsi per corrispondenza, radio e televisione. Gli studenti devono essere preferibilmente destinati in camere adeguate allo svolgimento dello studio.²³³

L'istruzione è senza dubbio uno dei più importanti elementi del processo rieducativo: un alto numero di detenuti ha alle spalle dei percorsi scolastici difficili,

²³⁰ Mentre sotto il vigore della precedente disciplina era sancito l'obbligo di frequentare la scuola e si ricollegavano al rendimento premi o punizioni. Sul punto cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 112.

²³¹ Cfr. *ivi*, p. 113.

²³² R. SOTTANIS, *sub art. 19*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento Penitenziario commentato*, cit., p. 279.

²³³ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 115. In alcuni istituti di pena sono stati creati dei poli universitari: inizialmente a Torino (1998), dove vi sono le facoltà di Giurisprudenza e Scienze politiche, e poi a Prato e in altri vari istituti. Cfr. D. RONCO, *Il diritto allo studio universitario in carcere*, in *Antigone*, 2/2007, p. 85. Oggi si discute circa la possibilità di utilizzare internet per chi frequenta corsi scolastici, specialmente se di livello universitario: in questo modo i detenuti potrebbero consultare riviste *online*, articoli, saggi e banche dati, cosa che evidentemente li agevolerebbe nello studio. (Sul rapporto tra internet e diritto all'istruzione come espressione della funzione rieducativa della pena si è pronunciata anche la Corte EDU con la sentenza *Jankovskis c. Lituania*). Si tratta però di una questione particolarmente complessa e delicata, essendo indispensabile un bilanciamento con esigenze di prevenzione speciale. Cfr. sul punto D. GALLIANI, *Internet e la funzione rieducativa della pena*, cit., p. 15 ss.

non ha mai avuto la possibilità di allontanarsi, attraverso lo studio, dalla realtà in cui ha sempre vissuto.²³⁴ Colpiscono da questo punto di vista le parole che Salvatore, uno degli imputati del maxiprocesso di Torino del 1985, ha rivolto a Fassone, presidente della corte d'assise: «Se suo figlio nasceva dove sono nato io, adesso era lui nella gabbia; e se io nascevo dove è nato suo figlio, magari facevo l'avvocato, ed ero pure bravo».²³⁵ Ecco allora che l'istruzione diventa un fondamentale strumento di *redenzione* per il reo.²³⁶ Carmelo Musumeci, condannato all'ergastolo ostativo, riferendosi alla sua laurea in Giurisprudenza, ha scritto «Avevo dimostrato a me stesso che, se avessi potuto studiare fin da ragazzo, forse avrei potuto avere una vita diversa. Ormai però, la mia vita era un'altra. E non potevo farci nulla».²³⁷

Lo studio, inoltre, consente di mantenere o stringere rapporti con persone esterne alla realtà carceraria, attenuando la condizione di isolamento e di emarginazione del detenuto.²³⁸

Al concetto di istruzione devono essere ricondotte sia l'istruzione scolastica sia la formazione professionale, quindi l'avviamento al lavoro. Si differenziano invece le attività culturali.²³⁹ Negli istituti penitenziari vengono spesso allestite biblioteche, organizzati corsi di teatro, lezioni di musica o cineforum. Il teatro in particolare sembra essere estremamente importante per il condannato all'ergastolo poiché

²³⁴ Cfr. A. G. STAMMATI, *L'istruzione in carcere: norme e realtà*, in *Ristretti orizzonti*, 6/2013, p. 45

²³⁵ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 42.

²³⁶ «La galera passa meglio se il cervello è impegnato in qualcosa, prima non facevo nulla e il cervello era sempre a pensare le stesse cose [...] sono rimasto meravigliato nel leggere un grosso libro sui faraoni dell'Egitto ed è molto bello perché l'ho capito...». Così ha scritto il detenuto Salvatore a E. Fassone. Cfr. *ivi*, p. 76.

²³⁷ C. MUSUMECI, *Fenomenologia dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 34.

²³⁸ D. RONCO, *Il diritto allo studio universitario in carcere*, cit., p. 83.

²³⁹ Cfr. R. SOTTANIS, *sub art. 19*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento Penitenziario commentato*, cit., p. 282. Tale distinzione può essere sostenuta per il fatto che l'articolo 15 Ord. Pen. presenta istruzione e attività culturali come elementi distinti del trattamento e analogamente distingue elencando le ricompense che spettano al detenuto che collabora nel percorso rieducativo. Cfr. *ibidem*.

consente, seppure per un breve attimo, di interpretare un'altra vita, di abbandonare il carcere e «provare emozioni mai provate».²⁴⁰

Come ogni altra attività volta alla realizzazione della persona, vengono favorite, avendo un riguardo particolare per i giovani, le attività ricreative e sportive, per l'organizzazione delle quali è lasciata ampia libertà ai singoli istituti, che possono avvalersi della collaborazione degli stessi detenuti.²⁴¹

Altro aspetto fondamentale del trattamento sono i contatti con il mondo esterno e i rapporti con i famigliari. La legge del 1975, come già rilevato²⁴², ha abbandonato quella visione isolazionista del carcere che invece dominava la normativa previgente: oggi, al contrario, si consente ai volontari di entrare in carcere e si cerca di indurre il detenuto a mantenere, migliorare o ristabilire i rapporti con la famiglia.²⁴³ Questo significa che se le relazioni famigliari sono già ottime, allora è necessario cercare di mantenerle ed evitare che l'esperienza della detenzione le distrugga, altrimenti gli operatori carcerari devono attivarsi per impedire che tali rapporti si deteriorino definitivamente e per tentare di riavvicinare il soggetto ai suoi cari.²⁴⁴

Da questo punto di vista hanno un'importanza primaria i colloqui con i famigliari e i conviventi disciplinati dall'articolo 18 dell'Ordinamento Penitenziario.

Questi colloqui sono concessi a tutti i detenuti con la semplice condizione dello «stato di non ribellione».²⁴⁵ Sono sei in un mese della durata di un'ora, prolungabile

²⁴⁰ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 167.

²⁴¹ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 108.

²⁴² Cfr. *supra*, capitolo I paragrafo 5.

²⁴³ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 135.

²⁴⁴ Cfr. *ivi*, p. 141.

²⁴⁵ Cfr. E. BERTOLOTTI, *sub art. 18*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento Penitenziario commentato*, cit., p. 228.

a due ore in presenza di circostanze eccezionali oppure se i famigliari risiedono in un comune diverso da quello in cui si trova l'istituto.²⁴⁶ Si svolgono in locali appositi, organizzati con sedie e tavoli, senza mezzi divisorii, oppure, se possibile in uno spazio aperto, sempre sotto il controllo a vista, non auditivo, del personale di custodia.²⁴⁷ È evidente il rilievo che tali incontri hanno per il condannato all'ergastolo, soprattutto nei primi anni di detenzione: quando non ha accesso ai permessi premio o alla semilibertà questi rappresentano l'unica occasione che egli ha per incontrare parenti e amici, l'unica possibilità per evitare il completo isolamento, per non sprofondare nella desolazione.²⁴⁸

Significative, a questo proposito, le parole di B.I, detenuto all'ergastolo nel carcere di Padova, che ha affermato «dopo la condanna mi sarei tolto la vita se non fosse per la mia famiglia [...] Loro devono avere la possibilità di vedermi, quando possono venire a colloquio, e consolarsi con l'idea che hanno un figlio, che certo, ha fatto un reato grave, ma è vivo».²⁴⁹

In conclusione si può affermare che anche se sostanzialmente la disciplina esecutiva dell'ergastolo non si differenzia da quella delle altre pene, nella concretezza della vita carceraria ogni attività, ogni opportunità offerta a un ergastolano acquista un significato diverso, data l'unicità della sanzione cui è sottoposto.

²⁴⁶ Cfr. E. BERLOTTI, *sub art. 18*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento Penitenziario commentato*, cit., p. 230.

²⁴⁷ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 135. Sono ammessi anche i colloqui telefonici della durata di dieci minuti, una volta alla settimana. Cfr. *ivi*, p. 151.

²⁴⁸ Proprio per tale motivo è significativo che oggi in alcuni istituti si consenta l'utilizzo di *Skype*: grazie alle videochiamate il detenuto ha la possibilità di vedere i suoi famigliari e sentirli vicini anche quando questi non possono presentarsi ai colloqui settimanali, spesso a causa del mancato rispetto del principio della territorialità della pena (se l'istituto si trova in una regione lontana rispetto al luogo di origine del detenuto può accadere che i famigliari non siano in grado di recarvisi con cadenza settimanale). Sul punto cfr. D. GALLIANI, *Internet e la funzione rieducativa della pena*, cit., p. 2.

²⁴⁹ B. ISMAILI, *Dopo la condanna mi sarei tolto la vita se non fosse per la mia famiglia*, in *Ristretti orizzonti*, 3/2011, p. 29.

4.1 L'esecuzione dell'ergastolo ostativo

Anche nei confronti dei condannati all'ergastolo per uno dei reati c.d. ostativi elencati nell'articolo 4bis dell'Ordinamento Penitenziario operano i principi per cui il trattamento rieducativo deve tendere al reinserimento sociale dei detenuti ed è attuato avvalendosi principalmente di istruzione, lavoro, religione, attività culturali ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e con la famiglia. Tuttavia il regime penitenziario di questi soggetti è differenziato rispetto a quello degli altri detenuti, a meno che collaborino con la giustizia.

A cominciare dal lavoro: si tratta sempre di lavoro obbligatorio, remunerato e non avente carattere affittivo, tuttavia i condannati all'ergastolo ostativo non possono, per espressa previsione normativa, accedere al lavoro all'esterno. Questo significa che anche dopo dieci anni di detenzione è preclusa loro qualunque possibilità di uscire dalle mura del carcere per svolgere attività lavorativa.²⁵⁰

Anche per quanto riguarda i rapporti con la famiglia gli ergastolani ostativi subiscono un trattamento più severo rispetto agli altri condannati: hanno diritto esclusivamente a quattro colloqui al mese, invece che sei, le loro telefonate sono registrate e non possono essere più di due al mese, anziché una alla settimana.²⁵¹

Date queste ulteriori limitazioni è evidente l'importanza che assumono per il condannato le attività culturali, ricreative e sportive offerte dall'istituto, che rappresentano l'unica possibilità per spezzare la monotonia della detenzione.²⁵²

²⁵⁰ L. EUSEBI, *Ergastolano non collaborante*, cit., p. 1221.

²⁵¹ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 145 e 152.

²⁵² «Perché in carcere si sta al mondo ma non si vive nessuna vita. E accade spesso che la giornata che passa sembra la giornata più lunga. Poi l'indomani però pensi la stessa cosa. Il tempo in carcere non passa mai». C. MUSUMECCI, *Fenomenologia dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 41.

Bisogna considerare, peraltro, che spesso l'ergastolo ostativo è l'«anticamera» del trattamento differenziato in *peius* disciplinato dall'articolo 41bis comma 2 Ord. Pen.²⁵³

Tale articolo prevede la sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario, con un provvedimento del ministro della Giustizia, per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica.²⁵⁴

Innanzitutto sono limitati i colloqui con i famigliari, che possono essere uno al mese ad intervalli di tempo regolari. Tali incontri sono videoregistrati e si svolgono in locali attrezzati in modo da impedire ogni contatto tra il detenuto e il visitatore e il passaggio di oggetti: è presente un vetro divisorio e il condannato e il famigliare si parlano attraverso un interfono.²⁵⁵

Queste restrizioni comportano spesso un inevitabile peggioramento dei rapporti con i propri cari, aumentando di conseguenza la sofferenza del condannato.²⁵⁶ È proprio considerando tale aspetto che si è posto il problema della tutela del *diritto all'affettività* del detenuto.²⁵⁷

In caso di impossibilità di un colloquio orale, il direttore dell'istituto può autorizzare una conversazione telefonica della durata massima di dieci minuti (in questo caso la prescrizione è analoga a quella relativa agli altri detenuti) che viene registrata.

²⁵³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 65.

²⁵⁴ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 217.

²⁵⁵ Cfr. *ivi*, p. 225.

²⁵⁶ «Un sistema che priva di tutto, anche di un semplice abbraccio, di un semplice bacio con mio papà. Io non ho toccato la mano al mio papà per sette anni, questo ha distrutto anche il nostro rapporto [...]». Queste sono le parole di Francesca, figlia di Tommaso Romeo, un detenuto che ha passato anni in regime di carcere duro. Cfr. *Ristretti orizzonti*, 1/2017, p. 28.

²⁵⁷ Si tratta del diritto del detenuto a coltivare relazioni affettive con il proprio nucleo familiare e, più specificamente, a intrattenere relazioni sessuali con il proprio *partner*. Più ampiamente cfr. *supra*, paragrafo 2.4

Questo però è possibile, inspiegabilmente, solo dopo sei mesi di applicazione del regime.²⁵⁸

Vi sono limiti anche per quanto riguarda la corrispondenza, che deve essere sempre sottoposta a controllo, a meno che sia indirizzata a membri del parlamento o ad autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia.

I detenuti in regime di 41bis inoltre possono permanere all'aperto per non più di due ore al giorno, in gruppi comunque mai superiori a quattro persone, e hanno solo un'ora al giorno per svolgere attività ricreative e sportive.²⁵⁹

Si aggiungono poi una serie di prescrizioni che appaiono vessatorie e difficilmente comprensibili²⁶⁰: ad esempio i detenuti non possono cucinare, non possono appendere fotografie, non possono ricevere giornali locali afferenti all'area geografica di provenienza, subiscono delle restrizioni relative all'abbigliamento che invece non sono previste per gli altri detenuti (come il divieto di pantaloncini corti all'esterno della cella).²⁶¹

L'ultima circolare del D.A.P.²⁶² specifica che in ogni caso, nonostante le varie restrizioni, non è pregiudicato il diritto dei detenuti a svolgere attività lavorativa, a frequentare i corsi scolastici e a ricevere assistenza spirituale.²⁶³

È evidente che l'ergastolo ostativo associato al c.d. *carcere duro* aumenta fortemente l'afflittività della pena da scontare: il detenuto è costretto ventidue ore al giorno in cella, le restanti due ore possono essere trascorse, alternativamente, in socialità o

²⁵⁸ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 225.

²⁵⁹ Cfr. V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41bis*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2017, p. 1.

²⁶⁰ G. COLOMBO in G. COLOMBO, P. DAVIGO, *La tua giustizia non è la mia*, Milano, 2016, p. 87.

²⁶¹ Cfr. *ivi* p. 87 e V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41bis*, cit., p. 1 ss.

²⁶² Circolare 3676/6126, 2 ottobre 2017, in *Dir. pen. cont.*

²⁶³ Cfr. V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41bis*, cit., p. 1 ss.

svolgendo attività trattamentali.²⁶⁴ Questa situazione sicuramente incide negativamente sulla disponibilità del detenuto, privato di qualunque aspettativa, a collaborare nel percorso rieducativo. A questo proposito il condannato all'ergastolo Guido De Liso ha raccontato: «In questi anni io ho avuto la fortuna di incontrare una persona coraggiosa, un'insegnante, una ragazza calabrese, Francesca, lei è stata testarda, testarda peggio di me, mi ha invogliato ad andare a scuola in carcere, in realtà non sapevo a cosa potesse servirmi la scuola, io passavo ventidue ore al giorno chiuso dentro, dentro a una cella da solo, questa scuola non sapevo a cosa mi serviva, non mi serviva fuori figuriamoci in carcere, però la sua insistenza mi ha portato ad accettare questa cosa e l'ho accettata perché, nel carcere dove vivevo, un po' la presenza di questa insegnante mi procurava problemi, mi faceva sentire diverso da quello che ero in quel luogo, da quello che eravamo un po' tutti, così ho accettato con la speranza che mi conoscesse e mi allontanasse addirittura. In realtà era stata più testarda di me, alla fine mi ha fatto scoprire la bellezza della scrittura, della lettura [...]».²⁶⁵

Se anche il detenuto fosse disponibile a compiere un cammino rieducativo, le restrizioni rigide cui deve sottostare rendono comunque più difficoltoso il suo percorso: «ho solo un'ora alla settimana, e io ho bisogno che la professoressa mi stia vicino, se no da solo faccio errori e dimentico tutto».²⁶⁶

Si può quindi pienamente comprendere l'affermazione, già citata, per cui i detenuti all'ergastolo ostativo finiscono per subire un «fenomeno di triplo schiacciamento»:

²⁶⁴ Cfr. V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41bis*, cit., p. 1 ss.

²⁶⁵ G. DE LISO, *Ho paura che il mio ergastolo, la mia condanna, possa ammazzare anche i sogni di mia figlia*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2017, p. 18.

²⁶⁶ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 89.

in quanto condannati all'ergastolo, in quanto esclusi dall'accesso a qualsiasi beneficio penitenziario e in quanto spesso sottoposti al regime del *carcere duro*.²⁶⁷ E allora è lecito chiedersi «che cosa fare per assecondare i pochi [...] che provano a risalire dal pozzo e come la lumachina tenace, vengono ributtati giù appena si affacciano all'orlo?»²⁶⁸

Il rischio di un'esecuzione della pena così rigida è che il condannato non pensi alla sofferenza che ha arrecato agli altri, ma piuttosto alla sofferenza che viene arrecata a lui: vi è quindi il pericolo che si capovolgano i ruoli e che egli da colpevole finisca per considerarsi vittima, senza compiere, invece, un «ripensamento critico del suo passato».²⁶⁹

5. Il problema del sovraffollamento carcerario

Affinché il trattamento rieducativo sia *individualizzato*, ovvero ritagliato sulle carenze fisiopsichiche del soggetto, è necessario che il numero dei detenuti sia contenuto: l'articolo 5 Ord. Pen. prescrive che «gli edifici penitenziari devono essere realizzati in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati» mentre l'articolo 14 Ord. Pen. stabilisce che «il numero dei detenuti [...] deve essere limitato e comunque tale da favorire l'individualizzazione del trattamento».²⁷⁰

²⁶⁷ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 66.

²⁶⁸ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 90

²⁶⁹ E. MARIANI, *A proposito di C. Musumeci, A. Pugiotto: "Gli ergastolani senza scampo". Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2016, p. 489. «L'ergastolo non serve a nulla, anzi permette all'essere di arrabbiarsi ancora di più, non tanto per la condanna, ma per il modo in cui si è trattati nelle strutture penitenziarie», queste sono le parole di Damiano Mazzola, detenuto nel carcere di Fossombrone. Cfr. *Ergastolo: la voce dei detenuti, delle famiglie e di chi vive in carcere. La rassegna stampa del fine pena 9999*, in *www.liberarsi.net*, n. 14, novembre 2017.

«Michele, tra una vasca e l'altra del cortile, mi confida che se non lo faranno uscire presto, in tempo per rifarsi una vita, trovare un lavoro, una donna e avere dei figli, diventerà più criminale di prima. Non riesco a dargli torto, perché per cambiare, bisogna prima avere qualcosa da perdere». C. MUSUMECI, *Fenomenologia dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 24.

²⁷⁰ P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 92 e 100.

Queste prescrizioni sono peraltro rimaste sulla carta, tanto che ancora oggi il numero dei detenuti è pari a 57.994 (aggiornamento al 31 ottobre 2017) mentre la capienza degli istituti italiani è appena di 50.554. Interessante, da questo punto di vista, la seguente tabella, che mostra la capienza degli istituti in ogni singola regione italiana e il rispettivo numero dei detenuti²⁷¹:

Regione di detenzione	Numero istituti	Capienza regolamentare	Detenuti presenti	Di cui condannati all'ergastolo
Abruzzo	8	1.605	1.845	198
Basilicata	3	416	508	10
Calabria	12	2.714	2.646	57
Campania	15	6.136	7.278	48
Emilia Romagna	10	2.807	3.482	145
Friuli Venezia Giulia	5	480	672	15
Lazio	14	5.262	6.358	115
Liguria	6	1.118	1.414	6
Lombardia	18	6.246	8.429	269
Marche	7	894	909	46
Molise	3	264	426	10
Piemonte	13	3.976	4.210	139
Puglia	11	2.343	3.413	30
Sardegna	10	2.730	2.297	189

²⁷¹ Cfr. www.giustizia.it. Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione Statistica. Per quanto riguarda il numero dei condannati all'ergastolo cfr. *supra*, Capitolo I, paragrafo 7.4.

Sicilia	23	6.435	6.384	70
Toscana	16	3.146	3.306	163
Trentino Alto Adige	2	512	428	0
Umbria	4	1.332	1.412	115
Valle d'Aosta	1	181	199	5
Veneto	9	1.947	2.378	77
Totale Nazionale	190	50.544	57.994	1.707

Dalla tabella di evince come solamente in quattro regioni (Calabria, Sardegna, Sicilia e Trentino Alto Adige) il numero dei detenuti è inferiore alla capienza regolamentare. In tutte le altre invece si riscontra una situazione di sovraffollamento.

Per i condannati all'ergastolo tali condizioni di *overcrowding* rendono ancora più oppressiva una detenzione già di per sé difficilmente sopportabile in quanto *usque ad mortem*. Alla pesantezza quantitativa di una pena detentiva indeterminata si associa una «eccedenza sanzionatoria» qualitativa, dovuta appunto al sovraffollamento, che rischia di compromettere il diritto del condannato a ricevere un trattamento rieducativo.²⁷²

L'Italia, dopo numerose sollecitazioni a risolvere il problema²⁷³, nel 2013 ha ricevuto una condanna dalla Corte di Strasburgo, con la sentenza *Torreggiani (e altri) c. Italia*, per trattamenti inumani e degradanti dovuti alla detenzione in celle

²⁷² Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., p. 15.

²⁷³ Già nel 2009 con la sentenza *Sulejmanovic c. Italia*, la CEDU aveva condannato il nostro paese affermando che, oltre un certo limite, il sovraffollamento costituisce un trattamento inumano e degradante, vietato dall'articolo 3 della Convenzione europea. Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza delle carceri e sistema penale*, Torino, 2014, p. 4. Per il testo della sentenza cfr. www.giustizia.it

con meno di 3 metri quadri a disposizione di ogni detenuto. I ricorrenti, detenuti negli ultimi anni a Busto Arsizio e a Piacenza, lamentavano di essere stati costretti a vivere, ciascuno con altre due persone, in celle di meno di 9 metri quadrati, senza acqua calda e con una scarsa illuminazione.²⁷⁴ In particolare Torreggiani aveva a disposizione per dormire il terzo piano di un letto a castello, a una distanza dal soffitto di soli 50 cm, insufficienti anche solo per girarsi.²⁷⁵

A differenza di quanto era avvenuto nel 2009, la Corte EDU ha pronunciato in questo caso una sentenza pilota: ha sospeso i ricorsi presentati da altri detenuti, aventi il medesimo oggetto, e ha concesso allo Stato il termine di un anno per porre rimedio alla violazione. In particolare si è intimato all'Italia di risolvere strutturalmente il problema del sovraffollamento carcerario, eliminandone le cause con «misure di carattere generale», e, inoltre, di introdurre rimedi che consentano di riparare alle violazioni in atto.²⁷⁶

Il legislatore inizialmente, con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10, ha inserito nella legge n. 354 del 1975 l'articolo 35bis, disciplinante il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza, che può essere proposto anche in presenza di un pregiudizio dei diritti del detenuto: il ricorso, in particolare, può essere presentato in caso di «inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave

²⁷⁴ Cfr. corte EDU, sezione II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, con commento di F. VIGANO', *Sentenza Pilota della corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane, il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013, p. 1 ss.

²⁷⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena*, cit., p. 18.

²⁷⁶ A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 8.

pregiudizio all'esercizio dei diritti».²⁷⁷ Il procedimento si svolge ai sensi degli articoli 666 e 678 c.p.p. che regolano il processo di esecuzione e di sorveglianza e che assicurano al soggetto ricorrente le minime garanzie giurisdizionali.²⁷⁸

Peraltro questo rimedio non risolveva tutti i problemi sollevati dalla Corte EDU, in primo luogo per il riferimento all'*attualità* del pregiudizio, che esclude che il ricorso possa essere proposto per una violazione subita in passato.²⁷⁹

Rimaneva da introdurre un «rimedio in grado di consentire alle persone incarcerate in condizioni lesive della loro dignità di ottenere una qualsiasi forma di riparazione per la violazione subita» come richiesto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Torreggiani*.²⁸⁰

Il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 117, ha introdotto l'articolo 35^{ter} Ord. Pen., che contempla un rimedio risarcitorio conseguente alla violazione dell'articolo 3 della CEDU nei confronti di soggetti detenuti o internati.²⁸¹ Tale articolo prevede, per il condannato che ha sofferto condizioni di detenzione disumane per un periodo non inferiore a quindici giorni, una riduzione della pena ancora da espiare «pari a un giorno per ogni dieci durante cui ha subito il pregiudizio» (c. 1); quando invece la pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale precedente, il giudice liquida al ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, «una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio» (c. 2).²⁸²

²⁷⁷ Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 137.

²⁷⁸ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 364.

²⁷⁹ Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 139.

²⁸⁰ Sul punto cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 367.

²⁸¹ Cfr. *ibidem*.

²⁸² Cfr. *ivi*, p. 367-368.

