



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

Scuola di
Giurisprudenza

Corso di Laurea in
Giurisprudenza

La pena dell'ergastolo tra tutela dei diritti umani e prevenzione speciale

Relatore

Prof. Roberto Bartoli

Candidata

Stefania Beraldi

Anno accademico: 2013/2014

*Ai miei genitori
gli artefici del mio destino*

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO 1

ORIGINE ED EVOLUZIONE STORICA DELL'ERGASTOLO

1.1. La pena dell'ergastolo nell'antichità, nel medioevo e nell'illuminismo

1.2. Il pensiero di Cesare Beccaria

1.3. Dalla pena di morte all'ergastolo unitamente alla pena di morte: Il codice penale francese del 1810

1.4. La disciplina dell'ergastolo nei codici penali preunitari

1.5. La scuola classica con particolare riguardo al pensiero di Francesco Carrara

1.6. Dai progetti di redazione del codice penale d'Italia fino al codice penale Zanardelli 1889

1.7. La scuola positiva: brevi considerazioni da parte di Cesare Lombroso ed Enrico Ferri

1.8 L'ergastolo nel codice Rocco del 1930 e nella Costituzione del 1948

CAPITOLO 2

DISCIPLINA DELL'ERGASTOLO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO VIGENTE

2.1. Sulle massime pene: morte ed ergastolo a confronto

2.2. La pena dell'ergastolo: ambito di applicazione

2.2.1. La pena dell'ergastolo. Le pene accessorie

2.2.2 Le cause di estinzione del reato e della pena

2.2.2.a. L'ammnistia

2.2.2.b. L'indulto

2.2.2.c. La grazia

2.3. L'ergastolo alla luce dell' art. 27 della Costituzione Repubblicana del 1948 con brevi cenni introduttivi alla funzione della pena

2.4. L'ergastolo “ostativo”

2.4.1. Contesto legislativo dell'emanazione dell'art. 4 bis dell'ord. penit.

2.4.2. Disciplina dell'art. 4 bis dell'ord. penit. (l. 354/75) modificata dalla l. 356/92.

2.4.2.a. 1° categoria di reati dell'art. 4 bis

2.4.2.a.1. Art. 58 ter: collaborazione con la giustizia come condizione per l'accesso ai benefici penitenziari

2.4.2.a.2. Modifica dell'art. 4 bis con la l. 23 dicembre 2002 n. 279: i tre requisiti della collaborazione ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari

2.4.2.b. 2° categoria di reati dell'art. 4 bis

2.4.3. Ergastolano “non collaborante” ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: profili di contrasto con il dettato costituzionale

2.5. Ergastolano “pentito” ed analisi economica del crimine

2.6. Libertà condizionale: l. 25 novembre 1962 n. 1634,

Legge sull'ord. penit. l. 26 luglio 1975 n. 354 e

La riforma “Gozzini” l.10 ottobre 1986 n. 663

2.7. Giudizio abbreviato ed ergastolo: la sentenza della Corte Cost. 23 aprile 1991 n. 176

2.8. Pena dell'ergastolo per i minori: la sentenza della Corte Cost. 28 aprile 1994 n. 168

CAPITOLO 3

SUL PROBLEMA DELLA COSTITUZIONALITA' DELL'ERGASTOLO

3.1. Ergastolo e isolamento continuo: l'art. 72 c.p. fra abrogazione ed incostituzionalità

3.2. La Sentenza della Cassazione 16 giugno 1956: questione manifestamente infondata di illegittimità dell'ergastolo

3.3. La sentenza della Corte Cost. 22 novembre 1974 n. 264: questione infondata di costituzionalità dell'ergastolo

3.4. La sentenza della Corte costituzionale 21-27 settembre 1983 n. 274: liberazione anticipata e semilibertà

3.5. La sentenza della Corte Costituzionale 24 aprile 2003 n. 135: ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 bis. ord. penit.

3.5. La giurisprudenza della Corte EDU

3.5.1. Caso Scoppola C. Italia Sent. Corte EDU sez. Grande Camera 22/05/2012 n. 126/05

3.5.2. Caso Scoppola C. Italia Sent. Corte EDU sez. II 1//01/2011 n. 126/05

3.5.3. Caso Frodl C. Austria Sent. Corte EDU sez. I 08/04/2010 n.
20201/04

3.5.4 Caso Maiorano e altri C. Italia Sent. Corte EDU sez II 15/12/2009
n. 28634/06

3.5.5. Caso Scoppola (n.2) c. Italia Sent. Corte EDU 17/09/2009 n.
10249/03.

CAPITOLO 4

PROGETTI DI RIFORMA

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

4.1.1. Il progetto Riz

4.1.2. Il progetto Grosso

4.1.3. Il progetto Nordio

4.1.4. Il progetto Pisapia

4.2. Il referendum abrogativo dell'ergastolo del 1981

4.3. Il DDL A.S. n. 2567: Il rischio di un “fine pena” mai

4.3.1. Le criticità costituzionali della novella: 1°profilo, giudizio
abbreviato

4.3.1.a. Irragionevolezza

4.3.1.b. Violazione del principio di uguaglianza tra i condannati

4.3.1.c. Violazione degli obblighi internazionali

4.3.1.d. Lesione dell'affidamento delle parti processuali nella

sicurezza giuridica

4.3.2. Le criticità costituzionali della novella: 2° profilo, accesso ai benefici penitenziari

4.3.2.a. UN ERGASTOLO ILLEGITTIMO PERCHÈ
TENDENZIALMENTE PERPETUO

4.3.2.b. UN ERGASTOLO SEMPRE PIÙ LUNGO CHE
ELUDE IL PARADIGMA COSTITUZIONALE DELLA
RISOCIALIZZAZIONE DEL REO

4.3.2.c. UN MECCANISMO DI ACCESSO AI BENEFICI
PENITENZIARI

4.3.2.d. IRRAZIONALMENTE RIGIDO e TALE DA
RENDERE L'ERGASTOLO UN TRATTAMENTO CONTRARIO AL
SENSO DI UMANITÀ

4.3.3. Alla RADICE DEL PROBLEMA: L'ERGASTOLO COME
PENA PERPETUA (DA ABOLIRE)

4.4. Ipotesi di atto di remissione alla Corte Costituzionale

4.4.1. Rilevanza processuale della quaestio

4.4.2. Impossibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione

4.4.3. Riproponibilità della quaestio

4.4.4. Il mutato contesto costituzionale

4.4.5. Determinazione del petitum (dimensione statica e dimensione
dinamica dell'ergastolo)

4.4.6. Incostituzionale perché pena non rieducativa (in violazione
dell'art. 27, comma 3, Cost.)

4.4.7. Incostituzionale perché pena fissa e automatica (in violazione

degli artt. 3, 25 comma 2, 27 commi 1 e 3, Cost.)

4.4.8. Incostituzionale per disparità di trattamento tra ergastolani (in violazione dell'art. 3 Cost.)

4.4.9. Incostituzionale perché contraria al senso di umanità (in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.)

4.4.10. Incostituzionale come la pena di morte (violazione dell'art. 27, comma 4, Cost.)

4.4.11. Incostituzionale per anacronismo legislativo

4.4.12. Dalla dimensione statica alla dimensione dinamica dell'ergastolo (profili d'inammissibilità processuale)

4.4.13. Il postulato (non persuasivo) della giurisprudenza costituzionale

4.4.14. Incostituzionale perché giuridicamente resta una pena perpetua

4.4.15. Ancora sulla sua concreta perpetuità (alla luce del diritto vivente in tema di concessione della liberazione condizionale)

4.4.16. Incostituzionale perché pena indeterminata (violazione degli artt. 3, 25 commi 2 e 3, Cost. e dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU)

4.4.17. Profilo sostitutivo della dichiarazione d'incostituzionalità e richiesta di annullamento consequenziale della pena dell'ergastolo con isolamento diurno

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

L'ergastolo, dopo l'abolizione della pena capitale, in quanto pena detentiva perpetua, è la più grave delle pene previste nel nostro ordinamento. Essa si estende, almeno potenzialmente, tanto quanto è destinata a durare la vita residua del condannato.

Secondo l'art. 22 c.p. *“La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto”*.

Si tratta di una “pena perpetua”, ma il significato di tale espressione è attenuato dalla sua attuale configurazione normativa. Infatti, l'ergastolo non è più considerata come “detenzione a vita” in quanto, con la *l. 25 novembre 1962 n. 1634*, l'ergastolano può ottenere la *liberazione condizionale* dopo aver scontato 28 anni di pena, successivamente ridotti a 26 con la *l. 10 ottobre 1986 n. 663* ed a condizione che il condannato dimostri il suo ravvedimento.

Inoltre, la durata minima per essere ammessi alla liberazione condizionale può essere ulteriormente ridotta in quanto anche l'ergastolano può usufruire della *liberazione anticipata*; qualora egli sia disposto alla rieducazione nella prospettiva del reinserimento sociale, la riduzione di pena pari a 45 gg per ogni semestre può essere conteggiata come pena detentiva effettivamente scontata, quindi il limite di pena espiata di 26 anni, al fine dell'ammissione della liberazione condizionale, di fatto si riduce di 6 anni dovendo solo scontare 20 anni di pena.

Con questa possibilità di trasformare una pena perpetua quale l'ergastolo in

“pena a termine”, la Corte Costituzionale ha potuto ritenere non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 22 c.p. in riferimento all'art. 27.3. Cost. che sancisce il principio rieducativo della pena. Con tale sentenza, 21 novembre 1974 n. 264, la Corte Costituzionale ritenne che l'ergastolo non violasse l'art. 27.3 cost. sulla base di una concezione “polifunzionale” della pena che, tra gli scopi della pena, valorizzava, oltre alla rieducazione del condannato, anche *“la prevenzione generale, la difesa sociale e la neutralizzazione a tempo indeterminato di determinati delinquenti”*.

Particolarmente significativa fu anche la sentenza della Corte Costituzionale 21-27 settembre 1983 n. 274 che si pronunciò sul problema dell'esclusione degli ergastolani dalla fruizione dei benefici della semilibertà e della liberazione anticipata. Con riferimento al primo beneficio fu constatato il fatto che per poter usufruire della semilibertà occorreva aver scontato almeno metà della pena. Nel caso dell'ergastolo tale periodo è difficile determinarlo. Successivamente tale vuoto di tutela fu colmato con la L. Gozzini, come sopra accennato, che ha stabilito la semilibertà per gli ergastolani che abbiano scontato almeno 20 anni di pena. Invece, con riguardo alla liberazione anticipata, fu dichiarato incostituzionale l'art. 54 dell'ord. penit. nella parte in cui non prevede la possibilità per l'ergastolano di ottenere la riduzione di pena *“ai soli fini del computo della quantità di pena così detratta nella quantità scontata, richiesta per ottenere la liberazione condizionale”*. Le linee guida di tale sentenza sono state incluse nella L. Gozzini che ha ridotto da 28 a 26 il periodo di pena da scontare per accedere alla liberazione condizionale.

Una significativa pronuncia della Corte Costituzionale si ebbe con la sentenza 28 aprile 1994 n. 168 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 17 e 22 c.p. nella parte in cui non escludono l'applicazione della pena dell'ergastolo per il minore imputabile. In questo settore è ragionevole una disciplina differenziata in virtù dell'art. 31 Cost. che protegge l'infanzia e la gioventù. Quindi l'ergastolo non può essere inflitto a persone che hanno compiuto i 14

anni ma non i 18.

Un' ulteriore rilevante sentenza fu quella della Corte Costituzionale *24 aprile 2003 n. 135* con cui fu dichiarato che l'ergastolano non collaborante con la giustizia non possa beneficiare dell'istituto della liberazione condizionale. Così la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 bis dell'Ordinamento penitenziario nella parte in cui *"in assenza della collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 ter del medesimo ordinamento, non consente al condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti indicati nella disposizione censurata di essere ammesso alla liberazione condizionale"*.

A tutto ciò si aggiunge in sede processuale la possibilità per l'imputato di formulare la richiesta di giudizio abbreviato, il che comporta, in caso di condanna, la sostituzione della pena dell'ergastolo con la reclusione fino a trent'anni.

Vi sono, accanto ai sostenitori del possibile carattere perpetuo della pena, tendenze abolizioniste. Sull'argomento è stato indetto un referendum popolare: la proposta di abolizione dell'ergastolo non ha trovato accoglimento.

CAPITOLO 1

ORIGINE ED EVOLUZIONE STORICA DELL'ERGASTOLO

SOMMARIO: 1.1. LA PENA DELL'ERGASTOLO NELL'ANTICHITÀ, NEL MEDIOEVO E NELL'ILLUMINISMO - 1.2. IL PENSIERO DI CESARE BECCARIA - 1.3. DALLA PENA DI MORTE ALL'ERGASTOLO UNITAMENTE ALLA PENA DI MORTE: IL CODICE PENALE FRANCESE DEL 1810 - 1.4. LA DISCIPLINA DELL'ERGASTOLO NEI CODICI PENALI PREUNITARI - 1.5. LA SCUOLA CLASSICA CON PARTICOLARE RIGUARDO AL PENSIERO DI FRANCESCO CARRARA - 1.6. DAI PROGETTI DI REDAZIONE DEL CODICE PENALE D'ITALIA FINO AL CODICE PENALE ZANARDELLI 1889 - 1.7. LA SCUOLA POSITIVA: BREVI CONSIDERAZIONI DA PARTE DI CESARE LOMBROSO ED ENRICO FERRI - 1.8 L'ERGASTOLO NEL CODICE ROCCO DEL 1930 E NELLA COSTITUZIONE DEL 1948

1.1. La pena dell'ergastolo nell'antichità, nel medioevo e nell'illuminismo

Prima di passare all'analisi della disciplina dell'ergastolo nel nostro attuale ordinamento giuridico, è utile tracciare un breve profilo storico sulla sua origine ed evoluzione.

Noteremo come la concezione del termine “*ergastolo*” subisce delle variazioni nel tempo ed acquisisce diversi connotati in relazione ad ogni periodo storico.

“Sin dal tempo romanico il termine «ergastolo» era sinonimo di carcere nel senso di luogo di custodia del reo”.¹

“L'ergastolo per i romani era un luogo di lavoro forzato dove un privato proprietario teneva, a titolo di punizione, in catene gli schiavi ritenuti incorreggibili. Quindi era un carcere con l'obbligo del lavoro”.²

Sempre in tale periodo storico non venne concepita come una pena vera e propria ma ebbe una finalità di custodia preventiva e cautelare per garantire la presenza dell'imputato nel giudizio o per assicurare l'esecuzione della sentenza in caso di condanna.

Il carcere a quel tempo aveva una mera funzione preventiva, cioè il concetto di “carcere” era inteso come luogo di custodia del reo in attesa di esecuzione.

Nell'ordinamento giuridico romano questa pena non aveva ancora i caratteri della perpetuità, così come la intendiamo oggi ma “*per i delitti gravi al reo venivano inflitte la morte, pene corporali, invece per i reati di minore gravità venivano applicate pene pecuniarie*”.³

Passiamo ora ad esaminare il concetto di ergastolo nel *periodo medievale*, dove assistiamo ad un cambiamento di tipo sostanziale del concetto stesso, infatti cambia tutto l'universo ideologico e culturale.

Nel medioevo non si ha più una concezione antropocentrica bensì teocentrica: In questo contesto storico muta anche la funzione del carcere: non più, solamente, come nel periodo romano, strumento di custodia cautelare in attesa di giudizio o di esecuzione della condanna, ma anche luogo di espiazione, afflittivo e per questo salvifico, in cui si dà la possibilità al reo-peccatore di

¹Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Rivista penale*, 1990, pag. 525.

² Lugnano Silvio, *Considerazioni sull'ergastolo*, in *Archivio penale*, 1983, pag. 497.

³Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo*, op.cit., pag. 525.

pentirsi e purificarsi.⁴

*“Non vi erano più condanne ai lavori forzati, in quanto mancava un'efficiente organizzazione dello Stato”.*⁵

Sempre nel periodo medioevale *“la Chiesa adottò il termine ergastolo, nel senso di carcere con segregazione forzata, non di lavoro bensì di ozio forzato”.*⁶

L'“ergastolo” venne inteso come pena perpetua, questo grazie *“alla legislazione ecclesiastica, le quali comminavano la segregazione e l'ozio forzato a vita agli ecclesiastici che si fossero macchiati di gravi delitti”.*⁷

Nella concezione della Chiesa medioevale, la funzione della pena perpetua era di emenda, cioè il reo per tutta la vita avrebbe fatto adeguata penitenza in modo da pentirsi e conquistarsi così la vita eterna.⁸ L'idea partiva da un presupposto ideologico: recuperare il condannato-peccatore attraverso l'isolamento perpetuo, ma solo con la conversione ed il pentimento il reo otterrà il perdono che lo porterà alla futura liberazione quale la vita eterna.⁹

A differenza dei periodi precedentemente esposti, nel 1700 si manifestò il pensiero riformato di stampo illuministico, teso all'abolizione della pena di morte; ciò portò a considerare il carcere a vita come la pena più grave.

L'ergastolo inteso come tipo di pena detentiva destinata a durare per tutta la vita del condannato costituisce il frutto di un'idea moderna affermata grazie ai sostenitori del movimento illuministico.

*“Dalla rivoluzione francese in poi l'affermazione della pena perpetua è stata accompagnata da polemiche, intrecciate con la pena di morte, in periodi storici in cui entrambe le pene convivevano nell'ordinamento giuridico”.*¹⁰

⁴Cfr. Mereu Italo, *Note sulle origini della pena dell'ergastolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, pag. 95.

⁵Lugnano Silvio, *Considerazioni sull'ergastolo*, op. cit., pag. 497.

⁶Ibidem.

⁷Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo*, op. cit., pag. 525.

⁸Ibidem.

⁹Cfr. Mereu Italo, *Note sulle origini della pena dell'ergastolo*, op. cit., pag. 95.

¹⁰Bernardi Alessandro, *Ergastolo: verso una effettiva pluridimensionalità della pena perpetua?*, in *Archivio giuridico*, 1984, pag. 391.

1.2. Il pensiero di Cesare Beccaria

Tra i pensatori illuministi mi pare opportuno soffermarmi maggiormente sul celebre giurista e filosofo italiano *Cesare Beccaria*.

All'interno di questo quadro appare importante trattare del saggio dal titolo "*Dei delitti e delle pene*" di Cesare Beccaria pubblicata a Livorno nel 1764. In tale trattato il celebre illuminista analizza e combatte la crudeltà delle pene e l'irregolarità del processo penale dell'epoca, oltre ad affermare l'abolizione della pena di morte.

Lo scopo del Beccaria nello scrivere il Trattato era quello di evidenziare i difetti dell'ordinamento giudiziario a lui contemporaneo ed al tempo stesso proporre eventuali soluzioni per supplire agli ingiusti sistemi penali del tempo.

Nel 1° capitolo Beccaria, sviluppando la teoria del *contratto sociale* di Rousseau, parte dal concetto di convivenza comune: gli uomini hanno sacrificato una parte della loro libertà individuale per vivere secondo le regole della comunità in cambio di una maggiore sicurezza ed utilità¹¹. La pena di morte va abolita in quanto viene meno allo spirito del contratto sociale, nel senso seguente: posto che, ai fini di una convivenza sociale pacifica i cittadini vivono secondo delle regole che sono pattuite nel contratto sociale, la pena di morte è ingiusta ed illegittima in quanto nessuno può aver voluto delegare ad altri il diritto di ucciderlo. Pertanto la pena di morte è tirannica ed ingiusta. Perciò la pena da infliggere deve essere il carcere, dove il periodo varia a seconda della gravità del delitto commesso, e l'ergastolo, la più grave delle pene detentive in quanto destinata a durare per tutta la vita, sarà applicata nel caso in

¹¹Cfr. Beccaria Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, 2000, pag. 37.

cui il reo abbia commesso i più gravi delitti.

Secondo l'autore spaventa più una pena detentiva lunga e perpetua quale l'ergastolo che non una pena durissima ma istantanea quale la pena di morte.¹²

Un'ulteriore considerazione da fare è che le stesse leggi che puniscono gli omicidi non possono prevedere la pena di morte, perchè se un'ordinamento incrimina l'omicidio, quest'ordinamento stesso non può applicare la pena di morte in quanto con tale pena produce la morte stessa di un individuo e quindi lo Stato sarebbe in contraddizione.

Grazie alle considerazioni di Beccaria molti Stati modificarono i loro ordinamenti giudiziari formando pian piano una società giusta e democratica.

1.3. Dalla pena di morte all'ergastolo unitamente alla pena di morte: Il codice penale francese del 1810

Merita soffermarci brevemente sul *codice penale francese del 1810* quale frutto delle idee illuministiche e rivoluzionarie combinate con il quadro della tradizione giuridica francese e l'autoritarismo napoleonico.

*“Tale codice è stato il terzo codice penale della Francia dopo i codici rivoluzionari del 1791 e del 1795, ed è rimasto in vigore dal 1811 al 1994, quando è stato sostituito dal vigente codice penale francese”.*¹³

L'art. 18 del codice penale francese del 1810, che qualificò l'ergastolo come pena perpetua, afferma che: *“Les condamnations aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation, emporteront mort civil”.*

L'ergastolo nel *codice francese del 1791* era stato abolito, tuttavia la pena di morte era stata mantenuta. Invece, successivamente, nel codice napoleonico

¹²Cfr. Mereu Italo, *Note sulle origini ed alla pena dell'ergastolo*, op. cit., pag. 97.

¹³http://it.wikipedia.org/wiki/Codice_penale_francese_del_1810.

del 1810 fu ristabilita la pena perpetua unitamente alla pena di morte.¹⁴

1.4. La disciplina dell'ergastolo nei codici penali preunitari

“In quanto pena carceraria a vita, l'ergastolo è una pena affermata in alternativa alla pena di morte nell'età moderna precisamente con le codificazioni”.¹⁵

“L'ergastolo venne definito come pena perpetua restrittiva a carattere eliminativo solo con la legislazione penale preunitaria”.¹⁶

Possiamo esaminare come l'ergastolo veniva disciplinato dai vari codici penali che precedettero l'Unità d'Italia.

Secondo il *Codice penale delle Due Sicilie del 26 marzo 1819* l'ergastolo era una reclusione perpetua da scontarsi in un'isola (art. 37).

Tale lo era anche per il *Codice toscano del 1853* con 20 anni di segregazione assoluta ed il passaggio al lavoro in comune sotto la disciplina del silenzio.

In base al *Codice di Parma del 5 novembre 1820* erano previsti lavori forzati a vita ed i condannati erano legati a due a due con catene ai piedi (art. 17).

Il *codice Sardo del 20 novembre 1859* prevedeva come modalità esecutive della pena le opere faticose e catene ai piedi (art. 13 e 16).

Il *regolamento pontificio del 25 settembre 1832* prevedeva la galera perpetua disciplinata da regolamenti speciali (art. 50)¹⁷.

Occorre sottolineare che i codici preunitari prevedevano, oltre alla pena del carcere a vita, anche la pena di morte, tranne il codice toscano dopo il decreto di abolizione del 30 aprile 1859.

¹⁴Cfr. Messina Salvatore, *Il problema dell'ergastolo*, in *Scuola positiva*, 1959, pag. 185.

¹⁵Ferrajoli Luigi, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *AA. VV. (a cura di Alessandro Baratta) Dei delitti e delle pene*, 1992, II, pag. 79.

¹⁶Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo*, op.cit., pag. 525.

¹⁷Lugnano Silvio, *Considerazioni sull'ergastolo*, op. cit., pag. 499.

1.5. La scuola classica con particolare riguardo al pensiero di Francesco Carrara

Proseguendo il nostro discorso sulla storia dell'ergastolo, è importante parlare della *Scuola classica* che come avremo modo di notare, influenzò la stesura del primo codice penale unitario.

In Italia nella seconda metà dell' 800 nasce e si sviluppa una corrente di pensiero chiamata Scuola classica (che verrà contrapposta alla Scuola positiva). “*La scuola classica maturò nell'ambiente politico-culturale illuministico liberale, ma con infleunze anche spiritualistico-cattoliche e idealistiche*”.¹⁸ I suoi maggiori esponenti sono *Pellegrino Rossi, Giovanni Carmignani e Francesco Carrara*. Secondo gli esponenti di tale corrente di pensiero il reato è una violazione libera e consapevole della norma penale in quanto manifestazione del principio del c.d. “libero arbitrio”, in base al quale il delinquente, dotato appunto di libero arbitrio, era libero di scegliere fra il bene ed il male, ossia fra l'osservanza e la violazione della legge, e se liberamente sceglieva il male doveva essere pertanto punito in modo proporzionale alla gravità dell'illecito commesso. Quindi ogni uomo è responsabile, nel senso che è chiamato a rispondere delle proprie azioni. Ad un'azione illecita spetta una pena come retribuzione del male compiuto, essa deve essere prevista dalla legge (*nulla poena sine lege*), deve essere afflittiva, personale, certa, proporzionata al delitto (funzione retributiva della pena).¹⁹

Dato che la pena è la retribuzione del male compiuto, di conseguenza essa ha anche una funzione di prevenzione generale negativa, cioè i consociati sono

¹⁸Mantovani Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, Cedam, 2007, pag. 547.

¹⁹*Ibidem*.

costretti a non violare la legge, in quanto la violazione della legge comporta l'applicazione della sanzione qual è la pena producendo afflizione e dolore sul reo. La funzione di prevenzione generale negativa della pena fa sì che il reo, mediante la minaccia della pena, sia indotto a non delinquere.²⁰

*“Alla scuola classica si ispirano i codici penali europei e sudamericani della seconda metà dell' 800, mentre minore fu l'influenza sul diritto penale anglosassone. Precisamente, la scuola classica influenzò molto la stesura del primo codice penale dell'Unità d'Italia attraverso il recepimento delle istanze liberalgarantiste”.*²¹

La pena venne resa più umana ad eccezione dell'ergastolo, che venne duramente inasprito con l'isolamento notturno e diurno in cella.

Francesco Carrara si schierò contro la pena di morte preferendogli invece l'ergastolo in quanto pena carceraria a vita. Occorre contestualizzare il momento storico in cui Carrara matura il suo pensiero. Siamo agli inizi dell'Unità d'Italia dove si discute circa la redazione del codice penale unitario. Si dibatte sull'opportunità del mantenimento o meno della pena di morte, in quanto prevista dal codice sardo-piemontese, esteso nel 1859 agli altri Stati del Regno d'Italia (eccezion fatta per la Toscana).

Secondo Carrara la pena di morte è contraria alla legge di natura, che è legge di conservazione del genere umano e non di distruzione di esso.

In questa visione è compatibile con il diritto naturale la reclusione a vita in carcere perchè permette di conservare il diritto alla vita quale diritto assoluto ed inalienabile.²²

Secondo Carrara l'ergastolo è legittimo e perfettamente consono ai principi supremi di un ordinamento democratico, perchè sottrae solo al colpevole una parte della sua libertà anche se per sempre, ma non viola il diritto

²⁰Ibidem.

²¹Ibidem.

²²Cfr. Da Passano in *AA.VV. (a cura di Vinciguerra) I codici preunitari e il codice Zanardelli: diritto penale dell'800*, Padova, 1993, pag. 579-580.

alla vita del reo (come la pena di morte).

L'ergastolo è inoltre preferibile alla pena di morte perchè permette di riparare gli errori giudiziari.

Per questi motivi, razionali ed umanitari, sempre secondo Carrara, è doverosa l'abolizione della pena di morte.

Nel 1888 muore Francesco Carrara, un anno prima della promulgazione del codice penale Zanardelli 1889, il quale recepisce buona parte del pensiero classico tra cui l'abolizione della pena di morte.

1.6. Dai progetti di redazione del codice penale d'Italia fino al codice penale Zanardelli 1889

Prima di passare ad un'approfondita analisi della disciplina dell'ergastolo così come prevista dal codice Zanardelli 1889, appare utile trattare dei progetti di redazione del codice penale che lo precedettero.

Preliminarmente il *16 febbraio 1862* fu istituita una *Commissione per lo studio delle materie penitenziarie* che fissò la segregazione cellulare a 14 anni per i condannati al carcere a vita.

Poi vi è la segregazione notturna con lavoro in comune in silenzio durante il giorno.

Il *Progetto del Codice penale italiano del Del Falco del 26 febbraio 1866* prevedeva l'ergastolo come pena perpetua da scontarsi in case situate in una delle isole del Regno, con 20 anni di segregazione individuale ed eventuale passaggio al lavoro in comune sotto la disciplina rigorosa del silenzio.

Il *Progetto del 18 luglio 1867* prevedeva la pena dell'ergastolo intesa come carcerazione a vita da eseguirsi in uno stabilimento di un'isola del Regno con segregazione continua dagli altri condannati, in cella, per tutta la vita e con l'obbligo del lavoro.

Il *Progetto del 15 aprile 1870* considerava come pena massima la pena di morte e la reclusione a vita da scontarsi con la sola segregazione notturna e con l'obbligo del lavoro in comune e nel silenzio durante il giorno.

Con il *Progetto De Falco del 30 giugno 1873* l'ergastolo riprende il posto di massima pena, da scontarsi negli “ergastoli” situati in un'isola del Regno. Dopo 10 anni di segregazione individuale il condannato poteva essere ammesso al lavoro in comune con la regola del silenzio.

Con il *Progetto Viglioni del 24 febbraio 1874* fu ristabilita la pena di morte confermando le modalità esecutive dell'ergastolo del precedente progetto.

Anche il *Progetto Senatorio del 25 maggio 1875* conservò la pena di morte e definì l'ergastolo come il progetto Viglioni aggiungendo solo le norme per il passaggio al lavoro in comune e per l'eventuale revoca se il condannato non tiene una buona condotta.

Il *Progetto Mancini del 25 novembre 1876* riprodusse le disposizioni del Progetto Senatorio, esclusa la pena di morte, ma, qualora lo stato fisico o morale rendesse al condannato intollerabile la segregazione, fu ammesso l'anticipato passaggio alla vita in comune. Inoltre, ai fini dell'ammissione alla vita in comune occorreva anche il parere della Sezione d'accusa nel distretto dello stabilimento.

La relazione ministeriale sull'ultimo *Progetto Zanardelli del 22 novembre 1887*, prevedeva la sostituzione della pena di morte mediante la pena dell'ergastolo e con il carattere essenziale della perpetuità.

La segregazione continua cessava dopo 10 anni solo se il condannato avesse tenuto una buona condotta, passando allora al lavoro in comune ma con l'obbligo del silenzio ²³.

Come abbiamo avuto modo di notare attraverso i codici esistenti prima dell'unificazione del Regno d'Italia e con il codice Zanardelli 1889, l'ergastolo

²³Lugnano Silvio, *Considerazioni sull'ergastolo*, op. cit., pag. 500.

man mano perse i suoi caratteri di severità ed afflittività.

Dai codici preunitari al codice Zanardelli assistiamo ad una svolta: infatti, mentre nei codici anteriori all'unificazione d'Italia vigeva ancora la pena di morte come pena legittima da infliggere per la commissione di un reato (a parte il Granducato di Toscana che, come vedremo in seguito, fu la prima ad abolirla nel 1786), invece, nel codice Zanardelli del 1889, il primo dopo l'Unità d'Italia, la pena di morte fu abolita e l'ergastolo mantenne il carattere perpetuo. Infatti abolita la pena di morte, la pena massima prevista dell'ordinamento risultò essere l'ergastolo e la riforma consistette dall'applicare la pena dell'ergastolo a quei reati che prima venivano puniti mediante la pena di morte.

Occorre passare ora ad analizzare nel dettaglio la disciplina dell'ergastolo così come era prevista dal codice Zanardelli.

Secondo il codice Zanardelli del 1889 l'ergastolo era una pena perpetua senza possibile conversione in pena temporanea, salvo la grazia. Si scontava negli “ergastoli” ossia in stabilimenti speciali. Sempre per lo stesso codice, l'ergastolo si applicava in caso di commissione dei seguenti reati:

- attentato contro l'integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato (art. 104);
- macchinazioni dirette a promuovere ostilità o guerre contro lo Stato italiano o a favorire le operazioni militari di uno Stato in guerra con lo Stato italiano, con intento raggiunto (art. 106);
- attentato contro il Re, la Regina, il principe ereditario o il reggente durante la reggenza (art. 117);
- parricidio (art. 366 n.1);
- omicidio con premeditazione (art. 366 n. 2);
- omicidio per solo impulso di brutale malvagità, ovvero con gravi sevizie (art. 366, n. 5);
- omicidio col mezzo dell'incendio, inondazione, sommersione o altro dei delitti contro l'incolumità pubblica (art. 366, n. 4);
- omicidio per preparare, facilitare o consumare un altro reato, benché

questo non sia avvenuto (art. 366, n. 5);

- omicidio commesso immediatamente dopo un altro reato, per assicurarne il profitto o per non essersi potuto conseguire l'intento propostosi ovvero per occultare il reato o sopprimere le tracce o le prove, o altrimenti per procurare l'impunità a sé o ad altri (art. 366, n. 6).

La condanna all'ergastolo, per il Codice Zanardelli, comportava le seguenti conseguenze giuridiche:

- a) la pubblicazione speciale della sentenza di condanna (articolo 43);
- b) l'interdizione perpetua dai pubblici uffici (art. 31);
- c) l'interdizione legale, la perdita della patria potestà, dell'autorità maritale, della capacità di testare e la nullità del testamento fatto prima della condanna (art. 33).²⁴

1.7. La scuola positiva: brevi considerazioni da parte di Cesare Lombroso ed Enrico Ferri

Alla fine dell'800 sorge in Italia una corrente di pensiero chiamata *Scuola positiva* che vede tra i suoi massimi esponenti *Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo ed Enrico Ferri*.

Tale movimento costituisce il frutto del recepimento delle teorie del positivismo filosofico, scientifico secondo cui l'essere umano fa parte di un sistema di cui non è il dominus, ma da cui è determinato. In materia penale la scuola positiva, a differenza della precedente scuola classica, esclude che l'essere umano sia dotato di libero arbitrio ed afferma che un soggetto commette un reato non perché sceglie di farlo, ma perché non può fare altro che delinquere.²⁵

²⁴Lugnano Silvio, *Considerazioni sull'ergastolo*, op. cit., pag. 501.

²⁵Cfr. Mantovani Ferrando, *Diritto penale*, op. cit., pag. 549.

*“Per questo movimento naturalistico, che afferma la supremazia dell'indagine sperimentale, dell'induzione e della deduzione, può elaborarsi un sapere scientifico solo sui fenomeni e sull'esperienza”.*²⁶

Il celebre medico veronese *Cesare Lombroso* è autore del libro *“L'uomo delinquente”* ed individua una serie di caratteristiche biologiche sulla base delle quali compila una casistica di prototipi di uomini delinquenti.

Cesare Lombroso aveva dato vita al positivismo antropologico: il soggetto delinque perché presenta determinate caratteristiche biologiche, il delinquente è biologicamente diverso da chi delinquente non è.

La genesi del crimine non è il frutto di una scelta razionale dell'uomo, ma di una serie di elementi che determinano il soggetto al crimine.

Non è una scelta, ma un destino. Si nasce delinquenti.

La scuola positiva, quindi, critica i concetti cardini della scuola classica quale il libero arbitrio, cioè l'uomo non commette reato perché lo ha scelto (conseguenza del libero arbitrio sostenuto dai teorici della scuola classica), ma perché è influenzato da fattori esterni quali quelli biologici, ambientali e sociali²⁷.

Ogni fattore influisce in modo differente su ciascun individuo, da qui nasce la dovuta formulazione delle diverse tipologie di delinquenti: delinquente nato, delinquente pazzo, delinquente abituale e delinquente occasionale.

Mentre i sostenitori della *scuola classica* pongono al centro degli studi criminologici il reato, con la *scuola positiva* l'attenzione passa al delinquente. Nell'applicazione delle pene il diritto penale non avrebbe dovuto considerare la responsabilità morale del delinquente, ma la sua pericolosità sociale, intesa come probabilità di commettere i reati.

La conseguenza di questa visione è che oltre alla pena vanno applicate le misure di sicurezza per i delinquenti socialmente pericolosi (sistema del doppio

²⁶Ibidem.

²⁷Ibidem.

binario).

Pena e misure di sicurezza non saranno proporzionate alla gravità del fatto commesso ed alla colpevolezza, ma al grado di pericolosità del delinquente.

Enrico Ferri riguardo alla pena di morte si dichiara abolizionista anche se dà poca attenzione a tale argomento perchè nel periodo storico in cui scrive la pena di morte era stata abolita dal codice Zanardelli 1889.

Riguardo l'ergastolo per i delinquenti nati o incorreggibili la soluzione è la reclusione perpetua indeterminata.

Enrico Ferri ammette sì l'esistenza dell'ergastolo ma contesta la previsione per gli ergastolani dell'isolamento cellulare, in quanto il periodo di segregazione in cella è lungo, inutile e disumano.

Conseguentemente a simile isolamento il condannato non viene rieducato ma viene ulteriormente deviato. Abbiamo modo di evidenziare come già con la Scuola positiva si iniziò a parlare pian piano di quello che sarà poi la rieducazione del condannato.

La sua proposta è quella di mantenere l'isolamento in cella durante la notte ed istituire l'obbligo del lavoro all'aperto.

Inoltre se il delinquente è un minore non meriterà la reclusione in carcere a vita, ma necessiterà di cure fisiche e morali.

Notiamo come svanisce lo scopo primario retributivo della pena, esaltandosi quindi la centralità della commisurazione ed esecuzione della pena in relazione alle caratteristiche del delinquente.

1.8. L'ergastolo nel codice penale Rocco del 1930 e nella costituzione del 1948

In Italia, durante il periodo fascista, con la *legge 25 novembre 1926 n. 2008*, unitamente all'istituzione di un “*tribunale speciale per la difesa dello Stato*”, per una serie di delitti politici venne reintrodotta la pena di morte, permettendo quindi al regime fascista di allestire una efficiente tecnica di difesa contro i suoi nemici politici.²⁸

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

Nel codice Rocco la pena dell'ergastolo fu mantenuta ma con criteri più umani, attraverso l'abolizione della segregazione cellulare e l'introduzione del lavoro all'aperto.²⁹

Queste innovazioni stemperarono la disumanità della pena perpetua.

*“Nei carceri i reclusi sopravvivevano alla fame, al freddo ed alle malattie. Durante la pena l'ergastolano era in stato di interdizione legale, non aveva la capacità di testare e secondo la legge il testamento redatto prima della condanna era inefficace”.*³⁰

Solo la Grazia sovrana poteva commutare la pena perpetua.

L'ergastolo era ed è ancora disciplinato dall'art. 22 c.p.

Viene scontata in stabilimenti speciali, con l'obbligo del lavoro e dell'isolamento notturno, dopo 3 anni di pena, l'ergastolano può essere ammesso al lavoro all'esterno.

L'avvento del Codice del 1930 comportò alcune innovazioni nella disciplina dell'ergastolo.

Il ripristino della pena di morte per i delitti più gravi contro la personalità dello

²⁸Cfr. Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo*, op.cit., pag. 525.

²⁹Cfr. Gallo Ettore, *Significato della pena dell'ergastolo, aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, II, pag. 65.

³⁰Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo*, op.cit., pag. 525.

Stato e la vita dei cittadini, e l'inasprimento delle funzioni retributiva e general-preventiva, consentirono, infatti, al legislatore fascista di "ammorbidire" taluni aspetti del trattamento riservato ai condannati alla pena perpetua: in particolare il codice del 1930 sopprime l'isolamento e dispose - per il condannato all'ergastolo che avesse scontato almeno tre anni di pena - l'ammissione al lavoro all'aperto.

Tuttavia il codice Rocco sopravvisse anche dopo la caduta del regime fascista, seppur con modifiche e riforme che ne attenuarono la severità rendendolo compatibile con il nuovo ordinamento democratico.

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

Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 venne sancito da parte dello Stato italiano il rifiuto della pena di morte, ex art. 27.4. Cost. secondo cui: *“non è ammessa la pena di morte se non nei casi previsti dalle leggi militari e di guerra”*.

Successivamente la completa abrogazione della pena di morte è avvenuta ad opera della *L. Cost. 2 ottobre 2007 n.1*, che sopprime le parole *“se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”*.

Altrettanto significativa è la disposizione dell'art. 27.3. Cost. che recita che: *“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”*.

L'ergastolo secondo il nostro ordinamento ritorna ad essere tra le pene principali quella più grave, essendo connotata dal carattere della perpetuità.

Nonostante ciò vedremo in seguito come l'art. 27.3. Cost. darà modo di far discutere, in dottrina ed in giurisprudenza, circa la legittimità costituzionale della pena perpetua quale l'ergastolo.

CAPITOLO 2

DISCIPLINA DELL'ERGASTOLO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO VIGENTE

SOMMARIO: 2.1. SULLE MASSIME PENE: MORTE ED ERGASTOLO A CONFRONTO - 2.2. LA PENA DELL'ERGASTOLO: AMBITO DI APPLICAZIONE - 2.2.1. LA PENA DELL'ERGASTOLO. LE PENE ACCESSORIE – 2.2.2. LE CAUSE DI ESTINZIONE DEL REATO E DELLA PENA – 2.2.2.A. L'AMNISTIA – 2.2.2.B. L'INDULTO – 2.2.2.C. LA GRAZIA - 2.3. L'ERGASTOLO ALLA LUCE DELL'ART. 27 DELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA DEL 1948 CON BREVI CENNI INTRODUTTIVI ALLA FUNZIONE DELLA PENA - 2.4. L'ERGASTOLO “OSTATIVO” - 2.4.1. CONTESTO LEGISLATIVO DELL'EMANAZIONE DELL'ART. 4 BIS DELL'ORD. PENIT. - 2.4.2. DISCIPLINA DELL'ART. 4 BIS DELL'ORD. PENIT. (L. 354/75) MODIFICATA DALLA L. 356/92.N - 2.4.2.A. 1° CATEGORIA DI REATI DELL'ART. 4 BIS - 2.4.2.A.1. ART. 58 TER: COLLABORAZIONE CON LA GIUSTIZIA COME CONDIZIONE PER L'ACCESSO AI BENEFICI PENITENZIARI - 2.4.2.A.2. MODIFICA DELL'ART. 4 BIS CON LA L. 23 DICEMBRE 2002 N. 279: I TRE REQUISITI DELLA COLLABORAZIONE AI FINI DELL'ACCESSO AI BENEFICI PENITENZIARI - 2.4.2.B. 2° CATEGORIA DI REATI DELL'ART. 4 BIS - 2.4.3. ERGASTOLANO “NON COLLABORANTE” AI SENSI DELL'ART. 4-BIS, COMMA 1, ORD. PENIT. E BENEFICI PENITENZIARI: PROFILI DI

CONTRASTO CON IL DETTATO COSTITUZIONALE - 2.5. ERGASTOLANO “PENTITO” ED ANALISI ECONOMICA DEL CRIMINE - 2.6. LIBERTÀ CONDIZIONALE: L. 25 NOVEMBRE 1962 N. 1634, LEGGE SULL'ORD. PENIT. L. 26 LUGLIO 1975 N. 354 E LA RIFORMA “GOZZINI” L.10 OTTOBRE 1986 N. 663 - 2.7. GIUDIZIO ABBREVIATO ED ERGASTOLO: SENT. DELLA CORTE COST. 23 APRILE 1991 N. 176 - 2.8. PENA DELL'ERGASTOLO PER I MINORI: LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE 28 APRILE 1994 N. 168

2.1. Sulle massime pene: morte ed ergastolo a confronto

Nel nostro attuale ordinamento giuridico le pene vengono classificate in:

- *Pene principali*, che vengono irrogate dal giudice attraverso una sentenza di condanna;
- *Pene accessorie*, che conseguono di diritto alla condanna come effetti penali di essa.

Gli artt. 17 e 18 del c.p., indicano la denominazione e classificazione delle pene principali. Infatti in base all'art. 17 del c.p.³¹ “*le pene principali stabilite per i delitti sono:*

- *la pena di morte (abrogata)*
- *l'ergastolo*
- *la reclusione*
- *la multa*

³¹Utilizzo come fonte il *Codice penale, esplicito articolo per articolo*, Edizioni giuridiche Simone, 2007.

Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono:

- *l'arresto*
- *l'ammenda”*

Inoltre, secondo l'art. 18 del c.p. *“le pene principali possono anche classificarsi in:*

- *pene detentive in quanto restrittive delle libertà personale, tra le quali rientrano l'ergastolo, la reclusione e l'arresto;*
- *pene pecuniarie, che comprendono la multa e l'ammenda”.*

L'ordinamento giuridico italiano ha sostituito la pena di morte, intesa come pena sia ordinaria (per le leggi di pace) che eccezionale (per le leggi di guerra), con l'ergastolo. L'abrogazione delle pena di morte è avvenuta mediante:

- *un'iniziale abolizione temperata, in quanto tale massima pena era esclusa come pena ordinaria per le leggi di pace, ed ammessa come pena eccezionale per le leggi militari di guerra. Infatti leggiamo all'art. 27/2 Cost. Che: “Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”;*
- *In un secondo tempo la pena di morte fu abolita anche per le leggi militari di guerra ad opera della l. n.589/1994.³²*
- *Successivamente perveniamo ad una totale abolizione della pena di morte grazie alla L. Cost. 2 ottobre 2007 n.1, dove all'art. 27.4 Cost leggiamo che: “non è ammessa la pena di morte”, sopprimendo la disposizione “se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”.*

Percorriamo il cammino legislativo che portò al punto di arrivo costituito dall'abrogazione della pena di morte nel nostro codice penale.

Preliminarmente *Cesare Beccaria nel 1764* con la sua celebre opera *Dei delitti e delle pene* teorizzò l'abolizione della pena di morte, ammettendola solo in via eccezionale nei casi di sociale necessità.

³²Cfr. Mantovani Ferrando, *Diritto penale parte generale 5°edizione*, Cedam 2007, pag. 743.

In seguito il *Granducato di Toscana nel 1786* fu il primo dei Stati preunitari che l'abolì, a differenza, degli altri Stati preunitari dove la ritennero vigente.

Nel *codice Zanardelli del 1889*, codice successivo all'unificazione del Regno d'Italia, fu abolita.

Dopo con la *l. 25 novembre 1926 n. 2009* sulla difesa dello Stato fu ristabilita la pena di morte.

All'entrata in vigore del *codice Rocco del 1930* la pena capitale fu reintrodotta sia per i delitti contro la personalità dello Stato che per i più gravi delitti comuni.

Con la caduta del regime fascista, il *D. Legisl. Luogot. n. 224/1944* abolì la pena di morte per i delitti previsti dal codice penale, ed, in contemporanea, il *D. n. 159/1944* la introdusse per i delitti fascisti più gravi e di collaborazionismo.

L'anno seguente con il *D. Luogot. n. 234/1945* la ripristinò come misura eccezionale e temporanea per i tipi di banditismi più gravi.

La definitiva abolizione della pena di morte come pena ordinaria (in tempi di pace) si ebbe con l'avvento della *Costituzione Repubblicana del 1948*, dove assistiamo all'abolizione della pena capitale anche per i delitti previsti dalle leggi speciali diverse da quelle militari grazie al *D. lgs. n. 21/1948*; e l'eliminazione della pena di morte come pena eccezionale (in tempi di guerra) vi fu ad opera della *l. n. 589/1994*.³³

Con la legge sopra menzionata viene definitivamente abrogata la pena di morte nel nostro ordinamento giuridico italiano.

Possiamo ora continuare il nostro iter sulla pena di morte soffermandoci al più ampio livello sovranazionale.

La pena di morte è tuttora prevista quasi nella metà dei paesi del mondo.

³³Ibidem.

Questo dato è dovuto a causa di tradizioni, di sistemi politici totalitari e dal grado della civiltà di un popolo. Spesso, nei paesi che si proclamano abolizionisti, a causa dell'aggravamento della delinquenza, tale pena capitale viene riproposta. Possiamo dare un breve sguardo ai processi storici tendenti all'abolizione della pena di morte rilevati parziali.