Il magistrato di sorveglianza di Padova, con ordinanza 20 aprile 2015, n. 176²⁸³, ha sollevato una questione di legittimità dell'articolo 35^{ter} Ord. Pen. nella parte in cui «non prevede, nel caso di condannati all'ergastolo che abbiano già scontato una frazione di pena che rende ammissibile la liberazione condizionale, il ristoro economico previsto dal secondo comma», invocando come parametri gli articoli 3, 24, 27 c. 3 e 117 c.1 della Costituzione.²⁸⁴

Nel caso di specie un condannato all'ergastolo lamentava di aver subito condizioni di detenzione disumane per aver dovuto vivere in celle con meno di 3 mq a disposizione e chiedeva la riduzione di un giorno di pena per ogni dieci in cui aveva sofferto il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza riteneva impossibile accordare tale diminuzione, data la perpetuità dell'ergastolo che non consente di calcolare la pena residua, e allo stesso tempo credeva, altresì, di non poter concedere il risarcimento di cui al secondo comma, previsto solo in via aggiuntiva per la parte di pena non riducibile. Sollevava quindi una questione di legittimità costituzionale in relazione all'articolo 3, poiché si verrebbe a creare, in questo modo, una disparità di trattamento tra i condannati all'ergastolo e gli altri detenuti, in relazione agli articoli 24 e 117, perché sarebbe violato il diritto di difesa di tali condannati in violazione di quanto prescritto dalla sentenza *Torreggiani*, e infine in relazione all'articolo 27 c. 3, per inosservanza del principio rieducativo.²⁸⁵

La Corte Costituzionale, con la sentenza 21 luglio 2016, n. 204²⁸⁶, ha ritenuto la questione infondata. L'ultimo periodo del secondo comma dell'articolo 35^{ter}

²⁸³ Ordinanza 20 aprile 2015, n. 176, in www.ristretti.it

²⁸⁴ T. ABATE, *Risarcimento del danno ai condannati all'ergastolo per pena espiata in condizioni disumane*, nota a Corte Cost., sent. 21 luglio 2016, n. 204, in *Rass. pen. crim.*, 3/2016, p. 131.

²⁸⁵ Cfr. *ivi*, p. 132.

²⁸⁶ Per il testo della sentenza cfr. *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016.

consente di accordare il risarcimento del danno in forma pecuniaria anche nel caso in cui il periodo di detenzione in condizioni disumane sia stato inferiore a quindici giorni e quindi non sia possibile effettuare la riduzione di cui al primo comma, questo significa che non sempre è necessario un nesso tra il risarcimento pecuniario e le diminuzioni di pena.²⁸⁷

Per di più la Corte aggiunge che «sarebbe fuori da ogni logica di sistema, oltre che in contrasto con i principi costituzionali, immaginare che durante la detenzione il magistrato di sorveglianza debba negare alla persona condannata all'ergastolo il ristoro economico dovuto per una pena espiata in condizioni disumane, per la sola ragione che non vi è alcuna riduzione di pena da operare»²⁸⁸.

La Consulta, con questa sentenza, ha effettuato un'interpretazione estensiva dell'articolo 35ter, evidenziando, tra l'altro, come il concetto di trattamento inumano sia "generale" e prescindendo dalla durata della pena da espiare. Anzi, scontare l'ergastolo per un reato grave, non deve significare «essere sottratto all'azione rieducativa e subire passivamente un trattamento disumano»²⁸⁹.

Resta da chiarire quando esattamente le condizioni di detenzione possano definirsi contrarie al senso di umanità. La Corte Edu, nelle sentenze *Sulejmanovic c. Italia* e *Torreggiani c. Italia*, aveva affermato che ciascun detenuto deve avere a disposizione almeno 3 mq, altrimenti vige una presunzione assoluta di trattamento inumano e degradante. Questo orientamento è però stato in parte disatteso nella sentenza *Muršić c. Croazia* del 2016 con cui si è stabilito che ogni cella deve possedere tre requisiti: uno spazio di almeno 3 mq per ciascun detenuto, la possibilità di muoversi

²⁸⁷ Cfr. T. ABATE, *Risarcimento del danno ai condannati all'ergastolo*, cit., p. 133.

²⁸⁸ Cfr. *ivi*, p. 131.

²⁸⁹ T. ABATE, *ivi*, p. 134.

liberamente al suo interno e la disponibilità di uno spazio individuale per dormire. Una superficie minore di 3 mq non determina automaticamente una violazione dell'articolo 3 della CEDU, perché può esser controbilanciata da altri fattori come la possibilità di svolgere attività all'esterno della cella, la qualità dell'illuminazione, l'aerazione o le buone condizioni dei servizi igienici; se poi la superficie supera i 4 mq, per constatare l'eventuale violazione dei diritti del detenuto, bisogna considerare solo altri fattori, prescindendo dal sovraffollamento.²⁹⁰

Problema fondamentale da risolvere, allora, è come calcolare questo spazio. Recentemente la Corte di Cassazione²⁹¹ ha precisato che bisogna considerare l'area in cui il detenuto ha la possibilità di muoversi liberamente: quindi dalla superficie complessiva della cella bisogna sottrarre lo spazio occupato dai servizi igienici, ma anche il letto e gli arredi fissi che limitano la libertà di movimento. Irrilevanti sono invece gli arredi facilmente amovibili.²⁹²

In una sentenza successiva dell'ottobre 2017²⁹³, inoltre, la Corte ha puntualizzato che occorre tenere conto, oltre che dell'ampiezza effettiva della cella, anche della libertà che il soggetto ha di muoversi all'interno dell'istituto, dell'offerta di attività trattamentali e della durata della sua detenzione: diventa quindi estremamente più grave la reclusione di un condannato all'ergastolo in una cella con uno spazio di movimento inferiore a 3 mq, così come la disumanità si moltiplica se si tratta di detenuti costretti a rimanere in cella per ventidue ore al giorno.

²⁹⁰ Cfr. M. MARIOTTI, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, nota a Cass., Sez. I, sent. 9 settembre 2016, n. 52819, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, p. 311-312.

²⁹¹ Cass., Sez. I, sent. 9 settembre 2016, n. 52819, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2017.

²⁹² Cfr. M. MARIOTTI, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto?*, cit., p. 311.

²⁹³ Cass. pen., sez I, Sentenza 30 ottobre 2017 n. 49793 in *ristretti.it*, cfr. G. PIGNARELLI, *Nello spazio minimo della cella di 3mq non rientra anche l'area riservata ai letti*, in *Il sole 24ore*, 30 ottobre 2017.

6. Le possibilità di reinserimento sociale per i condannati all'ergastolo

Come già osservato, al termine rieducazione viene generalmente attribuito il significato di *reinserimento sociale*. Anche l'articolo 1 dell'Ordinamento Penitenziario stabilisce che nei confronti dei condannati «deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi».²⁹⁴

Per i condannati all'ergastolo vi sono una serie di strumenti che favoriscono il reinserimento sociale: oltre al *lavoro all'esterno*, di cui si è già parlato, i *permessi premio*, la *semilibertà* e la *liberazione condizionale*.

I *permessi premio* possono essere concessi agli ergastolani dopo l'espiazione di almeno dieci anni di pena, sempre che abbiano tenuto regolare condotta e non risultino socialmente pericolosi. La condotta si considera regolare quando il detenuto ha «manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative e culturali». Tali benefici vengono accordati dal magistrato di sorveglianza, per una durata non superiore a quindici giorni per ciascun permesso, per coltivare interessi affettivi, culturali e di lavoro. In ogni caso la durata complessiva dei permessi non può superare quarantacinque giorni in ciascun anno.²⁹⁵

Il permesso è uno istituto che svolge una pluralità di funzioni: è un premio per il detenuto che ha dimostrato di potersi comportare correttamente, è una gratificazione che lo rende più disponibile a collaborare nel percorso rieducativo e più fiducioso nei confronti delle istituzioni, in definitiva è uno strumento per

²⁹⁴ Cfr. *supra*, paragrafo 2.4

²⁹⁵ Art. 30^{ter} Ord. Pen., cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 165 ss.

attenuare la condizione di isolamento del detenuto e per reintrodurlo gradualmente nella società.²⁹⁶

Vi sono peraltro anche altri aspetti del permesso che raramente vengono presi in considerazione. Per l'amministrazione penitenziaria il permesso è senza dubbio una fonte di preoccupazioni: vi è il rischio che il detenuto sia «comprato» dagli altri condannati per riferire messaggi, consegnare o ricevere oggetti, il pericolo che entri a contatto con persone ancora legate al circuito criminale, che cerchi di introdurre strumenti pericolosi all'interno del carcere al suo rientro oppure che decida di non rientrare e di evadere. Per tali motivi, a volte, si riscontra una certa riluttanza a concedere queste misure premiali.²⁹⁷

Inoltre «per chi vive la reclusione in modo decisamente antagonista esso è uno strumento di addomesticamento a buon mercato, una lusinga, una costante minaccia di perdita del beneficio, che anestetizza qualsiasi lettura politica della detenzione e ne garantisce la funzione oppressiva e totalizzante».²⁹⁸

È evidente l'importanza che questi permessi hanno per il condannato all'ergastolo, soprattutto perché gli consentono di rafforzare i rapporti con i propri familiari, che nei primi anni di detenzione sono stati limitati alle ore di colloquio settimanale o alla corrispondenza telefonica.

Altro strumento di reinserimento sociale del condannato all'ergastolo è la *semilibertà*: questa misura, cui egli può accedere dopo vent'anni di reclusione, consente al detenuto di trascorrere parte del giorno fuori dall'istituto per

²⁹⁶ Cfr. E. FASSONE, *Fine pena: ora, cit.*, p. 145.

²⁹⁷ Cfr. *ivi*, p. 146.

²⁹⁸ E. FASSONE, *ivi*, p. 145

partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale.²⁹⁹

La competenza per la concessione del beneficio spetta al tribunale di sorveglianza, che deve valutare i progressi compiuti nel corso del trattamento e la sussistenza di presupposti per un reinserimento graduale del condannato nella società, avvalendosi della consulenza degli operatori penitenziari. Questi hanno il compito di fornire un'accurata osservazione della personalità del soggetto e, in particolare, di verificare che i suoi corretti comportamenti non siano frutto di mere valutazioni utilitaristiche miranti esclusivamente all'ottenimento della misura.³⁰⁰

I condannati ammessi alla semilibertà sono assegnati in appositi istituti o in sezioni autonome degli istituti ordinari e sono autorizzati ad indossare abiti civili anche durante la parte della giornata trascorsa in carcere. Viene redatto un programma individualizzato contenente le prescrizioni che il semilibero deve osservare durante il tempo che trascorre all'esterno dell'istituto, la trasgressione delle quali può comportare la revoca della misura.³⁰¹

Infine al condannato all'ergastolo può essere concessa la *liberazione condizionale* dopo ventisei anni di detenzione, a condizione che abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento e abbia adempiuto alle obbligazioni civili derivanti dal reato (salva l'impossibilità di adempierle).³⁰²

Il detenuto quindi viene rimesso in libertà con l'applicazione per almeno cinque anni della misura di sicurezza della libertà vigilata: questo significa che il soggetto deve sottostare a una serie di prescrizioni stabilite di volta in volta dal magistrato di

²⁹⁹ Art 48 Ord. Pen., cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 273.

³⁰⁰ Cfr. R. PEROTTI, *Il regime di semilibertà*, in *L'altro diritto*, 2006, p. 1.

³⁰¹ Cfr. *ivi*, p. 2.

³⁰² Articolo 176 c.p., cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 854.

sorveglianza in modo da prevenire la commissione di ulteriori reati, tra cui, ad esempio, quella di essere sempre reperibile e presentarsi periodicamente agli uffici di pubblica sicurezza o l'obbligo di non trasferire la propria residenza.³⁰³

È opportuno ricordare che proprio le possibilità di reinserimento sociale ora esposte hanno consentito alla Corte Costituzionale di affermare la compatibilità della pena dell'ergastolo con l'articolo 27 c. 3 della Costituzione.³⁰⁴

Peraltro la concessione di queste misure non è assolutamente automatica ma rimessa alla valutazione discrezionale di un giudice. Anzi, spesso accade che tali benefici siano negati facendo leva sulla gravità dei reati commessi: tenere conto del delitto oggetto della condanna significa, però, sostanzialmente azzerare ogni possibilità di reinserimento sociale del condannato all'ergastolo.³⁰⁵

Anche nei casi in cui il beneficio viene concesso, gli anni di detenzione che è necessario spiare prima di potervi accedere rendono estremamente difficoltoso il reinserimento del condannato. A questo proposito interessanti sono le parole, rilasciate in un'intervista, da Carmelo Musumeci «Gli spazi aperti mi fanno girare la testa, forse perché sono stato circondato da quattro mura per troppi anni. E il mondo mi sembra troppo grande per i miei occhi e probabilmente anche per il mio cuore. [...] Il primo giorno mi sono sentito come un morto che usciva da una tomba. Dopo un quarto di secolo scontato in carcere, conosco tutto delle nostre Patrie Galere, ma ben poco del mondo di fuori. E giorno dopo giorno mi sto accorgendo che non è facile ritornare a vivere, mi sento come un profugo in un paese straniero».³⁰⁶

³⁰³ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 854.

³⁰⁴ In particolare cfr. sentenza 22 novembre 1974, n. 264, in *Consulta OnLine*.

³⁰⁵ Cfr. A MARGARA, *L'ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, cit., p. 42 e inoltre cfr. E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 149.

³⁰⁶ Cfr. S. DELICATI, *Contro l'ergastolo ostativo: intervista a Carmelo Musumeci*, in *Le urla del silenzio*, 29 luglio 2017.

6.1 Quale reinserimento per i condannati all'ergastolo ostativo ?

Come già più volte sottolineato, il condannato all'ergastolo ostativo, che non collabori con la giustizia ai sensi dell'articolo 58^{ter} Ord. Pen., non può accedere alle misure alternative alla detenzione (e quindi alla semilibertà), ai permessi premio, al lavoro all'esterno e alla liberazione condizionale.

Egli, quindi, può ottenere esclusivamente la concessione dei c.d. *permessi di necessità* disciplinati dall'articolo 30 dell'Ordinamento Penitenziario. Tali permessi non sono però propriamente uno strumento di reinserimento sociale: possono essere accordati in caso di imminente pericolo di vita di un familiare o convivente o, più in generale, per eventi familiari di particolare gravità. Quindi sono legati a situazioni peculiari ed eccezionali, che potrebbero anche non verificarsi, e non dipendono dal comportamento tenuto dal soggetto nel corso del trattamento rieducativo.³⁰⁷

È stato osservato, in dottrina, come i permessi di necessità costituiscano uno strumento in grado di umanizzare l'ergastolo ostativo.³⁰⁸ Da questo punto di vista appare estremamente importante una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione³⁰⁹, con cui si è affermato, proprio invocando il principio di umanizzazione della pena sancito dall'articolo 27 c. 3 Cost., che, nel valutare la domanda di concessione del permesso, bisogna considerare la sua natura inusuale ed eccezionale. Il presupposto non è necessariamente una situazione negativa o

³⁰⁷ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 161. Qualche difficoltà è sorta in relazione all'interpretazione della seconda ipotesi di concessione di tali permessi relativa alle situazioni familiari di particolare gravità, data la sua genericità. Bisogna fare riferimento all'eccezionalità della situazione che deve, inoltre, essere collegata alla vita familiare (sia legale che di fatto). Cfr. G. LA GRECA, *sub art. 30*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 378.

³⁰⁸ P. COMUCCI, *Sulla natura trattamentale dei permessi di cui all'art. 30 ord. penit.*, in *Foro ambrosiano*, 4/2005, Milano, p. 468 ss.

³⁰⁹ Cass., sez. I, sent. 20 ottobre 2017, n. 48424 in *Giur. pen. web*.

drammatica ma assume, più che altro, rilievo l'impatto che l'evento ha sulla vita e sulla situazione familiare del condannato. Quindi, nel caso di specie, la Corte si è pronunciata favorevolmente alla concessione del permesso per consentire al soggetto richiedente di assistere alla nascita del figlio.³¹⁰

Sicuramente è rilevante l'attenzione dimostrata per i diritti del detenuto, rimane però il fatto che l'esclusione dagli altri benefici non permette di attuare, nei confronti degli ergastolani detenuti ex art. 4bis Ord. Pen., un vero e proprio trattamento rieducativo che tenda al reinserimento sociale degli stessi (come invece prescriverebbe non solo la Carta costituzionale ma anche l'articolo 1 della l. 354): non si consente al condannato di uscire dall'istituto per coltivare interessi culturali, di istruzione o anche solo di lavoro.

Carmelo Musumeci, riguardo a questo, scrive: «Mi viene in mente che sono stanco di stare in carcere. E vivo, o anche morto, vorrei finalmente uscire. Spero vivo, anche se è da folli aspettare un giorno che non arriverà mai. Vivere così, senza speranza, è una tortura infinita. Penso che non ci sia poi tanta differenza tra la pena di morte e la pena dell'ergastolo. Il condannato a morte attende la sua ultima alba per uscire dalla vita, mentre l'ergastolano senza scampo aspetta il suo ultimo giorno di vita per uscire dal carcere».³¹¹

O ancora: «Luciano è nato il 9 gennaio del 1971. Ed è stato arrestato il 20 novembre del 1991. All'età di vent'anni. Mi aveva confidato che quando era stato condannato alla pena dell'ergastolo pensava che, nonostante tutto, non era ancora morto. Credeva che un giorno avrebbe potuto uscire in permesso. Forse in semilibertà. E

³¹⁰ Sul punto cfr. L. AMERIO, *41bis e permessi di necessità: "il carcere duro" non può impedire al detenuto di essere presente alla nascita del figlio*, in *Giur. pen. web*, 7 novembre 2017.

³¹¹ C. MUSUMECI, *Fenomenologia dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 39.

male che andava in liberazione condizionale. [...] Adesso, invece, dopo vent'anni di carcere è stato condannato un'altra volta. Questa volta senza speranza. Ha ricevuto la risposta del magistrato di sorveglianza che non potrà uscire, né ora né mai. [...] Luciano sa che se non collaborerà con la giustizia, se al suo posto non ci metterà un altro, non uscirà più dal carcere. Luciano non ha più sogni. Li ha finiti tutti».³¹²

³¹² C. MUSUMECI, *Fenomenologia dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 9 e 10.

CAPITOLO III

PROFILI DI INCOSTITUZIONALITA' DELL'ERGASTOLO E PROSPETTIVE DI RIFORMA

1. L'ergastolo e la finalità rieducativa

L'articolo 27 c. 3 della Costituzione afferma che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Il problema della compatibilità dell'ergastolo con la funzione rieducativa è da sempre¹ uno dei più discussi profili di incostituzionalità della pena perpetua: se per rieducazione si intende non il ravvedimento interiore del reo, ma la «acquisizione della capacità di vivere nell'ambiente sociale» non è chiaro come tale finalità possa essere perseguita attraverso una pena indeterminata.²

Negli anni '70, poco prima di essere sequestrato dalle Brigate Rosse, Aldo Moro pronunciava, rivolto ai suoi studenti, parole che ancora oggi appaiono estremamente attuali: «L'ergastolo [...], privo com'è di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento e al ritrovamento del soggetto, appare crudele e disumano, non meno di quanto lo sia la pena di morte».³

A distanza di quarant'anni, tuttavia, la presenza dell'ergastolo nel nostro ordinamento non sembra suscitare indignazione, mentre prevalgono la richiesta di sicurezza e il bisogno di tranquillità. Questa pena è diventata, più di ogni altra cosa, una sanzione simbolica tanto che si è parlato dell'ergastolo come «placebo».⁴ Sono

¹ Già pochi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione cominciarono ad essere avanzati dubbi in tal senso: cfr. F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 1 ss.

² G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 309.

³ A. MORO, *Lezione 13 gennaio 1976*. Cfr. S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2007, p. 137.

⁴ Cfr. S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Le buone e tenaci ragioni per l'abolizione dell'ergastolo*, cit., p. 11 e 12.

state avanzate alcune proposte di abolizione della reclusione perpetua, proponendo di sostituirla con pene detentive estremamente lunghe, di trenta o quarant'anni, tuttavia considerare sanzioni di questo genere come totalmente diverse rispetto all'ergastolo costituisce una vera e propria «frode delle etichette».⁵

L'ergastolo, nella previsione codicistica, appare come una pena *eliminativa*, anche se non in senso fisico, perché è volta ad escludere per sempre il soggetto condannato dalla comunità sociale.⁶ Non appare possibile fornire un'interpretazione della finalità rieducativa in modo da renderla compatibile con una pena *usque ad mortem*: ritenere che la sanzione debba perseguire l'obiettivo della redenzione morale sarebbe in contrasto con i principi fondamentali dello Stato di diritto che si regge sul rispetto della sovranità della persona e sulla separazione tra diritto e morale. L'unico significato cui si può ricondurre l'espressione costituzionale è quello di reinserimento sociale o di recupero sociale.⁷

Questo significa che la condanna non deve essere un «punto di arrivo», ma anzi un punto «da cui ripartire».⁸ Si può dire che la rieducazione «vieta alla pena di essere solamente pena».⁹ Quindi una sanzione che sia esclusivamente retributiva non può essere inflitta né minacciata, ma anzi deve essere sempre perseguito l'obiettivo della reintegrazione del condannato nella società.¹⁰ E non si può pensare che i costituenti, affermando che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, intendessero riferirsi esclusivamente agli autori di delitti *bagatellari*.¹¹

⁵ G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., p. 79.

⁶ L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, cit., p. 81.

⁷ Cfr. *ivi*, p. 83.

⁸ G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 2012, p. 198.

⁹ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 71.

¹⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., p. 2.

¹¹ Cfr. S.ANASTASIA, F. CORLEONE, *Le buone e tenaci ragioni per l'abolizione dell'ergastolo*, cit., p. 14.

Nel caso dell'ergastolo, tuttavia, il problema della rieducazione non sembra neppure porsi dal punto di vista edittale. Si nega al condannato ogni possibilità di reinserimento sociale: questo avviene *a priori* perché la valutazione del legislatore, in quanto tale, non si basa sull'osservazione della personalità del singolo detenuto, ma esclusivamente sulla gravità del reato commesso.¹²

Nessuno può invece essere considerato, *ex lege*, come irrecuperabile: la Costituzione impone di partire dal presupposto per cui tutti possono cambiare, tutti possono essere rieducati, «c'è dentro ognuno qualcosa di buono che può e deve essere illuminato».¹³ Quindi l'ordinamento deve porre le condizioni per cui tutti gli ergastolani recuperino la libertà: la pena non può mai essere concepita come slegata da qualsiasi prospettiva di reinserimento sociale.¹⁴

Nessuno è mai tutto in un gesto che compie: la sanzione deve cercare di valorizzare gli aspetti positivi del carattere del soggetto e indurlo a un ripensamento critico del proprio passato che lo porti a un comportamento maggiormente rispettoso della legge penale. La parola *tendere*, che compare nell'articolo 27 c. 3 Cost., non implica affatto che la rieducazione debba essere uno scopo sussidiario della pena, ma significa, al contrario, che questo è un obiettivo che deve essere sempre perseguito. Tuttalpiù vi possono essere delle situazioni in cui non potrà essere raggiunto, perché è in ogni caso necessario rispettare il diritto di autodeterminazione del detenuto, che è libero di aderire o meno alle offerte rieducative.¹⁵

¹² Cfr. S.ANASTASIA, F. CORLEONE, *Le buone e tenaci ragioni per l'abolizione dell'ergastolo*, cit., p. 12 e G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2017, p. 20 ss.

¹³ A. MORO, *Bisogna sapere che le persone possono cambiare*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2017, p. 2.

¹⁴ L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1254.

¹⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena*, cit., p. 2 e 3. In questo senso si è pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza 313/1990. Cfr. *Consulta OnLine*.

Concludendo, prima di esaminare la giurisprudenza sul punto, mi sembrano estremamente appropriate le parole di Andrea Pugiotto: «nessuna persona è mai soltanto nel suo errore [...] Distinguere l'errore dall'errante è uno sforzo cui dovremmo applicarci sempre, se non altro per una forma di altruismo interessato, perché nella vita tutti facciamo esperienza dell'errore (e molti dell'orrore). E nessuno ne uscirebbe bene se fosse ricordato esclusivamente per la cosa peggiore che ha fatto».¹⁶

Allora l'ergastolo, al meno dal punto di vista edittale, non appare coerente con l'articolo 27 della Costituzione proprio perché nega questo aspetto dell'uomo e lo condanna a una reclusione a vita, o da un'altra prospettiva fino alla morte, considerando esclusivamente il reato commesso e senza offrirgli la possibilità di un cambiamento.

1.1 L'orientamento della Corte di Cassazione

A conferma del fatto che fin dall'entrata in vigore della Costituzione si è discusso della legittimità della pena dell'ergastolo, vi è l'ordinanza 16 giugno 1956 delle Sezioni Unite penali della Cassazione.¹⁷ La Corte, infatti, era stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della sanzione perpetua con la finalità rieducativa di cui all'articolo 27 c. 3 Cost.¹⁸: una parte della dottrina sosteneva come l'ergastolo non fosse in grado di soddisfare le funzioni assegnate alla pena, non solo come mezzo per ripristinare l'ordine violato e trattenere i futuri delinquenti dal commettere i reati, ma soprattutto come mezzo per rieducare il reo.¹⁹

¹⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 19

¹⁷ Ordinanza 16 giugno 1956 in *Foro it.*, Roma, 1956, sez. II, p. 145 ss., con nota di E. JOVANE.

¹⁸ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 586.

¹⁹ Cfr. R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua?*, cit., p. 14.

Nell'ordinanza, innanzitutto, i giudici della suprema Corte affermavano, rifacendosi alle norme disciplinanti il funzionamento della Consulta, da pochissimo entrata in funzione, di non dover, come giudice *a quo*, inoltrare la questione alla Corte Costituzionale dato che questa appariva manifestamente infondata. Nella motivazione di questa manifesta infondatezza, tuttavia, la Cassazione finì quasi per impadronirsi delle funzioni della Consulta, illustrando in maniera diffusa e precisa le ragioni della non violazione dell'articolo 27 c. 3.²⁰

In primo luogo la Corte affermava come per rieducazione non dovesse intendersi necessariamente il reinserimento sociale, ma anche il ravvedimento morale: ovvero «quel processo attuoso dello spirito, diretto a facilitare il pentimento, che – liberando il condannato dal peso del delitto commesso – lo porti a redimersi». Questo processo meramente interiore può avvenire anche nel corso di una reclusione perpetua.²¹

In secondo luogo veniva invocato il dato letterale: nell'articolo 27 c. 4 il costituente aveva escluso espressamente la legittimità della pena di morte e quindi, argomentando *a contrario*, la pena dell'ergastolo doveva ritenersi ammessa.²²

In terzis i giudici evocavano la teoria della polifunzionalità della pena, sostenendo che l'ergastolo trovasse giustificazione sulla base della prevenzione generale e speciale.²³

²⁰ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 587. La Cassazione avrebbe dovuto limitarsi a respingere la richiesta perché *ictu oculi* manifestamente infondata, invece «le sezioni unite hanno dovuto far ricorso a sottili disquisizioni di diritto, all'indirizzo di questa o di quella scuola giuridica sulla ragione della pena [...]. Infatti le sezioni unite hanno sentito il bisogno di motivare l'ordinanza con un "esegesi penetrante" di tutti i riflessi dell'art. 27 della Costituzione con lontani richiami legislativi fino al ricordo del regolamento carcerario». E. JOVANE, nota a Cass., sez. un., 16 giugno 1956, in *Foro it.*, Roma, 1956, sez. II, p. 146.

²¹ F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 3.

²² M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 588.

²³ Cfr. F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 3.

Infine la Corte precisava che, in ogni caso, gli istituti della grazia e della commutazione della pena erano in grado di eliminare la perpetuità della sanzione.²⁴

Tuttavia proprio quest'ultimo argomento veniva a costituire una prova della fondatezza della questione sollevata: sostanzialmente la Corte riconosceva che la perpetuità non consente di attuare la finalità rieducativa e che quindi ciò che rende l'ergastolo compatibile con la Costituzione è la mera possibilità di divenire pena temporanea.²⁵

Questa decisione suscitò l'ostilità di gran parte della dottrina: venne criticato il fatto che la Cassazione avesse sottratto il giudizio di costituzionalità alla Consulta²⁶ ma soprattutto fu attaccato il concetto di rieducazione del reo inteso come mera emenda morale.²⁷

Alla pronuncia del 1956 ne seguirono poi altre negli anni '70. Nella decisione del 18 novembre 1972, per sostenere la compatibilità dell'ergastolo con l'articolo 27 Cost., si poneva l'accento sull'esistenza della l. del 1962 relativa alla liberazione condizionale e sull'eliminazione del termine minimo per l'ammissione del condannato al lavoro all'aperto.²⁸ L'anno successivo, con la sentenza 15 dicembre 1973, si sosteneva ancora che la pena dell'ergastolo potesse tendere alla rieducazione del condannato, quanto meno nel senso di redenzione morale.²⁹

²⁴ Cfr. F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 3.

²⁵ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 589.

²⁶ Jovane, a questo proposito, nella nota all'ordinanza ricorda le parole di Calamandrei: «bisogna che la legittimità costituzionale appaia *prima facie* al giudice senza bisogno di stare a ripensarci su. Se tanto tanto gli viene un dubbio, se gli pare che la fondatezza della pregiudiziale sia probabile, ma non manifesta, non lampante come il sole, bisogna che il giudice si fermi: il giudice dei dubbi è la Corte Costituzionale». Cfr. E. JOVANE, nota a Cass., sez. un., cit., p. 148.

²⁷ R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua?*, cit., p. 15. Non si trattava, comunque, di una corrente di pensiero univoca. A. JANNITTI PIROMALLO, voce *Ergastolo*, cit., p. 659, riporta l'esistenza, in dottrina, di due opinioni contrapposte: una favorevole al mantenimento dell'ergastolo, sanzione necessaria e legittima, e l'altra che invece propendeva per la sua illegittimità, in quanto pena inumana e non rieducativa.

²⁸ Cassazione, sezione II, sent. 18 marzo 1993, n. 2611, in *Foro it.*, Roma, 1994, sez. II, p. 41 ss.

²⁹ Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 595.

La Suprema Corte ha poi ribadito la sua posizione in tal senso anche più recentemente. Nel 1993³⁰ ha giudicato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 22 c.p. in riferimento all'articolo 27 Cost. incentrando la motivazione sia sul fatto che l'ultimo comma di tale articolo esclude espressamente la sola pena capitale e non l'ergastolo, sia sul fatto che, dopo la l. del 1962, che ha ammesso anche gli ergastolani alla liberazione condizionale, e dopo l'entrata in vigore dell'Ordinamento Penitenziario, questa sanzione ha cessato di essere perpetua consentendo il reinserimento del condannato nella società.³¹

Ancora, nel 2012 la Cassazione ha affermato che: «quanto poi alla dedotta incompatibilità della pena dell'ergastolo, prevista nel nostro ordinamento giuridico dall'articolo 22 c.p., comma 1, con l'articolo 27 Cost. repubblicana e le norme sovranazionali di cui all'articolo 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10/12/1948, all'articolo 6 della Cedu e all'articolo 5, comma 1 n. 2, della decisione quadro relativa al mandato di arresto europeo, trattasi di questione manifestamente infondata, perché l'ergastolo nella concreta realtà, a seguito della l. 25 novembre 1962, n. 1634 e dell'entrata in vigore dell'Ordinamento Penitenziario (L. 26 luglio 1975, n. 354 e succ. mod.), ha cessato di essere una pena perpetua e, pertanto, non può più dirsi contraria al senso di umanità od ostativa alla rieducazione del condannato; e ciò non solo per la possibilità della grazia, ma altresì per la possibilità di reinserimento incondizionato del condannato nella società libera, in virtù degli istituti del vigente diritto penitenziario».³²

³⁰ Cass. sez. II, 18 marzo 1993, n. 2611.

³¹ Cfr. S. RIONDATO, *sub* art. 22, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 188.

³² Cass. sez. I, sent. 22 agosto 2012, n. 33018, in www.cortedicassazione.it

1.2 La posizione della Corte Costituzionale

La questione della compatibilità dell'ergastolo con l'articolo 27 si traduce in una concreta eccezione di legittimità solamente all'inizio degli anni '70.³³

La questione era stata sollevata dalla Corte d'Assise di Verona che riteneva che la perpetuità della pena, rendendo impossibile il reinserimento sociale del soggetto, contrastasse con il principio rieducativo. Ravvisava inoltre ulteriori profili di illegittimità nell'obbligo imposto agli ergastolani di svolgere attività lavorativa, con comminazione di sanzioni in caso di inosservanza, e nel fatto che non tutti gli ergastolani potessero ottenere la liberazione condizionale, essendo la sua concessione subordinata, in ogni caso, all'adempimento delle obbligazioni civili nascenti da reato e rimessa alla discrezionalità del giudice. Si sottolineava, inoltre, che il fatto che la Costituzione avesse dichiarato illegittima la sola pena di morte, non implicava automaticamente la compatibilità dell'ergastolo con l'articolo 27.³⁴

Il giudice di Verona aveva deciso di rimettere alla Corte la questione di legittimità accogliendo l'eccezione sollevata dal pubblico ministero e condivisa sia dalla difesa che dalla parte civile. La peculiarità di questo caso è costituita dal fatto che il governo, tramite il Presidente del Consiglio, non comparve davanti alla Corte per difendere la sua posizione.

³³ G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 310.

³⁴ Ordinanza 15 marzo 1972 in www.gazzettaufficiale.it. Sul punto cfr. R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua?*, cit., p. 19.

La Consulta, con la sentenza 22 novembre 1974, n. 264³⁵, relatore Paolo Rossi³⁶, dichiarava non fondata la questione di costituzionalità.³⁷

Nella decisione si richiama, in primo luogo, la teoria della *polifunzionalità* della pena: la rieducazione non è sempre perseguibile né è l'unico fine della sanzione. Per citare testualmente la sentenza: «non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena, e ciò basta per concludere che l'art. 27 Cost., usando la formula "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole».³⁸

La Corte risponde inoltre al dubbio del giudice rimettente secondo cui l'obbligo di svolgere attività lavorativa, imposto dall'articolo 22 c.p., integrerebbe un trattamento inumano, sostenendo che il lavoro, al contrario, è fondamentale per la realizzazione della persona e la possibilità di svolgerlo all'aperto ha ottime conseguenze sulla salute fisica o psichica dei condannati. Se poi l'ergastolano, abile

³⁵ Disponibile in *Consulta OnLine*.

³⁶ Membro dell'assemblea Costituente Paolo Rossi era stato protagonista della battaglia per l'abolizione della pena di morte. Egli nel 1958, membro della I commissione alla Camera dei deputati, aveva già sostenuto che la pena dell'ergastolo «suprema espiazione riservata ai più atroci delitti, e minaccia rivolta ai più terribili delinquenti», non poteva dirsi, nell'attuale momento storico, contraria al senso di umanità, mentre, d'altro canto, «non era assolutamente pensabile la sua inconciliabilità con l'articolo 27 della Costituzione». E questo perché riteneva la rieducazione solo uno dei tanti fini della pena, non l'unico e nemmeno il principale. In più per rieducazione non si doveva intendere necessariamente il reinserimento sociale. Ancora, in caso di effettivo ravvedimento, non si escludeva il ritorno del reo alla società libera, attraverso la grazia. Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 595-596.

³⁷ Cfr. D. GALLIANI, *Umana e rieducativa? La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *www.lifeimprisonment.eu*, 2014, p. 3.

³⁸ Cfr. A. MARGARA, *L'ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, cit., p. 36.

al lavoro, si rifiuta di svolgerlo senza giustificato motivo, l'applicabilità delle sanzioni disciplinari non incide sulla legittimità o meno della pena.³⁹

La Consulta ricorda poi come «l'istituto della liberazione condizionale disciplinato dall'articolo 176 – nel testo modificato dall'articolo 2 della legge 25 novembre 1962, n. 1634 – consente l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel consorzio civile». ⁴⁰ È vero che per accedervi è necessario aver adempiuto le obbligazioni civili nascenti dal reato – come ricordava il giudice *a quo* – ma se il condannato è in precarie condizioni economiche è sufficiente provare l'impossibilità di adempierle per ottenerne ugualmente la concessione.⁴¹

Infine la Consulta conclude richiamando una sentenza di pochi mesi prima, la n. 204 del 1974, con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale «della norma che attribuiva al Ministro della giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale. Questa pertanto sarà concessa non più in relazione a scelte discrezionali del potere politico, ma in base ad una decisione dell'autorità giudiziaria (cui l'interessato avrà diritto di rivolgersi) che con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale accerterà se il condannato abbia tenuto un comportamento tale da fare ritenere sicuro il suo ravvedimento».⁴²

La questione era quindi dichiarata non fondata. Bisogna peraltro rilevare come, dopo la presa di posizione sul punto della Cassazione, una svolta della Corte Costituzionale riguardo alla teoria della polifunzionalità della pena era difficilmente

³⁹ D. GALLIANI, *Umana e rieducativa?*, cit., p. 4.

⁴⁰ Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 310.

⁴¹ Cfr. F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 4.

⁴² Così si pronunciava la Corte nella sentenza 264. Cfr. A. MARGARA, *L'ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, cit., p. 36.

immaginabile, tanto più che non era ancora stato approvato il nuovo Ordinamento Penitenziario ed era in vigore il regolamento Rocco.⁴³

Emergono, tuttavia, da questa sentenza, alcune contraddizioni.

Innanzitutto per sostenere la compatibilità dell'ergastolo con l'articolo 27 viene richiamata la teoria della polifunzionalità della pena: ma se una sanzione adempie più finalità questo dovrebbe significare che devono essere tutte contemporaneamente soddisfatte, non che possono essere realizzate a turno!⁴⁴ Oggi poi bisogna considerare che è la stessa Corte che, ritornando sul concetto, ha smentito la teoria polifunzionale della pena. Con la sentenza n. 313 del 1990, in particolare, si è affermato che la finalità rieducativa, l'unica consacrata in Costituzione, non può essere circoscritta alla fase esecutiva, ma anzi deve caratterizzare la pena dalla sua nascita fino alla sua estinzione: prevenzione, intimidazione e difesa sociale «non possono autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata nella Costituzione nel contesto dell'istituto pena».⁴⁵ Ancora, nella sentenza 306 del 1993 si è affermato che «il legislatore può – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere di volta in volta l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse risulti obliterata».⁴⁶

Si rileva inoltre un'incoerenza rispetto alla sentenza 204 del 1974 di poco precedente. Lì la finalità rieducativa è considerata il «cuore» della pena: si afferma infatti che «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

⁴³ D. GALLIANI, *Umana e rieducativa?*, cit., p. 4.

⁴⁴ A. MARGARA, *L'ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, cit., p. 37.

⁴⁵ I. NICOTRA, *Il senso della pena*, cit., p. 2.

⁴⁶ A. MARGARA, *L'ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, cit., p. 50.

recupero sociale del condannato. [...] Con l'articolo 27 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. Sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida ragionevole garanzia giurisdizionale».⁴⁷

La sentenza 264 si è limitata a richiamare della sentenza 204 la sola giurisdizionalizzazione della liberazione condizionale. Mentre la seconda precisava, però, che il recupero sociale del condannato è «il fine ultimo e risolutivo della pena stessa», la prima, al contrario, sostiene che «la funzione della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti». Vi è quindi una notevole differenza tra le posizioni espresse nelle due sentenze: considerando esclusivamente la prima viene naturale domandarsi come può una pena perpetua assolvere il compito primario del recupero sociale del reo.⁴⁸

La sentenza 204, rifacendosi a una concezione dinamica della pena, attribuisce al condannato il diritto a veder riesaminato periodicamente il suo percorso rieducativo, alla luce dei progressi compiuti nel corso del trattamento, in modo da verificare l'opportunità o meno del «protrarsi della pretesa punitiva». In questo

⁴⁷ Sentenza 4 luglio 1974, n. 204 in *Consulta OnLine*.

⁴⁸ A. MARGARA, *L'ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, cit., p. 40.

quadro una sanzione come l'ergastolo, che invece è statica e «destinata a rimanere la stessa nel corso dell'esecuzione, perpetua come era all'inizio», sembra non trovare alcuna giustificazione. L'ergastolo, nella sentenza 264, viene difeso per il fatto che costituisce «un indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi» o un «mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole». Si tratta quindi di una pena statica che è legata, indubbiamente, a una concezione statica della persona. La mera eventualità di una liberazione condizionale non può modificare la sua sostanziale perpetuità.⁴⁹

Dalle affermazioni della Corte emerge dunque un paradosso: «una pena incostituzionale fin dalla sua proclamazione diventa costituzionale a patto di non essere eseguita»⁵⁰: si tratta di un “fine pena mai” che diventa legittimo soltanto nel momento in cui il condannato può ottenere la liberazione condizionale, se dimostra segni di ravvedimento.⁵¹ Questo significa sostenere che l'ergastolo può continuare ad esistere nel nostro ordinamento «in quanto tende a non esistere», tuttavia, in tal modo, la Corte implicitamente riconosce che una reclusione che sia effettivamente perpetua non è sicuramente compatibile con la Costituzione.⁵²

La Consulta, nel suo giudizio, ha considerato esclusivamente la dimensione dinamica della pena, senza pronunciarsi sulla disposizione che parla testualmente di *pena perpetua*: «così invece che sindacare il testo legislativo impugnato ha finito per giudicare impropriamente della sua occasionale disapplicazione».⁵³

⁴⁹ Cfr. A. MARGARA, *L'ergastolo tra illegittimità e adeguamento costituzionale*, cit., p. 41.

⁵⁰ G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, cit., p. 21.

⁵¹ Cfr. *ivi*, p.20.

⁵² A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., p. 4.

⁵³ A. PUGIOTTO, *ibidem*.

Tanto più che, come già sottolineato, il fatto che venga concessa la liberazione condizionale è solo una possibilità (anzi i giudici di sorveglianza sono piuttosto parsimoniosi nell'ammettere al beneficio), mentre viene considerato dalla Corte come un «dato giuridico certo».⁵⁴

Sicuramente la sentenza 264 rappresentava un duro colpo per coloro che propendevano per l'incostituzionalità dell'ergastolo. Tuttavia, l'anno successivo, l'entrata in vigore la l. 354 faceva sperare in un cambiamento di prospettiva, prevedendo per tutti i condannati, quindi anche per gli ergastolani, un trattamento penitenziario più conforme ai principi costituzionali. Rimaneva però il fatto che i condannati alla reclusione perpetua erano esclusi da alcuni benefici, in particolare dalla liberazione anticipata e dalla semilibertà.⁵⁵

Veniva quindi sollevata una questione di legittimità invocando la violazione dell'articolo 27 e del principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 Cost., poiché non era ragionevole distinguere il condannato all'ergastolo dagli altri detenuti per pene temporanee: coloro che dimostrano di partecipare all'opera rieducativa devono essere trattati in maniera analoga, essendo del tutto irrilevante la pena irrogata.

La Corte si è pronunciata sul punto con la sentenza 21 settembre 1983, n. 274⁵⁶, affermando che: «fermo il presupposto della liberazione condizionale, concedibile solo al condannato che abbia tenuto, durante il tempo di esecuzione della pena, un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo "ravvedimento", la possibilità di

⁵⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., p. 5.

⁵⁵ D. GALLIANI, *Umana e rieducativa?*, cit., p. 5. L'articolo 176 richiedeva, per poter accedere alla liberazione condizionale, che fossero scontati effettivamente almeno ventotto anni di pena, questo implicitamente significava che questi non potevano avvalersi delle riduzioni previste dall'articolo 54. Per quanto riguardava invece la semilibertà la legge richiedeva l'espiazione di almeno metà della pena, frazione incalcolabile in relazione all'ergastolo. Sul punto cfr. *ivi*, p. 6.

⁵⁶ In *Consulta OnLine*.

acquisire una riduzione della pena incentivata e stimola nello stesso soggetto la sua attiva collaborazione all'opera di rieducazione. Così nel premiare il comportamento del condannato, che è invogliato a partecipare all'opera della sua rieducazione e ad assecondarla rendendola meno difficile e più efficace, la riduzione di pena si raccorda sul piano teleologico con il presupposto della liberazione condizionale, e cioè con il risultato della rieducazione medesima, sollecitando e corroborando il ravvedimento del condannato e il conseguente suo reinserimento nel corpo sociale». Se è la liberazione condizionale che rende l'ergastolo compatibile con la Costituzione allora bisogna estendere al condannato anche la liberazione anticipata, che accelera i tempi necessari per la sua concessione.

Quindi veniva dichiarato illegittimo l'articolo 54 Ord. Pen., nella parte in cui non prevedeva la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo le riduzioni di pena per agevolare l'accesso al beneficio della liberazione condizionale.⁵⁷

Per quanto riguardava invece la semilibertà la Corte dichiarava di non poter intervenire, rientrando nella discrezionalità del legislatore determinare la quantità di pena che era necessario espiare per potervi accedere.

Il legislatore provvederà a dare attuazione alle indicazioni del giudice delle leggi tre anni dopo con la c.d. legge Gozzini.⁵⁸

Successivamente la Corte Costituzionale ritornerà sul tema nel 1986 ampliando il beneficio della liberazione anticipata, ormai applicabile anche agli ergastolani, elevando lo sconto di pena a quarantacinque giorni per ogni semestre, in caso di partecipazione all'opera di rieducazione.⁵⁹

⁵⁷ Cfr. D. GALLIANI, *Umana e rieducativa?*, cit., p. 6.

⁵⁸ Cfr. *ivi*, p. 7.

⁵⁹ G. CALVI, *Tornare alla Consulta*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 81.

Inoltre, nel 1994, con la sentenza n. 168, la Consulta ha dichiarato contrario a Costituzione l'ergastolo per i minorenni, sottolineando come anche i vari istituti premiali (liberazione condizionale, liberazione anticipata e semilibertà), sufficienti a rendere l'ergastolo per i maggiorenni compatibile con la Costituzione, andassero rivisitati rispetto ai condannati minorenni, poiché l'articolo 31 Cost. «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».⁶⁰

Infine la Corte è nuovamente intervenuta sulla questione dell'ergastolo nel 1997, seguendo il suo *sofisma* per cui la pena dell'ergastolo è legittima solo se la sua perpetuità può venire meno.⁶¹ Ha sancito, con la sentenza n. 161, la possibilità per il condannato all'ergastolo cui è stata revocata la liberazione condizionale di essere nuovamente ammesso al beneficio se continuano a sussistere i presupposti dichiarando, l'illegittimità dell'articolo 177 c.p. nella parte in cui non prevedeva tale opportunità. La Consulta in particolare ha affermato che il carattere perpetuo della pena «non può legittimamente intendersi, alla stregua dei principi costituzionali, come legato, sia pure dopo l'esperimento negativo di un periodo trascorso in liberazione condizionale, ad una preclusione assoluta dell'ottenimento, ove sussista il presupposto del sicuro ravvedimento, di una nuova liberazione condizionale. Il mantenimento di questa preclusione nel nostro ordinamento equivarrebbe, per il condannato all'ergastolo, ad una sua esclusione dal circuito rieducativo, e ciò in

⁶⁰ Sentenza 168 del 1994 in *Consulta OnLine*. Più ampiamente sull'ergastolo per i minorenni cfr. *supra* capitolo I paragrafo 6.

⁶¹ Cfr. S. ANASTASIA, *Sull'ergastolo una sentenza «storica»*, in *Il manifesto*, 11 giugno 1997, articolo contenuto in AA. VV., *Mai dire mai – campagna per l'abolizione dell'ergastolo*, 1997.

palese contrasto [...] 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».⁶²

La Consulta ha dunque compiuto, in vent'anni, un «percorso virtuoso»: mantenere ferma la legittimità dell'ergastolo, pur attenuando la sua perpetuità e mitigando la sua funzione.⁶³

Nulla osta, peraltro, alla riproponibilità della *questio*, sia sul piano processuale che sostanziale. Dal primo punto di vista una pronuncia di infondatezza della Corte non ha un effetto preclusivo *erga omnes*, ma solo limitatamente al giudice e al giudizio *a quo*. Per quanto riguarda il profilo sostanziale bisogna considerare che è mutato il contesto costituzionale di riferimento. In primo luogo perché oggi bisogna considerare la sopracitata sentenza 313 del 1990 che ha segnato la crisi del concetto di polifunzionalità della pena valorizzando pienamente la finalità rieducativa. Inoltre nel 2007 è stata abolita, senza condizioni, la pena di morte, modificando il comma 4 dell'articolo 27 ed eliminando così l'unica eccezione esplicitamente ammessa al principio della rieducazione. Questo conferma «l'illegittimità di pene esclusivamente retributive aventi – come l'ergastolo – la morte del condannato come orizzonte temporale».⁶⁴

⁶² Sentenza 4 giugno 1997, n. 161, in *Consulta OnLine*. Nel caso di specie Nicola R. dopo ventisei anni di ergastolo era stato ammesso alla liberazione condizionale, che gli era stata revocata dopo che si era recato «fuori dall'ambito territoriale presso il quale egli aveva l'obbligo di risiedere».

Nonostante la preclusione dell'articolo 177 c.p. egli aveva presentato una nuova domanda di ammissione al beneficio al tribunale di sorveglianza di Firenze, presieduto dal S. Margara, che, tenendo presente quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 264, sollevava la questione di costituzionalità. Cfr. S. ANASTASIA, *Sull'ergastolo una sentenza «storica»*, cit.

⁶³ G. CALVI, *Tornare alla Consulta*, cit., p. 81.

⁶⁴ A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., p. 11.

1.3 L'ergastolo ostativo: il rispetto della finalità rieducativa con riferimento a una pena effettivamente perpetua

Come evidenziato, nel 1974, la Corte Costituzionale ha concluso per l'infondatezza della questione di legittimità dell'ergastolo perché l'istituto della liberazione condizionale «consente l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel consorzio civile». Successivamente, però, è stato introdotto l'ergastolo ostativo: coloro cui viene irrogata questa pena non hanno la possibilità di uscire dal carcere, salvo che collaborino con la giustizia. Quindi una sanzione, che è considerata legittima esclusivamente perché la sua perpetuità può venire meno, diventa in questo caso effettivamente un "fine pena mai"⁶⁵; senza che sia garantito il diritto del detenuto a che il protrarsi della pretesa punitiva venga periodicamente riesaminato, sancito, peraltro, dalla stessa Corte Costituzionale nelle sentenza 204 del 1974.⁶⁶ Si tratta di una pena perpetua sia nella dimensione *statica* che nella dimensione *dinamica*⁶⁷ che «fa cadere la possibilità di affrontare la questione dell'ergastolo con l'alibi della sua non effettività».⁶⁸ «Resta dunque, ad oggi, una parte di persone detenute che non hanno davanti a sé alcuna aspettativa di vita oltre le sbarre. Nessuna aspirazione di recupero, di reinserimento o di rieducazione, di proiezione di rimorso. Fine pena 31 dicembre 9999: la suggestione del numero periodico che si ripete all'infinito, l'indicazione di un tempo che non può arrivare».⁶⁹

Se la liberazione condizionale è l'unico istituto che consente di affermare la legittimità costituzionale dell'ergastolo, allora dovrebbe valere anche l'affermazione opposta: l'ergastolo è illegittimo se non si può applicare la liberazione condizionale.

⁶⁵ G.M. FLICK, *Ergastolo, perché ho cambiato idea*, cit., p. 20.

⁶⁶ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 65.

⁶⁷ A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 21.

⁶⁸ M. PALMA, *Rassegna del dibattito*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 109.

⁶⁹ M. BRUCALE, *41bis e la compressione dei diritti soggettivi*, in *Ristretti orizzonti*, 2/2017, p. 14.

Pugiotto ha parlato a questo proposito di «*boomerang interpretativo*»: gli argomenti utilizzati dalla Corte per salvare la costituzionalità dell'ergastolo, sono gli stessi che portano a dubitare della legittimità dell'ergastolo ostativo.⁷⁰

Tanto più che, come si è visto, la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza 161 del 1997, ha sancito la possibilità per il condannato all'ergastolo, cui è stata revocata la liberazione condizionale, di essere nuovamente ammesso al beneficio se continuano a sussistere i presupposti poiché «il mantenimento di questa preclusione nel nostro ordinamento equivarrebbe, per il condannato all'ergastolo, ad una sua esclusione dal circuito rieducativo» con una palese violazione della finalità imposta dalla Costituzione alla sanzione penale.⁷¹

Il condannato all'ergastolo ostativo sembra tuttavia a trovarsi proprio in quella situazione di esclusione dal circuito rieducativo che la Corte definisce inammissibile.⁷²

A questo proposito nel 2003 è stata sollevata una questione di costituzionalità dal Tribunale di sorveglianza di Firenze, sostenendo che le preclusioni legate ai reati di cui all'articolo 4bis Ord. Pen., specialmente il divieto di accesso alla liberazione condizionale, renderebbero di fatto perpetua la pena dell'ergastolo con violazione del principio rieducativo di cui all'articolo 27 c. 3 della Costituzione. Secondo il giudice *a quo*, in particolare, «la disciplina impugnata determinerebbe una situazione del tutto analoga a quella scrutinata dalla Corte con la sentenza n. 161 del 1997, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, primo comma, ultimo periodo, del codice penale, nella parte in cui non prevede che il condannato

⁷⁰ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 105.