- Nell'ambito delle *Nazioni Unite*, abbiamo la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948)*, che afferma l'inviolabilità del diritto alla vita, senza accennare alcunché sulla pena di morte; il *Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966)* ed il *Secondo protocollo (1989)* fanno salva la pena capitale per i paesi non abolizionisti;
- Nell'ambito del *diritto internazionale penale*, la pena capitale prevista dagli Statuti di Norimberga e dell'Estremo Oriente fu esclusa dai *Tribunali per la ex Jugoslavia e il Ruanda* e dallo *Statuto della Corte internazionale penale permanente*;
- Nell'ambito *europeo* la *Convenzione europea (1950)* abolì la pena di morte per i delitti commessi in tempo di guerra e la *Carta Europea dei Diritti dell' Uomo (2000)* sancì l'integrale abolizione.³⁴

Possiamo ora discutere circa l'opportunità o meno della pena di morte, confrontando le tesi degli abolizionisti e dei sostenitori di tale pena su vari piani: ideologico-politico, logico-scientifico, politico-criminale.

Dal punto di vista ideologico-politico, in un ordinamento personalistico che riconosce e garantisce i diritti inviolabili della persona considerando quindi l'uomo come valore etico in sè quindi dove si pone al centro dell'ordinamento l'uomo, è inammissibile il diritto dello Stato di uccidere, che si manifesta nella previsione legislativa della pena di morte. Diversamente la pena capitale è giustificata in un ordinamento utilitaristico, secondo il quale è legittimo il

³⁴Ibidem pag.741.

sacrificio di un solo individuo per il benessere dei più, dove quindi la collettività ha più valore del singolo. Secondo tale visione che legittima la pena di morte la persona è considerata uno strumento per scopi generalpreventivi e più in generale d'utilità sociale.

In linea generica possiamo notare una correlazione tra pena di morte e tipo di Stato, infatti, nonostante alcuni paesi democratici conservino la pena di morte es. Stati Uniti, tendenzialmente gli ordinamenti democratici hanno abolito la pena di morte, mentre gli stati totalitari l' hanno conservata.

Sul piano logico-scientifico, se si considera la pena nel suo aspetto di *prevenzione generale* (nata nell'ambito dell'ideologia illuministica dove la pena assume un fondamento utilitaristico, costituendo un mezzo per distogliere i consociati dal compiere reati) allora la pena di morte è giustificata in quanto è in grado di produrre una massima efficacia intimidatrice; ugualmente la pena di morte trova anche giustificazione se si considera la pena nella sua funzione di *prevenzione speciale* (sostenuta dalla scuola positiva secondo cui la pena ha la funzione di eliminare o ridurre il pericolo che il reo nel futuro ricommetta il reato). Nell'ambito della suddetta teoria della prevenzione speciale della pena, è concepita la pena di morte in quanto elimina ogni possibilità di recidiva del reo, cioè il condannato certo non tornerà a delinquere.

Infine, *sul piano politico-criminale* le argomentazioni dei *sostenitori dell'utilità della pena di morte* possono essere così sintetizzate:

- *la massima forza generalpreventiva*, in quanto, essendo il crimine espressione di un male non solo del singolo ma anche dell'intera società, è ammissibile il sacrificio del singolo rispetto al valore della collettività;
- *la massima forza specialpreventiva*, che elimina ogni possibilità recidiva del reo, cioè elimina a priori ogni eventuale possibilità che il reo possa ricommettere il reato;
- *la massima capacità di placare l'allarme sociale* provocato dal reato, nonché il sentimento delle persone offese e dei loro parenti ed amici,

evitando delitti di reazione.

Per contro i *favorevoli all'abolizione* pongono tali argomenti:

- ⑩ *inutilità della pena di morte* sotto il profilo della prevenzione generale, in quanto non è detto che applicando la pena di morte i delitti diminuiscano, infatti non è stata fornita alcuna prova scientifica della correlazione tra aumento o diminuzione della criminalità e soppressione o introduzione della pena capitale;
- ⑩ *dannosità sociale* in quanto tale pena, invece di favorire il pentimento del reo, è una “scuola di ferocia”, dato il rituale piuttosto atroce e tragico.
- ⑩ *la non necessità* sotto il profilo preventivo-neutralizzatore in quanto la società organizzata ha altri mezzi per impedire che il reo possa ricommettere il reato.
- ⑩ Irreparabilità in caso di errori giudiziari.³⁵

Nonostante le tesi esaminate a favore o contrarie alla pena di morte, è un fatto che essa sia stata abrogata nel nostro codice penale. Pertanto la pena di morte viene rimpiazzata dalla pena dell'ergastolo.

In conseguenza dell'abrogazione della pena di morte dall'ordinamento italiano, l'ergastolo risulta essere, tra le pene detentive, la pena massima e la più grave. La *perpetuità* è il carattere fondamentale di questa pena. L'art. 17 del Codice penale enumera le pene principali e comprende, al n. 2, l'ergastolo. Il successivo art. 22 stabilisce: "*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*". Malgrado tale disposizione legislativa, il carattere della perpetuità dell'ergastolo non è più assoluto dato che in base all'art. 176.3 c.p. l'ergastolano

³⁵ Ibidem.

può essere ammesso alla liberazione condizionale dopo aver scontato 26 anni di pena, inoltre può beneficiare del regime di semilibertà dopo aver espiato almeno 20 anni di pena.

E' stato posto il quesito se l'ergastolo, con il suo carattere della perpetuità, urti con il principio rieducativo della pena sancito dall'art. 27 Cost. secondo cui le pene devono tendere alla rieducazione del condannato.

In merito a tale questione la nostra Corte Costituzionale, come quella tedesca, risponde che l'ergastolo è conciliabile con l'art. 27 Cost. perchè rientrano tra i fini della pena la generalprevenzione e la neutralizzazione a tempo indeterminato di alcuni criminali.³⁶

2.2. La pena dell'ergastolo: ambito di applicazione

L'ambito di applicazione della pena dell'ergastolo è piuttosto ristretto, in quanto tale pena è prevista solo per reati di particolare gravità ed allarme sociale.

L'ergastolo si applica nell'ipotesi di concorso di più reati ai sensi degli artt. 72 e 73, 2 co. c.p.

Possiamo analizzare le singole fattispecie di reato punite con la pena dell'ergastolo.

Secondo l'art. 72 del c.p. si applica *“la pena dell'ergastolo con isolamento diurno da 6 mesi a 3 anni nel caso in cui un soggetto è colpevole di più delitti e ciascuno dei quali comporta l'applicazione dell'ergastolo; si applica la pena dell'ergastolo con isolamento diurno da 2 a 18 mesi in caso di concorso di delitti che comportano l'applicazione dell'ergastolo o con uno o più delitti che comportano l'applicazione di pene detentive temporanee per un*

³⁶ Ibidem pag.744.

periodo superiore ai 5 anni”.

In base all'art. 73.2 c.p. si applica *“la pena dell'ergastolo quando concorrono più delitti per ciascuno dei quali deve infliggersi una pena della reclusione non inferiore a 24 anni”.*

Vediamo ora le circostanze aggravanti speciali della fattispecie dell'omicidio ai sensi delle quali “scatta” l'applicazione di tale pena detentiva perpetua. Secondo l' art. 576 del c.p. si applica *“l'ergastolo se l'omicidio è commesso:*

- 1) col concorso di taluna delle circostanze indicate nel n. 2 dell'articolo 61, ossia l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato;*
- 2) contro l'ascendente o il discendente, quando concorre taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61 (l'aver agito per motivi abietti o futili, o l'aver adoperato sevizie e l'aver agito con crudeltà verso le persone) o quando è adoperato un mezzo venefico o un altro mezzo insidioso ovvero quando vi è premeditazione;*
- 3) dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza; dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione;*
- 4) nell'atto di commettere taluno dei delitti preveduti dagli articoli 519 (violenza carnale), 520 (congiunzione carnale commessa con l'abuso della qualità di pubblico ufficiale)”.*

Secondo l' art. 577 del c.p. si applica *“la pena dell'ergastolo se l'omicidio è commesso:*

- 1) contro l'ascendente o il discendente;*
- 2) col mezzo di sostanze venefiche, ovvero con un altro mezzo insidioso;*
- 3) con premeditazione;*

4) *con concorso di talune delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61 (l'aver agito per motivi abietti o futili, o l'aver adoperato sevizie e l'aver agito con crudeltà verso le persone)*".

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

A) Delitti contro la personalità dello Stato:

- Art. 242, 1.co. c.p. (Cittadino che porta le armi contro lo stato italiano):

"Il cittadino che porta le armi contro lo Stato, o presta servizio nelle forze armate di uno Stato in guerra contro lo Stato italiano è punito con l'ergastolo. Se esercita un comando superiore o una funzione direttiva è punito con l'ergastolo".

- Art. 243, 2.co. c.p. (Intelligenze con lo straniero a scopo di guerra contro lo Stato italiano):

"Chiunque tiene intelligenze con lo straniero affinché uno Stato estero muova guerra o compia atti di ostilità contro lo Stato italiano e la guerra segue e le ostilità si verificano si applica l'ergastolo".

- Art. 244, 1.co. c.p. (Atti ostili verso uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di guerra):

"Chiunque, senza l'approvazione del Governo, fa arruolamenti o compie atti ostili contro uno Stato estero, in modo da esporre lo Stato italiano al pericolo di una guerra, e se la guerra avviene è punito con l'ergastolo".

- Art. 258, 2. e 3.co. c.p. (Spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione):

"Si applica l'ergastolo se lo spionaggio di notizie cui è vietata la divulgazione è commesso nell'interesse di uno Stato in guerra con lo Stato italiano. Si applica l'ergastolo se il fatto ha compromesso la preparazione o l'efficienza"

bellica dello Stato o le operazioni militari”.

- Art. 261, 3. e 4.co. c.p. (Rivelazione di segreti di Stato):

“Chiunque rivela notizie coperte dal segreto di Stato ed il colpevole ha agito a scopo di spionaggio politico o militare si applica l'ergastolo”.

- ⑩ Art. 262, 3.co. c.p. (Rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione):

“Chiunque rivela notizie di cui sia stata vietata la divulgazione il colpevole ha agito a scopo di spionaggio politico o militare si applica l'ergastolo”.

- Art. 265, ult. co. c.p. (Disfattismo politico):

“Chiunque, diffonde o comunica voci o notizie false, esagerate o tendenziose, che possono destare pubblico allarme o deprimere lo spirito pubblico o altrimenti menomare la resistenza della nazione di fronte al nemico, o svolgere un'attività tale da recare nocimento agli interessi nazionali ed il colpevole ha agito in seguito ad intelligence col nemico la pena è dell'ergastolo”.

- Art. 276 c.p. (Attentato contro il Presidente della Repubblica):

“Chiunque attenta alla vita, alla incolumità o alla libertà personale del Presidente della Repubblica è punito con l'ergastolo”.

- Art. 280, 4.co. c.p. (Attentato per finalità terroristiche o di eversione):

“Chiunque per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico attenta alla vita di una persona e da tale fatto deriva la morte della persona si applica l'ergastolo”.

- Art. 284, 1.e 2.co. c.p. (Insurrezione armata contro i poteri dello Stato):

“Chiunque promuove un'insurrezione armata contro i poteri dello Stato è punito con l'ergastolo, e se l'insurrezione avviene con l'ergastolo. Coloro che dirigono l'insurrezione sono puniti con l'ergastolo”.

- Art. 285 c.p. (Devastazione, saccheggio e strage):

“Chiunque, allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato, commette un fatto diretto a portare la devastazione, il saccheggio o la strage nel territorio dello Stato o di una parte di esso è punito con l'ergastolo”.

- Art. 286 c.p. (Guerra civile):

“Chiunque commette un fatto diretto a suscitare la guerra civile nel territorio dello Stato è punito con l'ergastolo. Se la guerra civile avviene il colpevole è punito con l'ergastolo”.

- Art. 287, 3.co. c.p. (Usurpazione di potere politico o di comando militare):

“Chiunque usurpa un potere politico, o persiste nell'esercitarlo indebitamente, o indebitamente assume un alto comando militare ed il fatto è commesso in tempo di guerra il colpevole è punito con l'ergastolo, è punito con l'ergastolo se il fatto ha compromesso l'esito delle operazioni militari”.

- Art. 289 bis, 3.co. c.p. (Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione):

“Chiunque commette sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione e cagiona la morte del sequestrato si applica l'ergastolo”.

- Art. 295 c.p. (Attentato contro i Capi di Stati esteri):

“Chiunque attentava alla vita, all'incolumità o alla libertà personale del Capo di uno Stato estero e se da tale fatto deriva la morte del capo dello Stato estero è punito con l'ergastolo”.

B) Delitti contro l'incolumità pubblica:

- Art. 422 c.p. (Strage):

“Chiunque, al fine di uccidere, compie atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità è punito con l'ergastolo se dal fatto deriva la morte di una o più persone”.

- Art. 438 c.p. (Epidemia):

“Chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni è punito con l'ergastolo, se dal fatto deriva la morte di più persone si applica l'ergastolo”.

- Art. 439, 2.co. c.p. (Avvelenamento di acque o di sostanze alimentari):
“*Chiunque avvelena acque o sostanze alimentari e dal fatto derivi la morte di una o più persone si applica l'ergastolo*”.

C) Delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone:

- Art. 630, 3.co. c.p. (Sequestro di persona a scopo di estorsione):
“*Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguirne per sé o per altri un ingiusto profitto come prezzo della liberazione e se il colpevole ne cagiona la morte del sequestrato è punito con l'ergastolo*”.

2.2.1. La pena dell'ergastolo. Le pene accessorie

Nel nostro ordinamento è previsto che, accanto alle pene principali, siano irrogate delle *pene accessorie*.

Dal punto di vista del contenuto le pene accessorie possono consistere in misure di carattere *interdittivo* (implicano il divieto di svolgere determinate attività), *sospensivo* dall'esercizio di diritti, potestà e uffici, *incapacitante* o infine infamante e presuppongono sempre la condanna ad una pena che sia l'ergastolo, la reclusione, l'arresto, la multa o l'ammenda.³⁷

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

Ci interessiamo solo delle pene accessorie derivanti da delitto, ai sensi dell'art. 19 c.p., che sono:

³⁷Cfr. Padovani Tullio, *Diritto penale*, Milano, 2006, pag. 313.

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

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

La condanna all'ergastolo comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, l'interdizione legale e la decadenza dalla potestà genitoriale.

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

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

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

Essa è prevista solo nel caso di condanna alla pena dell'ergastolo e nel caso di condanna alla reclusione per un tempo non inferiore ai cinque anni.

Tale pena accessoria comporta la perdita della capacità di agire, e quindi

l'applicazione della disciplina civilistica dell'interdizione giudiziale³⁸.

2.2.2 Le cause di estinzione del reato e della pena

Tra le cause estintive il codice, nel Titolo VI, distingue: *le cause di estinzione del reato* (estinguono la punibilità in astratto cioè escludono l'applicazione della pena prima della sentenza definitiva di condanna) e *cause di estinzione della pena* (estinguono la punibilità in concreto cioè la pena da applicare nel caso concreto, per effetto di una sentenza definitiva di condanna). La differenza sta nel fatto che *le prime* operano antecedentemente all'intervento di una sentenza di condanna (incidendo sulla punibilità in astratto, estinguendo la potestà statale di applicare la pena minacciata), mentre *le seconde* presuppongono l'emanazione di una sentenza di condanna (estinguono la punibilità in concreto, bloccando l'esecuzione della sanzione inflitta dal giudice).

Le cause di estinzione del reato sono *generali* (riferibili a tutti i reati e si trovano nella parte generale del codice) e *speciali* (riferibili a determinati reati e si trovano in leggi speciali o nella parte speciale del codice), *condizionate e incondizionate*.

Le cause generali di estinzione del reato sono:

- ⑨ la morte del reo prima della condanna definitiva (art. 150 c.p.);
- ⑨ l'amnistia propria (art. 151 c.p.);
- ⑨ la remissione della querela (art. 152 c.p.);
- ⑨ la prescrizione (art. 157 c.p.);
- ⑨ l'oblazione nelle contravvenzioni (art. 162 e 162 bis c.p.);

³⁸Cfr. Mantovani Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, Cedam, 2007, pag. 785.

- ⑨ la sospensione condizionale (art. 162 c.p.);
- ⑨ il perdono giudiziale (art. 169 c.p.).

Le cause di estinzione della pena sono:

- ⑨ la morte del reo dopo la condanna definitiva (art. 171 c.p.);
- ⑨ l'amnistia impropria (art. 151 c.p.);
- ⑨ la prescrizione della pena (art. 172 e 173 c.p.);
- ⑨ l'indulto e la grazia (art. 174 c.p.);
- ⑨ la liberazione condizionale (art. 176 c.p.);
- ⑨ la riabilitazione (art. 178 c.p.),
- ⑨ la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale (art. 175 c.p.).

La pena dell'ergastolo è interessata solo ad alcune di queste vicende estintive, quali l'amnistia, l'indulto e la grazia.

Possiamo dare un breve accenno sulla disciplina delle suddette 3 cause di estinzione del reato e della pena, per poi spiegarne il rapporto con la pena dell'ergastolo.

2.2.2.a. L'amnistia

E' un provvedimento di clemenza generale e astratto con cui lo Stato rinuncia all'applicazione della pena per determinati reati. E' considerata un atto di clemenza che estingue il reato e, se vi è stata condanna, fa cessare l'esecuzione della stessa e delle pene accessorie. L'amnistia può essere propria o impropria.

Quella *propria* può estinguere il reato mentre il procedimento penale è in corso mentre quella *impropria* può intervenire dopo che è stata pronunciata una sentenza penale definitiva di condanna (art. 151 co. I° pt. 2 c.p.).

L'amnistia *impropria* fa cessare l'esecuzione della condanna e le pene accessorie anche se permangono gli altri effetti penali. Conseguentemente, anche con il provvedimento di clemenza, la condanna costituisce titolo per la dichiarazione di recidiva, di abitualità, di professionalità nel reato o per escludere il beneficio della sospensione condizionale della pena. La concessione dell'amnistia può essere sottoposta a condizioni (sia sospensive che risolutive) o ad obblighi, previsti dalla legge di concessione (amnistia condizionata).

La Corte costituzionale ha riconosciuto sempre e comunque la possibilità per l'imputato di rinunciare ai benefici dell'amnistia e chiedere l'esame di merito, al fine di ottenere una eventuale assoluzione.

2.2.2.b. L'indulto

Al pari dell'amnistia, è un provvedimento di clemenza generale, ma ne differisce perchè opera esclusivamente sulla pena principale, che viene condonata in tutto o in parte o commutata in un'altra specie di pena stabilita dalla legge. Nella prassi è utilizzato come strumento di periodico sfoltoimento delle carceri. Consiste in un atto di clemenza che condona la pena, in tutto o in parte, o la commuta in una pena di specie diversa.

Si distingue un indulto *proprio* da un indulto *improprio* a seconda che il condono intervenga nella fase esecutiva rispetto a una sentenza irrevocabile di condanna o sia applicato dal Giudice al momento della sentenza.

E' un provvedimento di clemenza adottato dal Parlamento (legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna camera;

legge deliberata in ogni suo articolo e nella votazione finale).

Per l'applicazione dell'indulto è competente il Giudice dell'esecuzione, il quale procede senza formalità, secondo la procedura *de plano* prevista anche per l'ammnistia.

Si differenzia dall'ammnistia perché si limita a estinguere (in tutto o in parte) la pena principale, che viene condonata oppure commutata in altra specie di pena consentita dalla legge. L'indulto non estingue le pene accessorie, a meno che la legge di concessione non disponga diversamente e neppure gli altri effetti penali della condanna, mentre l'ammnistia estingue il reato.

Diversamente dalla grazia (provvedimento individuale), l'indulto è un istituto di carattere generale e si riferisce a tutti i condannati che si trovino in determinate condizioni di pena.

2.2.2.c. La grazia

E' un provvedimento di carattere individuale emesso (discrezionalmente) dal Presidente della Repubblica con il quale viene condonata (in tutto o in parte) la pena principale di un condannato.

Secondo la norma la grazia “*condona, in tutto o in parte, la pena inflitta, o la commuta in un'altra specie di pena stabilita dalla legge. Non estingue le pene accessorie, salvo che il decreto disponga diversamente, e neppure gli altri effetti penali della condanna*”. ³⁹

Con riguardo all'ergastolo, l'*art. 210.3. c.p.* prevede che : “*Se per effetto dell'indulto o della grazia non debba esse eseguita, in tutto o in parte, la pena dell'ergastolo, il condannato è sottoposto a libertà vigilata per un tempo non inferiore a tre anni*”.

³⁹Ibidem pag. 818-832.

L'art. 184.1. c.p. disciplinando l'estinzione dell'ergastolo ed i suoi effetti sulle pene detentive per il reato concorrente, sancisce che: *“Quando, per effetto di amnistia o indulto o grazia, la pena dell'ergastolo è estinta, la pena detentiva temporanea è eseguita per intero. Se il condannato ha già subito l'isolamento diurno per intero, la pena per il reato concorrente è ridotta alla metà; è estinta, se il condannato è stato detenuto per oltre trent'anni”*

L'art. 184.2. c.p. Sancisce l'estinzione delle pene detentive temporanee ed i suoi effetti sull'ergastolo inflitto per il delitto concorrente. In base a tale norma: *“Se per effetto di una di queste cause estintive (amnistia impropria o indulto o grazia) la pena detentiva temporanea inflitta non deve essere scontata, per il reato concorrente, al condannato all'ergastolo, l'isolamento diurno non si applica. Se la pena detentiva temporanea deve essere scontata solo in parte, il periodo dell'isolamento diurno può essere ridotto fino a tre mesi”*.

2.3. L'ergastolo alla luce dell'art. 27 della costituzione repubblicana del 1948 con brevi cenni introduttivi alla funzione della pena

Prima di analizzare l'art. 27 Cost. che consacra il principio rieducativo della pena, appare utile esporre una breve introduzione sugli *scopi della pena detentiva*.

Sulla pena possiamo distinguere tre teorie: *teoria retributiva, teoria*

*generalpreventiva e teoria specialpreventiva.*⁴⁰

1) *La teoria retributiva* della pena si fonda sul principio in base al quale il bene va ricompensato con il bene ed il male con il male. Secondo tale teoria la pena costituisce la retribuzione, il castigo causato dal male commesso⁴¹.

A sua volta distinguiamo la *retribuzione morale e la retribuzione giuridica*.

a) “*Per la retribuzione morale la pena è un'esigenza etica profonda ed insopprimibile della coscienza umana. E' un'esigenza di ragione e poggia sull'idea di giustizia, che postula che al bene segua il bene ed al male segua il male. Punire il colpevole è una necessità in base a questo imperativo di giustizia che scaturisce dalla coscienza umana e che secondo la teoria kantiana costituisce un imperativo categorico, trovando in sé la sua giustificazione, senza bisogno di ricercarla in qualsiasi utilità sociale esterna*”.⁴²

Due ulteriori concetti sono quelli del *diritto premiale*, secondo cui colui che ha osservato le prescrizioni dell'ordinamento giuridico merita un premio, e quello di *diritto penale*, secondo cui colui che ha infranto la legge morale e l'imperativo categorico merita una punizione⁴³.

b) Invece, secondo la *retribuzione giuridica* la pena si fonda non nella coscienza umana ma all'interno dell'ordinamento giuridico, cioè la pena ripara al delitto ristabilendo l'ordine sociale violato. Dato che il reato costituisce la disobbedienza del singolo alla volontà della legge dello Stato, tale fatto necessita di una riparazione che serve a riaffermare la volontà della legge e che è data dalla pena. La matrice di questa teoria risale alla filosofia di Hegel secondo cui “*essendo il delitto la negazione del diritto e la pena negazione del*

⁴⁰Cfr. Moccia Sergio, *Diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, cap. II, pag. 39 e ss.

⁴¹Cfr. Mantovani Ferrando, *Diritto penale parte generale*, Cedam 2007, pag. 714.

⁴² Ibidem.

⁴³Ibidem.

delitto, la pena in quanto negazione di una negazione è affermazione del diritto. A mezzo della pena lo Stato afferma il proprio ordinamento, dando fra l'altro una soddisfazione alla collettività turbata dal delitto, alla vittima e ai congiunti, e calmando l'allarme sociale derivatone. Tale teoria afferma il principio ovvio compatibile con ogni dottrina della pena che ogni ordinamento per essere effettivo deve applicare la sanzione che minaccia".⁴⁴

In conseguenza del principio retributivo la pena assume determinati caratteri:

- *personalità della pena*, ossia il principio in base al quale la responsabilità penale è personale (art. 27.1 Cost e art. 40 c.p.), “*in quanto all'autore del male si applica il corrispettivo del male*”⁴⁵, tale principio ha comportato l'abolizione della responsabilità per fatto altrui e l'affermazione del principio per cui con la morte del reo si estingue la pena;
- *proporzionalità della pena*, in base al quale la pena deve essere proporzionata al fatto commesso dall'autore del reato.⁴⁶
- *determinatezza della pena*, cioè, in conseguenza del fatto che la pena è proporzionata al reato commesso, la pena deve possedere il carattere della determinatezza;
- *inderogabilità della pena*, cioè la pena, in quanto è il corrispettivo, la retribuzione della disobbedienza ai precetti dello Stato, deve essere sempre e comunque scontata dall'autore dell'illecito penale.⁴⁷

Da tali teorie deriva l'assunto che la pena non solo è afflittiva ma deve anche essere umana, infatti all'art. 27.3. cost leggiamo che” *le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*”.

⁴⁴ Ibidem pag. 715.

⁴⁵ Ibidem pag. 716.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

2) Passiamo a parlare ora della teoria della *prevenzione generale*.

Secondo tale teoria la pena è un mezzo per raggiungere uno scopo costituito dal distogliere i consociati dal commettere delitti. Essa nacque all'interno del pensiero illuministico, acquistando la pena un fondamento utilitaristico.⁴⁸

La prevenzione generale può essere a sua volta distinta in prevenzione generale positiva e negativa.

Mediante la *prevenzione generale negativa* la pena è un mezzo in grado di intimidire i consociati; invece, la *prevenzione generale positiva* si basa sull'idea che la tutela di certi valori mediante la pena abbia lo scopo di orientamento culturale e morale pedagogico dei consociati.⁴⁹

3) Infine abbiamo la *teoria della prevenzione speciale*.

Secondo tale teoria la pena ha lo scopo di evitare che l'autore che ha commesso il reato possa compierne un altro, evita la recidiva.

Anche la prevenzione speciale, al pari di quella generale, si suddivide ulteriormente in prevenzione speciale positiva e negativa.

La teoria della prevenzione speciale della pena, come abbiamo avuto modo di vedere, trova il suo antecedente nelle idee della Scuola Positiva secondo cui il delinquente commette reati perchè ha l'attitudine, l'inclinazione a commetterli a causa di fattori ambientali, antropologici e biologici. Secondo tale concezione la pena non deve essere proporzionata al male commesso, alla gravità del fatto (teoria della retribuzione della pena), ma deve essere commisurata alla personalità dell'autore dell'illecito penale.⁵⁰

La visione della pena nel suo aspetto di prevenzione speciale positiva punta sul

⁴⁸Ibidem pag. 717.

⁴⁹Cft. Pulitanò Domenico, *Diritto penale*, op. cit., pag. 20-22.

⁵⁰Cft. Mantovani Ferrando, *Diritto penale*, op. cit., pag. 717.

principio di rieducazione del condannato. L'art. 27 della Costituzione enunciando che *"Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato"* sancisce che la pena ha il fine, lo scopo di rieducare il reo. Circa tale principio di rieducazione, esso non coincide con il pentimento morale, la conversione interiore, spirituale. Ma viene inteso come concetto di relazione, rapportabile alla vita sociale e che presuppone un ritorno del soggetto nella collettività, rieducare il condannato significa riattivare il rispetto dei valori fondamentali della vita sociale; rieducazione significa "recupero sociale", "reinserimento sociale", "risocializzazione".

Terminato tale breve cenno alle diverse funzioni della pena, ora possiamo passare ad analizzare le varie implicazioni sulla costituzionalità o meno della pena dell'ergastolo in riferimento al principio rieducativo della pena consacrato all'art. 27 cost.

Con l'avvento della Costituzione Repubblicana del 1948, ed in particolare con la disposizione dell'art. 27.3 cost., con riferimento agli scopi della sanzione penale, sorge la problematica relativa all'ergastolo.

*"L'art. 27.3 e l'art. 25 cost., che consacrano i principi di afflittività, umanizzazione e finalità rieducativa della pena, costituiscono il risultato dei contrasti all'interno della Commissione per la costituente tra coloro che sostenevano la tesi della concezione retributiva della pena e coloro che all'opposto concepivano la pena in chiave rieducativa".*⁵¹

Quindi le pene così come previste dal *codice penale Rocco del 1930*, codice di stampo fascista, andavano abrogate o riformulate alla luce dei nuovi principi della Costituzione Repubblicana.

"Precisamente, prima dell'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana del 1948, la pena perpetua quale l'ergastolo era rispondente sia alla concezione retributiva della pena sostenuta dalla scuola classica, sia era

⁵¹Bernardi Alessandro, *Ergastolo: verso una effettività pluridimensionalità della pena perpetua?* op. cit., pag. 406.

conforme anche alla teoria della funzione di rieducazione della pena ammettendo il più ristretto scopo di neutralizzazione della sanzione penale qualora venisse invocata l'incorreggibilità del condannato, promossa dai sostenitori della scuola positiva; ma dopo la formulazione dell'art. 27.3 cost. del 1948, l'ergastolo, per la prima volta, viene posto di fronte ad un'alternativa: o esso si armonizza con la funzione rieducativa mediante le modifiche del trattamento, oppure, andava abrogato in quanto non conforme con l'art. 27.3. cost."⁵²

Di fronte a tale questione una parte della dottrina tentò in due modi di salvare la vigenza dell'ergastolo, considerata fondamentale *“per motivi di retribuzione e di prevenzione generale”*⁵³.

In primo luogo, negli anni '50 e '60 l'art. 27.3. è stato interpretato nel senso non di norma immediatamente precettiva bensì di norma programmatica, ossia norma che prescrive degli obiettivi e non comportamenti da tenere. *“Ma tale tesi è stata bandita in quanto la più autorevole dottrina affermò l'efficacia precettiva immediata delle norme programmatiche che non siano generiche e che abbiano un contenuto univoco”*⁵⁴. Inoltre è anche emersa la linea interpretativa secondo la quale la rieducazione attenga solo al momento della fase di esecuzione della pena.⁵⁵

In secondo luogo, si cercò di affermare la conformità dell'ergastolo con il principio costituzionale della rieducazione del condannato mediante le seguenti argomentazioni:

- L'ergastolo è un tipo di pena che tende alla rieducazione del reo se per rieducazione la intendiamo nel senso di *“rieducazione interiore”*⁵⁶. *“La rieducazione può anche essere soltanto morale e non mirare*

⁵²Ibidem.

⁵³ Ibidem pag. 407.

⁵⁴Ibidem.

⁵⁵Cft. Petrocelli Biagio, *Saggi di diritto penale*, Padova, Cedam, 1965, pag. 112-113

⁵⁶ Bettiol Giuseppe, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Rivista Italiana Diritto Penale*, 1956, pag. 555.

direttamente ad un reinserimento del condannato nella vita sociale”⁵⁷.
“*Tale rieducazione, che coincide con il concetto di emenda, viene raggiunta attraverso la pena-redenzione che deve essere espiata consentendo al reo di pagare il suo debito verso la società offesa*”⁵⁸.
Questo ragionamento fu fatto dalla *Cassazione con la sentenza 16 giugno 1956*, che in seguito analizzeremo nel dettaglio, con cui si dichiarava manifestatamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 22 cp. che prevedeva la pena dell'ergastolo. Infatti la Cassazione ragionò in tali termini: ritenne che dato che la funzione rieducativa coincide con la funzione di emenda (pentimento) del reo, allora la pena dell'ergastolo è una pena tendente alla rieducazione dell'autore del reato, perchè durante la fase dell'esecuzione della pena è possibile una fase di miglioramento morale del condannato.⁵⁹

- Successivamente, la dottrina più moderna arrivò ad affermare che la rieducazione del condannato si attua, al di là del pentimento e dell'emenda, attraverso il reinserimento del reo nella vita sociale; inoltre, secondo sempre il ragionamento di questa moderna dottrina, non contrasta con la norma costituzionale una pena che in concreto è perpetua, ma la contrasta se tale pena è edittalmente perpetua. La pena detentiva può durare tutta la vita, se non è stata raggiunta la rieducazione, invece, essa deve essere temporanea, se la rieducazione è stata attuata.⁶⁰ Venne sostenuto da più parti che l'ergastolo, in quanto è una pena a carattere perpetuo, è altresì pena da qualificarsi inumana.

“Da ciò discende l'istanza di trasformazione delle modalità di esecuzione della pena. Queste, per la più attenta dottrina, devono ora articolarsi in un

⁵⁷Pagliari Antonio, *Prospettive di riforma*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico (Atti del Convegno di Lecce)* 1977, pag. 421.

⁵⁸Bettiol Giuseppe, *Sulle massime pene*, op. cit., pag. 557-558.

⁵⁹Cf. *Sez. Un. Cass.*, 16 giugno 1956, in *Riv. it. Dir. Pen.*, 1956, pag. 488-490.

⁶⁰Cfr. Bernardi Alessandro, *Ergastolo: verso una effettività pluridimensionalità della pena perpetua?* op. cit., pag. 410.

*trattamento progressivo non più funzionalizzato, in chiave meramente premiale, al semplice ottenimento della buona condotta del detenuto in cambio di migliori condizioni di vita all'interno del carcere e di una decurtazione della pena da scontare. Il trattamento viene invece concepito per stimolare e favorire nel condannato comportamenti positivi che, trasformandosi nel tempo in abitudini di vita, lo restituiscano risocializzato al mondo esterno. La necessaria rieducatività della pena esige che il trattamento progressivo finalizzato al riadattamento sociale dei condannati, sia esteso a tutti i reclusi, ergastolani compresi*⁶¹.

Possiamo vedere ora, sempre in tema del dibattito dottrinale riguardo alla funzione della pena alla luce del nuovo principio costituzionale, le diverse interpretazioni della norma in base al diverso momento storico ed in base a vari autori.

Secondo *Bettiol*, avendo la pena una *funzione retributiva*, la rieducazione è una conseguenza eventuale della stessa da attuarsi solo in fase esecutiva. Quindi secondo tale autore il vero fine della pena non è la rieducazione, infatti se il fine fosse la rieducazione sarebbe ammessa una pena indeterminata nel tempo, destinata a finire solo se il fine rieducativo venga raggiunto⁶². Quindi tale autore respinge la tesi della finalità della pena in chiave essenzialmente rieducativa.

Anche *Zuccalà* respinge la tesi della pena rieducativa affermando che, nel momento normativo, incentrato sulla prevenzione generale negativa, non vi rientra la finalità rieducativa, mentre è nel momento esecutivo della pena che si attua la rieducazione.⁶³

Con *Guarnieri* si è arrivati al riconoscimento della *rieducazione* tra le

⁶¹ Ibidem pag. 411.

⁶²Cft. Bettiol Giuseppe, *Il mito della rieducazione*, in *AA.VV., sul problema della rieducazione del condannato*, pag. 8.

⁶³Cft. Zuccalà Giovanni, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in *AA. VV., Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., pag. 68.

finalità della pena.

Secondo Guarneri, la rieducazione è come una linfa vitale e rientra tra gli scopi della pena. Egli respinge la tesi secondo la quale la rieducazione è attuabile nella sola fase esecutiva, sostenendo che la fase di rieducazione è presente in sede legislativa (es. istituti quali la sospensione condizionale, il perdono giudiziale in quanto si applicano alle pene detentive brevi), in sede giudiziaria (infatti l'obiettivo rieducativo può essere tenuto in conto dal giudice in sede di commisurazione della pena ex art. 133 c.p.) ed in sede esecutiva (ad es. tramite l'abolizione della segregazione in cella). La rieducazione viene concepita non nel senso di emenda morale del reo, ma nel senso di riadattamento e reinserimento in società.⁶⁴

Secondo *Pagliaro*, la pena assume varie funzioni: *retribuzione, prevenzione generale e speciale*. Tali funzioni non sono in contrasto tra loro, ma in base al momento una prevale sulle altre. Nell'ordinamento etico la principale funzione della pena è quella della retribuzione e della prevenzione speciale. Nell'ordinamento giuridico-statuale vi è la funzione di prevenzione generale positiva e negativa e la prevenzione speciale nel senso di riadattamento sociale del reo.⁶⁵

Infine, secondo *Nuvolone*, la pena viene distinta in categoria storica e logica. Quando la pena è una *categoria logica* la pena assume una finalità retributiva. La pena intesa come categoria logica corrisponde al concetto di norma comando, di libero arbitrio. In questo senso la pena viene intesa come castigo, retribuzione della disubbidienza e non viene intesa come misura di rieducazione. Diversamente se la pena è una *categoria storica* allora la pena comprende sia l'istanza punitiva (ossia il castigo con misure intese a raggiungere le finalità sociali che il legislatore vuole perseguire) che quella

⁶⁴Cft. Guarneri Giuseppe, *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., pag. 265.

⁶⁵Cft. Pagliaro Antonio, *Pluridimensionalità della pena*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., pag. 325.

rieducativa ed il legislatore si propone di attuare tale finalità combattendo il pericolo delle recidive. Da questo punto di vista la norma penale non funziona solo come norma comando ma anche come norma-garanzia. Di conseguenza tali istanze non sono tra loro incompatibili.⁶⁶

Sintetizzando notiamo come i lineamenti della pena si modificano con l'avvento della Costituzione ed in particolare con il rafforzamento del principio rieducativo della pena stabilito dalla Costituzione stessa.

2.4. L'ergastolo “ostativo”

L'*ergastolo ostativo* è una pena senza fine che, in base all'*art. 4 bis* dell'ordinamento penitenziario (*l. 354/75*) modificato dalla *l. 356/92*, proibisce ogni misura alternativa al carcere ed ogni beneficio penitenziario per i condannati per reati associativi.

Vi sono due forme di ergastolo: quello definito “*normale*”, in quanto permette l'accesso alle misure alternative e ad ogni beneficio penitenziario, e quello chiamato “*ostativo*”, che, nel proibire tali benefici, di fatto condanna a vita la persona senza alcuna possibilità di riscatto.

La *l. 356/92*, che ha modificato la *l. 354/75*, introduce all'interno del sistema di esecuzione della pena detentiva un *doppio binario*.

Il primo sistema di esecuzione della pena detentiva viene definito *ergastolo “normale”*, secondo cui gli ergastolani che *non hanno commesso delitti di particolare allarme sociale*, elencati dall'*art. 4 bis* dell'ordinamento penitenziario, hanno diritto all'*accesso ai benefici penitenziari ed alle misure alternative*. In tal modo viene concesso quindi a tali ergastolani una speranza di non rimanere in carcere per tutta la vita.

⁶⁶Cft. Nuvolone Pietro, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, op. cit., pag. 347.

Il secondo sistema di esecuzione della pena detentiva viene chiamato, invece, ergastolo “*ostativo*”, in base al quale per gli ergastolani che si siano macchiati di *delitti ritenuti di particolare allarme sociale*, si applica un regime speciale consistente nel *divieto di concessione dei benefici penitenziari* (quali permessi premio, semilibertà e liberazione condizionale) di cui all'art. 4 bis della l. 354/75 come modificata dalla l. 356/92, a meno che questi non decidano di *collaborare con la giustizia*.

Quindi, tali ergastolani, condannati per aver commesso tali delitti di particolare allarme sociale, non hanno diritto a godere dei benefici penitenziari e di fatto sono condannati a morire in carcere.

Qualora essi decidano di essere collaboratori di giustizia, il divieto di cui all'art. 4 bis dell'ord. penit. non si applica, potendo, di conseguenza, con l'accesso a tali benefici, non essere destinati a rimanere in carcere per l'intera vita.

La l. 356/92, creando l'ergastolo “ostativo”, reintroduce, quindi, il carattere della perpetuità della pena: in questo senso essa viene anche definita come “*pena di morte viva*”⁶⁷.

A questo punto occorre fare una rilevante distinzione semantica tra due termini che apparentemente sembrano identici: “collaboratore” e “pentito”. Il concetto di *collaborazione* non implica necessariamente l'interiore pentimento della persona rea di colpa, mentre la *persona pentita* può, se lo desidera, collaborare con la giustizia. Nella norma in esame si parla di collaboratore di giustizia e non di pentito; infatti, il primo rappresenta una scelta processuale che permette l'uscita dal carcere senza tuttavia provare lo stato interiore della persona, se essa si sia effettivamente ravveduta e pentita.⁶⁸

⁶⁷ <http://www.carmelomusumeci.com/pg.base.php?id=6&>.

⁶⁸ Cft. <http://www.carmelomusumeci.com/pg.base.php?id=6&>.

2.4.1. Contesto legislativo dell'emanazione dell'art. 4 bis dell'ord. penit.

Prima di passare ad analizzare nel dettaglio la disciplina dell'art. 4 bis dell'ord. penit. (l. 354/75) così come modificata dalla l. 356/92, è utile dare dei brevi accenni al contesto storico della sua entrata in vigore.

L'art. 4 bis rappresenta una norma che nasce nel contesto della *legislazione d'emergenza degli anni '91-'93*. Esso rientra tra i “*provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata*” introdotti con i seguenti decreti:

- *d.l. 13 maggio 1991 n. 152 (convertito dalla l. 12 luglio 1991 n. 203);*
- *d.l. 8 giugno 1992 n. 306 (convertito dalla l. 7 agosto 1992 n. 356);*
- *d.l. 14 giugno 1993 n. 187 (convertito dalla l. 12 agosto 1993 n. 296)*

emanati allo scopo di contrastare la criminalità organizzata di tipo mafioso.

2.4.2. Disciplina dell'art. 4 bis dell'ord. penit. (l. 354/75) modificata dalla l. 356/92.

Possiamo ora analizzare nel dettaglio l'*art. 4 bis dell'ord. penit. (l. 354/75)* così come modificata dalla *l. 356/92*.

L'art. 4 bis dell'ord. penit. distingue due categorie di reati di particolare gravità.

Nella prima categoria rientrano:

1. *Delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico* mediante il compimento di atti di violenza;
2. *Delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p. (Associazione di tipo mafioso)* ovvero al fine di agevolare l'attività

di associazione di tipo mafioso;

3. *Associazione di tipo mafioso* (art. 416 bis);
4. *Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione* (art. 630 c.p.)
5. *Delitti di cui agli artt. 600, 601, 602 del codice penale;*
6. *Associazione a delinquere finalizzata alla commissione di delitti contro la personalità individuale* (si tratta delle fattispecie in tema di schiavitù, prostituzione, pornografia minorile, ai sensi degli artt. 600 e ss.);
7. *Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri* (art. 291 quater del t.u. approvato con D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43)
8. *Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanza stupefacenti o psicotrope* (art. 74 t.u. 9 ottobre 1990, n. 309).

Nella seconda categoria rientrano:

1. *Omicidio* (art. 575 c.p.);
2. *rapina* (nell'ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 628 c.p. cioè, se commessa con armi o da persona travisata o da più persone riunite ovvero se la violenza consiste nel porre taluno in stato di incapacità di intendere o di agire o se la minaccia è posta in essere da persona che fa parte di associazione di stampo mafioso);
3. *Estorsione* (nell'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 629 c.p. cioè se commessa con armi o da persona travisata o da più persone riunite ovvero se la violenza consiste nel porre taluno in stato di incapacità di intendere o di agire ovvero se la violenza o la minaccia è posta in essere da persona che fa parte di associazione di stampo mafioso);
4. *Contrabbando di tabacchi lavorati esteri aggravato* ai sensi dell'art. 291 ter del t.u. approvato con D.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43;
5. *Associazione a delinquere finalizzata alla commissione di delitti contro la libertà sessuale* di cui agli artt. 609 bis, 609 quater, 609 octies c.p.;

6. *Produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope* (ex art. 73 aggravato ai sensi del comma 2 dell'art. 80 del t.u. 309 del 1990 e cioè quando il fatto riguarda quantità ingenti di tali sostanze o se le sostanze stesse sono adulterate o commiste ad altre in modo da aumentarne la potenzialità lesiva);
7. *Violazioni riguardanti l'immigrazione* previste dall'art. 12 commi 3, 3 bis e 3 ter del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (procurato ingresso clandestino nel territorio dello Stato).

La ratio della norma in questione è quella di impedire l'accesso ai benefici penitenziari da parte di detenuti che si sono macchiati di reati particolarmente gravi ed indicanti una specifica pericolosità sociale.

Il suddetto art. 4 bis ord. Penit. distingue un diverso trattamento dei condannati a seconda del fatto che abbiano commesso un reato che rientra nella prima o nella seconda categoria, ossia indicante la maggiore o la minore pericolosità sociale.

2.4.2.a. 1° categoria di reati dell'art. 4 bis

Con riguardo ai detenuti che hanno commesso un reato che rientra nella *prima categoria* (presunzione assoluta di pericolosità sociale), essi *non possono accedere ai benefici penitenziari*, ed in particolare non possono accedere al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alle misure alternative alla detenzione, compresa la liberazione condizionale (art. 2 del d.l. 152/91 secondo il quale: «*i condannati per i delitti indicati nel 1 comma dell'art 4 bis l. 26 luglio 1975 n. 354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale, solo se ricorrano i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei*

benefici indicati)), ad eccezione della liberazione anticipata.⁶⁹

2.4.2.a.1. Art. 58 ter: “collaborazione con la giustizia” come condizione per l'accesso ai benefici penitenziari

In virtù dell'art. 58 ter della l. 354/75, gli ergastolani possono superare tali preclusioni solo nel caso in cui decidano di collaborare con la giustizia.⁷⁰ Di conseguenza, nonostante la particolare gravità del delitto (rientra nella prima categoria di reati previsti dall'art. 4 bis), l'art. 58 ter concede al reo la possibilità di godere dei benefici se *collabora con la giustizia*. La collaborazione con la giustizia diventa quindi una condizione di accesso ai benefici penitenziari. Non è richiesta la condizione dell'avvenuto compimento del processo rieducativo per usufruire di tali benefici.

“Verrebbe a configurarsi una presunzione insuperabile, (in pratica, una nuova versione della pericolosità presunta): data la commissione di certi reati, il ravvedimento non potrebbe mai dirsi raggiunto se non si collabora con la giustizia. Anche quando non si collabori per paura di vendette omicide sulla propria famiglia o, ad attività criminosa ormai cessata, per non mettere in carcere un'altra persona.

Tutto questo appare illogico. Potrebbe essere assai più ravveduta una persona che non agisce per mera convenienza e che sopporta un carcere senza speranza perchè, ad esempio non ritiene etico barattare la propria libertà con quella di chi non risulti più pericoloso. Tutto ciò pone una questione di compatibilità di tali norme non solo con l'art. 27.3. cost. ma anche con il principio di uguaglianza. Risulta contraddittorio fare della mancata collaborazione un

⁶⁹Cfr. Guazzaloca Bruno, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992 pag. 130.

⁷⁰Ibidem.

elemento di fatto aggravante della pena.”⁷¹

Nel caso vengano commessi determinati reati di pericolosità sociale catalogati dall'art. 4 bis, tale legge è come se presumesse a priori che se non si collabori con la giustizia il ravvedimento del condannato, avuto di mira dall'art. 27.3. Cost., non può dirsi raggiunto. Questa disposizione sembra in contrasto con l'art. 27.3. Cost. e con l'art. 3 Cost.