⁷¹ Cfr. *supra*, paragrafo 1.2

⁷² Sul punto cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 106.

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, perché tale disciplina determinava appunto una esclusione permanente e assoluta dal processo rieducativo, in violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost.».⁷³

Ma la Corte ha dichiarato la questione non fondata affermando che: «Diversamente da quanto mostra di ritenere il rimettente, la preclusione all'ammissione alla liberazione condizionale che discende dalla disciplina censurata non è equiparabile al divieto che era previsto dall'art. 177, primo comma, cod. pen. prima dell'intervento della sentenza n. 161 del 1997. L'art. 177, primo comma, cod. pen. è stato dichiarato illegittimo con la menzionata sentenza in quanto, nel prevedere che in caso di revoca della liberazione condizionale conseguente alla commissione di un delitto o di una contravvenzione della stessa indole, ovvero alla trasgressione degli obblighi inerenti alla libertà vigilata, la posizione del condannato non poteva essere riesaminata ai fini di una nuova ammissione al beneficio, dettava un divieto assoluto e definitivo, come tale incompatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost. Al contrario, la preclusione prevista dall'art. 4-bis, comma 1, primo periodo, dell'ordinamento penitenziario non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta».⁷⁴

⁷³ A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4bis Ord. Penit.*, nota a Corte Cost., sent. 24 aprile 2003, n. 135, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1354.

⁷⁴ Sentenza 24 aprile 2003, n. 135, in *Consulta OnLine*.

La Corte ha fatto riferimento a quanto già affermato precedentemente nella sentenza n. 273/2001 – che viene infatti richiamata – in base alla quale la condotta non collaborativa tenuta volontariamente dal detenuto è indice della persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, e quindi della mancanza di ravvedimento.⁷⁵ Secondo tale opinione, in definitiva, la pena dell'ergastolo ostativo non è necessariamente perpetua, se lo diventa questo è imputabile al condannato che si rifiuta di collaborare.⁷⁶

Emergono, tuttavia, alcune perplessità.

Innanzitutto non è sempre vero che la preclusione dipende dalla scelta del condannato di non collaborare «pur essendo in grado di farlo». Può accadere che il soggetto non collabori per il timore di ritorsioni sui propri famigliari oppure che si rifiuti sul piano morale di accusare persone a lui legate da vincoli affettivi o, ancora, che respinga l'idea di barattare la propria libertà con quella di altri.⁷⁷

A questo proposito emblematiche sono, ancora una volta, le parole di Carmelo Musumeci: «Non sono stato un collaboratore perché è giusto che uno esca dal carcere perché lo merita, non perché mette un altro al posto suo. È importante accettare la pena, chi non collabora automaticamente accetta la sua pena, poi ci possono essere altri fattori di tipo etico, di tipo religioso, ci può essere il fatto di non mettere in pericolo la propria famiglia e tanti altri, per esempio il mio caso personale è anche che chi dovrei accusare si è rifatto una vita, si è sposato, adesso è un buon padre, un buon cittadino non capisco perché dopo 22 anni lo dovrei fare arrestare per avere la mia libertà. In un certo senso lo Stato mi chiede di essere più criminale

⁷⁵ A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4bis*, cit., p. 1354.

⁷⁶ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 69.

⁷⁷ Cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1222.

di prima, cioè rubare la vita a un altro, anche se certo quest'altro ha commesso dei reati, ma le cose non dovrebbero funzionare così. Io posso capire una giustizia immediata, ma dopo 22 anni che questa persona è un buon cittadino, non lo capisco più. E poi anche fra noi, nei nostri rapporti chiamiamoli "malavitosi", nascono delle amicizie, nascono dei legami, c'è un "submondo" che è un po' particolare ma non come lo descrivono i mass media, quindi non lo ritengo giusto nella mia etica, attenzione non è omertà, non pensate assolutamente che questa sia omertà, perché io credo che i veri criminali sono loro che collaborano con la giustizia, perché è sbagliato, assolutamente sbagliato accusare gli altri per avere sconti di pena. Il vero pentimento è la crescita interiore, mentre invece è diventato un disvalore accettare la propria condanna e subirne tutte le conseguenze».⁷⁸

Imponendo la collaborazione come presupposto indispensabile per usufruire dei benefici, viene inoltre leso il *diritto di difesa* del detenuto, definito come inviolabile dall'articolo 24 della Costituzione: il diritto al silenzio del soggetto, per cui *nemo tenetur se detegere*, si trasforma nel suo contrario «*carceratus tenetur alios detegere*». Questo può avvenire già nel giudizio di cognizione, dove il timore delle conseguenze sanzionatorie condiziona inevitabilmente la strategia difensiva. In particolare, però, l'alternativa collaborazione-divieto di accesso ai benefici incide sui diritti del condannato in fase esecutiva: del resto è la stessa legge a prevedere una prosecuzione del diritto al silenzio in questo stadio, contemplando ipotesi legittime di non collaborazione, perché «naturalisticamente o giuridicamente inesigibili».⁷⁹ Di

⁷⁸ C. MUSUMECI, *L'ergastolo ostativo, "la pena di morte viva"*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2013, p. 2

⁷⁹ A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 31.

L'articolo 4bis comma 1bis afferma che i benefici di cui al comma 1 possono essere comunque concessi «nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei

conseguenza imporre al condannato la collaborazione durante la detenzione per poter accedere alla liberazione condizionale sembra ledere il diritto di cui all'articolo 24 c. 2 Cost. La Cassazione, di diverso parere, ha affermato che il diritto di difesa attiene esclusivamente alla fase di cognizione non anche a quella esecutiva. Dall'altro lato, la Corte Costituzionale ha affermato che tale diritto può essere esercitato solo nei limiti stabiliti dalla legge quindi «se essa vi oppone limiti o condizioni e gioco forza che sia solo in quest'ambito che le ragioni difensive abbiano modo di esplicarsi».⁸⁰ Inoltre, nella sentenza n. 39 del 1994 la Consulta ha precisato che non vi è nessuna costrizione a tenere una condotta collaborante, poiché è fatta salva la libertà di scelta del condannato, e in ogni caso «la condizione del condannato per i delitti di criminalità organizzata, non è certo comparabile con quella del comune cittadino».⁸¹

Bisogna poi considerare l'eventualità dell'errore giudiziario: l'errore è sempre «insito nell'agire umano»⁸², eppure la Corte Costituzionale non sembra prendere in considerazione l'ipotesi di una persona innocente che non è in grado offrire collaborazione, anche perché l'innocenza può assumere rilievo soltanto «a seguito di un'apposita procedura di revisione».⁸³ Secondo la Cassazione invece non esiste un'incompatibilità tra condotta collaborante e innocenza del detenuto: una

casi in cui, anche se la collaborazione offerta risulta oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62 n. 6, anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'art. 114 ovvero dall'art. 116, comma 2, c.p.».

⁸⁰ Sentenza n. 306 del 1993, in *Consulta OnLine*.

⁸¹ A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4bis*, cit., p. 1356.

⁸² D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere*, cit., p. 66.

⁸³ Corte Cost., sentenza 306/1993.

collaborazione con l'autorità giudiziaria non richiede necessariamente la colpevolezza del soggetto.⁸⁴

Resta il fatto che in queste situazioni «il non avere nomi da fare [...] diventa, nel caso dell'ergastolano ostativo, paradossalmente la colpa».⁸⁵ Come la pena di morte, anche l'ergastolo ostativo sembra legato a un'idea di «infallibilità del giudizio umano».⁸⁶

Ancora, bisogna considerare che non sempre vale l'equazione tra collaborazione e ravvedimento: una condotta collaborante può essere frutto mere valutazioni utilitaristiche, e questo è la stessa Corte Costituzionale ad affermarlo nella sentenza n. 306 del 1993.⁸⁷ La collaborazione potrebbe quindi valere esclusivamente come «sintomo della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata», poiché l'allontanamento dal circuito criminale è piuttosto frutto di un ripensamento critico del proprio passato, che poi può condurre o meno il soggetto ad atteggiamenti di delazione.⁸⁸

Secondo la Consulta invece il concetto di collaborazione viene assorbito in quello di *sicuro ravvedimento* che compare nel testo dell'articolo 176 c.p. e che costituisce la condizione per poter beneficiare della misura alternativa.⁸⁹ Peraltro, in questo modo la disciplina della liberazione condizionale viene sostanzialmente modificata perché diviene assolutamente irrilevante il percorso rieducativo compiuto dal soggetto e importa esclusivamente il dato oggettivo della collaborazione: «la locuzione sicuro ravvedimento si ricollega, infatti, ad una concezione etica della funzione special

⁸⁴ Cass, sez. I, sent. 11 gennaio-19 febbraio 1996, n. 112, in *Riv. pen.*, 1996, p. 902 con nota di LEPANTO.

⁸⁵ D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere*, cit., p. 66.

⁸⁶ D. CHINNICI, *ivi*, p. 64.

⁸⁷ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 83.

⁸⁸ Cfr. A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4bis*, cit., p. 1356.

⁸⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 160.

preventiva della pena, che richiede un esame penetrante ed articolato della personalità del condannato, non limitato alla verifica di una condotta conforme alle regole penali, penitenziarie e sociali, ma comprensivo dell'analisi dell'intero processo di recupero sociale, con particolare riferimento al percorso di revisione critica delle scelte criminali effettuate nel passato».⁹⁰

Ciò induce inevitabilmente a dubitare della compatibilità della pena dell'ergastolo ostativo con il principio rieducativo sancito dalla Costituzione, anche in relazione alla circostanza che è stata la stessa Corte a riconoscere «il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».⁹¹

Questo ragionamento porta a considerare un ulteriore profilo di incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Questa sanzione, infatti, sembra comportare un'irragionevole disparità di trattamento tra ergastolani comuni e condannati per reati ostativi: per questi ultimi l'accesso ai benefici richiede una condotta collaborante che invece è irrilevante rispetto ai primi, che allo stesso tempo vengono però sottoposti a una più penetrante osservazione della personalità in modo da valutare i progressi compiuti nel corso del trattamento.⁹²

Per quanto riguarda la riproponibilità della questione valgono le medesime considerazioni svolte nel paragrafo precedente. A maggior ragione rileva, in questo caso, l'eliminazione definitiva della pena di morte dal nostro ordinamento: la pena

⁹⁰ A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4bis*, cit., p. 1356.

⁹¹ Sentenza 204/1974. Sul punto cfr. Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 77. Cfr. anche *supra* capitolo I paragrafo 7.2.

⁹² Cfr. F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 9.

di morte e la pena fino alla morte confliggono allo stesso modo con la finalità rieducativa: «eliminazione fisica e materiale la prima. Eliminazione civile, virtuale, la seconda», se la pena capitale è stata abolita per l'irrimediabilità delle sue conseguenze analogamente si dovrebbe discutere di un'abrogazione anche rispetto all'ergastolo ostativo, data l'equivalente irrimediabilità della perdita di libertà fino alla morte.⁹³

2. L'ergastolo e i trattamenti contrari al senso di umanità

L'articolo 27 c. 3 Cost. prima parte stabilisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità». Dando attuazione a tale principio costituzionale l'articolo 1, primo comma, dell'Ordinamento Penitenziario prevede che «il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona».⁹⁴ Secondo parte della dottrina l'ergastolo sarebbe una pena *disumana* perché privando per sempre l'uomo della sua libertà gli sottrae anche la sua umanità.⁹⁵

Bisogna ricordare che il divieto di punizioni contrarie al senso di umanità non riguarda esclusivamente la fase dell'esecuzione della pena, ma anche la fase della comminatoria: esso «opera, come clausola di protezione, in tutti i luoghi in cui il monopolio statale della forza si manifesta», quindi, in primo luogo, nel momento in cui il legislatore decide come e quando limitare la libertà personale del cittadino.

⁹³ D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere*, cit., p. 65.

⁹⁴ Cfr. P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 83.

⁹⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritto fondamentali*, cit., p. 82. Ma anche, tra gli altri, A. BERNARDI, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena, pena di morte ed ergastolo vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, p. 86 ss.; A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., p. 15; L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, cit., p. 1238 ss.

Una pena eccessivamente lunga può per tali motivi essere considerata «inumana e degradante».⁹⁶

Ed è proprio il caso dell'ergastolo che, in quanto pena perpetua, appare sproporzionata ed esemplare, «collocandosi tra quelle pene che ripugnano alla coscienza democratica e al senso di umanità di ogni persona e comunque non costituiscono neppure un ragionevole deterrente al crimine, essendo invece un esemplare manifestazione di brutalità dello stato» (così recitava la mozione parlamentare 1-00310 approvata il 3 agosto 1989 alla Camera dei Deputati). Tali considerazioni sono a maggior ragione valide oggi: se nel 1930, quando è entrato in vigore il codice Rocco, la prospettiva di vita era intorno ai cinquant'anni, attualmente, invece, la vita media dei cittadini supera gli ottant'anni e questo, indubbiamente, aumenta il carico afflittivo di una pena la cui durata è legata a quella della vita della persona.⁹⁷

L'ergastolo non è solo privazione della libertà ma anche «privazione della vita, perché vivere senza libertà e senza responsabilità non è vita [...], come si vive senza possibilità di ritrovare i rapporti, gli affetti, la comunicazione e gli scambi con gli altri esseri umani, non reclusi, e con il mondo? È vita, o è un morire senza fine?».⁹⁸

Sicuramente la prospettiva dei benefici penitenziari conferisce una maggiore umanità all'ergastolo semplice: la possibilità di lavorare all'esterno dell'istituto e di poter ottenere, a un certo punto della pena, permessi premio, semilibertà e

⁹⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., p. 15.

⁹⁷ Cfr. *ibidem*.

⁹⁸ M. L. BOCCIA, *L'ergastolo nel governo della paura*, cit., p. 89. Significativo, a questo proposito, è che moltissimi ergastolani, nell'autunno del 2007, abbiano inviato lettere al Presidente della Repubblica chiedendo la conversione della loro pena da ergastolo in pena di morte.

liberazione condizionale rende meno crudele una sanzione che, tuttavia, nella sua dimensione edittale, è comunque destinata ad essere perpetua e senza speranza.⁹⁹

Il discorso è diverso per l'*ergastolo ostativo*: in quel caso la pena si presenta come meramente afflittiva perché la collaborazione è posta come condizione indispensabile per l'accesso ai benefici. La situazione è ancora più grave se si tratta di detenuti sottoposti al regime del *carcere duro* che, come già illustrato¹⁰⁰, comporta un trattamento penitenziario molto più severo rispetto a quello riservato agli altri detenuti: dover sopportare pesanti restrizioni (come la possibilità di trascorrere solo due ore al giorno fuori dalla cella o avere pochi colloqui a disposizione con i propri famigliari) nel corso dell'espiazione di pena che già di per sé appare estremamente lunga e afflittiva rende più che dubbia la compatibilità di questa con il divieto di trattamenti inumani posto dall'articolo 27 c. 3 della Costituzione.¹⁰¹

Particolarmente toccanti, a questo proposito, le parole di Musumeci: « C'è rimasta solo la vita e con quella lotteremo contro la "Pena di Morte Viva", perché per gli uomini ombra ci sarà sempre e solo questo maledetto presente. [...] L'uomo ombra aspetta per niente, aspetta un fine pena che non arriverà mai. E aspettare, attendere per nulla, uccide e tortura il cuore di qualsiasi essere umano. [...] Molti uomini ombra sono in carcere da venti, alcuni da trent'anni e più, e pensano che molto difficilmente

⁹⁹ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, cit., p. 1246. Qui si parla dei benefici penitenziari come «volto presentabile della pena perpetua».

¹⁰⁰ Cfr. *supra*, capitolo II paragrafo 4.1.

¹⁰¹ Cfr. L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, cit., p. 1247. Sull'argomento cfr. anche M. PAVARINI in S. ARDITA, M. PAVARINI, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, p. 266 ss.

potranno un giorno uscire dalla loro tomba. E lo scorrere del tempo, lasciandoci dove siamo, ci sta uccidendo e torturando più di qualsiasi altra pena».¹⁰²

Ad aggravare la posizione degli ergastolani vi è, in più, il fatto che l'eccedenza quantitativa è accompagnata, sia nel caso di ergastolo semplice che nel caso di ergastolo ostativo, da un'eccedenza qualitativa dovuta alla persistente situazione di sovraffollamento nelle carceri italiane: infatti dover condividere lo spazio ristretto della cella con altri detenuti rende ancor più difficilmente sopportabile la detenzione, e l'elevato numero di persone negli istituti penitenziari mette a repentaglio la possibilità dei condannati di fruire in maniera adeguata delle opportunità trattamentali.¹⁰³

A questo proposito significativa è l'osservazione dello psichiatra Sergio Mellina, che proprio parlando di ergastolo, ha affermato: «[...]Le carceri brulicanti e fatiscenti persistono a tutt'oggi e non è forse una tortura condannare un individuo a espiare la propria colpa per tutta la vita in luoghi simili? Come psichiatra so benissimo che i luoghi affollati generano violenza e repressione violenta. La neurochimica ci insegna che gli ormoni dei topini rinchiusi in gabbie affollate ne mutano gli atteggiamenti comportamentali fino a mangiarsi tra di loro. E so anche che l'isolamento o la segregazione provoca deafferentazione sensoriale, destoricizzazione personale, docilità da lobotomizzati. Si tratta di sofisticati e moderni mezzi di tortura psicologica, ben conosciuti dai regimi totalitari che li adottano per far confessare prigionieri politici e di guerra».¹⁰⁴

¹⁰² C. MUSUMECI, *Buon anno 2013 dagli uomini ombra*, in *ristretti.org*, 31 dicembre 2012, p. 1.

¹⁰³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., p. 15.

¹⁰⁴ S. MELLINA, *Problemi antropologici posti dalle lunghe detenzioni. Psicopatologia della cultura della custodia*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 91-92.

Alla luce di quanto osservato non ci si può non chiedere se una pena come l'ergastolo rispetti la dignità della persona. Quando si parla di *dignità umana* questo significa che la persona deve essere considerata come un valore, in altre parole ciò equivale a dire, secondo quanto affermava anche Kant, che la persona deve essere assunta «mai come mezzo ma sempre come un fine». L'ergastolo, in quanto pena eliminativa, mostra di non sottostare a tale paradigma illuministico: l'obiettivo perseguito sembra, più che altro, essere quello di rispondere all'allarme sociale e soddisfare i bisogni di punizione emergenti dalla collettività, mentre le esigenze del singolo detenuto passano in secondo piano.¹⁰⁵ Se è proprio la necessità di recuperare e affermare la centralità della tutela della persona umana, intesa come fine, che ha portato all'abolizione della pena di morte, allora questa stessa necessità dovrebbe risultare incompatibile con la conservazione dell'ergastolo.¹⁰⁶ Pena capitale e reclusione perpetua sono accomunate dal fatto di essere sanzioni eliminative che «distruggono il tempo del condannato» e lo privano di futuro, di speranza, di aspettative e di contatti con il mondo esterno. L'ergastolo non pone fine alla vita del condannato ma lo «intrappola in un immutabile presente, del tutto alieno alla condizione fisiologica dell'uomo, che non rimane mai uguale a sé stesso nel corso del tempo».¹⁰⁷

¹⁰⁵ Sul punto cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritto fondamentali*, cit., p. 82.

¹⁰⁶ Cfr. G. MOSCONI, *Il massimo della pena*, cit., p. 102.

¹⁰⁷ M. LAMANUZZI, *L'ergastolo ostativo, una pena in contrasto con la dignità*, in *Dignitas*, 30 agosto 2015, p. 3. A questo proposito estremamente significative appaiono le parole di Umberto Veronesi che ha osservato come alcuni studi neurologici «hanno dimostrato che il nostro sistema di neuroni è plastico e si rinnova, perché il cervello è dotato di cellule staminali proprie in grado di generare nuove cellule. Questo dimostra scientificamente che la persona che abbiamo messo in carcere, non è la stessa vent'anni più tardi e che per ogni uomo esiste per tutta la vita la possibilità di cambiare, evolversi, adattarsi». U. VERONESI, *L'appello ergastolo: è ora di dire basta*, in *L'espresso*, 12 novembre 2012.

Con riferimento all'ergastolo ostativo si è affermato che l'unico fine perseguito sarebbe quello di ottenere la collaborazione del condannato. La sanzione avrebbe quindi un carattere squisitamente strumentale, e così anche il condannato, semplice mezzo per ottenere risultati giudiziari.¹⁰⁸

A questo proposito è opportuno considerare che «qualsiasi procedimento giudiziario con cui si cerchi di estorcere all'imputato o ad altro soggetto processuale, piegandone con la forza o con altro artificio la contraria volontà, una confessione o altre dichiarazioni utili all'accertamento dei fatti non altrimenti accertati [...] rientra nel concetto di *tortura giudiziaria*».¹⁰⁹

Sull'ergastolo ostativo viene esercitata una forte pressione psicologica per spingerlo a collaborare: basta pensare alla prospettiva di una pena *sine die*, alla maggiore severità del suo trattamento penitenziario rispetto a quello riservato agli altri detenuti o, ancora, alla minaccia della sottoposizione al regime del *carcere duro*. Allora si può dire che l'ergastolo ostativo è una forma di tortura? La Corte Costituzionale ha espresso un parere negativo.¹¹⁰ Ha sostenuto che la collaborazione è esclusivamente una condotta volontaria «che il detenuto è libero di non adottare» e ha dunque negato che «l'articolo 4bis costringa alla delazione attraverso la minaccia di un trattamento punitivo».¹¹¹

Al di là della questione se l'ergastolo ostativo debba essere considerato come una forma di tortura o meno, rimane il fatto che se la pena, anche legalmente inflitta, viene scontata in condizioni disumane allora non è più solo pena ma diventa

¹⁰⁸ L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, cit., p. 1248.

¹⁰⁹ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1953-54, come citato in A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 134 (corsivo mio).

¹¹⁰ Sentenza 17 febbraio 1994, n. 39. In *Consulta OnLine*.

¹¹¹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 135.

violenza. Una sanzione non dovrebbe aggiungere al condannato sofferenza ulteriore rispetto a quella che già la privazione della libertà inevitabilmente comporta.¹¹²

Da uno studio statistico compiuto nel 2015 su 246 ergastolani è risultato che solo pochi di loro (quindici per l'esattezza) non avevano ancora sofferto alcun problema di salute, la maggior parte aveva invece avuto ernie, problemi respiratori, problemi alla vista, problemi di cuore, per non parlare di insonnia e depressione. Considerando esclusivamente, tra questi 246, i detenuti in carcere da più di venticinque anni, in regime ostativo e con almeno un anno di *41bis* alle spalle è risultato che tutti, tranne uno, avevano avuto gravi disturbi di salute (soprattutto depressione e problemi alla vista).¹¹³ Il dato colpisce poiché, nella società libera, secondo l'Associazione per la Ricerca sulla Depressione di Torino, il numero delle persone depresse si aggira circa intorno al 2,5 %, in carcere invece la percentuale aumenta in maniera spropositata arrivando al 18%, se si esaminano tutti gli ergastolani, e addirittura al 32% se ricorrono le tre condizioni dell'ostatività, detenzione da più di venticinque anni e almeno un anno di *carcere duro*. È fisiologico che la percentuale dei malati di depressione in stato di detenzione sia più alta rispetto a quanto accade nella società libera, ma una cosa è ipotizzare che la percentuale raddoppi, raggiungendo il 5% o anche il 7%, altro è arrivare alla soglia del 20% o del 30%.¹¹⁴

Analogo discorso vale per quanto riguarda i problemi alla vista: dai dati forniti dall'Agenzia Internazionale per la Prevenzione della Cecità, che collabora con l'Organizzazione Mondiale della Sanità, risulta che il distacco alla retina colpisce una

¹¹² D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere*, cit., p. 70-71.

¹¹³ Cfr. D. GALLIANI, *Appendice, La concretezza della detenzione senza scampo*, cit., p. 198-199.

¹¹⁴ Cfr. *ivi*, p. 200 ss.

persona su diecimila (quindi lo 0,01% della popolazione), in carcere invece la percentuale è pari all'1,2% (quindi è centoventi volte più probabile che la patologia si verifichi).¹¹⁵

Significativa la testimonianza resa da un condannato, il quale ha riferito di soffrire di reumatismi e artrosi dovuti al fatto di essere detenuto in una struttura umida e senza riscaldamento, dove non gli è concesso nemmeno di utilizzare l'asciugacapelli. Ha inoltre riportato di aver subito un calo della vista, a causa della scarsa luce artificiale e della mancanza di luce naturale, un infarto all'occhio sinistro e infine di soffrire di ansia dal 2005, cosa che gli ha fatto perdere quindici chili in pochi mesi.¹¹⁶

Una pena che provoca problemi di questo tipo rispetta la dignità umana? È necessario che la struttura penitenziaria fornisca strumenti perché il detenuto possa esercitare tutti i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, come prescrive l'articolo 2 Cost: «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». Tra questi acquistano importante rilievo il diritto alla salute, il diritto al lavoro e il diritto all'istruzione.¹¹⁷ Una pena che leda tali diritti appare come una vendetta anziché come una sanzione legittima. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 12 del 1966 ha affermato che l'intero comma terzo dell'art. 27 Cost. deve essere considerato unitariamente: un trattamento conforme ad umanità è «il necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato».¹¹⁸

Tali considerazioni portano a domandarsi ancora una volta se l'ergastolo possa considerarsi una pena legittima: alla sua perpetuità si aggiungono condizioni di

¹¹⁵ Cfr. D. GALLIANI, *Appendice, La concretezza della detenzione senza scampo*, cit., p. 203.

¹¹⁶ Cfr. *ivi*, p.206. Cfr. pagine seguenti per ulteriori testimonianze.