2.4.2.a.2. Modifica dell'art. 4 bis con la l. 23 dicembre 2002 n. 279: i tre requisiti della collaborazione ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari

Successivamente l'originario rigore dell'art. 4 bis è stato temperato da alcune sentenze, quali: *C. Cost. 27 luglio 1994 n. 357* in tema di collaborazione impossibile, *C. Cost. 1 marzo 1995 n. 68* in tema di collaborazione ininfluente. A seguito di tali sentenze il legislatore ordinario ha modificato l'art. 4 bis con la l. 23 dicembre 2002 n. 279, in virtù della quale è possibile concedere al detenuto l'accesso ai benefici penitenziari in deroga alla condizione prevista originariamente dall'art. 4 bis costituita dal requisito della “collaborazione con la giustizia”. Possiamo individuare tre tipi di collaborazione non rientrante nell'alveo originario dell'art. 4 bis:

- (a) collaborazione oggettivamente irrilevante;
- (b) collaborazione ininfluente;
- (c) collaborazione impossibile

a) La collaborazione oggettivamente irrilevante.

⁷¹ Eusebi Luciano, *L'ergastolo “ostativo”, traendo spunto dalla lettura del libro di Carmelo Musumeci, gli uomini ombra, il segno dei gabrielli editori, 2010*, in *Criminalia*, 2010 fasc.5, pag. 675-677.

Si tratta di un'eccezione al regime delle preclusioni dell'art. 4 bis. Se la collaborazione (quale requisito per l'accesso ai benefici penitenziari) possiede la caratteristica dell'irrilevanza, allora il reo ha diritto ad accedere ai benefici penitenziari.

La collaborazione irrilevante vale a permettere l'accesso a detti benefici se:

1. sussiste (mediante una sentenza) la circostanza attenuante dell'avvenuto risarcimento del danno derivante dal reato (art. 62.6 c.p.) o della minima partecipazione al fatto (art. 144 c.p.) o se il reato commesso è più grave di quello voluto (art. 116 c.p.);
2. devono essere acquisiti elementi che siano in grado di escludere in modo certo il collegamento con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (prova negativa);

b) La collaborazione ininfluenta

Si tratta di un'ulteriore eccezione al regime delle preclusioni dell'art. 4 bis. Se la collaborazione (quale requisito per l'accesso ai benefici penitenziari) possiede tale caratteristica, allora il reo ha diritto ad accedere ai benefici penitenziari.

Resta ferma la prova degli elementi che siano in grado di escludere in modo certo il collegamento con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (prova negativa).⁷²

c) La collaborazione impossibile

⁷²Cfr. Varraso Gianluca, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 bis ord. Penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, in *Giustizia penale*, pag. 83.

Si tratta di una terza eccezione al regime delle preclusioni dell'art. 4 bis. Se la collaborazione (quale requisito per l'accesso ai benefici penitenziari) possiede la caratteristica dell'impossibilità, allora il reo ha diritto ad accedere ai benefici penitenziari.

La collaborazione è definita impossibile quando sono stati ormai accertati con sentenza irrevocabile di condanna i fatti e la responsabilità oggetto della collaborazione.

Resta ferma la prova degli elementi che siano in grado di escludere in modo certo il collegamento con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (prova negativa).⁷³

2.4.2.b. 2° categoria di reati dell'art. 4 bis

Nella 2° categoria di reati sono compresi reati gravi, ma che non necessariamente implicano un rapporto con organizzazioni criminali come omicidio, rapina, estorsione, contrabbando di tabacchi lavorati esteri, associazione a delinquere finalizzata alla commissione di delitti contro la libertà sessuale, produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, violazioni riguardanti l'immigrazione.⁷⁴ Quindi nel caso in cui il reo abbia commesso reati che rientrano nella seconda categoria dell'art. 4 bis, venendo a *manicare la presunzione di pericolosità sociale*, ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari, viene *meno il requisito della collaborazione*. Quindi in tal caso se si vuole essere ammessi al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale, viene richiesta la prova della non sussistenza di elementi tali da far ritenere l'attualità di relazioni con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

⁷³Cfr. Cass. Sez. un. 5 ottobre 1999, in *Rivista penale*, pag. 960.

⁷⁴Cfr. Iovino, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, pag. 440.

In tal caso le informazioni vengono richieste al questore.⁷⁵

Sempre in base al presupposto di una particolare pericolosità sociale per accedere ai vari benefici penitenziari sono elevati i tetti di pena da scontare.

Possiamo riassumere che:

1. per la concessione dei permessi premio, il condannato ai delitti di cui all'art. 4 bis deve aver scontato almeno metà della pena comunque non superiore ai 3 anni, se si tratta di ergastolano deve aver espiato almeno 10 anni di pena;
2. per la concessione della semilibertà, il condannato deve aver espiato almeno 2/3 della pena;
3. per l'ammissione al lavoro all'esterno, il condannato deve aver espiato almeno 1/3 della pena comunque non superiore a 5 anni, se si tratta di ergastolano deve aver espiato almeno 10 anni di pena;
4. Per l'ammissione alla liberazione condizionale, occorre aver scontato 2/3 della pena.⁷⁶

2.4.3. Ergastolano “non collaborante” ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: profili di contrasto con il dettato costituzionale

Possiamo ora analizzare i profili di contrasto dell'art. 4 bis ord. penit. ed art. 21 del d.l. n. 152/1991 con la Costituzione.⁷⁷

⑨ 1° profilo di contrasto

⁷⁵Cfr. Canepa- Mario, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2010 pag. 487.

⁷⁶Cfr. Canepa- Mario, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit., pag. 496-503.

⁷⁷Cfr. Eusebi Luciano, *Ergastolano “non collaborante” ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. Penit. E benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cassazione penale*, 2012, fasc. 4 pag. 1220-1229.

L'art. 4 bis appare in contrasto con il *fine rieducativo della pena* dell'art. 27.3 cost. in quanto sostiene una presunzione della non avvenuta rieducazione per il mero persistere della condotta non collaborativa. Soprattutto se la scelta di non collaborare deriva da molteplici motivazioni:

- vicende criminose da tempo concluse ed il detenuto decide di non collaborare perchè non vuole privare della libertà persone che non sono più legate a quella attività criminosa;
- il condannato decide di non collaborare a causa del pericolo concreto di ritorsioni irrimediabili verso i suoi familiari.

⑨ 2° profilo di contrasto

Non è ammissibile il fatto secondo cui il diritto di non collaborare, diritto garantito in sede processuale, si trasformi, nella fase esecutiva, in un dovere di collaborare al fine di poter usufruire, da parte del detenuto, di un beneficio penitenziario.

Sembrerebbe quindi contrastare con il *principio di uguaglianza e di ragionevolezza*.

⑨ 3° profilo di contrasto

Una norma, che escluda a priori i motivi che rendano non esigibile un comportamento richiesto (nel nostro caso il comportamento collaborativo con la giustizia) risulta in contrasto con il *principio di colpevolezza* di cui all'art. 27.1. cost. secondo cui: “*la responsabilità penale è personale*”.

⑨ 4° profilo di contrasto

E' illogico il fatto per cui da un elemento successivo alla stessa sentenza di

condanna (comportamento collaborativo richiesto) si faccia dipendere l'applicazione di un regime sanzionatorio più gravoso rispetto a quello ordinario di esecuzione della pena inflitta.

L'art. 133.2 c.p., nell'ambito della capacità a delinquere, tra i parametri di determinazione della pena ricomprende anche la condotta susseguente al reato. Cioè la condotta susseguente al reato è uno dei criteri di cui il giudice deve tener conto in sede di determinazione della pena. Quindi l'art. 133.2. c.p. permette di valutare la condotta susseguente al reato solo ai fini della determinazione della pena da infliggere. Di conseguenza, mediante l'irrogazione della condanna definitiva, anche la pena irrogata diventa definitiva. Constatiamo che una condotta del reo successiva alla sentenza di condanna (es. comportamento collaborativo) è rilevante esclusivamente ai fini del giudizio circa la sua risocializzazione, cioè rileva esclusivamente ai fini dell'applicazione delle misure alternative.

Discutiamo ora di come possa assumere rilievo una condotta successiva alla sentenza di condanna in modo tale da precludere (da impedire) qualsiasi incidenza favorevole del percorso risocializzativo eventualmente compiuto. Si deve considerare che, con l'avvento della Costituzione, il concetto di capacità a delinquere non può assegnare un rilievo sfavorevole ad elementi della condotta del soggetto, elementi che non hanno avuto incidenza nel fatto commesso, posto che risulterebbero violati sia il *principio di offensività* che il *principio di colpevolezza*.

“La capacità a delinquere” deve essere accertata con riferimento al momento del fatto al fine di valutare fino a che punto il reato commesso si radichi nella personalità del soggetto agente. Risulterebbero violati i principi di offensività e di colpevolezza se condotte posteriori al reato (e posteriori anche alla sentenza di condanna, condotte autonome rispetto alla commissione del reato e che al momento del fatto non indicano una maggiore propensione a delinquere) fossero ritenute suscettibili di modificare il regime sanzionatorio dell'ergastolo

escludendo a priori una significatività giuridica del percorso risocializzativo.

⑨ 5° profilo di contrasto

Vi è una *disparità di trattamento* tra le norme che conferiscono premi in cambio di condotte di dissociazione da attività criminose senza esigere alcuna condotta collaborativa con la giustizia e la norma in questione che subordina la concessione ai benefici penitenziari in cambio dell'attività collaborativa con la giustizia.

⑨ 6° profilo di contrasto

Un'ulteriore contraddittorietà evidente consiste nella seguente presunzione ingiustificata: che l'ergastolano che collabora con la giustizia sia anche risocializzato. Questa inferenza risulta palesemente erronea, in quanto l'ergastolano che decide di collaborare con la giustizia non risulta necessariamente un soggetto pienamente rieducato e reinserito in un contesto sociale e lavorativo. Il fatto di collaborare non è condizione sufficiente al reinserimento.

⑨ 7° profilo di contrasto

Tale disciplina è come se implicitamente presupponesse un ordinamento penale esente da errori giudiziari, ordinamento in cui non siano ammesse eccezioni. Ma questo è impossibile perchè vi possono sempre essere casi in cui si verificano errori giudiziari.

2.5. Ergastolano “pentito” ed analisi economica del crimine

In merito alla *conciliabilità con il principio rieducativo- risocializzativo della pena* la Corte Costituzionale ha affermato che una sanzione edittalmente perpetua è incostituzionale, ma tale problema non si pone in questo caso con riferimento all'ergastolo perchè il carattere della perpetuità viene meno grazie agli sconti di pena di cui l'ergastolano può beneficiare e grazie soprattutto alla previsione legislativa di istituti, quali la libertà condizionale, che consentono il reinserimento in società e dunque la rieducazione del condannato adempiendo quindi al fine della pena avuto di mira dalla nostra Costituzione.

Invece, per ciò che attiene all'*opportunità politico-criminale dell'ergastolo*, la dottrina oscilla tra posizioni abolizioniste e conservatrici. Si tratta ora di applicare l'*analisi economica della legge* all'ergastolo.

Negli attuali ordinamenti giuridici, dove la severità della sanzione è funzione della gravità del reato, nel senso che più grave è il reato più severa è la sanzione, l'ergastolo spesso, come massima pena prevista, si applica in caso di offese a beni giuridici quali la vita, o l'incolumità pubblica; l'offesa a tali beni giuridici comporta un danno che non può esser ripagato con un ammontare pecuniario. Qualora non fosse prevedibile il calcolo costi/benefici di una condotta punibile con l'ergastolo, comunque la società può provare a mettere in luce i motivi che hanno indotto il reo a delinquere, e quindi poi fornire degli interventi extra o intra carcerari allo scopo di bloccare il crimine in modo da trasformarlo in energia socialmente produttiva.

L'analisi economica è molto utile in quanto permette di valutare l'efficienza normativa dell'ergastolo.

Per fare ciò dobbiamo calcolare la differenza tra costi e benefici ed associarli all'ergastolo. La sanzione è efficiente se $B-C > 0$. La pena dell'ergastolo è una sanzione che si mostra essere efficiente se i Benefici (nel senso di capacità rieducativa della pena) meno i Costi (ossia le risorse sociali sostenute per il mantenimento dei reclusi in carcere) sono maggiori di 0. Possiamo

rappresentare tutto ciò anche su un piano di assi cartesiani dove sull'asse dell'*ascisse* abbiamo i *costi sociali* (ossia le risorse dello Stato atte al mantenimento dei detenuti in carcere) e *benefici sociali* (cioè capacità della pena di attuare la rieducazione e risocializzazione del condannato) e sull'asse delle *ordinate* rappresentiamo il *tempo di detenzione* del detenuto in carcere, dove il massimo valore è rappresentato dall'ergastolo.

Un sistema è efficiente se è in grado di minimizzare i costi sociali. Dal piano degli assi cartesiani constatiamo che all'aumentare del periodo di detenzione carceraria, diminuiscono le risorse statali. Il sistema raggiunge il punto di equilibrio con l'incontro delle due curve, cioè l'allocazione efficiente delle risorse non coincide con l'ergastolo, bensì coincide con dei periodi di detenzione inferiori rispetto all'ergastolo. Per valutare se l'ergastolo è o meno efficiente e quindi non avere uno spreco di risorse occorre vedere se il reo si ravvede, collabori con la giustizia, cerchi il pentimento; diversamente se tali obiettivi non vengano raggiunti abbiamo uno spreco di risorse. In questo senso l'ergastolo non si mostra essere una sanzione efficiente.

Applichiamo l'analisi economica del crimine anche a varie figure quali il detenuto passivo, il detenuto attivo, il pentito ed il contraente.

Con riguardo al *detenuto passivo*, cioè al recluso che non è in grado di elaborare una lucida reazione contro lo Stato (es. depresso), l'applicazione dell'ergastolo comporta un vantaggio consistente nel non cagionare ulteriori costi sociali aggiuntivi.

Con riguardo al *detenuto attivo*, cioè l'antagonista dello Stato (es. latitante o recluso evaso), secondo la dottrina tale condannato comporta dei costi sociali in quanto, a causa di insufficienti opportunità socio-economiche offerte dallo Stato, una volta tornato libero, non avendo anche una formazione professionale, ha difficoltà a reinserirsi nel contesto sociale. Sarebbe meglio dislocare le risorse investite nella detenzione di tali reclusi nell'attenuare le difficoltà di trovare fonti lecite di reddito.

Altro tipo di detenuto è il “*pentito*”.

La caratteristica del “pentitismo” consiste nel fatto che tale fenomeno apparentemente possa comportare dei benefici per la collettività, ciononostante tali benefici con il tempo possono trasformarsi in costi sociali particolarmente dannosi per la sicurezza collettiva.

Il “pentito” è tipo di detenuto rientrante nella categoria dei detenuti “collaboranti”.

Egli nella veste di collaboratore giudiziario, poiché riconosce le proprie responsabilità, tale condotta sembra generare teorici benefici sociali che sono in grado di minimizzare i costi. Ma il pentito, oltre a riconoscere le sue responsabilità, assicura anche alla giustizia i nomi di altri criminali che egli conosce, sicché in tal senso il “pentitismo” si trasforma in una diseconomia esterna. Un esempio di costo sociale etico causato dal “pentitismo” si ha con il fenomeno della delazione, che si ha quando il pentito denuncia, anche in forma anonima, all'autorità giudiziaria la commissione di un determinato reato. Quindi all'aumento delle notizie di reato corrisponde un aumento dei costi sociali che lo Stato deve sostenere. Si prospetta però il beneficio seriale consistente nella scoperta e possibile neutralizzazione di pericolosi delinquenti.

Ultimo tipo di detenuto è il “*contraente*” che pattuisce con lo Stato condizioni economiche a titolo di prezzo delle sue rivelazioni e che, facendo valere il proprio “potere contrattuale”, al limite minaccia e/o cessa di parlare qualora pretenda il mutamento delle “condizioni pattuite” e queste non lo soddisfino più. Questo fenomeno cagiona evidenti costi sociali sostenuti dall'intera collettività ed indirettamente anche dalla vittima del crimine. Occorre precisare che i pentiti non narrano la verità ma la loro versione dei fatti. Se ne facciamo una categoria protetta c'è il rischio di porre la società in pericolo in quanto i delinquenti si possono fingere pentiti, danno la loro versione dei fatti ed elaborano delle strategie processuali quali la nomina di legali comuni per facilitare la concordanza di dichiarazioni.

Vi può essere il rischio sia di accusati innocenti esposti a strumentalizzazioni politiche, sia di costi sociali diretti come ad esempio i costi sostenuti per il mantenimento del pentito.⁷⁸

**2.6. Libertà condizionale: l. 25 novembre 1962 n. 1634,
Legge sull'ord. penit. l. 26 luglio 1975 n. 354 e
La riforma “Gozzini” l. 10 ottobre 1986 n. 663**

Per uniformare l'ergastolo al principio rieducativo della pena dell'art. 27.3. cost, il legislatore ha dovuto operare mediante delle riforme, che affermano in sostanza l'ammissione per gli ergastolani all'istituto della liberazione condizionale. Tale innovazione è avvenuta mediante la *L. 25 novembre 1962 n. 1634* contenente “*modificazioni alle norme del codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale*”, che ha modificato ed innovato gli art. 176 e 177 c.p.

*“La L. 25 novembre 1962 n. 1634, ha ammesso l'ergastolano alla libertà condizionale quando abbia scontato 28 anni di pena (art. 176.3 cp); per ciò che attiene alle modalità di esecuzione della massima pena, il condannato poteva essere ammesso al lavoro all'aperto subito e non più dopo aver scontato almeno 3 anni di pena come avveniva precedentemente”.*⁷⁹

In primo luogo, il recluso, ai fini dell'ammissione alla liberazione condizionale (art. 176.1. c.p.), non è più sottoposto alla condizione “dell'aver dato prove costanti di buona condotta”, ma ora è assoggettato al requisito “dell'aver tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento”, condizione rispondente ad una *visione più specialpreventiva*.

⁷⁸Cfr. Cofano Roberta, *L'efficienza economica dell'ergastolo alla luce anche dell'ergastolano pentito*, in *Rivista penale*, 2001, pag. 335.

⁷⁹Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Rivista penale*, 1990, pag. 528.

Pertanto la liberazione condizionale non è più considerata come premio da concedere al recluso che all'esterno ha manifestato un atteggiamento positivo di buona condotta, ma tale beneficio viene garantito al condannato come conseguenza di una sua modificazione che effettivamente dimostra di essere preparato a reinserirsi nel contesto sociale.

In secondo luogo, notiamo un *potenziamento della funzione rieducativa della pena*. Infatti mentre prima non era consentita la liberazione condizionale se il condannato, dopo scontata la pena, doveva essere sottoposto ad una misura di sicurezza detentiva, ora, nei confronti del condannato ammesso alla liberazione condizionale, è sospesa l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva. Ora quindi, il condannato cui è stata comminata una misura di sicurezza detentiva, una volta ammesso alla liberazione condizionale viene sottoposto alla meno restrittiva misura di sicurezza della libertà vigilata, che presuppone nel soggetto un minor grado di pericolosità sociale. Il legislatore quindi ha ritenuto che la pena detentiva trascorsa prima della liberazione condizionale fosse uno strumento idoneo a ridurre la pericolosità del reo, riconoscendone una funzione rieducativa.⁸⁰

Ora possiamo parlare della legge dell'ordinamento penitenziario nota come *L. 26 luglio 1975 n. 354*.

La suddetta normativa ha eliminato i cosiddetti “ergastoli” ovverosia gli istituti penitenziari distinti dove veniva scontata la pena perpetua, ora i condannati vengono assegnati a normali case di reclusione.

Ora la caratteristica dell'ergastolo non è più l'obbligo del lavoro, in quanto riguarda tutti i condannati alla pena detentiva, cade anche l'isolamento notturno e dell'obbligo del silenzio durante il lavoro all'aperto assieme agli altri detenuti”.⁸¹

⁸⁰Cfr. Bernardi Alessandro, *Ergastolo: verso una effettiva pluridimensionalità della pena perpetua?*, in *Archivio giuridico*, 1984, pag.413.

⁸¹Gallo Ettore, *Significato della pena dell'ergastolo, aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, II, pag. 67.

Inoltre tale legge di riforma dell'ordinamento penitenziario introdusse le *misure alternative alla detenzione* che sono: l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà e la liberazione anticipata.

Di queste tre misure alternative alla detenzione si applicano all'ergastolo solo la semilibertà e la liberazione anticipata.

Successivamente *la riforma "Gozzini" L. 10 ottobre 1986 n. 663*, che analizzeremo tra breve, ne ha introdotte altre, quali l'affidamento in prova per tossicodipendenti o alcool dipendenti, la detenzione domiciliare e i permessi premio.

Delle suddette misure alternative alla detenzione si applicano all'ergastolo solo i permessi premio.

L'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 della l. 354/1975) è una misura alternativa alla pena detentiva con cui il condannato, nel caso in cui debba scontare una pena non superiore ai 3 anni, può essere affidato al servizio sociale fuori dall'istituto per un periodo pari a quello della pena da scontare. Scopo di tale misura alternativa è quella di tenere sotto controllo il reo ed aiutarlo a reinserirlo in società mediante l'opera dei servizi sociali. Questa misura non si applica all'ergastolo.

La semilibertà (art. 48 della l. 354/1975) è anch'essa una misura alternativa alla pena detentiva che concede al condannato il diritto a trascorrere parte del giorno fuori dall'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o utili al reinserimento in società.

Il condannato all'ergastolo può esser ammesso al regime di semilibertà dopo aver espiato almeno 20 anni di pena.

La liberazione anticipata (art. 54 della l. 354/1975) è una misura alternativa alla pena detentiva con cui si concede al condannato, che ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, una detrazione di 45 gg per ogni semestre di pena scontata.

La riforma "Gozzini" L. 10 ottobre 1986 n. 663:

- in primo luogo, ha modificato l'art. 50 della l. 26 luglio 1975 n. 354 ammettendo il condannato all'ergastolo al regime di semilibertà dopo aver espiato almeno 20 anni di pena;
- in secondo luogo, ha applicato anche ai condannati all'ergastolo la norma che disciplina l' istituto della liberazione anticipata (art. 54 della l. 26 luglio 1975 n. 354);
- in terzo luogo, ha modificato l'art. 176 c.p. riducendo da 28 a 26 gli anni di pena da scontare per essere ammesso alla liberazione condizionale.⁸²

Ora parliamo delle misure alternative alla pena detentiva introdotte dalla Riforma “Gozzini”.

L'affidamento in prova per tossicodipendenti o alcool dipendenti è anch'essa una misura alternativa alla pena detentiva applicabile nel caso in cui il condannato debba scontare una pena non superiore ai 4 anni, per il resto è una misura simile alla disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale. Questa misura non si applica alla all'ergastolo.

La detenzione domiciliare (introdotto dalla l. 10 ottobre 1986 n. 663 all'art. 47 ter della l. 354/1975) è quell'istituto che consente al condannato ad una pena detentiva di scontare detta pena, o una parte di essa, presso la propria abitazione, o in un altro luogo idoneo di privata dimora o in un luogo pubblico di cura e di assistenza. Anche questa misura non si applica all'ergastolo.

I permessi premio (introdotto dalla l. 10 ottobre 1986 n. 663 all'art. 30 ter della l. 354/1975). Il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ai 15 giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione. Condizioni ai fini della concessione dei permessi premio sono la buona condotta e la non pericolosità sociale del condannato.

⁸²Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Rivista penale* 1990, pag. 529.

Notiamo come tali riforme legislative abbiano modificato *in nuce* la valenza dell'ergastolo, che di fatto non ha più il carattere della perpetuità intesa in senso assoluto (la condanna per tutta la durata della vita); infatti ora, in virtù di queste riforme, viene sancita la possibilità di applicazione del principio rieducativo stabilito e legittimato dalla Costituzione. L'ergastolo viene reso così più compatibile con il dettato costituzionale.

2.7. Giudizio abbreviato ed ergastolo: la sentenza della Corte Cost. 23 aprile 1991 n. 176.

*“Il rito abbreviato è un procedimento semplificato del procedimento penale con cui l'imputato chiede che il giudizio sia definito nella fase dell'udienza preliminare sulla base degli atti raccolti nel fascicolo delle indagini. Nell'udienza preliminare il giudice può pronunciare una sentenza di proscioglimento o di condanna. Mediante il rito abbreviato la pena è ridotta di 1/3”.*⁸³

*“L'art. 442 del nuovo cpp entrato in vigore il 24 ottobre 1989 stabilisce che, qualora si proceda con il rito abbreviato, in caso di condanna all'ergastolo, il giudice deve sostituire la pena dell'ergastolo con la reclusione di 30 anni”.*⁸⁴

Successivamente con la sentenza 23 aprile 1991 n. 176 la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega l'art. 442.2. c.p.p. nella parte in cui prevede che *“alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione a 30 anni”*.

Nel corso di un processo penale, dopo aver disposto il giudizio immediato, il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano,

⁸³Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè Editore, 2007, pag. 37.

⁸⁴Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, op. cit., pag. 530.

ritenendo ammissibile la successiva richiesta dell'imputato di celebrare il giudizio con il rito abbreviato, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dei seguenti artt.:

- a) art. 442.2 cpp in relazione all'art. 76 cost.;
- b) artt. 458.2 cpp, e 441 cpp, per contrasto con gli artt. 25.1 e 102.3 cost.,
- c) art. 441 cpp per violazione dell'art. 101 della Costituzione.

a) Riguardo al primo punto, secondo il giudice a quo, l'art. 442.2 cpp prescrivendo che nel giudizio abbreviato, in caso di condanna, la pena dell'ergastolo possa essere sostituita con quella della reclusione ad anni trenta, si porrebbe in contrasto con l'art. 2, punto 53 della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, che limita l'applicabilità della diminuzione di un terzo delle pene ai soli reati puniti con pena pecuniaria o con pena detentiva temporanea, così implicitamente escludendo i delitti puniti con la pena edittale dell'ergastolo;

b) Inoltre, gli artt. 458.2 cpp, e 441 cpp, nella parte in cui prevedono che il giudizio abbreviato si svolga dinanzi al giudice per le indagini preliminari anche in relazione a procedimenti aventi ad oggetto delitti di competenza della Corte di assise, violerebbero gli artt. 25.2 cost., e 102.3 cost., perchè, in seguito ad una scelta dell'imputato, di fatto si deroga la norma generale che attribuisce una specifica competenza per materia ad un giudice collegiale, a composizione mista e qualificato dalla diretta partecipazione popolare.

c) Infine, l'art. 441 cpp, prescrivendo che il giudizio abbreviato si svolge in camera di consiglio, comprometterebbe il diretto controllo della collettività sulle modalità di svolgimento del processo, che si realizza con la pubblicità dell'udienza. Infatti tale principio è contenuto nell'art. 101.1 cost., che individua il fondamento dell'amministrazione della giustizia nella sovranità popolare.

Le questioni relative ai punti b) e c) appena esposti, secondo la Corte costituzionale sono infondati.

Con riferimento al punto b) deve ritenersi giudice naturale precostituito per legge anche quello che, in funzione di GIP, è chiamato a celebrare il giudizio abbreviato.

Anche la questione sollevata al punto c) è priva di fondamento in quanto, secondo la corte costituzionale, l'art. 101.1 cost. Inteso come momento di controllo della funzione giurisdizionale si riferisce alla fase dibattimentale.

Invece, è fondata la questione di legittimità costituzionale del giudizio abbreviato nei processi che abbiano ad oggetto un delitto punibile con la pena dell'ergastolo, sollevata ex art. 76 cost sotto il profilo dell'eccesso di delega.

L'argomentazione operata dalla consulta è la seguente: l'art. 2, punto 53, della legge di delega legislativa al Governo per l'emanazione del codice di procedura penale prevede il potere del giudice di pronunciare sentenza di merito nell'udienza preliminare, decidendo allo stato degli atti su richiesta dell'imputato e consenso del pubblico ministero, ed indica contestualmente "che, nel caso di condanna, le pene previste per il reato ritenuto in sentenza siano diminuite di un terzo".

Tale legge delega prevede che il giudizio abbreviato riguardi solo i reati punibili con pene detentive temporanee o pecuniarie, essendo la diminuzione di un terzo concepibile solo se riferita ai reati punibili con una pena quantitativamente determinata e non, quindi, ai reati punibili con l'ergastolo.

Della difficoltà di comprendere nella previsione della delega anche quest'ultima categoria di reati dovette rendersi conto la stessa Commissione redigente che, come risulta dalla relazione al progetto preliminare del codice (loc. cit., "Illustrazione degli articoli"), si pose "il problema di rendere possibile la riduzione del terzo rispetto ai reati per i quali il giudice debba infliggere l'ergastolo" (rectius, possa infliggere l'ergastolo), riconoscendo che "l'applicabilità del criterio di diminuzione previsto dall'art. 65 n. 2 c.p. (reclusione da venti a ventiquattro anni) è stata scartata anche per la considerazione che la delega prevede una diminuzione secca (di un terzo), onde

è sembrato preferibile determinare in modo fisso la pena da sostituire all'ergastolo. L'entità della pena.. .. (trenta anni) è motivata da esigenze di prevenzione generale, che giustificano il richiamo al limite massimo della pena della reclusione consentito nel nostro ordinamento penale (art. 66 c.p.)". Questa difficoltà di determinare il criterio in base al quale attuare la delega nasceva proprio dalla carenza, nella menzionata direttiva di cui al punto 53 dell'art. 2, di un'espressa previsione: se il legislatore delegante avesse inteso estendere il giudizio abbreviato anche ai delitti punibili con l'ergastolo, avrebbe dovuto espressamente indicare il criterio sulla base del quale operare la sostituzione della pena.

La sostituzione invece operata, con la pena di trent'anni di reclusione, è stata quindi il frutto di una scelta alternativa ad altra (reclusione da venti a ventiquattro anni), che pur era stata presa in considerazione, senza però che entrambe trovassero riscontro in altri principi o criteri dettati, anche se ad altri fini, dal delegante. Scelta quindi, arbitraria rispetto alla legge di delega, non bastando a giustificarla il riferimento ad altre ipotesi di sostituzione della pena dell'ergastolo, quali previste nel codice penale in relazione a profili in nessun modo collegabili alla diminuzione di un terzo indicata dalla delega per il giudizio abbreviato.

Una volta riconosciuta la connessione tra giudizio abbreviato e diminuzione della pena e, quindi, l'impraticabilità del primo in mancanza della possibilità di operare la seconda, il venir meno di quest'ultima, per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale, rende di per sé inapplicabile il giudizio abbreviato, quale disciplinato dagli artt. da 438 a 443 del codice di procedura penale, ai processi concernenti delitti punibili con l'ergastolo.

Per questi motivi la corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 442, comma 2, ultimo periodo ("Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta"), del codice di procedura

penale.⁸⁵

E' con la legge Carotti (L. 479/1999) che viene ripristinata la possibilità del ricorso al rito abbreviato anche con riferimento a reati punibili con l'ergastolo, stabilendo uno “scarto” pari a 30 anni di reclusione, senza prevedere però come il giudice dovesse ridurre, in applicazione della diminuzione premiale, la pena dell'ergastolo quando questa fosse inflitta cumulativamente all'isolamento diurno.⁸⁶

2.8. Pena dell'ergastolo per i minori: la sentenza della Corte Costituzionale 28 aprile 1994 n. 168

Possiamo ora riflettere sul problema della pena dell'ergastolo qualora inflitta al minore d'età: ne illustriamo le argomentazioni a sostegno dell'intrinseca illegittimità costituzionale.

○ 1° motivo di contrasto

Una lunga detenzione nel complesso penitenziario inflitta ai minori non adempie alla funzione intimidatoria o deterrente della pena.

Per un ragazzo normale, abituato a rispettare le regole poste dall'autorità è essenziale che esista la previsione della sanzione di fronte alla violazione. Il ragazzo non viola la legge perchè ha paura delle conseguenze, cioè di finire in carcere. Tutto ciò a prescindere, dalla durata della pena detentiva. Nel momento in cui il giovane oltrepassi i fattori interiori che lo frenano dal violare la legge statutale, non è la lunga durata della pena detentiva che lo trattiene dall'infrangere la regola.

⁸⁵ *Sent. Corte Cost. 23 aprile 1991 n. 176.*

⁸⁶ Cfr. http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/gi0078_0.htm.

Il ragazzo, a differenza dell'adulto, ha una diversa percezione del tempo. Infatti un giorno, un mese o un anno da un adolescente sono percepiti diversamente rispetto ad un adulto. Il ragazzo quindi non ha la consapevolezza razionale, la maturità, per comprendere la gravità di un atto illecito che lo possa condannare per l'intera durata e il valore di una vita.

○ 2° motivo di contrasto

Una lunga detenzione non adempie, oltre alla funzione intimidatoria o deterrente della pena sopra citata, anche alla funzione rieducativa o di emenda, così come prevista dalla nostra Costituzione. Infatti, qualora avessimo carceri minorili perfettamente adeguati e allineati a quelli che sono i principi costituzionali, se la rieducazione la intendiamo nel senso di dare al soggetto strumenti utili al reinserimento sociale, allora tale fine non può essere raggiunto con una lunga permanenza in carcere, perchè il carcerato chiuso in prigione per molto tempo perde di fatto le occasioni per autodeterminarsi in un contesto sociale. Addirittura una lunga detenzione nel complesso penitenziario nel ragazzo comporta effetti negativi riconducibili a due fenomeni:

1° fenomeno: con una detenzione lunga, il ragazzo si identifica nella figura del “criminale”, senza possibilità di riscatto, di una via d'uscita. Infatti, essendo l'adolescente ancora nella fase di sviluppo della sua identità, è possibile che il suo livello di autostima venga notevolmente abbassato;

2° fenomeno: strettamente collegato col primo, consiste nel fatto che, più la punizione si prolunga nel tempo, e più l'adolescente matura il pensiero che non meritava questa pena così gravosa, che essa gli sia stata inflitta ingiustamente. Da questi pensieri negativi di ingiustizia e di impossibilità di una via d'uscita possono seguire stati psicologici di

profonda depressione, fino ad arrivare nei casi più gravi al suicidio.⁸⁷

Possiamo ora analizzare la sentenza della Corte Costituzionale *28 aprile 1994 n. 168*, che ha dichiarato l'incostituzionalità degli art. 17 e 22 c.p. nella parte in cui questi articoli non escludono l'applicabilità della pena dell'ergastolo nei confronti dell'imputato minorenni.

Nel corso di un giudizio penale nei confronti di un minore, imputato di un reato punibile con la pena dell'ergastolo (omicidio volontario aggravato commesso in danno di ascendente), il Tribunale per i minorenni delle Marche di Ancona ha sollevato la questione di legittimità costituzionale *degli artt. 17 e 22 del codice penale, nella parte in cui tali norme non escludono l'applicabilità della pena dell'ergastolo nei confronti del minorenni, in riferimento agli artt. 10, primo comma, 27, terzo comma e 31, secondo comma, della Costituzione*. In particolare si porrebbe in contrasto:

a) *con l'art. 10, primo comma, della Costituzione*, in quanto l'ordinamento italiano non si sia "adeguato a numerose norme pattizie del diritto internazionale vigente in materia" (norme che il rimettente non specifica);

b) *con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione*, per violazione dell'esigenza rieducativa e di trattamento pedagogico del minore;

c) *con l'art. 31, secondo comma, della Costituzione*, per violazione del precetto che impone la protezione dell'infanzia e della gioventù.

a) La questione, sollevata in riferimento *all'art. 10, primo comma, della Costituzione*, non può essere presa in considerazione per l'assunto della non conformità della normativa denunciata "a numerose norme pattizie del diritto internazionale vigente in materia", in quanto dall'ordinanza di rinvio non sono individuabili né le disposizioni né i contenuti normativi ai quali il rimettente intende fare richiamo.

⁸⁷Cfr. Vercellone Paolo e Galgagno Grazia, *Limiti di pena per i minorenni*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1979, pag. 563.

Tra le convenzioni sottoscritte dall'Italia che possono in qualche modo avere riflessi sulla materia, possono esser ricordate le seguenti convenzioni:

- *"per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"* (Roma, 4 novembre 1950 e relativo Protocollo addizionale di Parigi del 20 marzo 1952), ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, la quale, stabilendo all'art. 3 che *"Nessuno può essere sottoposto a torture o a pene inumane o degradanti"*, non sembra porre problemi diversi da quelli che si presentano in riferimento all'art. 27, terzo comma, della Costituzione.
- *"Dichiarazione dei diritti del fanciullo"* della Società delle Nazioni, del 1924, le disposizioni che maggiormente potrebbero riferirsi all'oggetto della questione riguardano (punti 1 e 5) l'esigenza che *"il fanciullo deve essere messo in grado di svilupparsi normalmente, materialmente e spiritualmente"* e che *"deve essere allevato nel sentimento che le sue migliori qualità dovranno essere poste al servizio dei suoi fratelli"*.
- *"Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo"* (ONU, New York, 10 dicembre 1948), secondo cui (punto 25) *"la maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza"*;
- *"Dichiarazione dei diritti del fanciullo"* (ONU, New York, 20 novembre 1959), in cui si prevede (principio secondo) che *"il fanciullo deve beneficiare di una speciale protezione e godere di possibilità e facilitazioni, in base alla legge e ad altri provvedimenti, così da essere in grado di crescere in modo sano e normale sul piano fisico, intellettuale, morale, spirituale e sociale"*.
- *"Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile"* (ONU, New York, 29 novembre 1985; c.d. Regole di Pechino), le quali prevedono (punto 3) che *"un minore è un ragazzo o una persona che nel rispettivo sistema legale può essere imputato per un reato, ma non è penalmente responsabile come un adulto"*, che (punto 5) *"il sistema della giustizia minorile deve avere per obiettivo la tutela del giovane ed*

assicurare che la misura adottata nei confronti del giovane sia proporzionale alle circostanze del reato o all'autore dello stesso" ed ancora (punto 17) che, nell'ambito del processo, la decisione "deve essere sempre proporzionata non soltanto alle circostanze e alla gravità del reato, ma anche alle condizioni e ai bisogni del soggetto che ha delinquito come anche ai bisogni della società", che "la tutela del minore deve essere il criterio determinante nella valutazione del suo caso" e che "la pena capitale non è applicabile ai reati commessi da minori".

- Convenzione di New York *"sui diritti del fanciullo"* del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, che, oltre a riaffermare i principi enunciati in precedenza, prescrive all'art. 37 che *"Nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti"*.

b) Con riferimento all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, tale argomento, riferito alla generalità dei soggetti, è stato già affrontato, in modo specifico, nella sentenza n. 264 del 1974, che ha ritenuto non fondato il presunto contrasto tra l'ergastolo e il richiamato parametro, sul riflesso del carattere polifunzionale della pena.

c) La questione di legittimità costituzionale dell'ergastolo se applicata ai minori è, invece, fondata in riferimento all'art. 31 in relazione all'art. 27, terzo comma, della Costituzione.

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

Ebbene, questa diversificazione è riferibile alla generalità dei soggetti quanto alla funzione rieducativa della pena. Questa funzione per i soggetti minori di età è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente, per cui si manifesta un insanabile contrasto fra essa e l'art. 17 del codice penale, che elenca fra le pene che accedono ai reati quella dell'ergastolo, e l'art. 22 del codice stesso che caratterizza questa pena con la perpetuità - riferendosi entrambi alla generalità dei soggetti, senza escludere i minori.

Gli artt. 17 e 22 del codice penale, non escludendo perciò il minore dalla previsione, sia pur astratta, dell'ergastolo, sono in contrasto con l'art. 31, secondo comma, in relazione all'art. 27, terzo comma, della Costituzione e di essi deve perciò essere dichiarata l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevedono tale esclusione.

Per questi motivi la Corte Costituzionale:

dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 17 e 22 del codice penale nella parte in cui non escludono l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile;

dichiara, in applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87:

a) l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, nella parte in cui prevede che nel giudizio di prevalenza o di equivalenza tra circostanze aggravanti ed attenuanti, considera anche quelli attinenti alla persona del colpevole tra cui anche la minore età;

b) l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui, prevede la pena dell'ergastolo in caso di concorso di più delitti commessi da minore imputabile, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni.⁸⁸

⁸⁸ *Sent. Corte cost. 28 aprile 1994 n. 168.*

CAPITOLO 3

SUL PROBLEMA DELLA COSTITUZIONALITA' DELL'ERGASTOLO

SOMMARIO: 3.1. ERGASTOLO E ISOLAMENTO CONTINUO:
L'ART. 72 C.P. FRA ABROGAZIONE ED
INCOSTITUZIONALITÀ - 3.2. LA SENTENZA DELLA
CASSAZIONE 16 GIUGNO 1956: QUESTIONE
MANIFESTATAMENTE INFONDATA DI ILLEGITTIMITÀ

DELL'ERGASTOLO - 3.3. LA SENTENZA DELLA CORTE COST. 22 NOVEMBRE 1974 N. 264: QUESTIONE INFONDATA DI COSTITUZIONALITÀ DELL'ERGASTOLO - 3.4. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE 21-27 SETTEMBRE 1983 N. 274: LIBERAZIONE ANTICIPATA E SEMILIBERTÀ - 3.5. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE 24 APRILE 2003 N. 135: ERGASTOLO, LIBERAZIONE CONDIZIONALE ED ART. 4 BIS. ORD. PENIT. - 3.5. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU - 3.5.1. CASO SCOPPOLA C. ITALIA SENT. CORTE EDU SEZ. GRANDE CAMERA 22/05/2012 N. 126/05 - 3.5.2. CASO LADUNA C. SLOVACCHIA SENT. CORTE EDU SEZ. III 13/12/2011 N. 31827/02 - 3.5.3. CASO SCOPPOLA C. ITALIA SENT. CORTE EDU SEZ. II 18/01/2011 N. 126/05 - 3.5.4. CASO FRODL C. AUSTRIA SENT. CORTE EDU SEZ. I 08/04/2010 N. 20201/04 - 3.5.5. CASO MAIORANO E ALTRI C. ITALIA SENT. CORTE EDU SEZ II 15/12/2009 N. 28634/06

3.1. Ergastolo e isolamento continuo: l'art. 72 c.p. fra abrogazione ed incostituzionalità

Si ha isolamento continuo quando l'isolamento notturno è disposto unitamente a quello diurno.

In relazione all'ergastolo di cui all'art. 22 c.p. l'isolamento è notturno. Riguardo all'ergastolo *l'isolamento notturno* si considera implicitamente abrogato grazie all'*art. 6.2. l.354/1975* secondo cui: *“I locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o piu' posti”*.

L'isolamento diurno si trova disciplinato all'art. 72 c.p. che regola il cumulo di pene in ipotesi di più delitti puniti con l'ergastolo e con pena

detentiva temporanea.

Mentre *l'isolamento notturno* non è una sanzione, bensì è una modalità di esecuzione della pena, *l'isolamento diurno*, invece, è una vera e propria sanzione e non una modalità di esecuzione della pena.

Si pongono due ordini di problemi sull'art. 72 c.p.:

- ⑩ il suo potenziale contrasto con la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27.3. cost;
- ⑩ la sua abrogazione ad opera dell'art. 33 della l. 354/1975.

In riferimento al *primo punto*, la Corte Costituzionale ha risposto al quesito statuendo che la questione è infondata perchè l'isolamento diurno non viola l'art. 27.3. cost. in quanto è comunque consentita la possibilità di svolgere attività lavorativa.⁸⁹

Parliamo ora invece del *secondo quesito*, vale a dire se l'art. 72 c.p. si può considerare come abrogato nei limiti in cui l'art. 33 della l. 354/1975 preveda l'isolamento diurno come aggravante di pena dell'ergastolo. L'art. 33 l.354/1975 disciplina e prevede le singole ipotesi di isolamento diurno ammesse durante l'esecuzione della pena.

Il suddetto art. afferma che:

“Negli istituti penitenziari l'isolamento continuo e' ammesso:

- 1) quando e' prescritto per ragioni sanitarie;*
- 2) durante l'esecuzione della sanzione della esclusione dalle*

⁸⁹C. Cost. 22 dicembre 1964 n. 114 in *Giustizia penale*, 1965, I, pag. 40.

attività in comune;

3) per gli imputati durante l'istruttoria e per gli arrestati nel procedimento di prevenzione, se e fino a quando ciò sia ritenuto necessario dall'autorità giudiziaria”.

La Cassazione ha affermato che l'art. 72 c.p. è vigente e non è stato implicitamente abrogato dall'art. 33 della l. 354/75, perché l'elencazione dell'art. 33 è sì tassativa ma solo nell'ambito del regime del trattamento carcerario, inteso come organizzazione delle modalità di vita e della disciplina dei luoghi di detenzione, e non attiene al trattamento sanzionatorio cui invece è riconducibile l'isolamento diurno (*Cass Sez. I 30/09/1993, Cass Sez. I 24/02/1993, Cass Sez. I 4/11/1986, Cass Sez. I 28/02/1980*).⁹⁰

3.2. La Sentenza della Cassazione 16 giugno 1956: questione manifestatamente infondata di illegittimità dell'ergastolo

La Corte di Cassazione si è occupata dell'ergastolo con *l'ordinanza 16 giugno 1956, Sezioni Unite*, su ricorso avverso la sentenza della Corte d'assise d'appello di Perugia che aveva comminato la massima pena, ritenuta dalla difesa dell'imputato in contrasto con l'art. 27 della Costituzione nelle sue locuzioni: "*Le pene non devono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*" e "*devono tendere alla rieducazione del condannato*".⁹¹

⁹⁰*Codice penale spiegato articolo per articolo*, Edizioni giuridiche Simone, 2007.

⁹¹Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo*, op. cit., pag. 527.

Secondo la Suprema Corte *“La disposizione dell'art. 22 c.p., che stabilisce la pena dell'ergastolo, non è incompatibile con l'art. 27 della costituzione, per il quale le pene non devono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Perciò è manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale della citata disposizione dell'art. 22”*⁹².

La Cassazione ha ritenuto la questione manifestamente infondata, ed ha sottratto alla Corte Costituzionale il giudizio sulla stessa.

Possiamo enunciare alcuni tratti risalienti della sentenza in esame:

- All'art. 27.3 cost non vi è alcun riferimento implicito od esplicito alla pena dell'ergastolo. Con l'uso del termine “trattamento” (modalità di esecuzione della pena detentiva) si è solo ribadito il principio di umanizzazione dell'esecuzione della pena, inteso come contemperamento della finalità retributiva ed intimidatrice della sanzione penale con la finalità emendatrice della stessa.
- Il secondo inciso del terzo comma dell'art. 27 cost non offre alcun valido contributo a sostegno della tesi sulla contrarietà dell'ergastolo a costituzione. È vero che l'ordinamento giuridico vigente assegna alla pena anche la funzione dell'emenda o della rieducazione del condannato, ma con il tenore letterale della norma *“tendere alla rieducazione”* si è inteso qualificare la pena nell'ambito del quadro di un processo di moralizzazione della pena medesima. Certamente, poiché lo Stato non può e non deve rinunciare al supremo interesse del recupero sociale del condannato, è da convenire che in questa formula si deve ritenere compresa anche la prospettiva della correzione del reo all'ulteriore fine

⁹²Cass. Sez. un. 16 giugno 1956, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1956, pag. 485.

del suo ritorno in società, sempre che questo sia possibile.

○ Se si esamina l'art. 27.4 cost secondo cui: “ *non è ammessa la pena di morte se non nei casi previsti dalle leggi di guerra*”, la conclusione da fare è che, essendo stato sancito il divieto solo per la pena capitale, allora la pena dell'ergastolo deve ritenersi tuttora ammessa.