¹¹⁷ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, 28 maggio 2014, p. 2.

¹¹⁸ Cfr. *ivi*, p. 4.

detenzione pessime che ostacolano ulteriormente il raggiungimento della finalità rieducativa.

A tale proposito, concludendo, vorrei citare le emblematiche parole di Flick, presidente emerito della Corte Costituzionale: «perché ho cambiato idea sull'ergastolo? Forse perché quando sono stato chiamato alla Corte Costituzionale, dopo essere stato ministro della Giustizia, dopo essere stato avvocato e studioso di diritto; quando ho cominciato a occuparmi di diritti fondamentali ho scoperto l'importanza che la nostra Costituzione riconosce al concetto di dignità, che regge tutta l'impalcatura di essa. L'aver scoperto che bisogna considerare la dignità come il pilastro su cui costruire tutto il discorso del sistema penale, del sistema penitenziario, impone poi delle scelte conseguenti».¹¹⁹

3. L'ergastolo in quanto pena fissa e automatica e i principi di individualizzazione e di proporzionalità della pena

Un ulteriore profilo di incostituzionalità della pena dell'ergastolo è legato alla sua natura di *pena fissa*: si tratta infatti di una sanzione in cui la durata minima e massima della reclusione coincidono, senza che il giudice abbia la possibilità di adattarla al caso concreto. In più la pena si configura anche come *automatica* essendo la sua applicazione imposta per determinati reati.¹²⁰

Se una pena è fissa e automatica ciò significa che, in sede di commisurazione giudiziale, questa non può essere adeguata alle caratteristiche del reato e alla personalità del reo e quindi, ancora una volta, è difficile che possa effettivamente tendere alla rieducazione del condannato: una sanzione di questo genere può, al

¹¹⁹ G. M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, cit., p. 22.

¹²⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., p. 13.

contrario, generare un sentimento di ribellione nel condannato nei confronti dell'ordinamento, proprio per la mancanza di individualizzazione e proporzionalità, ostacolandone la risocializzazione.¹²¹

La Corte Costituzionale si è occupata in più occasioni della questione delle pene fisse a partire dalla sentenza 15 maggio 1963, n. 67¹²², che ha affrontato per la prima volta il problema costituendo un punto di riferimento obbligato per le successive sentenze.¹²³ Il giudice rimettente aveva invocato come parametro, in primo luogo, l'articolo 27 c. 1 della Costituzione sostenendo che il principio della responsabilità penale personale andasse inteso non solo nel senso di «rapportabilità fisica e psichica del fatto-reato al suo autore», ma anche «in quello della necessaria personalità della pena la quale in considerazione dei fini di emenda e rieducazione attribuitele dallo stesso articolo 27 non potrebbe che adeguarsi, con i criteri di cui all'art. 133 c.p., non soltanto all'entità del fatto ma anche alla personalità del colpevole».¹²⁴ A questo proposito la Consulta rilevava invece, richiamando anche i lavori dell'Assemblea Costituente, come il primo comma dell'articolo 27 potesse interpretarsi esclusivamente nel senso di divieto di responsabilità per fatto altrui.¹²⁵ Per quanto riguardava invece l'invocato contrasto con il terzo comma dell'articolo 27 e con l'articolo 3 Cost., la Corte negava l'impossibilità di perseguire la finalità rieducativa, facendo leva sull'applicabilità delle *attenuanti generiche*¹²⁶ di cui

¹²¹ E. GALLO, *Il significato della pena dell'ergastolo*, cit., p. 71. Sulla necessaria proporzionalità ed elasticità della sanzione penale cfr. anche C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, volume IV, Torino, 1990, p. 69.

¹²² Disponibile in *Consulta OnLine*.

¹²³ C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 726.

¹²⁴ Cfr. Tribunale di Napoli, 27 marzo 1962, in *Giur. cost.*, 1962, p. 1044.

¹²⁵ Cfr. E. GALLO, *Il significato della pena dell'ergastolo*, cit., p. 71.

¹²⁶ L'articolo 62bis del codice penale stabilisce che il giudice può prendere in considerazione circostanze, diverse da quelle elencate nell'articolo precedente, che siano tali da giustificare una diminuzione di pena. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 464.

all'articolo 62*bis* c.p., che avrebbero consentito di rendere la sanzione proporzionata al fatto concreto: «tale istituto veniva così – ma solo implicitamente – considerato come uno “strumento di commisurazione” complementare e aggiuntivo rispetto a quello offerto dallo spazio edittale, con la funzione di estendere le cornici di pena, rendendo in concreto “elastiche” anche comminatorie, in astratto, rigide».¹²⁷

Le attenuanti generiche costituiscono, peraltro, delle circostanze meramente eventuali ed estranee al reato, che non incidono sulla sua sostanza e sulla sua natura.¹²⁸ Non si può dire che il giudice che applica le attenuanti generiche compia una valutazione analoga a quella che dovrebbe effettuare ex art. 133 c.p.: egli, ai sensi dell'articolo 62*bis*, può esercitare i suoi poteri discrezionali esclusivamente in una direzione, ovvero per ottenere una diminuzione della pena, e ha la facoltà di esaminare soltanto alcuni aspetti del caso concreto, senza compiere una valutazione complessiva del reato e della capacità a delinquere dell'autore, come richiesto invece dall'art. 133.¹²⁹

Ancora, la Corte, per suffragare la propria tesi, circoscriveva il fine rieducativo alla sola fase esecutiva affermando che «tale finalità della pena, affidata piuttosto ai modi della sua esecuzione, [...] non può riuscire compromessa per la sola circostanza del carattere di rigidità impresso alla pena medesima dalla legge».¹³⁰

La sentenza del 1963 ha dato avvio ad un dibattito dottrinale che si è tuttavia polarizzato, più che altro, intorno alle pene pecuniarie, tralasciando invece la

¹²⁷ C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione*, cit., p. 727.

¹²⁸ Cfr. E. GALLO, *Il significato della pena dell'ergastolo*, cit., p. 72.

¹²⁹ Cfr. E. DOLCINI, *Profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, p. 353. Più ampliamento sul ruolo che l'articolo 133 c.p. attribuisce al giudice, il quale assume una posizione «sovrana», cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 39 ss. e 301 ss.

¹³⁰ Cfr. C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione*, cit., p. 727. Una tesi di questo genere oggi non è peraltro più sostenibile, dopo la sentenza 313/90 con cui la Corte Costituzionale ha affermato il carattere ontologico della finalità rieducativa che deve caratterizzare la pena in tutta la sua esistenza. Cfr. *supra* capitolo II, paragrafo 2.4.

principale pena detentiva fissa presente nel nostro ordinamento: l'ergastolo. Il dibattito sulla legittimità di tale sanzione ha invece sempre riguardato la sua perpetuità piuttosto che la sua natura di pena fissa.¹³¹ Questo può spiegarsi per il fatto che forse l'argomento appariva eccessivamente tecnico e complicato rispetto a quello di una pena eliminativa che incide, in maniera irreversibile, sulla vita e sul destino sociale della persona.¹³²

La Corte Costituzionale è tornata a pronunciarsi nuovamente sulla legittimità delle pene fisse con la sentenza 14 aprile 1980, n. 50.¹³³ Si tratta di una decisione storica che, pur risolvendosi in un rigetto della questione, ha ribaltato il precedente punto di vista, riconoscendo che «in linea di principio le previsioni sanzionatorie fisse non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale». Il dubbio di legittimità di tali sanzioni potrà essere superato soltanto verificando caso per caso se la pena appare «ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato».¹³⁴ Spetterà quindi alla Corte verificare se, nel caso concreto, l'illecito sia strutturato come «fattispecie non graduabile»: una sanzione fissa non è dunque automaticamente illegittima ma sarà necessario valutare le caratteristiche del reato cui si riferisce.¹³⁵

Una novità di questa sentenza è costituita dal raffronto con il principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione: tale principio «svolgerebbe funzioni di limite, legittimando un controllo di congruità costituzionale sui fini

¹³¹ Cfr. C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione*, cit., p. 728. (Per un'ampia analisi, anche bibliografica, della questione cfr. TURNATURI, *Aspetti problematici della costituzionalità delle pene pecuniarie fisse e proporzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 1412 ss.).

¹³² Cfr. *ivi*, p. 729.

¹³³ In *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 725 ss. con nota di C. E. PALIERO.

¹³⁴ Cfr. E. GALLO, *Il significato della pena dell'ergastolo*, cit., p. 72.

¹³⁵ C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione*, cit., p. 738.

perseguiti dal legislatore».¹³⁶ Il raffronto tra pene fisse e principio di uguaglianza deve essere compiuto prendendo come punti di riferimento i presupposti e i fini che, rispettivamente, il primo e il terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione assegnano alla pena: solo una maggiore aderenza alla finalità rieducativa può giustificare un distacco dall'uguaglianza formale.¹³⁷

La Corte ha enunciato tali principi con riferimento a una norma che conteneva una comminatoria fissa di una pena pecuniaria ma anche di una pena detentiva. Questi appaiono dunque ragionevolmente riferibili pure all'ergastolo.¹³⁸

Di conseguenza, anche in relazione all'ergastolo, si tratterà di verificare, rispetto a ogni comminatoria, se una sanzione perpetua, non graduabile e non attenuabile in sede giudiziale, appare proporzionata per tutti i fatti riconducibili alla fattispecie legale¹³⁹: ci si dovrà chiedere, in particolare, se il suo automatismo e la sua fissità sono compatibili con l'articolo 27 c. 1 della Costituzione, che affermando che la responsabilità penale è personale richiede anche una individualizzazione della pena, con l'articolo 27 c. 3, che esige una pena proporzionata, adattata alle caratteristiche del reo e del delitto, in modo da assicurare l'effettivo perseguimento della finalità rieducativa, e infine con l'articolo 3 che impone dei trattamenti sanzionatori ragionevolmente differenziati in base all'entità del fatto e alle condizioni personali del colpevole.¹⁴⁰

¹³⁶ C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione*, cit., p. 735.

¹³⁷ Cfr. *ivi*, p. 736. In questo modo la Corte, collegando gli articoli 27, c. 1 e 3, e 3 della Costituzione sembra ammettere la costituzionalizzazione dell'articolo 133 c.p. o, per lo meno, l'esistenza di una garanzia costituzionale della presenza di un margine di discrezionalità nella commisurazione giudiziale della pena. Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, cit., p. 316.

¹³⁸ Cfr. E. GALLO, *Il significato della pena dell'ergastolo*, cit., p. 72.

¹³⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, cit., p. 84.

¹⁴⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., p. 13-14.

Bisogna poi ricordare che la sanzione si applica automaticamente anche quando «concorrono più delitti per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni», quindi anche in situazioni nelle quali, considerate singolarmente, si dovrebbe applicare una sanzione adattabile alla specificità del caso concreto e che invece vengono irragionevolmente equiparate e ricondotte a una pena unitaria, senza che vi sia la possibilità di distinguere a seconda dei reati commessi.¹⁴¹

Perplessità ancora maggiori suscita l'automatismo che caratterizza l'ergastolo ostativo. Tale sanzione si distingue per essere una pena fissa non solo dal punto di vista quantitativo, per il fatto che, come accade anche per l'ergastolo semplice, la sua perpetuità comporta una coincidenza tra il minimo e il massimo della pena, ma anche dal punto di vista qualitativo, in quanto il legislatore ha annullato qualsiasi «flessibilità esecutiva», privando il giudice del potere di adeguare la pena ai progressi compiuti dal condannato nel corso del trattamento e rendendo, di conseguenza, irrilevante il percorso rieducativo del reo.¹⁴²

La pena dell'ergastolo ostativo, infatti, consegue ai reati elencati nell'articolo 4bis dell'Ordinamento Penitenziario in forza di un automatismo normativo fondato su presunzioni legali assolute: presunzione di pericolosità sociale e di «permanenza dell'adesione al sodalizio criminale», che precludono l'accesso ai benefici penitenziari, cui si affianca, dall'altro lato, una presunzione di avvenuto ravvedimento in presenza di una condotta collaborante ai sensi dell'articolo 58ter Ord. Pen. Viene così sottratto al giudice il suo fondamentale potere giurisdizionale che gli permette di modulare la pena in base alle peculiarità della specifica

¹⁴¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, cit., p. 84.

¹⁴² Cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 28.

situazione in esame, senza consentirgli di valutare comportamenti del reo, diversi dalla collaborazione con la giustizia, potenzialmente rappresentativi di un definitivo distacco dall'associazione criminale di appartenenza.¹⁴³

Consapevole di questa eccessiva rigidità la Corte Costituzionale ha cercato di attenuarla attraverso una progressiva erosione della collaborazione, come unica condotta idonea a consentire l'accesso ai benefici. Ha infatti equiparato la collaborazione in senso proprio con ipotesi di collaborazione *irrilevante* (perché il condannato non è a conoscenza di informazioni apprezzabili data la sua limitata partecipazione al fatto criminoso) e di collaborazione *impossibile* (perché «l'autorità sa già tutto quello che su un certo delitto c'è da sapere»), riconducendole alla nozione unitaria di collaborazione *oggettivamente inesigibile*.¹⁴⁴

In tutto questi casi si riteneva, infatti, irragionevole equiparare la posizione di chi si trova nella impossibilità di collaborare con quella di chi liberamente sceglie di non collaborare.¹⁴⁵

Rimane comunque il fatto, più volte sottolineato, che non è sostenibile l'equazione tra collaborazione e ravvedimento: è stata la stessa Corte Costituzionale¹⁴⁶ a rilevare che una condotta collaborante può essere frutto di «mere valutazioni utilitaristiche» e quindi, a maggior ragione, non sembra ammissibile legare, in maniera automatica, la concessione dei benefici alla collaborazione, senza alcun margine di apprezzamento per l'autorità giudicante.¹⁴⁷ Tanto più che vi è una notevole differenza tra premiare la collaborazione e sanzionare la non collaborazione,

¹⁴³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 29-30.

¹⁴⁴ Quest'ultima è l'espressione utilizzata dalla Corte nelle sentenza 1 marzo 1995, n. 68, disponibile in *Consulta OnLine*. Tali indicazioni sono state recepite dal legislatore.

¹⁴⁵ Sul punto cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p.150.

¹⁴⁶ Sentenza 306 del 2003.

¹⁴⁷ Cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano non collaborante*, cit., p. 1222.

considerando quest'ultima come *conditio sine qua non* per l'accesso alle misure alternative: si incentiva la collaborazione non per far acquistare al reo un vantaggio ma per evitargli uno svantaggio.¹⁴⁸

Un regime di questo genere, in cui non rilevano le ragioni per cui il reo collabora o per cui egli si rifiuta di collaborare (ad esempio grave pericolo per l'incolumità propria o altrui), si espone a censure rispetto al principio di colpevolezza di cui all'articolo 27 c. 1 Cost e al principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 Cost.¹⁴⁹

Le perplessità circa la liceità della disciplina dell'ergastolo ostativo aumentano se si considera che la giurisprudenza costituzionale si è più volte pronunciata in senso contrario alla legittimità di simili automatismi normativi: ad esempio in tema di misure di sicurezza e di recidiva reiterata. Con riferimento all'ergastolo ostativo si è ritenuto, invece, che la sua rigida disciplina giuridica fosse giustificabile alla luce della particolare natura associativa dei reati elencati nell'articolo 4bis.¹⁵⁰

Nel 2013 è stata istituita una commissione ministeriale, presieduta dal professor Palazzo, che ha formulato una proposta tesa a superare le rigidità e gli automatismi ora esposti. Secondo il progetto della commissione l'ergastolo veniva mantenuto, riducendone però l'ambito di applicazione: si proponeva di sostituire, per le singole fattispecie, la reclusione perpetua con una *detenzione speciale*, caratterizzata da una cornice edittale compresa tra i 24 e i 28 anni, prevedendo l'ergastolo soltanto nel caso di concorso di più reati tutti puniti con tale detenzione speciale.¹⁵¹ La *ratio* di

¹⁴⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p.153.

¹⁴⁹ Cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano non collaborante*, cit., p. 1223.

¹⁵⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 30.

¹⁵¹ Cfr. Relazione allegata allo *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa di riforma del sistema sanzionatorio penale*, consultabile in www.penalecontemporaneo.it come allegato a *Le conclusioni della commissione Palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale*, 10 febbraio 2014, p. 5.

questa proposta era proprio quella di rendere la pena più malleabile e adattabile alle peculiarità dei casi concreti.¹⁵²

Per quanto riguardava l'ergastolo ostativo si proponeva invece di trasformare la presunzione di non ravvedimento in caso di mancata collaborazione da assoluta in relativa.¹⁵³

Tutte queste proposte, che avrebbero quantomeno attenuato i profili di incostituzionalità di entrambe le tipologie di ergastolo legati alle loro caratteristiche di pene fisse e automatiche, non sono però state accolte a causa delle dimissioni dell'esecutivo all'inizio del 2014.¹⁵⁴

4. Cenni su alcune pronunce della CEDU

Dopo aver esposto i profili di incostituzionalità della pena dell'ergastolo è opportuno chiarire la posizione assunta rispetto a tale sanzione dalla Corte di Strasburgo, ormai più volte chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della detenzione perpetua con l'articolo 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali del 1950¹⁵⁵, in base al quale «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Ci si è chiesti, e ci si continua a chiedere, se una pena indeterminata, destinata a durare quanto la vita del condannato, sia da ricondurre al concetto di trattamenti inumani o degradanti.¹⁵⁶

¹⁵² Cfr. S. FUNGARDI, *Fine pena mai*, cit., p. 52.

¹⁵³ Cfr. Relazione allegata allo *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa di riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 2.

¹⁵⁴ Cfr. S. FUNGARDI, *Fine pena mai*, cit., p. 52.

¹⁵⁵ Ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848.

¹⁵⁶ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 620.

Leading case in materia è rappresentato dalla sentenza *Kafkaris c. Cipro* del 2008: Kafkaris, condannato all'ergastolo per un triplice omicidio, si era rivolto alla Corte invocando una violazione dell'articolo 3 della CEDU a causa della mancata scarcerazione dopo quindici anni di carcere, perché privato della possibilità di accedere alla liberazione anticipata o condizionale.¹⁵⁷

La Corte ha dichiarato che l'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata è compatibile con il divieto di trattamenti inumani o degradanti purché vi sia la possibilità che il condannato riacquisti, un giorno, la libertà: nel caso di specie l'eventualità della grazia concessa dal Presidente della Repubblica è dunque stata ritenuta idonea a scongiurare ogni violazione.¹⁵⁸ L'articolo 3 può ritenersi violato soltanto quando ci si trova di fronte a una pena che sia assolutamente irriducibile, *de iure o de facto*: nel caso di specie vi era una possibilità di rilascio limitata, perché legata alla decisione del Presidente della Repubblica, ma non al punto tale da far ritenere la pena irriducibile.¹⁵⁹

Quattro giudici della Corte presentavano però una *dissenting opinion*, ritenendo che non si potesse escludere, nel caso di specie, il contrasto con l'articolo 3 della CEDU per il fatto che il provvedimento di grazia è rimesso alla piena e assoluta discrezionalità del Capo dello Stato.¹⁶⁰ Secondo i giudici la pena dovrebbe sempre mirare al reinserimento sociale del condannato e tale principio avrebbe dovuto essere evidenziato dalla Corte, cogliendo l'occasione per affermare, con maggiore

¹⁵⁷ Cfr. F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 13.

¹⁵⁸ R. NUZZO, *Ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015, p. 49.

¹⁵⁹ D. GALLIANI, *Il diritto di sperare, la pena dell'ergastolo dinnanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2013, p. 7.

¹⁶⁰ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 620.

chiarezza, l'incompatibilità dell'ergastolo senza liberazione condizionale con l'articolo 3 della CEDU.¹⁶¹

La Corte tornava a pronunciarsi sulla questione nel 2009 e nel 2010 con le sentenze *Léger c. Francia* e *Iorgov c. Bulgaria*: nel primo caso si ometteva di pronunciarsi sul problema sollevato, relativo al contrasto della pena dell'ergastolo con l'articolo 3 della Convenzione, a causa della morte del ricorrente e del suo rappresentante; nel secondo caso la Corte riprendeva, invece, quanto affermato nella sentenza *Kafkaris* ritenendo sufficiente, per la legittimità della reclusione a vita, la sua riducibilità «*de iure o de facto*».¹⁶²

Successiva pronuncia, che costituisce il punto di riferimento obbligato di ogni discussione sulla pena dell'ergastolo, è la decisione sul caso *Vinter e altri c. Regno Unito*: caso esaminato prima dalla IV sezione e poi dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo, rispettivamente a gennaio 2012 e a luglio 2013.¹⁶³

Con la sentenza del 17 gennaio 2012¹⁶⁴ la quarta sezione riprendeva quanto enunciato nella sentenza *Kafkaris*, inserendo, tuttavia, alcune precisazioni ispirate alle peculiarità dell'ordinamento anglosassone.

Nel Regno Unito, dopo l'abrogazione della pena di morte nel 1865, è previsto che in caso di condanna per *murder* il giudice debba necessariamente applicare l'ergastolo, indicando però nella sentenza, secondo quanto stabilisce il *Criminal Justice Act* del 2003, un periodo minimo di carcerazione effettivamente da scontare, decorso il quale si potrà discutere l'eventuale ammissione alla liberazione anticipata. Nei casi

¹⁶¹ Cfr. F. VIGANO', *Ergastolo senza speranza di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2012, p. 3.

¹⁶² Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 622.

¹⁶³ Cfr. F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 14.

¹⁶⁴ Il testo è disponibile sul sito www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. VIGANO', *Ergastolo senza speranza di liberazione anticipata e art. 3 CEDU*, cit., p. 1 ss.

più gravi, però, tassativamente elencati dalla legge, analogamente a quanto accade in Italia, il giudice può stabilire, tramite il c.d. *whole life order*, che la pena dell'ergastolo venga scontata per tutta la durata della vita del condannato. In quest'ultimo caso il rilascio del detenuto può avvenire, dietro decisione del Segretario di Stato, soltanto in circostanze eccezionali, come in presenza di gravissime condizioni di salute accompagnate dall'assenza di pericolosità sociale (*power to release life prisoners on compassionate grounds*).¹⁶⁵

Nella sentenza *Vinter* la Corte prende in esame i ricorsi di tre ergastolani condannati con il *whole life order* facendo ricorso, per la prima volta, al criterio della proporzione e affermando che «il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti implica un divieto di pene gravemente e manifestamente sproporzionate».¹⁶⁶ La pena quindi può essere considerata legittima solo se non appare sproporzionata rispetto al reato e alle finalità della pena.

Nel caso di specie nessuno dei tre ricorrenti era riuscito a dimostrare che la pena fosse sproporzionata rispetto al reato oggetto della condanna.¹⁶⁷

La Corte aggiungeva, poi, che la pena deve considerarsi illegittima se, una volta che questa ha esaurito la sua funzione (retributiva, preventiva o rieducativa), l'ordinamento non prevede strumenti che consentano la liberazione anticipata: in questa ipotesi infatti la pena rappresenterebbe un'inutile afflizione per il condannato integrando un trattamento inumano. Nel caso in esame, sulla base di tali premesse, veniva esclusa qualsiasi violazione dell'articolo 3 della CEDU poiché i

¹⁶⁵ Cfr. F. VIGANO', *Ergastolo senza speranza di liberazione anticipata e art. 3 CEDU*, cit., p. 4.

¹⁶⁶ R. NUZZO, *Ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, cit., p. 49.

¹⁶⁷ Cfr. F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 14.

giudici ritenevano ancora sussistenti esigenze punitive e preventive nei confronti dei condannati, autori di delitti particolarmente efferati.¹⁶⁸

Si tratta di una decisione che ha suscitato forti perplessità in dottrina per il fatto che il condannato viene spogliato di qualsiasi diritto di fronte al potere discrezionale dello Stato, libero di stabilire se il protrarsi della detenzione si giustifichi o meno in relazione alle finalità della pena.¹⁶⁹

La sentenza della quarta sezione è stata, peraltro, ribaltata l'anno successivo dalla Grande Camera della Corte, che ha ravvisato una violazione dell'articolo 3 della CEDU nella previsione della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale: la mancanza di un'opportunità di scarcerazione è qualificabile come trattamento inumano e degradante per il detenuto condannato in via definitiva.¹⁷⁰

La *Grande Chambre* compie un passo ulteriore rispetto alla sentenza *Kafkaris*: se si fosse attenuta ai principi enunciati in tale decisione non avrebbe ravvisato alcuna violazione perché la pena in esame risultava riducibile, data la possibilità di rivolgersi al Segretario di Stato per ottenere la scarcerazione in presenza di una malattia terminale. Invece i giudici hanno reinterpretato quanto affermato nella sentenza del 2008 alla luce dei concetti di dignità e di rieducazione.¹⁷¹

¹⁶⁸ C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e articolo 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 3 novembre 2014, p. 2.

¹⁶⁹ Cfr. F. VIGANO', *Ergastolo senza speranza di liberazione anticipata e art. 3 CEDU*, cit., p. 13. Proprio per tali motivi alla sentenza si accompagnava la *dissenting opinion* di tre giudici che ritenevano, inoltre, che le ipotesi limite di liberazione anticipata, legate a malattie terminali, non fossero sufficienti per sostenere la compatibilità dell'ergastolo con il *whole life order* rispetto all'articolo 3 della CEDU: sarebbe invece opportuno prevedere una verifica giurisdizionale dell'opportunità di procedere con l'esecuzione della pena, una volta che il condannato ha trascorso un certo numero di anni in carcere. Cfr. *ivi*, p. 7.

¹⁷⁰ R. NUZZO, *Ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, cit., p. 49.

¹⁷¹ D. GALLIANI, *Il diritto di sperare, la pena dell'ergastolo dinnanzi alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 13-14.