○ L'ergastolo non è sempre pena perpetua in quanto è possibile la concessione della grazia, anche se tale concessione opera raramente.⁹³

○ Dalla sentenza discendono quindi tre corollari:

A) *Rieducazione* non significa quindi il mero "recupero sociale" del reo, ma "*redenzione morale*" o "catarsi" dello stesso, affinché lo stesso provi rimorso e pentimento per il delitto commesso;

B) Conseguentemente è sufficiente "*il miglioramento morale*" del reo affinché possa parlarsi di "rieducazione" realizzata, dato che il recupero sociale in concreto non sempre è possibile. In questo modo, la Cassazione formula in astratto un giudizio prognostico di irrecuperabilità, giudizio difficilmente formulabile in concreto e difficilissimo da limitare ad alcuni delitti;

C) La rieducazione dell'ergastolano, come quella di qualunque altro condannato, va limitata in ossequio a non meglio specificate "*esigenze di difesa sociale*"⁹⁴.

Molteplici furono le reazioni a quest'ordinanza:

Ad esempio il Dall'Ora, in primo luogo criticò il fatto che la Cassazione avesse sottratto alla Corte Costituzionale il giudizio sull'eccezione d'incostituzionalità della pena dell'ergastolo, la quale avrebbe deciso se la questione fosse o non fosse fondata. Tale decisione sarebbe stata la motivazione di una sentenza della

⁹³Cfr. Dall'Ora Alberto, *L'ergastolo e la costituzione*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1956, pag. 485.

⁹⁴Cfr. Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo*, op. cit., pag. 527.

Consulta e non le conclusioni di un'ordinanza di rigetto della Cassazione. Il Dall'Ora ritenne poi che qualora la Cassazione avesse rinviato gli atti alla Corte Costituzionale, questo avrebbe significato un dubbio sull'infondatezza della questione.

In secondo luogo, sempre secondo il Dall'Ora, la rieducazione del condannato non può esser limitata alla sua mera "emenda" morale, perchè in tal modo sembrerebbe dire di esser convinti che le carceri "siano rette da sacerdoti o precettori"; contrastando così con l'idea di un diritto penale "laico" ed altresì con la realtà delle sovraffollate carceri italiane.

In concreto, venne auspicata l'estensione dell'istituto della liberazione condizionale anche all'ergastolano ed alla giurisdizionalizzazione della procedura della concessione della grazia".⁹⁵

3.3. La sentenza della Corte Cost. 22 novembre 1974 n. 264: questione infondata di costituzionalità dell'ergastolo

Con la *sentenza 22 novembre 1974, n. 264* la Corte Costituzionale dichiarò infondata la questione di costituzionalità dell'art. 22 del Codice penale in riferimento all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, sollevata dall'ordinanza della Corte d'assise di Verona del 15 marzo 1972 e quindi dichiarò la pena dell'ergastolo compatibile con le disposizioni costituzionali.⁹⁶

La pronuncia in questione sancì l'infondatezza della questione di

⁹⁵Ibidem.

⁹⁶Cfr. Sent. Corte Costituzionale 22 novembre 1974 n. 264, in www.cortecostituzionale.it.

legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo, valorizzando una concezione polifunzionale della pena.

Con la suddetta sentenza, la Corte Costituzionale afferma la conformità della disciplina dell'ergastolo a Costituzione, in quanto da quando è stata estesa anche agli ergastolani la possibilità di accedere al beneficio della liberazione condizionale, esso non appare più una pena effettivamente perpetua a carattere eliminativo.

I temi affrontati dal giudice delle leggi sono i seguenti:

- ⑨ *La Concezione polifunzionale della pena*, secondo cui la pena non può tendere solo alla rieducazione del reo ed al reinserimento di esso nel contesto sociale, ma assolve ad altri scopi, quali la difesa sociale, la prevenzione generale negativa ed anche la neutralizzazione dei soggetti più pericolosi.
- ⑨ *La valorizzazione del lavoro carcerario* come strumento di rieducazione. Il lavoro costituisce un grande aiuto per i detenuti, risponde all'esigenza di rieducare il reo e favorisce il reinserimento in società.
- ⑨ *La liberazione condizionale* come presupposto del reinserimento del reo nella società. Grazie alla l. 1634/1962, come visto, fu possibile concedere agli ergastolani il beneficio della liberazione condizionale dopo aver scontato almeno 28 anni di pena. Tale normativa ha contribuito ad affievolire il carattere della perpetuità della pena dell'ergastolo favorendo inoltre il reinserimento del reo nella società, adempiendo quindi al principio sancito dalla nostra costituzione.

Tale possibilità risulta ancora più rilevante dopo la sentenza 204/1974 Corte cost., che ha statuito l'illegittimità costituzionale della norma che attribuiva al Ministro di grazia e giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale.

Tale potere è attribuito solo all'organo giudiziario.

Insomma, la Corte Costituzionale, con la suddetta sentenza, se la cavò con un paradosso: l'ergastolo non viola la Costituzione in quanto anche l'ergastolano ha la possibilità di accedere all'istituto della liberazione condizionale. Ciò sta a significare che l'ergastolo è legittimo nella misura in cui non venga effettivamente applicato. Quindi l'ergastolo in quanto tale è legittimo, ma può esser mantenuto nell'ordinamento solo se non viene applicato.

3.4. La sentenza della Corte costituzionale 21-27 settembre 1983 n. 274: liberazione anticipata e semilibertà

Con tale sentenza la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sul problema dell'esclusione dei condannati all'ergastolo dalla fruizione dei benefici della *liberazione anticipata e della semilibertà*. Quindi la Consulta, in questa sentenza, ha risolto due questioni:

1. *L'art. 50 della l. 354/1975 (semilibertà) è compatibile con l'art. 27 cost?*
2. *L'art. 54 della l. 354/1975 (liberazione anticipata) è compatibile con gli artt. 27 cost e art. 3 cost?*

Riguardo al *1° quesito* il problema consisteva nel fatto che ai fini dell'accesso alla semilibertà era necessario scontare almeno metà della pena, in relazione all'ergastolo, tale periodo risultava difficile quantificarlo.

Pertanto, trattandosi di ergastolo, la Corte Costituzionale dichiarò la questione inammissibile, in quanto non si può determinare *a priori quanto durerà* la pena da scontare.

Successivamente a tale vuoto di tutela ha colmato nel 1986 la legge Gozzini che all'art. 54.5 dell'ordinamento penitenziario ha esteso il beneficio della

semilibertà per gli ergastolani che avessero scontato almeno 20 anni di pena.

Riguardo alla 2° *questione*, tre diversi giudici a quo, rispettivamente la Corte d'Appello di Palermo, di Firenze e di Bologna, sollevarono la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 dell'ordinamento penitenziario per contrasto con l'art. 27 e 3 cost. nella parte in cui non prevede la possibilità per l'ergastolano di ottenere “*la riduzione di pena ai soli fini del computo della quantità di pena così detratta nella quantità scontata, richiesta per ottenere a liberazione condizionale*”⁹⁷.

Fino alla suddetta sentenza, giurisprudenza e dottrina avevano dato una diversa interpretazione dell'art. 54 l.354/75.

Secondo *l'interpretazione della Cassazione* (3 marzo 1978) l'art. 54 non era riferibile alla pena dell'ergastolo neppure al fine della riduzione del periodo richiesto per poter accedere all'istituto della liberazione condizionale.

Viceversa, *la dottrina* dette una diversa interpretazione dell'art. 54, secondo cui la liberazione anticipata era applicabile anche all'ergastolano, seppur limitatamente ai fini dell'accesso al beneficio della liberazione anticipata.

La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 54 per violazione dell'art. 3 e 27.3 cost.

Risulta violato il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 cost in quanto vi era una irragionevole disparità di trattamento tra il condannato alla pena detentiva temporanea ed il condannato all'ergastolo, entrambi dovevano avere il diritto all'accesso alla liberazione condizionale.

Al fine dell'accesso alla liberazione condizionale, mentre appare giustificata una differenza tra natura della sanzione e quantità di pena da scontare, risulta ingiustificata, invece, l'esclusione per l'ergastolano di ottenere una riduzione di

⁹⁷Ibidem.

pena da espiare per poter accedere sempre alla liberazione condizionale.

Risultò violato anche l'art. 27.3 cost. dove afferma che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, quindi anche la pena dell'ergastolo deve conformarsi a tale finalità.

Infatti, la l. 12 gennaio 1977 n. 1 aveva abrogato l'ultimo comma dell'art. 54 che prevedeva limitazioni all'applicazione della liberazione condizionale in caso di condanna per determinati tipi di reati e sarebbe stato irragionevole escludere solo il condannato all'ergastolo.

Le linee guida di tale sentenza sono state incluse nella l. Gozzini 10 ottobre 1986 n. 663 che ha ridotto il periodo di esecuzione della pena richiesto da 28 a 26 per poter accedere alla liberazione condizionale. Inoltre ha disciplinato la liberazione anticipata in senso più favorevole per i condannati, elevando la riduzione di pena a 45 gg e non più 20 gg per ogni semestre.

3.5. La sentenza della Corte Costituzionale 24 aprile 2003 n. 135: ergastolo, liberazione condizionale ed art.4 bis. ord. penit.

La Corte Costituzionale con *la sentenza 24 aprile 2003 n. 135* dichiarò che l'ergastolano che sceglie liberamente di non collaborare con la giustizia non può beneficiare dell'istituto della liberazione condizionale. Così la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4bis dell'Ordinamento penitenziario nella parte in cui "*in assenza della collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58ter del medesimo ordinamento, non consente al condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei*

*delitti indicati nella disposizione censurata di essere ammesso alla liberazione condizionale”.*⁹⁸

Il Tribunale di sorveglianza di Firenze ha sollevato, in riferimento all'*art. 27, terzo comma, della Costituzione*, questione di legittimità costituzionale dell'*art. 4-bis, comma 1, primo periodo, della legge 26 luglio 1975, n. 354* (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui impedisce, in assenza della collaborazione con la giustizia a norma dell'*art. 58-ter* del medesimo ordinamento, l'ammissione alla liberazione condizionale dei soggetti condannati all'ergastolo per taluno dei delitti indicati nel medesimo comma 1, primo periodo, dell'*art. 4-bis*.

Il rimettente afferma di essere investito di una richiesta di liberazione condizionale presentata da un soggetto che sta espando la pena dell'ergastolo per effetto di due condanne (la prima a ventisei anni di reclusione e la seconda a pena perpetua), entrambe per sequestro di persona a scopo di estorsione, e che non si trova nelle condizioni previste dall'*art. 58-ter* dell'ordinamento penitenziario.

Il rimettente sostiene che l'*art. 4-bis, comma 1, primo periodo, dell'ordinamento penitenziario*, impedendo l'ammissione alla liberazione condizionale dei condannati all'ergastolo che non collaborano con la giustizia, rende “effettivamente” perpetua la pena nei confronti di tali soggetti.

Inoltre sempre secondo il rimettente, il divieto di concessione della liberazione condizionale, in assenza del requisito della collaborazione con la giustizia, è causa di una esclusione permanente ed assoluta dei condannati all'ergastolo dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, in violazione

⁹⁸Varraso Gianluca, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 ord. Penit.*, in *Giustizia penale*, 2004, pag. 81.

del precetto contenuto nell'art. 27, terzo comma, Cost.

La questione secondo la Corte Costituzionale è infondata per la seguente motivazione:

Secondo la Consulta l'esclusione dell'ergastolano dalla liberazione condizionale non deriva automaticamente dall'art. 4 bis, ma dipende dalla scelta del condannato di collaborare o meno con la giustizia. Il requisito della collaborazione con la giustizia non impedisce in modo assoluto l'accesso alla liberazione condizionale, in quanto il condannato può comunque cambiare la propria scelta. Il reo è libero di scegliere o meno di collaborare con la giustizia e di conseguenza è egli stesso che decide se ottenere o meno la liberazione condizionale.

Poichè la mancata collaborazione con la giustizia viene interpretato come un mancato ravvedimento del reo, l'art. 4 bis non contrasta con l'art. 27.3 cost.

Conclusivamente la disciplina censurata, subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia, che è rimessa alla scelta del condannato, non preclude in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio, e non si pone, quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27, terzo comma, Cost.

Per questi motivi la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, quindi non viola la Costituzione l'art 4 bis nella parte in cui prevede che la collaborazione con la giustizia sia un requisito per poter accedere alla liberazione condizionale.⁹⁹

3.5. La giurisprudenza della Corte EDU

Possiamo esporre alcune significative pronunce della Corte EDU,

⁹⁹Cfr. Varraso Gianluca, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 ord. penit.*, op. cit., pag.81.

adottate a seguito di ricorsi individuali proposti contro alcuni Stati, per presunte violazioni di diritti garantiti dalla CEDU aventi ad oggetto l'irrogazione della pena dell'ergastolo.

3.5.1. Caso Scoppola C. Italia (n.3) Sent. Corte EDU sez. Grande Camera 22/05/2012 n. 126/05

Tale sentenza costituisce l'ultima pronuncia sui tre ricorsi presentati da Scoppola contro l'Italia davanti alla Corte EDU. *“Questa decisione ribalta quella pronunciata contro l'Italia dalla sez. III in data 18 gennaio 2011. La Corte Europea ha affermato che non sussiste la violazione della Convenzione per il fatto che la legge italiana prevede la perdita del diritto di elettorato attivo in caso di condanna alla pena perpetua. Infatti nel nostro ordinamento l'incidenza sul diritto di voto è regolata in modo equilibrato e non indifferenziata”*.¹⁰⁰

Il ricorrente, dopo una violenta lite familiare, uccise sua moglie e ferì uno dei suoi figli.

Il 24 novembre del 2000, nel giudizio abbreviato, il G.U.P. di Roma aveva riconosciuto il ricorrente responsabile di tutti reati che gli erano stati addebitati (omicidio, tentato omicidio, maltrattamenti in famiglia e possesso non autorizzato di un'arma da fuoco), affermando che avrebbe meritato la pena dell'ergastolo; ma, poiché aveva optato per il giudizio abbreviato, lo aveva condannato a trent'anni di reclusione e all'interdizione perpetua dai pubblici uffici, quale pena accessoria secondo l'art. 29 del codice penale.

Nel pronunciare la condanna, il giudice aveva tenuto in considerazione alcune circostanze aggravanti, in particolare il fatto che la condotta criminale

¹⁰⁰ Sent. Corte EDU 22/05/2012 n. 126/05 in *Cassazione penale 2012*, pag. 3142.

del ricorrente si fosse diretta contro la sua famiglia e fosse stata innescata da un incidente insignificante.

Il giudice aveva inoltre ritenuto che nel reo mancasse il senso di rimorso.

Sia il pubblico ministero che il ricorrente avevano appellato la sentenza, e il 10 gennaio 2002 la Corte d'Assise d'Appello aveva condannato il ricorrente all'ergastolo, confermando le conclusioni del G.U.P. per quanto concerne le circostanze aggravanti e attenuanti.

Scoppola aveva presentato ricorso per Cassazione, ma la Corte lo aveva rigettato. Secondo l'art. 29 del codice penale, la condanna all'ergastolo comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, che a sua volta comporta, ai sensi del d.P.R. n. 223 del 1967, la perdita definitiva dell'elettorato attivo.

Quando la commissione elettorale, applicando il d.p.r. n. 223 del 1967, aveva cancellato il nome del ricorrente dalla lista elettorale, quest'ultimo aveva presentato un reclamo, invocando l'art. 3 del Protocollo n. 1 della CEDU.

La Corte d'Appello, nel rigettare l'appello, aveva affermato che il venir meno del diritto di voto in Italia consegue solo a pene principali previste dalla legge in misura superiore a una determinata soglia.

Ricorrendo in Cassazione, Scoppola aveva affermato che la privazione non aveva niente a che fare con il suo reato, perché era solo una conseguenza della pena accessoria ricollegata alla pena principale.

La Cassazione aveva rigettato il ricorso, osservando che in Italia la privazione del diritto di voto è prevista solo per le pene non inferiori a tre anni, e che tale privazione è perpetua solo per le pene non inferiori a cinque anni.

Il 15 aprile 2011, il Governo italiano, dopo che la seconda sezione della Corte aveva ravvisato all'unanimità una violazione dell'art. 3 Prot. n. 1 CEDU, chiedeva di sottoporre il caso alla Grande Chambre.

La seconda sezione della Corte EDU aveva ritenuto che la misura della privazione del diritto di voto avesse una natura generale, automatica e indiscriminata, in quanto conseguenza di una pena accessoria che, a sua volta,

derivava automaticamente dalla pena principale. La natura generale e indiscriminata era stata ricondotta, dalla seconda sezione, al fatto che il criterio rilevante è quello della lunghezza della pena, mentre non si teneva in conto della natura e della gravità del reato. La seconda sezione aveva osservato, peraltro, che nelle pronunce di condanna non si era fatta menzione della misura della privazione del voto.

La Grande Chambre ribadisce che l'art. 3 Prot. n. 1 CEDU garantisce diritti soggettivi, quali il diritto di voto e di candidarsi, fondamentali per una democrazia effettiva. Inoltre, il diritto di voto non è un privilegio, dal momento che deve sussistere un favor nei confronti dell'inclusione e del suffragio universale. Tuttavia, tali diritti non sono assoluti: spesso la Corte ha affermato che il margine di apprezzamento degli Stati nel prevedere limitazioni in questo campo è ampio. È comunque la Corte ad avere l'ultima parola circa l'osservanza dei requisiti dell'art. 3 Prot. n. 1: le restrizioni non devono intaccare l'essenza di quei diritti e non devono pregiudicarne l'effettività; i limiti devono essere imposti per perseguire un legittimo scopo; i mezzi impiegati devono essere proporzionati. La Corte riconosce che la privazione del diritto di voto del ricorrente è finalizzata a un legittimo scopo: valorizzare la responsabilità civica e il rispetto per lo stato di diritto ed assicurare il corretto funzionamento e la salvaguardia del regime democratico.

Tuttavia, poiché la Convenzione è uno strumento per la protezione dei diritti umani, la Corte deve tenere conto del cambiamento delle condizioni nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale, ed essere sensibile verso una eventuale convergenza in evoluzione verso gli standard da raggiungere.

È vero, per la Grande Camera, che la decisione del giudice sulla privazione del diritto di voto nel caso concreto è una garanzia di proporzionalità della misura; tuttavia, tale garanzia non è necessaria, dal momento che la stessa legge potrebbe indicare con sufficiente dettaglio le circostanze che danno luogo a tale misura (in particolare, in relazione alla natura e alla gravità del reato). Inoltre –

osserva la Grande Camera – le modalità attraverso cui si operano le restrizioni dei diritti elettorali dei detenuti variano nell’ambito dei diversi ordinamenti nazionali. Degli Stati passati in rassegna, solo diciannove non pongono restrizioni al diritto di voto dei detenuti; dei ventiquattro Stati rimanenti, undici prevedono una decisione del giudice penale case-by-case. Pertanto, ciascuno Stato gode di un margine di valutazione discrezionale nell’adottare una soluzione, in base alle proprie caratteristiche storiche, politiche e culturali. Se la privazione del diritto di voto è rimessa in toto alla legge, questa dovrà adeguatamente bilanciare gli interessi confliggenti, in modo da evitare restrizioni generali, automatiche e indiscriminate.

La Corte deve verificare se la ponderazione degli interessi in gioco, effettuata dal legislatore oppure dal giudice, sia rispettosa dell’art. 3 Prot. n. 1 CEDU. In tal caso, la Corte afferma che la legge italiana prevede la privazione del diritto di voto in relazione a certi reati, indipendentemente dalla durata della condanna, oppure in relazione a pene di una certa durata specificata dalla legge. In particolare, una pena non inferiore a tre anni comporta una privazione temporanea, di cinque anni, mentre una pena non inferiore a cinque anni (quindi anche l’ergastolo) comporta una privazione permanente. Secondo la Corte, la legge italiana si preoccupa di calibrare la misura sulle circostanze del caso, tenendo in considerazione la gravità del reato e la condotta del reo. Infatti, essa è prevista solo per certi tipi di reato (contro lo Stato e l’amministrazione della giustizia), oppure per reati che il giudice considera meritevoli di pene particolarmente aspre, tenendo conto dei criteri forniti dagli articoli 132 e 133 del codice penale. Nel caso concreto, i reati compiuti dal ricorrente sono particolarmente gravi. Pertanto, la Corte conclude che il sistema italiano non opera una restrizione in via generale, automatica e indiscriminata del diritto di voto dei detenuti. Inoltre, ai sensi degli articoli 178 e 179 del codice penale, decorsi tre anni da quando ha finito di scontare la pena, il condannato che ha perduto permanentemente il diritto di voto può recuperarlo in virtù dell’istituto

della riabilitazione, che richiede la buona condotta. Inoltre, la pena può essere ridotta ai sensi dell'art. 54, comma 1 della legge n. 354 del 1975, se il detenuto partecipa al programma di rieducazione. Dunque, non sussiste una violazione dell'art. 3 Prot. n. 1 CEDU.¹⁰¹

3.5.2. Caso Scoppola C. Italia Sent. Corte EDU sez. II 18/01/2011 n. 126/05

La seguente sentenza della Corte EDU costituisce il frutto del secondo ricorso dei tre promossi da Scoppola contro lo Stato italiano.

In tale sentenza si ravvisa il contrasto dell'art. 3 prot. 1 CEDU con la normativa nazionale sull'interdizione dai pubblici uffici che comporta la privazione del diritto dell'elettorato attivo e passivo, quale conseguenza dell'irrogazione della pena accessoria di cui all'art. 29 c.p.

Il ricorrente veniva condannato per omicidio volontario e per una serie di altri gravi reati alla pena di trent'anni di reclusione; pena che veniva poi sostituita in appello con quella dell'ergastolo. La sentenza diventava definitiva nel gennaio 2003, quando la Cassazione confermava la statuizione della Corte d'assise d'appello di Roma.

Nel settembre 2009, tuttavia, la Corte EDU rilevava – in riferimento a tale condanna – la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU e, ai sensi dell'art. 46 CEDU, ordinava alle autorità competenti di assicurare che la pena dell'ergastolo illegittimamente inflitta al ricorrente fosse sostituita con quella della reclusione trentennale.

La Corte di Cassazione, con sent. 11.2.2010 n. 16507, revocava allora la propria precedente sentenza, annullava quoad poenam la sentenza della Corte

¹⁰¹http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/sentenza/sintesi_sentenzas/000/000/490/Scoppola__n.3.pdf.

d'assise d'appello di Roma e condannava l'imputato a trent'anni di reclusione.

La sentenza in commento è stata resa dalla Corte a seguito del secondo dei tre ricorsi del ricorrente a Strasburgo, concernente appunto la violazione dell'art. 3 Prot. 1 Cedu, che sancisce il diritto a libere elezioni.

Dopo il rigetto del ricorso presentato alla commissione elettorale circondariale, alla Corte d'appello di Roma e alla Corte di Cassazione, Scoppola si rivolgeva infatti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando che la condanna all'ergastolo e alla conseguente interdizione perpetua dai pubblici uffici aveva di fatto impedito il suo diritto di voto, in contrasto con la suddetta norma convenzionale.

Com'è noto, l'interdizione dai pubblici uffici costituisce, nell'ordinamento italiano, una pena accessoria (art. 19 c.p.), che come tale consegue direttamente alla condanna, annoverandosi tra gli effetti penali della stessa (art. 20 c.p.). L'art. 28 co. 1 n. 1) c.p. ricollega ad essa la privazione del diritto di elettorato attivo e passivo in tutti i comizi elettorali. Può essere perpetua o temporanea (nel qual caso non può avere durata inferiore a un anno né superiore a cinque, ai sensi dell'art. 28 co. 4 c.p.): a norma dell'art. 29 c.p., la prima consegue alla condanna all'ergastolo o alla reclusione non inferiore a cinque anni, la seconda alla condanna alla reclusione non inferiore a tre anni (nel qual caso ha durata quinquennale) o alla condanna per un delitto realizzato con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio (nel qual caso ha una durata pari a quella della pena principale, secondo l'art. 37 c.p.). La Corte ha accolto il ricorso, rigettando le argomentazioni sostenute dal Governo italiano (secondo il quale la privazione del diritto di voto non conseguiva in modo automatico e generalizzato a qualsiasi condanna, ma solo a quelle per i reati più gravi, come tali puniti più severamente).