L'ergastolo, nel momento in cui viene inflitto, non è contrario all'articolo 3 della CEDU, sempre che non sia sproporzionato rispetto al fatto commesso: nella fase della comminatoria della pena la Corte può svolgere esclusivamente un sindacato esterno. Nel corso dell'esecuzione, però, deve essere garantita «una prospettiva di rilascio e una possibilità di revisione»: questo significa che il percorso rieducativo del condannato deve essere periodicamente riesaminato al fine di valutare l'opportunità di una scarcerazione. Non ci si può attendere un ravvedimento dal detenuto nel momento in cui gli viene sottratta qualunque prospettiva di reinserimento: egli quindi ha il diritto di conoscere, nel momento in cui viene pronunciata la condanna, le condizioni e i presupposti per poter riacquistare la libertà.¹⁷²

La Corte, in particolare, ha affermato che «non si può privare i detenuti condannati a vita della speranza di ottenere la liberazione. Innanzitutto perché non si può ragionevolmente sostenere che tutti i condannati a vita resteranno sempre pericolosi per la società. In secondo luogo, perché la detenzione di persone che non hanno alcuna speranza di essere liberate pone gravi problemi di gestione. [...] Una persona condannata all'ergastolo senza alcuna prospettiva di liberazione né possibilità di far riesaminare la sua pena perpetua rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, per quanto eccezionali possano essere i suoi progressi per correggersi, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo. La punizione del resto rischia di appesantirsi ancora di più con il passare del tempo: quanto più vive il detenuto, tanto più lunga sarà la sua pena. In tal modo,

¹⁷² C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e articolo 3 CEDU*, cit., p. 3.

anche quando l'ergastolo è una punizione meritata alla data in cui viene inflitta, col passare del tempo esso non garantisce più una sanzione giusta e proporzionata».¹⁷³

La Corte ha quindi osservato che, affinché l'ergastolo sia compatibile con l'articolo 3 della CEDU, la pena deve essere riducibile e, per scongiurare il rischio di una punizione ingiusta e sproporzionata, meramente afflittiva e senza alcun effetto riabilitativo, deve essere effettuata una revisione della condanna dopo non più di venticinque anni di detenzione e poi con cadenza periodica negli anni successivi.¹⁷⁴

Dato il margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli Stati spetta però a questi, e non alla Corte, stabilire la natura amministrativa o giudiziaria del riesame.¹⁷⁵

La sentenza segna un punto di svolta perché per la prima volta la Corte riconosce un *diritto alla speranza*, un «*right to hope*» come lo definisce il giudice irlandese nella sua *concurring opinion*¹⁷⁶, ricompreso nell'articolo 3 della Convenzione: tale diritto è insito in ogni essere umano e quindi anche nei condannati all'ergastolo effettivo, che pur essendo responsabili di gravissimi reati e pur avendo inflitto enormi sofferenze, «conservano un'umanità fondamentale e hanno la capacità intrinseca di cambiare»¹⁷⁷: devono quindi avere la possibilità di riscattarsi dai propri errori.¹⁷⁸

¹⁷³ Sul punto cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 623-624.

¹⁷⁴ R. NUZZO, *Ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, cit., p. 51.

¹⁷⁵ D. GALLIANI, *Il diritto di sperare, la pena dell'ergastolo dinnanzi alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 16.

¹⁷⁶ Cfr. *ivi*, p. 18. Alla sentenza sono state allegare quattro *separate opinions*: una *dissenting* del giudice del Liechtenstein e tre *concurring* del giudice lettone, inglese e irlandese. Nella prima il giudice del Liechtenstein contesta più che altro il metodo utilizzato per constatare la violazione dell'articolo 3 della CEDU sostenendo che la valutazione andasse compiuta considerando la fase esecutiva e non l'astratta previsione legislativa. Il giudice lettone nella sua *concurring opinion* esprime riserve per il fatto che non è stato accordato ai ricorrenti alcun risarcimento del danno, mentre il giudice inglese si limita a un riassunto articolato della causa, senza ulteriori particolari riflessioni. La *concurring opinion* più incisiva è quella del giudice irlandese che appunto parla di diritto alla speranza. Cfr. *ibidem*.

¹⁷⁷ F. DI CARO, *Ergastolo ostativo*, cit., p. 15.

¹⁷⁸ *Ivi*, p. 16.

Dopo la sentenza *Vinter* la Corte è ritornata più volte sul tema della compatibilità dell'ergastolo con l'articolo 3 della CEDU.

Con la sentenza *Laslo Magyar c. Ungheria*, del 2014, è stato ribadito che se il detenuto all'ergastolo «non può usufruire di alcuna possibilità di liberazione anticipata», questo costituisce una violazione dell'articolo 3 della CEDU.¹⁷⁹

Sempre nel 2014 è stata pronunciata un'ulteriore decisione nel celebre caso *Ocalan c. Turchia* relativo a un cittadino turco, di origine curda, condannato a vita senza possibilità di liberazione con l'aggravamento sanzionatorio dell'isolamento sociale. La Corte ha affermato che una pena di questo tipo, che rende irrilevante il percorso rieducativo compiuto dal reo, comporta una sofferenza tale da sfociare in un trattamento inumano.¹⁸⁰

Il percorso interpretativo intrapreso dalla Corte nella sentenza *Vinter* sembrava però subire una battuta d'arresto con la sentenza *Hutchinson c. Regno Unito* del 2015. Nel 1984 Hutchinson era stato condannato all'ergastolo per aver ucciso a pugnalate un uomo, sua moglie e suo figlio e per aver violentato la figlia. Nel 1994 il Segretario di Stato aveva informato il condannato di aver deciso di imporgli il *whole life term*, che restava fermo anche dopo l'impugnazione del provvedimento. Hutchinson, che si era sempre professato innocente, ricorreva alla Corte di Strasburgo asserendo di trovarsi nella medesima situazione del caso *Vinter*: i giudici, tuttavia, affermavano di non riscontrare alcuna violazione dell'articolo 3 della CEDU

¹⁷⁹ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 626. Nel caso di specie il cittadino ungherese Laslo Magyar era stato condannato all'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale. Vi era l'eventualità della concessione della grazia da parte del presidente ungherese, ma si trattava di un atto puramente discrezionale, senza obbligo di motivazione e per di più mai adottato nei confronti di ergastolani, e che quindi veniva ritenuto dalla Corte insufficiente. Cfr. *ibidem*.

¹⁸⁰ R. NUZZO, *Ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, cit., p. 52.

sostenendo che la disciplina inglese, attraverso la previsione del rilascio *on compassionate grounds* disposto dal Segretario di Stato, fosse in grado di garantire ai condannati a pena perpetua la speranza e la concreta possibilità di liberazione anticipata, qualora il protrarsi della detenzione non fosse più giustificato.¹⁸¹

Nel 2016 invece la quarta sezione della Corte ha continuato a seguire il percorso argomentativo del caso *Vinter* nella sentenza *T.P. e A.T. c. Ungheria*. I due ricorrenti erano stati condannati all'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata: il primo per aver commesso un omicidio con speciale crudeltà e abuso di armi da fuoco, il secondo per duplice omicidio commesso con abuso di armi da fuoco. I condannati alla reclusione perpetua in Ungheria possono ottenere la libertà solamente attraverso il perdono presidenziale: il procedimento può essere iniziato su istanza del detenuto in qualunque momento dell'esecuzione, ma per i condannati a vita è previsto che venga comunque avviato d'ufficio dopo quarant'anni di detenzione.¹⁸²

La Corte afferma, riprendendo la giurisprudenza precedente, che l'ergastolo non contrasta, di per sé, con l'articolo 3 della CEDU salvo che appaia come sanzione manifestamente sproporzionata. È necessario, però, che nella fase esecutiva siano garantite «*both a prospect of release and a possibility of review*» per evitare che il detenuto continui ad essere privato della sua libertà anche quando non vi è più una ragione che giustifichi il protrarsi della pretesa punitiva. Egli dovrebbe essere in grado di conoscere, fin dal momento della condanna, le condizioni necessarie per riacquistare la libertà.¹⁸³

¹⁸¹ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 627.

¹⁸² P. BERNARDONI, *Ancora in tema di ergastolo e art. 3 CEDU: la Corte di Strasburgo pone un limite al margine di apprezzamento degli stati?*, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2016, p. 2.

¹⁸³ Cfr. *ivi*, p. 3.

Il procedimento ordinario per la concessione del perdono presidenziale era già stato considerato insufficiente con la sentenza *Laslo Magyar c. Ungheria*, per quanto riguarda invece il procedimento speciale, introdotto per i condannati a vita proprio dopo la decisione del 2014, la Corte afferma che in nessun caso il termine quarantennale può essere considerato compatibile con il margine di apprezzamento concesso agli Stati per la determinazione del momento a partire dal quale può essere avviata una procedura di revisione (che dovrebbe avvenire entro massimo venticinque anni dalla condanna). All'eccessiva lunghezza del termine si aggiunge poi il fatto che il perdono presidenziale è inidoneo a offrire al detenuto sufficienti garanzie, trattandosi di un atto puramente discrezionale e per il quale non è richiesta alcuna motivazione.¹⁸⁴

Il problema che sorge è come conciliare questa decisione con la sentenza *Hutchinson c. Regno Unito* anch'essa pronunciata dalla quarta sezione ma che giunge a conclusioni opposte: come avviene in Ungheria, anche in Gran Bretagna la prospettiva di ottenere la libertà è legata ad un provvedimento discrezionale dell'autorità ma la Corte non ha ravvisato, in quel caso, alcuna violazione.¹⁸⁵

A questo proposito la Grande Camera ha messo un punto alla vicenda *Hutchinson* con la sentenza del 17 gennaio 2017.¹⁸⁶ I giudici hanno ricordato come l'ergastolo è compatibile con l'articolo 3 della CEDU se sono assicurate la prospettiva di una liberazione e la possibilità della revisione. I criteri su cui si deve basare la revisione, così come la natura giudiziaria o amministrativa della stessa, devono essere definiti dai singoli Stati. Anche il momento a partire dal quale la revisione può essere

¹⁸⁴ Cfr. P. BERNARDONI, *Ancora in tema di ergastolo e art. 3 CEDU*, cit., p. 4.

¹⁸⁵ *Ivi*, p. 6.

¹⁸⁶ Disponibile sul sito www.penalecontemporaneo.it con nota di P. BERNARDONI.

effettuata è rimesso al margine di apprezzamento degli Stati, tenendo presente però il limite massimo dei venticinque anni dall'inizio della detenzione.¹⁸⁷ Sulla base di questi criteri la Corte ha valutato il sistema inglese considerandolo coerente con l'articolo 3 della CEDU. In particolare è stato attribuito rilievo al fatto che, dopo la sentenza *Vinter*, la *Court of Appeal* inglese ha sancito l'obbligo di interpretare le norma che attribuisce al Segretario di Stato il potere di disporre la liberazione del condannato per motivi di compassione in senso conforme alla giurisprudenza internazionale. Ciò significa che egli sarà tenuto a disporre la cessazione della pena quando questa ha esaurito la sua legittima funzione. Inoltre il fatto che il provvedimento del Segretario di Stato debba essere motivato, con particolare riferimento ai principi sanciti dalla Corte, offre, nella visione dei giudici di Strasburgo, sufficienti garanzie al condannato, così come la possibilità di rivolgersi all'autorità per chiedere la scarcerazione in qualunque momento dalla pronuncia della condanna.¹⁸⁸

Queste considerazioni sono, nell'ottica della Grande Camera, sufficienti a spiegare l'apparente contrasto tra la sentenza *Hutchinson* e la sentenza *T.P. e A.T. c. Ungheria*. Rimane il fatto che, al di là delle contraddizioni del caso *Hutchinson*, la Corte di Strasburgo, a partire dalla sentenza *Vinter*, ha sempre costantemente enunciato alcuni principi, alla luce dei quali è opportuno analizzare la disciplina italiana dell'ergastolo senza liberazione condizionale.

L'articolo 3 della CEDU deve essere interpretato, con riferimento alle pene perpetue, nel senso che «esige che esse siano riducibili, ossia sottoposte a un riesame che

¹⁸⁷ P. BERNARDONI, *I molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2017, p. 6

¹⁸⁸ *Ibidem*.

permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimi relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione». Se manca la prospettiva della liberazione condizionale o di revisione l'ergastolo diviene quindi un trattamento inumano e degradante vietato dall'articolo 3 della convenzione europea.¹⁸⁹

È vero che la Corte non ha ancora avuto occasione di pronunciarsi sull'ergastolo ostativo disciplinato dall'articolo 4*bis* dell'ordinamento penitenziario¹⁹⁰ ma non si può fare a meno di notare come tale pena sia difficilmente conciliabile con i principi enunciati.

Riepilogando, l'articolo 3, secondo l'interpretazione fornita a partire dalla sentenza *Vinter*, richiede:

- a. Una concreta prospettiva di scarcerazione per il condannato.
- b. La conoscibilità, fin dall'inizio dell'esecuzione, dei presupposti e del meccanismo per rendere riducibile la pena.
- c. La conoscibilità del momento a partire da quale potrà essere richiesta la revisione della pena.

¹⁸⁹ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 110. È importante considerare che la Corte ha affermato tali principi anche con riferimento alle procedure di estradizione: un paese che ha sottoscritto la CEDU viola tale convenzione se acconsente all'extradizione di un soggetto verso un altro Stato dove questi potrebbe essere condannato all'ergastolo senza speranza di liberazione anticipata e senza la garanzia di un riesame della condanna entro un periodo di tempo predeterminato. Cfr. sentenza *Trabelsi c. Belgio*, disponibile in www.penalecontemporaneo.it con nota di C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e articolo 3 CEDU*, cit., p. 4 ss. Più in generale, sul problema dell'extradizione in caso di possibilità di condanna all'ergastolo, cfr. D. VAN ZYL SMIT, *La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato*, in *Criminalia*, 2014, p. 60 ss.

¹⁹⁰ Il 30 maggio 2017 la Corte ha però comunicato all'Italia di aver ricevuto un ricorso, presentato da M. Viola, avente ad oggetto la disciplina del c.d. ergastolo ostativo in quanto pena perpetua non riducibile che sarebbe in contrasto con l'articolo 3 della Convenzione. Cfr. sul punto D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, in *Rivista AIC*, 4/2017, p. 37 ss.

- d. Una periodica verifica da parte delle autorità nazionali dei progressi compiuti dal condannato nel corso dell'esecuzione, per valutare l'opportunità del mantenimento della pena.¹⁹¹

Per quanto riguarda il primo punto manca la concreta prospettiva di una scarcerazione perché il condannato all'ergastolo ostativo non può accedere alla liberazione condizionale salvo che collabori con la giustizia. Né possono rappresentare un'alternativa la grazia o l'indulto, «misure clemenziali teoriche e remote».¹⁹²

Il condannato all'ergastolo ostativo si vede, inoltre, negato il diritto a conoscere anticipatamente le condizioni per il rilascio anticipato, poiché è la magistratura di sorveglianza che, attraverso un'analisi *ex post* della sentenza di condanna, deve valutare se il delitto rientra o meno in quelli ostativi elencati dall'articolo 4bis considerando non solo il *nomen iuris*, ma anche «le intrinseche connotazioni mafiose o terroristiche o eversive della fattispecie giudiziale»: basti pensare al fatto che l'articolo 4bis fa riferimento, con una formula molto ampia e dai contorni non definiti, anche ai «delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste» dall'articolo 416bis «o al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste». Può quindi accadere che il condannato scopra a distanza di anni dalla condanna di non poter accedere ai benefici penitenziari, al momento della richiesta, ad esempio, di un permesso premio o del lavoro all'esterno.¹⁹³

¹⁹¹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 27.

¹⁹² A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 110.

¹⁹³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 27. A questo proposito si è parlato di «creazione giurisprudenziale» dell'ergastolo ostativo. Cfr. C. CONTE, *Manuale sulla pena dell'ergastolo*, Frosinone, 2017 come citato in R. DE VITO, *Lo scandalo dell'ergastolo*, in *Questione Giustizia*, 20 maggio 2017.

Per quanto riguarda il terzo punto l'ergastolano ostativo non può conoscere *a priori* il momento in cui avrà luogo o potrà essere richiesto il riesame della pena perché anche l'accesso alla liberazione condizionale è legato a un evento assolutamente imprevedibile, ovvero alla collaborazione con la giustizia ex art. 58ter oppure all'accertamento dell'oggettiva inesigibilità della condotta collaborante.¹⁹⁴

Infine manca una verifica periodica dei progressi compiuti dal condannato durante la detenzione, poiché, essendo richiesta esclusivamente la collaborazione, è completamente irrilevante il suo percorso rieducativo.¹⁹⁵ Si può affermare che «opera una sorta di presunzione di sussistenza di legittimi fondamenti penologici per la prosecuzione della detenzione fino al momento in cui il detenuto non si dissocia dal suo precedente vissuto delinquenziale mediante condotte collaborative».¹⁹⁶

Si può dunque ragionevolmente dubitare, alla luce di tali considerazioni, della compatibilità dell'ergastolo con l'articolo 3 della CEDU, e, quindi, con l'articolo 117 della Costituzione che prescrive il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Dal momento che le pronunce della Corte EDU vincolano gli Stati che hanno ratificato la convenzione ad uniformare la propria legislazione alla sua giurisprudenza oggi una riforma dell'ergastolo ostativo sembrerebbe improcrastinabile. «Non si tratta più di risolvere un'annosa controversia ideologica tra abolizionisti e conservatori, ma di assolvere ad un vero e proprio obbligo di natura giuridica».¹⁹⁷

¹⁹⁴ Cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 27.

¹⁹⁵ Cfr. *ivi*, p. 28.

¹⁹⁶ P. BERNARDONI, *Ancora in tema di ergastolo e art. 3 CEDU*, cit., p. 8.

¹⁹⁷ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 199.

5. I vani progetti di riforma

Il dibattito dottrinale relativo alla dubbia legittimità della pena dell'ergastolo e alla sua scarsa efficacia general preventiva, è sfociato, a partire dagli anni '70, in una serie di progetti di riforma, volti a ridurre, o perlomeno attenuare, il contrasto con i principi enunciati dalla Costituzione: si è trattato, tuttavia, di semplici tentativi che non hanno prodotto alcuna reale modifica della disciplina dell'ergastolo.

Innanzitutto, nel 1973, l'anno prima della storica sentenza 264 con cui la Corte Costituzionale ha salvato la legittimità dell'ergastolo, il Senato approvava un progetto di riforma proposto dall'allora ministro della giustizia Gonella, integrato da modifiche suggerite da alcuni senatori. Tra i vari punti era prevista l'eliminazione della pena dell'ergastolo e la conseguente abrogazione dell'articolo 22 del codice penale. L'articolo 23, contestualmente modificato, prevedeva, di conseguenza, una più ampia estensione della reclusione da quindici giorni a quarant'anni: i delitti per i quali prima era comminato l'ergastolo sarebbero stati puniti con la reclusione da ventisette a quarant'anni.¹⁹⁸

La dottrina faceva criticamente rilevare, tuttavia, come la sostituzione di una pena perpetua con una sanzione teoricamente temporanea, ma caratterizzata da una durata spropositata, fosse una «idea fraudolenta», una «frode delle etichette».¹⁹⁹

Il progetto Gonella, pur essendo stato approvato dal Senato, non divenne legge a causa della scadenza della legislatura.²⁰⁰

¹⁹⁸ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 615.

¹⁹⁹ G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., p. 97.

²⁰⁰ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 615.

Data fondamentale è poi quella del 17 maggio 1981, giornata in cui si tenne un referendum, indetto su proposta del Partito Radicale, per l'abrogazione degli articoli 17 c. 2 n. 2 e 22 del codice penale.

Il referendum si colloca in un periodo storico particolarmente delicato (i c.d. *anni di piombo*), caratterizzato da lotte armate, attacchi terroristici e da un conseguente elevato allarme sociale, in cui il Movimento Sociale Italiano, partito di estrema destra, proponeva addirittura il ripristino della pena di morte. Non propriamente il momento adatto, dunque, per chiamare il popolo a pronunciarsi sull'abolizione della pena perpetua.²⁰¹

Il 17 maggio del 1981 si recò alle urne un numero elevatissimo di votanti: il 79,4%. Il 77,4% di questi si espresse in senso contrario all'abrogazione, segnando un duro colpo per chi proponeva l'abolizione dell'ergastolo. Non si trattava, infatti, di una sconfitta di pochi voti, o dovuta al mancato raggiungimento del *quorum* che ha penalizzato tanti referendum, ma anzi di un «clamoroso “no” di quasi quattro italiani su cinque».²⁰²

Questi risultati indicavano chiaramente che qualunque iniziativa volta all'abolizione dell'ergastolo avrebbe dovuto affrontare una forte opposizione popolare.²⁰³

La sconfitta fu talmente amara che si dovettero attendere quasi quindici anni prima di tornare a parlare di abrogazione dell'ergastolo: in ogni caso si registrava – come ricorda Gallo – una certa indifferenza circa il mantenimento o meno della reclusione perpetua. Di fronte all'inquietudine legata alla criminalità organizzata, specialmente

²⁰¹ S. FUNGARDI, *Fine pena mai*, cit., p. 44, nota 117.

²⁰² E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 186.

²⁰³ *Ivi*, p. 189.

quella di tipo mafioso, la questione «ha finito per spostarsi dall'area della legittimità costituzionale a quello dell'opportunità di politica criminale».²⁰⁴

Il 2 agosto 1995 veniva comunicato alla Presidenza del Senato un disegno di legge, primo firmatario il senatore Riz, relativo alla riforma del I libro del codice penale. Il progetto eliminava l'ergastolo dal catalogo delle pene prevedendo la sua sostituzione con la reclusione di anni trenta.²⁰⁵

Ancora una volta il progetto non riuscì, però, a concludere il suo *iter* legislativo, a causa dello scioglimento anticipato delle camere.²⁰⁶

Nel 1998 veniva approvato in Senato un altro disegno di legge, proposto dalla senatrice Ersilia Salvato, che proponeva l'abolizione dell'ergastolo e la sua sostituzione con la c.d. *reclusione speciale* da trenta a trentadue anni. Si prevedeva anche la contestuale modifica dell'articolo 72 c.p. stabilendo, in caso di concorso di più delitti comportanti la pena della reclusione speciale, l'applicazione della reclusione di anni trentadue con l'isolamento diurno da sei mesi a due anni, mentre nell'ipotesi di concorso di un delitto punito con la reclusione speciale con altri delitti sanzionati invece con pene temporanee, l'applicazione della reclusione speciale con isolamento diurno da due a dodici mesi.²⁰⁷

Si mantenevano, tuttavia, i limiti minimi di detenzione da scontare per poter accedere alle misure alternative (quindi, ad esempio, continuavano ad essere necessari vent'anni per l'ammissione alla semilibertà e ventisei per la concessione della liberazione condizionale).

²⁰⁴ E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo*, cit., p. 76.

²⁰⁵ M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 617.

²⁰⁶ S. FUNGARDI, *Fine pena mai*, cit., p. 45.

²⁰⁷ Cfr. *Riepilogo degli emendamenti approvati dalla commissione giustizia al disegno di legge n. 211*, disponibile in AA.VV., *Mai dire mai - campagna per l'abolizione dell'ergastolo*, Antigone, 1997.

La discussione in Senato era stata particolarmente accesa: turbava l'idea che feroci assassini potessero essere rimessi in libertà e spesso veniva richiamato in aula l'esito del referendum del 1981, per ricordare la posizione espressa dall'opinione pubblica.²⁰⁸

Salvatore Senese, nella relazione presentata in Senato a nome della Commissione Giustizia denunciava il prevalere di elementi di scissione, di «lacerazione», legati al dilagare del terrorismo politico e mafioso che determinava bisogno di sicurezza e di assicurazione.²⁰⁹

Il disegno di legge venne approvato in Senato con 107 voti favorevoli, 51 contrari e 8 astenuti. La senatrice Salvato, all'indomani della votazione, affermava: «può coesistere la pena perpetua con i diritti fondamentali che sono alla base della nostra comunità e della nostra Costituzione? Può la pena dell'ergastolo essere compatibile con quell'idea della pena finalizzata al reinserimento sociale e non alla vendetta [...]? Può la pena dell'ergastolo essere compatibile con quell'aspirazione, con l'elaborazione teorica, con la riflessione sulla Giustizia e sullo Stato di diritto che sono alla base della battaglia della cultura garantista per il diritto penale minimo? A queste domande, al nocciolo di queste questioni, una larga maggioranza di senatori

²⁰⁸ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 188.

²⁰⁹ Cfr. *Per l'abolizione dell'ergastolo. Relazione al Senato della Repubblica*. Disponibile integralmente in S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, cit., p. 61 ss. Senese afferma che «l'abolizione dell'ergastolo pone problemi non semplici di sistema. Esso è talmente innervato nella nostra legislazione che una sua sostituzione pure e semplice con pena detentiva si rivela foriera di problemi aspri e di difficile soluzione. Alla Commissione è parso, allora, preferibile sostituire la pena perpetua con una pena detentiva temporanea, che sia però una pena di specie diversa, suscettibile perciò di raccordarsi a tutti gli istituti che oggi sono modellati sul presupposto di una pena qualitativamente diversa dalla reclusione. [...] È in gioco, in questo voto, la scelta di una nuova politica penale, della quale tutti avvertiamo il bisogno». Cfr. *ivi*, p. 75.

ha risposto in modo convinto che la pena dell'ergastolo è in profonda, radicale contraddizione con i principi democratici del nostro ordinamento [...]».²¹⁰

Nonostante la fine della legislatura fosse ancora lontana l'altro ramo del parlamento non avviò, però, neppure la discussione sul disegno di legge, che veniva quindi definitivamente «seppellito».²¹¹

Nello stesso anno l'allora Ministro della Giustizia Flick, istituiva una commissione di esperti, presieduta dal professor Carlo Federico Grosso, con il compito di avviare una riforma del codice penale. Inizialmente la commissione si era limitata a sottolineare la «piena compatibilità» dell'abolizione della reclusione perpetua con il nuovo sistema penale, ritenendo però di non dover «assumere posizione sul problema relativo alla eliminazione della pena dell'ergastolo», nel frattempo già in discussione in parlamento, appunto con il disegno di legge Salvato. In un secondo momento, tuttavia, il progetto elaborato, mirando a ridurre la severità del sistema sanzionatorio, aboliva la pena dell'ergastolo prevedendo la sua sostituzione con una *reclusione speciale* da venticinque a trent'anni.²¹²

I lavori della commissione proseguivano fino al 2001 quando, nella relazione conclusiva, si affermava: «la commissione ha dedicato attenzione al tema dell'ergastolo, la cui proposta di abolizione ha suscitato critiche soprattutto nel mondo politico, ma apprezzamenti qualificati nel mondo culturale».²¹³ Per il caso in cui l'abrogazione della pena perpetua non avesse trovato il necessario consenso in parlamento si proponeva una soluzione ibrida alternativa: una *reclusione speciale*

²¹⁰ E. SALVATO come citata in P. GONNELLA, *La grande promessa abolizionista: una storia divisa in due*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo*, cit., p. 57.

²¹¹ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 189.

²¹² Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 617-618.

²¹³ Cfr. *ivi*, p. 618.

che andasse da venticinque a trent'anni o a vita, con la precisazione che, in ogni caso, dopo trent'anni la detenzione potesse proseguire esclusivamente in presenza di esigenze di prevenzione speciale: la persistenza o la cessazione di tali esigenze doveva essere verificata dalla magistratura di sorveglianza con periodicità annuale.²¹⁴

Il progetto Grosso venne dimenticato dopo il mancato rinnovo della commissione in seguito alle elezioni del 2001.

Nel 2006 veniva istituita, dall'allora Ministro della Giustizia Mastella, un'ulteriore commissione avente il compito di predisporre uno schema di disegno di legge delega per riformare il codice penale, sotto la guida di Giuliano Pisapia.

Nel progetto elaborato tra le pene detentive non compariva la pena dell'ergastolo, sostituita con la *detenzione di massima durata* pari a trentadue anni, elevabili a trentotto in caso di concorso di reati.²¹⁵ Nella relazione conclusiva si sosteneva di essere giunti all'eliminazione della pena perpetua in seguito a una discussione intorno all'articolo 27 della Costituzione: «una pena eliminativa, che sopprime per sempre la libertà di una persona, escludendola dalla convivenza civile, non può non essere considerata una pena disumana, anche in quanto finisce col negare la dignità individuale», inoltre, «se per "rieducazione" si intende, secondo l'opinione unanime della dottrina, la risocializzazione e il reinserimento sociale del condannato, l'ergastolo è logicamente incompatibile con la finalità rieducativa della pena».²¹⁶ Quindi si affermava: «la commissione, come sopra accennato, ha riflettuto a lungo

²¹⁴ Cfr. S. FUNGARDI, *Fine pena mai*, cit., p. 47. Più ampiamente sui lavori della commissione Grosso cfr. *Lavori commissione Grosso* sul sito ristretti.it.

²¹⁵ Cfr. S. FUNGARDI, *Fine pena mai*, cit., p. 48-49.

²¹⁶ Cfr. *Commissione Pisapia – per la riforma al codice penale (27 luglio 2006) – relazione*, disponibile in www.giustizia.it.

su tale tema tenendo anche conto della contrarietà di gran parte dell'opinione pubblica e dei paventati rischi di indebolire la lotta alla criminalità organizzata, ma è pervenuta, a grande maggioranza, alla conclusione di non prevedere la pena dell'ergastolo non solo sulla base delle considerazioni sopra sviluppate ma anche sulla base dei dati oggettivi che dimostrano come la pena perpetua, così come la pena di morte, non ha mai avuto quella efficacia deterrente che molti prospettano [...]».²¹⁷ Si sottolineava poi come la prospettiva di una reclusione di trentadue anni potesse spaventare tanto quanto la reclusione a vita, con l'importante differenza che il condannato avrebbe potuto essere reinserito gradualmente nella società, in attuazione del principio rieducativo imposto dalla Costituzione.

Si trattava, peraltro, dell'ennesimo progetto destinato ad essere accantonato a causa della fine anticipata della legislatura.²¹⁸

Nel 2013 veniva costituita una commissione, presieduta dal professor Francesco Palazzo, per la redazione dei criteri direttivi di delega legislativa, in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale.²¹⁹ Affrontando il tema dell'ergastolo la commissione si pronunciava favorevolmente alla sua eliminazione, considerandone gli svariati profili di incostituzionalità. Tuttavia, nella «piena consapevolezza del carattere eminentemente politico della questione e della difficile praticabilità di una proposta interamente abolizionista», si proponeva di sostituire, per le singole fattispecie, la pena dell'ergastolo con quella della *detenzione speciale*, da

²¹⁷ Cfr. *Commissione Pisapia – per la riforma al codice penale (27 luglio 2006) – relazione*, cit.

²¹⁸ Cfr. S. FUNGARDI, *Fine pena mai*, cit., p. 51.

²¹⁹ Cfr. anche *supra*, paragrafo 3.

ventiquattro a ventotto anni, e di continuare, invece, a prevedere l'ergastolo nell'ipotesi di concorso di reati tutti puniti con la detenzione speciale.²²⁰

Peraltro si stabiliva, analogamente ad altri progetti, che l'ergastolo dovesse sempre estinguersi dopo trent'anni di detenzione, salva la sussistenza di esigenze special-preventive, accertate con cadenza almeno annuale dal tribunale di sorveglianza.²²¹

Il progetto della commissione Palazzo si distingueva rispetto agli altri perché veniva affrontata anche la questione della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari da parte dei soggetti autori di reati di cui all'articolo 4bis dell'Ordinamento Penitenziario, in caso di mancata collaborazione. A questo proposito si suggeriva di trasformare la presunzione assoluta di mancato ravvedimento in assenza di condotta collaborativa in una presunzione relativa, superabile attraverso una valutazione compiuta dal magistrato di sorveglianza. Venivano quindi indicati alcuni comportamenti che, pur non essendo collaborativi, avrebbero potuto dimostrare il distacco del condannato dal sodalizio criminale: ad esempio le prese di posizione pubbliche, l'interesse per le vittime dei reati e per i loro familiari, l'impegno profuso nell'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato o, ancora, l'aver tenuto condotte riparatorie, interpretabili come «concreta manifestazione del sincero proposito di fare tutto il possibile per sanare le conseguenze del delitto».²²²

Anche il progetto Palazzo ha subito però la sorte toccata agli altri: è stato accantonato a causa delle dimissioni anticipate del Governo.²²³

²²⁰ Cfr. *Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale-relazione*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014, p. 4-5.

²²¹ Cfr. *ibidem*. Sul punto cfr. S. FUNGARDI, *Fine pena mai*, cit., p. 52.

²²² E. MARIANI, *A proposito di C. Musumeci, A. Pugiotto: "Gli ergastolani senza scampo"*, cit., p. 494.

²²³ F. DI CARO, *Ergastolo "ostativo"*, cit., p. 17. Nello stesso anno tuttavia la Commissione mista si è occupata della dubbia legittimità dell'articolo 4bis Ord. Pen., proponendo una revisione dell'elenco

Di fronte a una lunga serie di progetti di riforma abbandonati e dimenticati sembra difficile ipotizzare che, in un immediato futuro, potranno essere compiuti passi significativi nella direzione dell'abolizione dell'ergastolo, quantomeno dell'ergastolo semplice. Tanto che la legge 28 aprile 2014, n. 67, contenente una delega al governo in materia di «pene detentive non carcerarie», enunciava, tra i principi e i criteri direttivi, anche la «permanente previsione dell'ergastolo tra le pene principali».²²⁴

Per quanto riguarda l'ergastolo ostativo, invece, durante la attuale XVII legislatura sono stati presentati alcuni disegni di legge volti a modificarne disciplina²²⁵, ma soprattutto appaiono significativi i lavori degli Stati Generali dell'esecuzione penale effettuati nel 2015. Il tavolo 12 (*Misure e sanzioni di comunità*) ha proposto l'abrogazione degli articoli 4bis, 58ter (persone che collaborano con la giustizia), 58quater (divieto di concessione dei benefici) e di ogni altra preclusione all'accesso alle misure alternative, invocando un contrasto con la finalità rieducativa della pena e con il principio di individualizzazione del trattamento.²²⁶

Più articolata, invece, la proposta del tavolo 16 (*Trattamento – ostacoli normativi alla individualizzazione del trattamento rieducativo*) che ha invece presentato un progetto di modifica degli articoli 4bis e 58ter in modo da renderli maggiormente compatibili con i principi fondanti l'ordinamento penitenziario. Innanzitutto si è

dei reati ostativi in modo da eliminare tutti quei delitti non strettamente di matrice mafiosa o terroristica. In tal modo l'accesso ai benefici sarebbe precluso soltanto in relazione a quei soggetti ritenuti pericolosi per la loro affiliazione a organizzazioni criminali (oggi invece compaiono nell'elenco anche, ad esempio, il delitto di violenza sessuale di gruppo, il sequestro di persona a scopo di estorsione o l'attività diretta a favorire l'ingresso illegale di uno straniero nel territorio dello Stato). Sul punto cfr. E. MARIANI, *A proposito di C. Musumeci, A. Pugiotto: "Gli ergastolani senza scampo"*, cit., p. 495.

²²⁴ Cfr. M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 619.

²²⁵ Cfr. sul punto A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 167, nota 291.

²²⁶ Cfr. E. MARIANI, *A proposito di C. Musumeci, A. Pugiotto: "Gli ergastolani senza scampo"*, cit., p. 495.

suggerito di inserire nell'articolo 58^{ter} un comma 1^{bis} che introduce, nel novero delle condotte collaborative, anche quelle «riparative in favore delle vittime del reato, dei loro famigliari e della comunità civile» idonee a produrre «significativi risultati in termini di ricomposizione dei conflitti, di mediazione sociale e di positivi cambiamenti a vita». Parallelamente dovrebbe essere modificato l'articolo 4^{bis} prevedendo, accanto alle ipotesi di collaborazione impossibile o irrilevante, che consentono l'accesso ai benefici, anche l'eventualità di una «non collaborazione comunque motivata che, tuttavia, non escluda la sussistenza degli altri presupposti richiesti dalla legge per la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative, da accompagnarsi alle suddette condotte riparative». In questi casi sarebbe consentito l'accesso agli istituti premiali «salvo che siano acquisiti elementi tali da far ritenere sussistenti attuali collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».²²⁷

Se tali proposte fossero accolte vi sarebbero «conseguenze dirette anche sotto il profilo della “neutralizzazione” dell'ergastolo ostativo, che non sarebbe più senza scampo per il condannato»,²²⁸ e inoltre verrebbe valorizzato il ruolo della magistratura di sorveglianza, chiamata a svolgere una valutazione più approfondita dei requisiti soggettivi e della condotta della persona detenuta.²²⁹

La c.d. Riforma Orlando, approvata a giugno del 2017, tra le deleghe al governo in materia di Ordinamento Penitenziario, prevede, al c. 85 lett. e, il superamento degli

²²⁷ Verrebbe quindi capovolta la formula attuale: «purché siano acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva», che richiede una *probatio diabolica*. Sul punto cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 170-171, note 299 e 300.

²²⁸ A. PUGIOTTO, *ivi*, p. 171.

²²⁹ Cfr. E. MARIANI, *A proposito di C. Musumeci*, A. Pugiotto: “Gli ergastolani senza scampo”, cit., p. 496.

automatismi che precludono o limitano l'accesso ai benefici penitenziari e che «impediscono ovvero ritardano [...] l'individualizzazione del trattamento rieducativo o la differenziazione dei percorsi penitenziari». Tale superamento è però escluso nei «casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale», quindi proprio nelle principali ipotesi di operatività dell'articolo 4bis, che sembrerebbe dunque sopravvivere alla riforma.²³⁰

5.1 La pena perpetua e i bisogni di punizione della società civile

La principale ragione per cui i vari tentativi di riforma sono sempre andati incontro a fallimenti non è di ordine giuridico, ma appare più che altro legata alle «aspettative sociali verso una pena certa, dura, esclusivamente retributiva, possibilmente neutralizzatrice, da scontarsi fino all'ultimo giorno».²³¹ Si sostiene inoltre che una pena così severa come l'ergastolo, sia l'unica sanzione in grado di avere una reale efficacia deterrente nei confronti di potenziali autori di reati gravi.²³²

²³⁰ A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2017, p. 251. È stato osservato, però, che l'interpretazione della legge deve sempre preservarne il carattere di novità: ciò che la delega impone è che vengano mantenute delle modalità di esecuzione più severe relativamente alle condanne per reati di matrice mafiosa o terroristica, questo non esclude una revisione della normativa attuale in modo da renderla maggiormente coerente con i precetti costituzionali. Cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., p. 7 ss. Nella proposta di attuazione della delega, elaborata da esperti in materia di esecuzione penitenziaria, si è suggerito di attuare il progetto elaborato nel 2015 dal tavolo 16 relativamente alla revisione dell'articolo 58ter e di inserire quindi, tra le condotte collaborative, anche condotte riparative in favore delle vittime, dei loro familiari o della comunità civile. Cfr. *supra* ma anche F. SIRACUSANO, *Modifiche all'articolo 58ter*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2017, p. 188 ss.

²³¹ A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 175.

²³² L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, cit., p. 1249, ma anche C. MAZZUCCATO, *Dal buio della pena alla luce dei precetti*, cit., p. 55: la collettività reputa pienamente legittimo arrecare sofferenza a chi ne ha arrecata a sua volta, e a questa considerazione si accompagna, oltretutto, la presunta liceità del mancato rispetto dei principi basilari della democrazia: «Come a dire: se fai del male posso punirti perché lo meriti; ma se fai del male non sono neppure tenuto ad essere civile con te perché la lotta al crimine non può certo lasciarsi imbrigliare in sofisticate sottigliezze umanitarie».

Sono quindi soprattutto le «resistenze emotive» che ostacolano la campagna abolizionista: i cittadini si sono già espressi una volta contro l'eliminazione dell'ergastolo, lo hanno fatto in maniera chiara e univoca, e questo finisce per influenzare qualsiasi discussione parlamentare sul tema.²³³

Nella collettività domina un'idea retributiva della pena: chi ha commesso il fatto deve pagare, deve risarcire la società non esservi reinserito. È necessario rispondere al male con il male, chi ha sbagliato deve essere ripagato con la sofferenza.²³⁴

Di fronte a un crimine feroce risulta estremamente difficile chiedere al popolo di essere indulgente, o almeno questo risulta impossibile in una prima fase, quando prevale l'aspetto oggettivo del reato: la sua violenza, la sua brutalità accanto alla compassione per la vittima e per i suoi famigliari. È vero che la collettività delega la punizione alle autorità, «ma dall'istituzione si attende una risposta adeguata alla gravità oggettiva del crimine contestato».²³⁵

Basta ricordare il controverso caso del giovane nazista norvegese, Anders Breivik, che, nel luglio del 2011, ha sterminato settantasette persone, di cui sessantanove

²³³ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 185. A questo proposito è opportuno ricordare che nel 2011 era stato approvato in Senato un disegno di legge che, da un lato, eliminava la possibilità per il condannato all'ergastolo che avesse richiesto il giudizio abbreviato di ottenere la conversione della pena in trent'anni di reclusione, e, dall'altro, prevedeva la necessità di scontare sempre ventisei anni di detenzione per poter accedere non solo alla liberazione condizionale, ma in generale alle misure alternative. Al momento dell'approvazione Gasparri affermava: «Abbiamo [...] introdotto, con questa normativa, dei principi che garantiscono che i reati puniti con l'ergastolo non avranno riduzioni e per i delitti più efferati non ci saranno più benefici penitenziari. Quindi gli italiani hanno oggi una legge, approvata dal Senato che garantisce di più la gente onesta nei confronti di chi ha commesso reati che destano grave allarme sociale». Cfr. A. PUGIOTTO, *Cattive nuove in materia di ergastolo*, in *Studium iuris*, 1/2012, p. 11. Questo messaggio (che quasi ricorda il motto fascista "in Italia si dorme a porte aperte") indica chiaramente che il legislatore agisce per rispondere a istanze della società civile, per placare l'allarme sociale.

²³⁴ C. MAZZUCATO, *Dal buio della pena alla luce dei precetti*, cit., p. 24.

²³⁵ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 191. Bisogna poi considerare il ruolo che, in questa prima fase, svolgono i mass-media alimentando l'idea che certi tipi di criminalità si debbano "combattere" con pene adeguatamente severe. Cfr. G. LATTANZI, *Il sistema sanzionatorio tra criticità e prospettive di razionalizzazione*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, p. 201.

giovani ragazzi, attivisti del partito laburista, che si erano ritirati su un'isola vicino a Oslo per un ritrovo estivo. Quando Breivik è stato condannato a soli ventun anni di reclusione, massima pena prevista dall'ordinamento norvegese, anche molte persone favorevoli all'abolizione dell'ergastolo e fautrici di una politica criminale maggiormente garantista non hanno potuto fare a meno di provare un certo disappunto.²³⁶

In situazioni di questo genere, tuttavia, lo Stato non può cedere alle istanze della società civile ma deve dimostrarsi forte: piegarsi ai bisogni di punizione emergenti dalla collettività non è altro che una «resa dello Stato» che rinuncia, *a priori*, alla rieducazione del condannato e al suo recupero sociale.²³⁷

Una pena come l'ergastolo viene, al contrario, assunta dal potere politico come simbolo della *vis* dello Stato davanti ai crimini più efferati, come espressione di uno Stato che si dimostra inflessibile nei confronti di determinati delitti, allontanando, attraverso la severità della sanzione, l'orrore del crimine.²³⁸

Si può affermare, a questo proposito, che «il sistema penale italiano si presenta essenzialmente come “sistema simbolico”: anche il mantenimento dell'ergastolo nell'ordinamento si giustifica solo se letto come valore attribuito al simbolo. Ma un sistema essenzialmente simbolico perde di ragionevolezza».²³⁹

²³⁶ Cfr. E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 191.

²³⁷ R. SAVIANO, *L'ergastolo? È la resa dello Stato*, in *L'espresso*, 2 dicembre 2012. Cfr. anche C. MAZZUCCATO, *Dal buio della pena alla luce dei precetti*, cit., p. 56.

²³⁸ Cfr. G. MOSCONI, *Il massimo della pena*, cit., p. 108 ss. A questo proposito si può dire che la nostra epoca è caratterizzata da una «cultura del controllo»: una cultura, cioè, che «caldeggia l'approvazione dei cosiddetti pacchetti di sicurezza anti-crimine costruiti attorno al continuo inasprimento sanzionatorio; invoca la tolleranza zero, legge e ordine; [...] sollecita il mantenimento della pena di morte e in ogni caso dell'ergastolo». Cfr. C. MAZZUCCATO, *Dal buio della pena alla luce dei precetti*, cit., p. 19-20. Cfr. *ivi*, p. 57: «il diritto che fa leva sulla repressione [...] tradisce la democrazia». Per quanto riguarda i compiti dello Stato e della democrazia cfr. anche Z. BAUMAN, *La società sotto assedio*, cit., p. 38 ss. («essere membro di una comunità politica non può ridursi al semplice utilizzo delle leggi per la propria protezione»).

²³⁹ M. PALMA, *Rassegna del dibattito*, cit., p. 116.

Solo in un secondo momento, trascorso un certo lasso di tempo dalla commissione del reato, si ritiene di poter chiedere indulgenza alla collettività: «la comunità avrà elaborato il lutto, il reo avrà iniziato il suo cammino. [...] Allora la reazione punitiva avrà lasciato il posto [...] alla pietà». Vengono infatti previste misure premiali nel corso dell'esecuzione che consentono al condannato, che dia prova di partecipare all'opera rieducativa, di vedere attenuata la sua pena e, infine, con la liberazione condizionale, di uscire dal carcere.²⁴⁰

Questo ragionamento porta alla seconda ragione che ostacola l'eliminazione della pena perpetua: il cavallo di battaglia dei non abolizionisti è quello per cui in Italia l'ergastolo di fatto non esiste perché dopo qualche anno anche l'ergastolano può accedere ai benefici penitenziari.²⁴¹

E questo è anche il percorso argomentativo seguito dalla Corte Costituzionale, secondo la quale l'ergastolo è legittimo proprio in quanto non è più perpetuo, grazie alla presenza della liberazione condizionale.²⁴²

Le possibilità di uscire dal carcere rimangono peraltro legate a istituti premiali, concessi solamente a chi riesce a dare prova di ravvedimento e ciò determina inevitabilmente, in soggetti poco inclini al rispetto delle regole, comportamenti opportunistici e strumentali: ma coloro che «per ovvi motivi utilitaristici, si sforzano di sottostare al trattamento rieducativo, prima o poi falliscono nel

²⁴⁰ Cfr. E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 192.

²⁴¹ Cfr. S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Le buone e tenaci ragioni per l'abolizione dell'ergastolo*, cit., p. 15.

²⁴² Cfr. *supra*, paragrafo 1.2

tentativo».²⁴³ E allora questo genera una nuova domanda di sicurezza, creando un circolo senza via d'uscita.²⁴⁴

Infine, l'eliminazione dell'ergastolo è sicuramente ostacolata da alcune difficoltà tecniche. Innanzitutto, sostituendo la reclusione perpetua con una pena detentiva temporanea, ad esempio venticinque o trent'anni, non superabile, si pone il problema di come sanzionare gli «episodi di gravità rafforzata»: come si può reagire di fronte a un soggetto che ha commesso una pluralità di reati tutti puniti con la massima pena? Come si può rispondere a un'eventuale recidiva?²⁴⁵

Ancora, bisogna evitare che una massima pena pari a trent'anni di reclusione vada incontro ad ulteriori decurtazioni per effetto dei benefici penitenziari²⁴⁶: del resto già Beccaria, più di duecento anni fa, affermava che «uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse. [...] La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito con la speranza dell'impunità».²⁴⁷

6. Ha un futuro la pena dell'ergastolo?

Per quanto riguarda le prospettive future sono state formulate in dottrina proposte *de iure condito* (in particolare riforme dell'ergastolo ostativo) e *de iure condendo*.

²⁴³ E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo*, cit., p. 76. Basta pensare al caso di Angelo Izzo, uno dei responsabili del delitto del Circeo. Dopo anni di carcere ha ottenuto un permesso premio durante il quale ha commesso un duplice omicidio. Egli aveva sicuramente dimostrato di tenere una regolare condotta, altrimenti il permesso non gli sarebbe stato concesso, ma si trattava evidentemente di un comportamento utilitaristico. Cfr. P. DAVIGO in G. COLOMBO, P. DAVIGO, *La tua giustizia non è la mia*, cit., p. 80.

²⁴⁴ Cfr. M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione*, cit., p. 1275.

²⁴⁵ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 193.

²⁴⁶ Cfr. *ibidem*.

²⁴⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 78. Sul punto cfr. I. MEREU, *Note sulle origini della pena dell'ergastolo*, cit., p. 96-97.

Qualunque dibattito sul tema deve prendere le mosse dalle discussioni in Assemblea Costituente intorno agli articoli 13 e 27 Cost. e dall'evoluzione della giurisprudenza costituzionale circa la finalità rieducativa della pena (considerando in particolare la sentenza n. 313 del 1990 che ha riconosciuto il carattere ontologico di tale finalità), deve tenere conto della normativa e della giurisprudenza europea, a partire da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, e infine considerare le analisi comparatistiche: è vero che solo quaranta Paesi hanno abrogato l'ergastolo, ma è altrettanto vero che sono sempre solo una quarantina gli Stati in cui ancora è previsto l'ergastolo senza liberazione condizionale.²⁴⁸

La soluzione costituzionalmente più coerente ai problemi sollevati dall'ergastolo sarebbe la sua abrogazione e la sua sostituzione con una pena detentiva temporanea e certa.²⁴⁹ L'Italia è da tempo impegnata nella campagna internazionale per la cancellazione della pena di morte ed è quindi opportuno che torni a porsi il problema dell'abolizione dell'ergastolo, «che, della pena di morte, è l'ambiguo luogotenente».²⁵⁰ Una scelta di questo genere, del resto, è stata già compiuta in moltissimi paesi europei (Andorra, Bosnia e Erzegovina, Città del Vaticano, Croazia, Montenegro, Portogallo, San Marino e Spagna) e anche extraeuropei (Angola, Brasile, Bolivia, Capo Verde, Cina, Colombia, Costa Rica, Repubblica Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Messico, Mozambico, Nicaragua, Panama, Paraguay, São Tomé e Príncipe, Timor est, Uruguay). Anche in Italia,

²⁴⁸ Cfr. sul punto D. GALLIANI, *Una questione di limiti*, in *Dir. pen. cont.*, 19 maggio 2016, p. 15-16.

²⁴⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 173.

²⁵⁰ A. PUGIOTTO, *Cattive nuove in materia di ergastolo*, cit., p. 12.

peraltro, si prevede per l'imputato che opti per il c.d. giudizio abbreviato la conversione dell'ergastolo nella reclusione pari a trent'anni.²⁵¹

Uno dei compiti delle scienze penalistiche è, del resto, quello di garantire l'umanità delle pene: se oggi si è arrivati solo ad assicurare uno spazio vitale minimo (i famosi 3 mq per detenuto) non ci si può arrestare a questo punto ma ci si deve spingere fino ad incidere sul fattore temporale. Perché l'ergastolo «non è solo una pena. È un'esistenza».²⁵²

Se una soluzione così drastica come l'abolizione dell'ergastolo suscita perplessità, esitazioni e avversioni, sarebbe opportuno quantomeno cancellare l'*ergastolo ostativo*, ossia eliminare quei divieti che l'articolo 4bis Ord. Pen. ha inserito tra il condannato e i benefici penitenziari.²⁵³

Se infatti l'ergastolo semplice può dirsi compatibile con la Costituzione esclusivamente per il fatto che si consente comunque al detenuto di intraprendere un percorso rieducativo verso la sua risocializzazione attraverso i vari istituti premiali, dal lavoro all'esterno alla liberazione condizionale, come è possibile considerare costituzionalmente legittima una pena per la quale sono assolutamente irrilevanti i progressi compiuti dal condannato nel corso del trattamento penitenziario?²⁵⁴

²⁵¹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 174. Sulla normativa dei paesi che non prevedono l'ergastolo cfr. D. VAN ZYL SMIT, *La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato*, cit., p. 59 ss. Ad esempio in Portogallo la Costituzione vieta in modo assoluto la pena dell'ergastolo e il paese si è impegnato a non concedere l'estradizione nei casi in cui potrebbe essere comminata una pena perpetua. In America Latina la maggior parte dei paesi non prevede la pena dell'ergastolo. Proprio per tale motivo l'articolo 9 della convenzione Inter-americana in materia di estradizione prevede che verrà respinta ogni richiesta di estradizione per reati punibili con l'ergastolo, a meno che lo Stato richiedente non offra sufficienti garanzie circa la non applicazione di tale pena.

²⁵² R. DE VITO, *Lo scandalo dell'ergastolo*, cit., p. 2.

²⁵³ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 202.

²⁵⁴ Cfr. *supra* paragrafo 1.3.

Anche l'abolizione dell'ergastolo ostativo appare, peraltro, difficilmente perseguibile dal punto di vista politico: si tratterebbe infatti di alleggerire il carico sanzionatorio per gli autori di reati di matrice mafiosa e terroristica, cosa incompatibile con la domanda di sicurezza sociale. Appare invece maggiormente praticabile la strada della riforma dell'articolo 4bis, con la trasformazione delle presunzioni assolute su cui si regge l'intera disciplina quantomeno in presunzioni semplici che valorizzino il ruolo della magistratura di sorveglianza, consentendo ai giudici di valutare il percorso rieducativo dei detenuti e attenuando il rilievo della sola collaborazione con la giustizia.²⁵⁵

Sarebbe opportuno procedere in questa direzione prima di ottenere una condanna della Corte Edu in tal senso, come già avvenuto rispetto ad altre questioni: «c'era bisogno di attendere un giudizio di Strasburgo per sapere che detenere una persona in meno di tre metri quadrati rappresentava un caso di scuola che materializza quei trattamenti contrari al senso di umanità che sono vietati, prima ancora che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dalla nostra Costituzione? Allo stesso modo: devono essere i giudici di Strasburgo a dire che una presunzione legislativa assoluta, che toglie al giudice la possibilità di giudicare, non è perfettamente in regola con il nuovo diritto costituzionale penale?»²⁵⁶

È vero che il legislatore ha lasciato aperta la possibilità per il condannato di accedere agli sconti di pena di cui all'articolo 54 Ord. Pen. (*liberazione anticipata*), ma di fronte a reclusione senza fine, durante la quale è precluso l'accesso ai benefici penitenziari, si perde il significato di questa previsione che risulta priva di scopo: le riduzioni di pena non valgono ad anticipare né l'ammissione alle misure alternative

²⁵⁵ Cfr. sul punto E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 202 ss.

²⁵⁶ D. GALLIANI, *Una questione di limiti*, cit., p. 14.

né tantomeno la scadenza della detenzione.²⁵⁷ Sarebbe quindi opportuno introdurre perlomeno la possibilità di accedere alla liberazione condizionale, anche per eliminare le contraddittorietà insite nella disciplina legislativa.²⁵⁸

Ancora, sempre in tema di ergastolo ostativo, come già evidenziato²⁵⁹, appare indispensabile una riforma che provveda ad adeguare tale pena ai principi espressi dalla Corte Edu in materia. Occorrerà dunque assicurare ai condannati un diritto al riesame della pena entro massimo venticinque anni dalla condanna, e poi successivamente con cadenza periodica, diretto a verificare se la detenzione risulti ancora giustificata o meno alla luce delle finalità della pena: si dovrà trattare quindi di un riesame del percorso rieducativo, volto a valutare la possibilità, per il condannato, di aver accesso ai benefici penitenziari.

In attesa di queste riforme è necessario provvedere a uno sfoltimento dei casi di ergastolo in modo da limitare solo alle ipotesi di estrema gravità l'applicazione di una pena di dubbia legittimità: si potrebbe, ad esempio, mantenere la pena perpetua esclusivamente per i delitti particolarmente efferati, per i casi in cui vi sono una pluralità di vittime e per le situazioni di recidiva aggravata.²⁶⁰

Si tratterebbe però di una soluzione compromissoria e che, in un certo senso, certifica un fallimento: conservare una pena non coerente con il contesto costituzionale per quei reati che suscitano maggiore allarme sociale significa cedere e arrendersi di fronte alle istanze della collettività. La società ritiene che chi ha commesso delitti feroci si meriti punizioni *esemplari*. Uno Stato di diritto, tuttavia,

²⁵⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 81.

²⁵⁸ Cfr. E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 204, nota 10.

²⁵⁹ Cfr. *supra* paragrafo 4.

²⁶⁰ Cfr. E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 200 ss.

non può condividere simili argomentazioni²⁶¹: la pena dovuta può essere solo quella giusta, ma la pena giusta è solo la pena coerente con i principi costituzionali.²⁶²

Allora vorrei concludere con le parole di Italo Calvino, nella speranza che in futuro si possa trovare il coraggio di attuare gli insegnamenti della nostra Costituzione: «l'inferno dei viventi non è qualcosa che sarà; se ce n'è uno, è quello che è già qui, l'inferno che abitiamo tutti i giorni, che formiamo stando insieme. Due modi ci sono per non soffrirne. Il primo riesce facile a molti: accettare l'inferno e diventarne parte fino al punto di non vederlo più. Il secondo è rischioso ed esige attenzione e apprendimento continui: cercare e saper riconoscere chi e cosa, in mezzo all'inferno, non è inferno, e farlo durare, e dargli spazio».²⁶³

²⁶¹ Secondo Zagrebelsky la pena «invocata dalla parte maggioritaria della società - sicura della sua morale, perbenista e feroce nella sua presunzione - » sarebbe una pena intrinsecamente antidemocratica. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il «crucifige!» e la democrazia*, Torino, 1995, p. 110.

²⁶² A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 176. Cfr. anche C. MAZZUCCATO, *Dal buio delle pene alla luce dei precetti*, cit., p. 108.

²⁶³ I. CALVINO, *Le città invisibili*, Torino, 1973, p. 170

CONCLUSIONI

L'ergastolo rimane una pena la cui durata è legata alla vita del condannato: l'articolo 22 c.p., immutato, continua infatti ad affermare che «la pena dell'ergastolo è perpetua». Le modifiche intervenute a partire dal 1962, e quindi l'ammissione dei condannati alla liberazione condizionale, al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alla semilibertà, ne hanno tutt'al più attenuato l'afflittività senza modificarne le caratteristiche strutturali. Inoltre il fatto che il condannato all'ergastolo possa fruire dei benefici penitenziari è tutt'altro che automatico e dai dati statistici riportati emerge come il numero degli ergastolani abbia continuato ad aumentare negli ultimi vent'anni, passando da 556 a 1707, crescita che dimostra come la maggior parte dei condannati scontino effettivamente la pena fino alla morte, senza godere di liberazione condizionale dopo l'espiazione di ventisei anni di detenzione. Vi sono anche ulteriori elementi che confermano il carattere estremamente aleatorio della concessione delle misure alternative, come il fatto che anche una circostanza apparentemente insignificante può influire sul percorso rieducativo del singolo condannato: può accadere, ad esempio, che un detenuto in permesso commetta un reato durante la permanenza all'esterno e spesso questo determina una certa riluttanza nella concessione di ulteriori permessi da parte del direttore dell'istituto, con la conseguente penalizzazione di detenuti che invece hanno tenuto condotte pressoché impeccabili.

La situazione, come sottolineato, è ancora più paradossale per i detenuti all'ergastolo ostativo: per essi infatti la partecipazione all'opera rieducativa è assolutamente irrilevante se non accompagnata da una condotta collaborante.

La condizione dei condannati all'ergastolo ricorda quella di Sisifo che, punito dopo la morte per aver sfidato gli dei, era stato condannato a spingere un masso su per una montagna. Tuttavia ogni volta che il masso raggiungeva la cima ricadeva ai piedi del monte costringendolo a riprendere la scalata, in un circolo senza fine.

Come Sisifo anche gli ergastolani sono sempre esposti al rischio di ricadere alla base della montagna dovendo ricominciare il percorso rieducativo e rendendo così vani gli sforzi compiuti fino a quel momento: una situazione del genere si può verificare, ad esempio, non solo nell'ipotesi appena descritta del condannato che commette un reato durante la fruizione di un permesso, ma anche, più banalmente, quando il detenuto viene trasferito in un altro istituto penitenziario ed è costretto a sottoporsi a una nuova osservazione scientifica della personalità, ricominciando l'*iter* dal principio.

Sempre il mito di Sisifo, che evoca l'idea di un moto eterno, senza fine e senza via d'uscita, può essere utilizzato anche per descrivere il cammino percorso dal nostro legislatore: un legislatore che fino ad ora, sottoposto alla *tirannia dell'emergenza* e condizionato dai bisogni di punizione della società civile, ha solo tentato di modificare la pena per poi accantonare qualunque progetto di riforma e ritornare così al punto di inizio, senza riuscire a bilanciare adeguatamente le contrapposte esigenze di sicurezza e di rispetto della dignità umana.¹

Alcuni studi sociologici dimostrano come i bisogni di sicurezza derivino solo in parte da una percezione della criminalità e costituiscano più che altro la canalizzazione di

¹ Cfr. sul punto G. FIANDACA, *Pensare e ordinare il molteplice*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 171.

altre esigenze²: proprio per questo il diritto penale non può limitarsi a recepire il desiderio di vendetta ma deve filtrare le istanze della società civile, irrogando una pena che sia il più possibile giusta e proporzionata. Il concetto di sanzione evoca l'idea greca di φάρμακον: è sì un veleno, ma allo stesso tempo deve svolgere la funzione del medicinale, deve rappresentare una cura per il condannato.³

L'uomo dovrebbe costituire il fine di ogni norma giuridica. In particolare il diritto penale e il diritto costituzionale «dovrebbero consentire ai consociati un'esperienza decisiva nella "società aperta": la constatazione che le norme sono poste *per* l'essere umano (per il suo bene, o per il suo "meglio"); la constatazione che le norme non vogliono soffocare la libertà o ridurla entro angusti recinti, bensì *promuoverla*, la constatazione, infine, che le norme (i precetti) sono un "lessico civile" grazie al quale gli esseri umani possono imparare a rispettarci e a capirsi più in profondità».⁴

In base a quanto esposto in questo lavoro appare evidente come la pena dell'ergastolo non sia in grado di soddisfare queste considerazioni.

Si aborrisce la pena di morte ma si mantiene una sanzione che appare ancora più insopportabile per chi la subisce, per la sua indeterminatezza, per la sua perpetuità: una pena che uccide ogni speranza, ogni sogno, che costringe a vivere passivamente, a vedere «la tua vita scorrere senza di te».⁵

È estremamente significativa, a questo proposito, la campagna «mai dire mai» avviata nell'autunno del 2007, che consisteva nell'invio di lettere da parte di molti ergastolani

² Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, cit., p. 30.

³ Cfr. G. MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, cit., p. 39 ss.

⁴ C. MAZZUCCATO, *Dal buio alla luce dei precetti: il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in I. MARCHETTI, C. MAZZUCCATO, *La pena in castigo*, Milano, 2006, p. 89.

⁵ Quest'ultima è un'espressione di C. MUSUMECI, *Fenomenologia dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., p. 3.

al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano del tipo: «io [...] chiedo che la mia condanna sia tramutata in pena di morte, perché sono stufo di morire un po' ogni giorno».⁶

Particolarmente incisive appaiono dunque le parole dello storico del diritto Italo Mereu: «la pena resta ancora non educativa ma terrorizzante. Ancora una volta non v'è stato il salto di qualità. L'ergastolo ha di fatto sostituito la pena di morte e, un'altra volta, ci troviamo di fronte a una pena che già nell'Ottocento, da tutti, era stata giudicata "barbara", "una straziante agonia", "un morire a fuoco lento". Invece che alla morte immediata condanniamo ancora alla morte al rallentatore. La Repubblica ha preso a opporre violenza a violenza. E secondo la migliore tradizione italiana si è trasformata in "lotta politica" la lotta al crimine».⁷

L'ergastolo, che ha sostituito la pena di morte, si pone come una sanzione essenzialmente simbolica che deve rappresentare la forza dello Stato dinnanzi a crimini particolarmente efferati e, in questo modo, soddisfare i bisogni di punizione della società civile, garantire un'apparente tranquillità e appagare l'esigenza di giustizia della vittima: tutto questo in base a un modello astratto di autore e di reato, secondo un automatismo giuridico che impedisce di considerare le peculiarità dei casi concreti (come il contesto in cui si consuma il reato o le sue motivazioni).

La vera forza dello Stato invece dovrebbe essere eliminare quelle pene di dubbia compatibilità con il contesto costituzionale: come dimostrato nell'ultimo capitolo la pena dell'ergastolo non è rieducativa, perché non mira al reinserimento sociale del condannato, è contraria al senso di umanità, soprattutto per le condizioni di

⁶ Cfr. M. L. BOCCIA, *L'ergastolo nel governo della paura*, in S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 83.

⁷ I. MEREU, *La morte come pena*, Roma, 2000, p. 204.

detenzione offerte dalle carceri italiane, non rispetta i principi di individualizzazione e di proporzionalità della pena e infine non appare conforme ai concetti enunciati dalla giurisprudenza europea.

«Se la democrazia è dunque [...] anche un “ideale etico” costantemente rivolto verso il miglioramento, così da offrire a ogni individuo la possibilità “infinita” di diventare una persona»⁸ allora è da questa idea che bisognerebbe partire per creare un sistema penale che abbia come principale scopo la protezione e il rispetto della dignità umana, il recupero della persona, e che non persegua semplicemente il fine di placare l’allarme sociale con innalzamenti di pena. È da queste fondamenta che bisognerebbe muovere per costruire un ordinamento in cui «l’ergastolo non sia una soluzione ai problemi, ma un problema da risolvere».⁹

⁸ C. MAZZUCCATO, *Dal buio alla luce dei precetti*, cit., p. 135.

⁹ «Perché se la dignità viene definitivamente incarcerata non c’è più spazio, nella società, per ricominciare». Dalla lettera di Papa Francesco per la giornata di dialogo contro la pena di morte viva, in *Ristretti orizzonti*, 1/2017, p. 2.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Mai dire mai – campagna per l'abolizione per l'ergastolo*, Roma, 1997, p. 1 ss.
- T. ABATE, *Risarcimento del danno ai condannati all'ergastolo per pena espiata in condizioni disumane*, in *Rass. pen. crim.*, 2/2015, p. 131 ss.
- L. AMERIO, *41bis e permessi di necessità: il "carcere duro" non può impedire al detenuto di essere presente alla nascita del figlio*, in *Giur. pen. web*, 7 novembre 2017, p. 1 ss.
- S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 1 ss.
- S. ANASTASIA, F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 1 ss.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 675 ss. e 706 ss.
- S. ARDITA, M. PAVARINI, *Il carcere duro, tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, p. 249 ss.
- A. ASCHIERI, voce *Ergastolo*, in *Dig. it.*, volume X, Torino, 1895-1898, p. 516 ss.

- Z. BAUMANN, *La società sotto assedio*, Bari, 2003, p. 1 ss.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2015, 9° edizione, p. 1 ss.
- A. BERNARDI, *L'orribile il necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012, p. 86 ss.
- P. BERNARDONI, *I molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2017, p. 1 ss.
- P. BERNARDONI, *Ancora in tema di ergastolo e art. 3 CEDU: la Corte di Strasburgo pone un limite al margine di apprezzamento degli Stati?*, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2016, p. 1 ss.
- M. BRUCALE, *41bis e la compressione dei diritti soggettivi*, in *Ristretti orizzonti*, 2/2017, p.12 ss.
- F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 1 ss.
- D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni disumane*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 62 ss.

- G.COLOMBO, P. DAVIGO, *La tua giustizia non è la mia*, Milano, 2016, p. 1 ss.
- P. COMUCCI, *Sulla natura trattamentale dei permessi di cui all'articolo 30 Ord. Penit.*, in *Foro ambrosiano*, 4/2005, p. 468 ss.
- G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, p. 618 ss.
- F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo*, in *Ristretti orizzonti*, 3/2011, p. 16 ss.
- P. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2015, p. 1 ss.
- G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, p.171 ss.
- G. DE LEO, *Come si potrebbero creare gli elementi di protezione dal suicidio in carcere?*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2015, p. 22 ss.
- S. DELICATI, *Contro l'ergastolo ostativo: intervista a Carmelo Musumeci*, in *Le urla del silenzio*, 29 luglio 2017.
- G. DE LISO, *Ho paura che il mio ergastolo, la mia condanna, possa ammazzare anche i sogni di mia figlia*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2017, p. 18.

- A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, p. 1 ss.
- A. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività alle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, in www.giustizia.it, p. 1 ss.
- A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2017, p. 250 ss.
- F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 1 ss.
- F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1163 ss.
- R. DE VITO, *Lo scandalo dell'ergastolo*, in *Questione giustizia*, 20 maggio 2017, p. 1 ss.
- F. DI CARO, *Ergastolo "ostativo": la presunta legittimità costituzionale del "fine pena mai" tra spinte riformatrici nazionali e sovranazionali*, in *Giur. pen. web*, 5/2017, p. 1 ss.
- E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, p. 338 ss.

- E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, p. 469 ss.

- E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 1 ss.

- E. DOLCINI, *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI, C. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1073 ss.

- E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia?*, in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2011, p. 1 ss.

- L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 822 ss.

- L. EUSEBI, *L'ergastolo «ostativo». Traendo spunto dalla lettura del libro di Carmelo Musumeci, Gli uomini ombra*, in *Criminalia*, 2010, p. 675 ss.

- L. EUSEBI, *L'ergastolano non collaborante ai sensi dell'art 4bis, co. 1, ord. penit. e i benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1220 ss.

- E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015, p. 1 ss.

- L. FERRAIOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 79 ss.
- E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 1 ss.
- G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 comma terzo della Costituzione*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, p. 222 ss.
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale parte generale*, Bologna, 2014, p. 1 ss.
- P. FIORELLI, *Ergastolo, premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XV, Milano, 1966, p. 223 ss.
- G. M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2017, p. 20 ss.
- G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 2012, p. 187 ss.
- G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, p. 198 ss.
- G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, p. 181 ss.

- M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976, p. 1 ss.
- S. FUNGARDI, "Fine pena mai" il c.d. ergastolo ostativo, tra diritto interno e giurisprudenza della corte EDU, in *Dir. pen. cont.*, 7 Marzo 2015, p. 1 ss.
- V. FURFARO, *Il lavoro penitenziario, aspetti giuridici e sociologici*, in *L'altro diritto*, 2008, p. 1 ss.
- E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 65 ss.
- D. GALLIANI, *Umana e rieducativa? La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *lifeimprisonment.eu*, 2014, p. 1 ss.
- D. GALLIANI, *Una questione di limiti. A proposito di "Fine pena: ora" di Elvio Fassone*, in *Dir. pen. cont.*, 19 maggio 2016, p. 1 ss.
- D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *costituzionalismo.it*, 3/2013, p. 1 ss.
- D. GALLIANI, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2017, p. 1 ss.

- D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività dei benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017, p. 1 ss.
- R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Molfetta, 2009, p. 1169 ss. e p. 1182.
- G. GATTA, *Riforma Orlando: deleghe in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2017, p. 1 ss.
- G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2017, p. 188 ss.
- V. GREVI, *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 60 ss.
- T. GRIECO, *La Corte Costituzionale sul diritto dei detenuti all'affettività e alla sessualità*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2013, p. 1 ss.
- B. ISMAILI, *Dopo la condanna mi sarei tolto la vita se non fosse per la mia famiglia*, in *Ristretti orizzonti*, 3/2011, p. 29.
- A. JANNITTI PIROMALLO, voce *Ergastolo*, in *Novissimo Dig. it.*, volume VI, Torino, 1960, 675 ss.

- E. JOVANE, nota a Cass., sez. un., 16 giugno 1956, in *Foro it.*, Roma, 1956, sez II, p. 145 ss.
- M. LAMANUZZI, *L'ergastolo ostativo. Una pena in contrasto con la dignità*, in *Dignitas*, 30 agosto 2015, p. 1 ss.
- V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41bis*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2017, p. 1 ss.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017, p. 727 ss. e 745 ss.
- I. MARCHETTI, C. MAZZUCCATO, *La pena "in castigo". Un'analisi critica di regole e sanzioni*, Milano, 2006, p. 1 ss.
- E. MARIANI, *A proposito di C. Musmeci e A. Pugiotto, "Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 487 ss.
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2017, p. 634 ss.
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p.1 ss.
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 1 ss.

- M. MARIOTTI, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, p. 311 ss.
- C. MAZZUCCATO, *Giustizia esemplare, iterlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 407 ss.
- S. MELLINA, *Problemi antropologici posti dalle lunghe detenzioni. Psicopatologia della cultura della custodia*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 89 ss.
- I. MEREU, *Note sulle origini della pena dell'ergastolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 95 ss.
- I. MEREU, *La morte come pena*, Roma, 2000, p. 1 ss.
- A. MORO, *Bisogna sapere che le persone possono cambiare*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2017, p. 2.
- A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'articolo 4bis Ord. Penit.*, nota a Corte Cost., sent. 24 aprile 2003, n. 135, in *Dir pen. e proc.*, 2003, p. 1351 ss.

- C. MUSUMECI, *L'ergastolo ostativo, "la pena di morte viva"*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2013, p. 2 ss.
- C. MUSUMECI, *L'amore può essere un'arma per sconfiggere la criminalità*, in *Ristretti orizzonti*, 1/2015, p. 12.
- C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, p.1 ss.
- G. M. NAPOLI, *L'isolamento continuo del detenuto o dell'internato*, in *ristretti.it*, maggio 2009, p. 1 ss.
- I. NICOTRA, *Il senso della pena*, in *Rivista AIC*, 30 maggio 2014, p. 1 ss.
- R. NUZZO, *L'ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea (seminario ISISC-AIDP, Noto 2014)*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015, p. 47 ss.
- T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2014, p. 142 ss. e 420 ss.
- F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2016, p. 40 ss. e 568 ss.
- F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014, p. 1 ss.

- C. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 726 ss.

- M. PALMA, *Fine pena mai. Ancora l'ergastolo nel nostro ordinamento?*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 61 ss.

- M. PALMA, *Rassegna del dibattito*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, p. 109 ss.

- C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 4 Settembre 2014, p. 1 ss.

- T. PEDIO, *Ergastolo, diritto penale*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XV, Milano, 1966, p. 223 ss.

- C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, volume IV, Torino, 1990, p. 64 ss.

- R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua? Appunti giuridici e sociologici sulla pena dell'ergastolo*, in *L'altro diritto*, 2006, p. 1 ss.

- R. PEROTTI, *Il regime di semilibertà*, in *L'altro diritto*, 2006, p. 1 ss.

- G. PIGNARELLI, *Nello spazio minimo della cella di 3mq non rientra anche l'area riservata ai letti*, in *Il sole 24ore*, 30 ottobre 2017.

- M. PISANI, *La pena di morte in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1 ss.
- M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 575 ss.
- A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014, p. 1 ss.
- A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 Marzo 2013, p. 1 ss.
- A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. cont.*, 13 Luglio 2016, p. 1 ss.
- A. PUGIOTTO, *Cattive nuove in materia di ergastolo*, in *Studium iuris*, 1/2012, p. 3 ss.
- D. PULITANO', *Diritto penale*, Torino, 2015, p. 151 ss. e 491 ss.
- F. L. RAMAIOLI, *La funzione della pena tra occidente e mondo islamico, una prospettiva teleologica*, in *Dignitas*, 1 maggio 2016, p. 1 ss.
- D. RANALLI, *L'ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: tra astratto diritto alla speranza e concreto accesso alla liberazione condizionale*, in *Rass. pen. crim.*, 1/2015, p. 289 ss.

- L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2015, p. 1238 ss.
- D. RONCO, *Il diritto allo studio universitario in carcere*, in *Antigone*, 2/2007, p. 79 ss.
- M. RONCO, *Retribuzione e prevenzione generale*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 481 ss.
- M. SALERNO, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale, diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giur. pen. web*, 13 gennaio 2017, p. 1 ss.
- C. SALTELLI, voce *Ergastolo*, in *Nuovo dig. it.*, volume V, Torino, 1938, p. 458 ss.
- A. SALVATI, *Profilo giuridico dell'ergastolo in Italia*, in *Amministrazione in cammino*, 4 maggio 2010, p. 1 ss.
- R. SAVIANO, *L'ergastolo? È la resa dello Stato*, in *L'espresso*, 2 dicembre 2012.
- G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, 28 maggio 2014, p. 1 ss.

- F. SIRACUSANO, *Modifiche all'articolo 58-ter Ord. Penit.*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2017, p. 188.
- F. SIRACUSANO, *Modifiche all'articolo 4-bis Ord. Penit.*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2017, p. 189.
- M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo, la Costituzione penale inascoltata*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 511 ss.
- B. SPRICIGO, *Riflessione critica sul reato e l'automatismo ostativo dell'art 4bis o.p.*, in *Criminalia*, 2013, p. 619 ss.
- A. G. STAMMATI, *Istruzione in carcere, norme e realtà*, in *Ristretti orizzonti*, 6/2013, p. 45.
- J. TOFFOLI, *Imprescrittibilità dei delitti puniti con la pena dell'ergastolo*, in *Giur. pen. web*, 10 giugno 2016, p. 1 ss.
- M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione, obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in E. DOLCINI, C. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1259 ss.

- D. VAN ZYL SMIT, *La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato*, in *Criminalia*, 2014, p. 1 ss.
- U. VERONESI, *L'appello ergastolo: è ora di dire basta*, in *L'espresso*, 12 novembre 2012.
- F. VIGANO', *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2012, p. 1 ss.
- F. VIGANO', *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013, p. 1 ss.
- V. ZAGREBELSKY, V. PACILEO (a cura di), *Codice penale annotato*, Torino, 1999, p. 124 ss.
- V. ZAGREBELSKY, *Il «crucifige!» e la democrazia*, Torino, 1995, p. 1 ss.
- H. ZIPF, *Politica criminale*, Milano, 1989, p. 61 ss. e p. 288 ss.
- Statistiche dei detenuti condannati all'ergastolo, DAP ministero della Giustizia.