Nonostante il diritto di voto sia suscettibile di limitazioni da parte del legislatore nazionale, che gode di un ampio margine di apprezzamento in

proposito, la Corte ha affermato di detenere il sindacato atto a verificare se la soluzione adottata dal legislatore nazionale sia rispettosa del dettato dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu, e precisamente se la limitazione al principio del suffragio universale sia basata su giustificazioni legittime e se sia proporzionata.

Secondo i giudici di Strasburgo la restrizione del diritto di voto ha una base legale e persegue un fine legittimo (quello della prevenzione del crimine e del rispetto dello stato di diritto). Nonostante ciò, essi hanno reputato insussistente il requisito della proporzione, riscontrando anche a proposito della normativa italiana il carattere dell'automatismo e della genericità. Automatismo evidenziato, osserva la Corte, anche dalla circostanza che della condanna all'interdizione dai pubblici uffici (e, conseguentemente, della privazione del diritto di voto) non venga neppure fatta esplicita menzione nella sentenza di condanna.

Quanto all'equa soddisfazione ex art. 41 CEDU, la Corte ha ritenuto che l'accertamento della violazione della citata norma convenzionale costituisca di per sé adeguata riparazione, e non ha pertanto riconosciuto al ricorrente alcuna somma di denaro.

La Corte non ha qui evidenziato il carattere sistemico della violazione dell'art. 3 Prot. 1 Cedu, dal momento che la sentenza in commento è la prima pronuncia in cui essa ha riscontrato il contrasto della pertinente normativa italiana con la citata norma convenzionale. E' assai probabile, tuttavia, che essa possa farlo in futuro, quando le sentenze in materia si moltiplicheranno.

Il che impone di interrogarsi sulle iniziative che le autorità italiane dovranno prendere per "conformarsi" alla sentenza Scoppola (n. 3) non appena essa diverrà definitiva, ai sensi dell'art. 46 CEDU, sia per riparare, se possibile, alla violazione già verificatasi, sia – e soprattutto – per evitare che in futuro se ne verificino altre analoghe.¹⁰²

¹⁰² Colella Angela, *Terza condanna dell'Italia a Strasburgo in relazione all'affaire Scoppola: la privazione automatica del diritto di voto in caso di condanna a pena detentiva contrasta con l'art. 3 Prot. 1 CEDU*

3.5.3. Caso Frodl C. Austria Sent. Corte EDU sez. I 08/04/2010 n. 20201/04

Il caso di cui discutiamo viene presentato da un ricorrente, cittadino austriaco, che attualmente sta scontando in Austria una pena all'ergastolo per omicidio.

Nel 2002 aveva presentato ricorso contro la sua esclusione dal registro elettorale operata dall'autorità elettorale locale in base alla legge nazionale ai sensi della quale il detenuto, per una pena superiore ad un anno per reato commesso con dolo, perde il diritto di voto.

L'autorità elettorale locale rigetta il ricorso.

A seguito di tale rigetto, il cittadino austriaco si rivolse alla *Corte Europea dei diritti dell'uomo* lamentando la violazione dell'*art. 3 protocollo 1 della CEDU* che prevede il diritto alle libere elezioni secondo cui: *“Le Alte Parti Contraenti si impegnano ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell’opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo”*.

La Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'*art. 3 protocollo 1 della CEDU*, accogliendo quindi il ricorso del cittadino austriaco, in base a tale argomentazione: il diritto di voto è un diritto cruciale per mantenere i fondamenti di una democrazia effettiva e significativa; inoltre ha individuato i limiti legittimi che uno Stato può apporre al diritto di voto. Precisamente, il diritto di voto dei detenuti può essere escluso a seguito di una decisione giudiziale in dei casi tassativi, ed inoltre deve sussistere una relazione tra tale sanzione (perdita del diritto di voto) ed il reato commesso.

Secondo il governo austriaco le norme riguardanti la perdita del diritto di voto

in www.dirittopenalecontemporaneo.it 2011.

per i detenuti svolgono una funzione preventiva, consistente nell'incrementare il loro senso di responsabilità civica e di rispetto per la legge.

Ma la Corte affermò che tale legge austriaca violi l'art. 3 protocollo 1 della CEDU in quanto, nel caso in oggetto, l'esclusione del diritto di voto non è stata decisa da un giudice e non sussiste alcun legame tra la sanzione (perdita del diritto di voto) ed il reato commesso dal ricorrente.¹⁰³

3.5.4. Caso Maiorano e altri C. Italia Sent. Corte EDU sez II 15/12/2009 n. 28634/06

Il caso in oggetto riguarda una sentenza della Corte EDU con cui si è condannata l'Italia per violazione dell'art. 2 CEDU.

Possiamo preliminarmente esporre il fatto.

Il 29 luglio 1976 Angelo Izzo fu condannato all'ergastolo per omicidio ed altri gravi reati commessi il 30 settembre 1975.

Il 30 settembre 1983 la condanna divenne definitiva e Izzo iniziò a scontare la pena in un istituto penitenziario.

Dopo diversi anni di reclusione e dopo aver ottenuto lo *status* di collaboratore di giustizia, Izzo cominciò a beneficiare di alcuni permessi di uscita.

Nel 2003, in seguito ad un tentativo di fuga e ad un episodio di inosservanza delle prescrizioni del giudice durante un permesso di uscita, Izzo venne trasferito nel penitenziario di Palermo dove chiese di poter beneficiare del regime della semilibertà.

Nell'istituto penitenziario di Campobasso, Izzo era descritto come un soggetto impegnato attivamente in un processo psicologico di riparazione e di

¹⁰³ Sent. Corte EDU sez. I 08/04/2010 n. 20201/04 in *Cassazione penale 2010*, pag. 4013.

espiazione.

Nel 2004 il Tribunale di Sorveglianza di Palermo concesse la semilibertà, ritenendo che fosse ormai una persona ben diversa da quella che aveva commesso i crimini per i quali era stato condannato.

Successivamente, a seguito di alcune dichiarazioni incriminanti rese dal pentito B. detenuto a Campobasso, le procure di Campobasso e di Bari avviarono delle indagini nei confronti di Izzo.

Secondo una nota del Tribunale di Sorveglianza di Palermo del 12 giugno 2009, il tribunale non venne mai informato della condotta tenuta da Izzo durante la semilibertà.

Nel frattempo, mentre si trovava nell'istituto penitenziario di Palermo, Izzo aveva conosciuto Giovanni Maiorano, ivi detenuto, stringendo un rapporto d'amicizia con la moglie e la figlia di quest'ultimo.

Il 28 aprile 2005 Izzo uccise la moglie e la figlia di Giovanni Maiorano. Per tali reati, nei suoi confronti fu emanata una nuova condanna all'ergastolo.

Nel 2005 il Ministro della Giustizia aprì un'inchiesta per stabilire se, nell'ambito della procedura di concessione del beneficio della semilibertà, potessero essere attribuite delle responsabilità disciplinari ai giudici del Tribunale di Sorveglianza di Palermo e di Campobasso.

Nel marzo del 2008, la sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura inflisse ai giudici in questione la sanzione disciplinare dell'ammonimento, avendo riconosciuto che la previsione legislativa relativa ai permessi di uscita ed al regime di semilibertà implicava, per sua stessa natura, un fattore di rischio.

Il 20 settembre 2007 i ricorrenti presentarono denuncia-querela nei confronti dei magistrati delle procure di Campobasso e di Bari, affermando che, nonostante l'evidente pericolosità di Izzo, non erano stati adottati gli opportuni provvedimenti per proteggere la vita della moglie e della figlia di Maiorano.

Il GIP di Bari archiviò la denuncia dei ricorrenti.

Questi hanno quindi proposto ricorso alla Corte europea di Strasburgo, lamentando la violazione dell'*art. 2 par. 1 CEDU* secondo cui: *“Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena”*.

La Corte ha ravvisato la violazione dell'*art. 2* della CEDU sotto due diversi profili: sostanziale e procedurale.

Sotto il profilo sostanziale la Corte ha affermato che la prima parte dell'*articolo 2 par. 1* della Convenzione obbliga lo Stato non solo ad astenersi dal provocare la morte in modo volontario ed illecito ma anche ad adottare le misure necessarie alla protezione della vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione. L'obbligo dello Stato va al di là del suo dovere fondamentale di rispettare il diritto alla vita, predisponendo una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere reati contro la persona: esso deve apprestare anche meccanismi di applicazione concepiti per prevenire, reprimere e sanzionare le violazioni.

Per la Corte tale obbligo deve essere interpretato in modo tale da non imporre alle autorità un onere insopportabile o eccessivo, tenendo conto delle difficoltà che la polizia riscontra nell'esercitare le sue funzioni nelle società contemporanee e anche della imprevedibilità del comportamento umano e delle scelte operative che debbono essere fatte in termini di priorità e di risorse. La Corte ha affermato che sorge un obbligo positivo ove sia stabilito che le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere che esisteva una minaccia reale e immediata per la vita di uno o di più individui e che esse, nell'ambito dei loro poteri, non hanno adottato le misure che ragionevolmente avrebbero senza dubbio ovviato a questo rischio.

La Corte ha affermato di non poter criticare, in quanto tale, il regime delle misure di reinserimento: esso, ispirato dal fine legittimo di favorire il

progressivo reinserimento dei delinquenti, prevede infatti misure sufficienti per assicurare la protezione della società. Ciononostante, la Corte ha ritenuto di dover stabilire se, nel caso di specie, concedendo la semilibertà ad Izzo, lo Stato aveva violato il dovere di diligenza che discende dall'articolo 2 della Convenzione.

Al riguardo, la Corte ha rilevato che, durante la sua detenzione, Izzo era stato oggetto di numerosi rapporti di gruppi di osservazione, composti essenzialmente da psichiatri, che indicavano come la personalità del soggetto in questione aveva conosciuto dei cambiamenti positivi, avendo, inoltre, Izzo cominciato a fornire alle autorità informazioni utili alla repressione dei reati, ragion per cui aveva ottenuto lo *status* di “collaboratore di giustizia”. A fronte di tali giudizi positivi se ne opponevano numerosi di senso contrario (comportamenti sintomatici di un'abitudine alle armi e di una tendenza a non rispettare la legge e gli ordini delle autorità, nonché la ripresa delle attività criminali di Izzo, della quale il procuratore di Campobasso era venuto a conoscenza). Per questi motivi, la Corte ha affermato che la decisione di concedere il regime di semilibertà ad un individuo come Angelo Izzo richiedeva una maggiore ponderazione, in considerazione della pericolosità sociale del soggetto, condannato in precedenza per delitti di eccezionale crudeltà.

Inoltre, la Corte ha evidenziato come l'omessa comunicazione al Tribunale di sorveglianza della ripresa delle attività criminali di Izzo – della quale era venuto a conoscenza il procuratore di Campobasso – aveva di fatto impedito di riesaminare la posizione del detenuto ai fini di una eventuale revoca del regime premiale. Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha concluso che vi è stata violazione dell'art. 2 CEDU, avendo lo Stato inadempito al dovere di diligenza che discende dalla medesima disposizione.

La Corte ha ritenuto altresì violato l'art. 2 anche sotto il profilo procedurale, non essendo stata interamente adempiuta l'obbligazione positiva

dello Stato membro di stabilire le eventuali responsabilità dei suoi funzionari in questa vicenda.

A tale proposito, la Corte ha ricordato che gli obblighi positivi enunciati nella prima parte dell'articolo 2 della Convenzione implicano anche l'obbligo di porre in essere un sistema giudiziario efficace ed indipendente che consenta di stabilire la causa della morte di un individuo e di punire i colpevoli, allo scopo di assicurare l'effettiva attuazione delle disposizioni normative interne che proteggono il diritto alla vita e, nei casi in cui sia messo in discussione il comportamento di agenti o di autorità dello Stato, quello di assicurare che essi rispondano per le morti sopravvenute per loro responsabilità.

Nel caso di specie, erano stati avviati dei procedimenti disciplinari a carico dei giudici del tribunale di sorveglianza di Palermo, conclusisi con la comminazione da parte del CSM della sanzione disciplinare dell'ammonizione. Tuttavia, ha osservato la Corte, tale decisione aveva ad oggetto soltanto alcuni aspetti specifici del fascicolo. In particolare, il CSM non si è pronunciato sul fatto che le dichiarazioni del pentito B. e i risultati delle indagini condotte dalla procura di Campobasso non fossero state utilizzate per riesaminare la posizione del detenuto ai fini di una eventuale revoca della semilibertà. La denuncia con la quale i ricorrenti evidenziavano queste omissioni è stata archiviata e a carico delle autorità di Campobasso non è stato promosso alcun procedimento disciplinare.

I giudici di Strasburgo hanno quindi concluso che l'azione disciplinare promossa dal Ministro della Giustizia non ha interamente adempiuto l'obbligo positivo dello Stato di accertare l'eventuale responsabilità dei suoi agenti coinvolti nei fatti.

Di qui, la constatazione della violazione dell'aspetto procedurale dell'articolo 2 della Convenzione.

Infine, la Corte ha respinto la richiesta di risarcimento dei danni materiali avanzata dai ricorrenti per mancanza del nesso di causalità, mentre a titolo di

danno morale ha riconosciuto la somma di 10.000,00 euro a Giovanni Maiorano, e di 5.000,00 euro agli altri ricorrenti.¹⁰⁴

3.5.5. Caso Causa Scoppola (n. 2) c. Italia Sent. Corte EDU 17/09/2009 n. 10249/03¹⁰⁵

Sussiste la violazione del principio di retroattività della legge più favorevole al reo ex **art. 7 par. 1 CEDU** (Nulla poena sine lege)

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

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”.

Sussiste la violazione del diritto ad un processo equo ex **art. 6 par. 1 CEDU** (Diritto a un equo processo)

“1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa

¹⁰⁴ Sent. Corte EDU sez. II 15/12/2009 n. 28634/06 in *Cassazione penale 2010*, pag. 1666.

¹⁰⁵ Cfr. Pecorella Claudia, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010 fasc. 1, pp. 397-408.

e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;

(b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

(c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

(d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

(e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza”.

Il 2 settembre 1999, dopo una lite con i suoi due figli, il ricorrente sig. Franco Scoppola uccise la moglie e ferì uno dei figli. La procura di Roma ne chiese il rinvio a giudizio per omicidio, tentato omicidio, maltrattamenti in famiglia e detenzione abusiva di arma da fuoco.

All'udienza preliminare del 18 febbraio 2000, il ricorrente chiese ed ottenne di essere giudicato secondo il rito abbreviato.

La versione allora vigente dell'art. 442, comma 2, c.p.p. prevedeva che,

se il reato commesso richiedeva la pena dell'ergastolo, la pena da applicare, per effetto della riduzione di pena derivante dalla scelta del suddetto rito speciale, sarebbe stata pari a trenta anni di reclusione.

All'udienza del 24 novembre 2000, il GUP dichiarò il sig. Scoppola colpevole dei reati ascrittigli e lo condannò a trent'anni di reclusione.

Il giorno stesso della sentenza di condanna entrava in vigore il decreto legge n. 341 del 2000, il cui art. 7, intervenendo sulla disciplina del giudizio abbreviato, modificava l'art. 442 del c.p.p., prevedendo che la pena dell'ergastolo con isolamento diurno fosse sostituita dall'ergastolo semplice nelle ipotesi di concorso di reati o di reato continuato.

Il 12 gennaio 2001, la procura generale presso la corte d'appello di Roma propose ricorso per cassazione avverso la sentenza del GUP di Roma del 24 novembre 2000, sostenendo che il GUP avrebbe dovuto applicare l'articolo 7 del decreto legge n. 341 sopra citato, entrato in vigore il giorno stesso in cui era stata pronunciata la sentenza di condanna.

In particolare, la procura eccepiva che la mancata applicazione di questo testo da parte del GUP costituiva un evidente errore di diritto.

Il sig. Scoppola propose a sua volta appello, chiedendo in via principale di essere assolto per mancanza dell'elemento soggettivo nella sua condotta al momento della commissione del reato; in via subordinata, chiese una riduzione della pena.

Con sentenza del 10 gennaio 2002, la corte d'assise d'appello, in applicazione del principio *tempus regit actum*, condannò il ricorrente all'ergastolo, ritenendo che la nuova disciplina relativa al rito abbreviato dovesse applicarsi anche ai procedimenti pendenti.

Essa osservò in particolare che il GUP, applicando la normativa previgente, aveva determinato la pena in base al reato più grave, senza esaminare se era necessario disporre l'isolamento diurno in ragione della constatazione di colpevolezza pronunciata per gli altri capi d'accusa a carico del ricorrente.

Tuttavia, essendo nel frattempo entrato in vigore il decreto legge n. 341, il GUP avrebbe dovuto applicare le nuove regole di determinazione della pena per il rito abbreviato. La Corte d'appello ha ricordato, peraltro, che ai sensi dell'art. 8 del citato decreto, il ricorrente avrebbe potuto ritirare la sua richiesta di giudizio abbreviato e farsi giudicare secondo la procedura ordinaria. Poiché il ricorrente non aveva fatto tale scelta, la decisione di primo grado avrebbe dovuto tener conto della nuova disciplina delle pene nel frattempo intervenuta.

Il 18 febbraio il ricorrente proponeva ricorso in cassazione, adducendo, in primo luogo, la necessità che il processo d'appello fosse dichiarato nullo dal momento che egli non aveva avuto la possibilità di partecipare in qualità di imputato all'udienza del gennaio 2002 e, inoltre, che la pena applicata doveva considerarsi eccessiva.

La Corte di cassazione respinse il ricorso del ricorrente.

Il ricorrente propose allora ricorso straordinario per errore di fatto adducendo, tra le altre cose, che la sua assenza all'udienza d'appello in qualità di imputato integrava la violazione dell'art. 6 della Convenzione e che la sua condanna all'ergastolo – scaturita dall'applicazione retroattiva delle nuove disposizioni introdotte dal decreto legge n. 341 del 2000 – costituiva violazione dell'art. 7 della Convenzione.

Osservava inoltre che la rinuncia alle garanzie procedurali, conseguenza della scelta del procedimento con rito abbreviato, non era stata compensata dalla riduzione di pena promessa dallo Stato al momento della medesima scelta. Anche tale ricorso veniva dichiarato inammissibile.

Con ricorso del 24 marzo 2003 il sig. Scoppola adiva la Corte EDU, lamentando che la sua condanna all'ergastolo costituiva violazione degli articoli 6 e 7 della Convenzione, in quanto, pur avendo optato per un iter semplificato, era stato privato del vantaggio della sostituzione dell'ergastolo con trent'anni di detenzione.

Relativamente alla lamentata violazione dell'art. 7 della Convenzione, i

giudici di Strasburgo hanno ricordato come l'art. 7 non solo vieta l'applicazione retroattiva delle norme penali sfavorevoli all'imputato, consacrando il principio della legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), per cui non solo è vietato punire taluno per un fatto non previsto come reato al momento della commissione dello stesso, ma anche il divieto di analogia ossia di interpretare estensivamente la legge penale.

La Grande Chambre ha poi osservato che, poichè l'art. 7 della Convenzione non menzioni espressamente l'obbligo per gli Stati contraenti di garantire all'imputato il beneficio conseguente ad un cambiamento di legislazione intervenuto dopo la commissione del reato, il paragrafo 1 del medesimo articolo, vietando di infliggere una "pena più severa di quella che era applicabile nel momento in cui il reato è stato commesso", non esclude che l'imputato possa invece beneficiare di una pena più leggera, prevista da una legge entrata in vigore successivamente alla commissione del reato.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha affermato che l'art. 7, par. 1, della Convenzione non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe ma impone anche che, nel caso in cui siano differenti la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo.

Nel caso di specie – ritenuto l'art 442 c.p.p. ascrivibile alla categoria delle disposizioni di diritto penale materiale concernenti la severità della pena, per le quali trovano applicazione le sopra menzionate regole sulla retroattività contenute nell'art. 7 – la Corte ha constatato la violazione dell'art. 7, par. 1, CEDU, in quanto lo Stato sarebbe venuto meno al proprio obbligo di far beneficiare l'imputato dell'applicazione della pena a lui più favorevole ed entrata in vigore dopo la commissione del reato. Infatti al ricorrente era stata inflitta la pena più severa fra tutte quelle contemplate dalle leggi succedutesi prima della condanna definitiva.

Quanto alla presunta violazione dell'art. 6 CEDU, la Corte ha affermato che è contrario al principio di sicurezza giuridica ed alla tutela del legittimo affidamento degli imputati il fatto che lo Stato possa unilateralmente ridurre i vantaggi derivanti dalla rinuncia a certi diritti inerenti alla nozione stessa di processo equo. Nel caso in esame, l'applicazione retroattiva delle nuove regole di determinazione della pena introdotte dal decreto legge n. 341 del 2000 per il giudizio abbreviato – avendo deluso il legittimo affidamento riposto dal sig. Scoppola, in sede di scelta del rito speciale, su una riduzione di pena – ha violato l'art. 6 CEDU relativo al diritto ad un processo equo. Infine, la Corte, in sede di applicazione dell'art. 46 della Convenzione, ha ordinato allo Stato convenuto di sostituire l'ergastolo inflitto al sig. Scoppola con una pena non superiore ai trenta anni di reclusione. Quanto al risarcimento dei danni morali subiti, la Corte, in via equitativa, ha riconosciuto al ricorrente la somma di 10.000,00 euro, e di 10.000,00 euro per le spese di procedura.¹⁰⁶

CAPITOLO 4

PROGETTI DI RIFORMA

SOMMARIO: 4.1. I PROGETTI DI RIFORMA DEL CODICE PENALE. LA PROPOSTA DI ABOLIRE L'ERGASTOLO - 4.1.1. IL PROGETTO RIZ - 4.1.2. IL PROGETTO GROSSO - 4.1.3. IL PROGETTO NORDIO - 4.1.4. IL PROGETTO PISAPIA - 4.2. IL REFERENDUM ABROGATIVO DELL'ERGASTOLO DEL 1981 - 4.3. IL DDL A.S. N. 2567: IL RISCHIO DI UN “FINE PENA” MAI - 4.3.1. LE CRITICITÀ COSTITUZIONALI DELLA NOVELLA:

¹⁰⁶http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/sentenza/sintesi_sentenzas/000/000/308/Scoppola_2.pdf.

1°PROFILO, GIUDIZIO ABBREVIATO - 4.3.1.A. IRRAGIONEVOLEZZA - 4.3.1.B. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA TRA I CONDANNATI - 4.3.1.C. VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI - 4.3.1.D. LESIONE DELL'AFFIDAMENTO DELLE PARTI PROCESSUALI NELLA SICUREZZA GIURIDICA - 4.3.2. LE CRITICITÀ COSTITUZIONALI DELLA NOVELLA: 2°PROFILO, ACCESSO AI BENEFICI PENITENZIARI - 4.3.2.A. UN ERGASTOLO ILLEGITTIMO PERCHÈ TENDENZIALMENTE PERPETUO - 4.3.2.B. UN ERGASTOLO SEMPRE PIÙ LUNGO CHE ELUDE IL PARADIGMA COSTITUZIONALE DELLA RISOCIALIZZAZIONE DEL REO - 4.3.2.C. UN MECCANISIMO DI ACCESSO AI BENEFICI PENITENZIARI - 4.3.2.D. IRRAZIONALMENTE RIGIDO E TALE DA RENDERE L'ERGASTOLO UN TRATTAMENTO CONTRARIO AL SENSO DI UMANITÀ - 4.3.3. ALLA RADICE DEL PROBLEMA: L'ERGASTOLO COME PENA PERPETUA (DA ABOLIRE) - 4.4. IPOTESI DI ATTO DI REMISSIONE ALLA CORTE COSTITUZIONALE - 4.4.1. RILEVANZA PROCESSUALE DELLA QUAESTIO - 4.4.2. IMPOSSIBILITÀ DI UN'INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE - 4.4.3. RIPROPONIBILITÀ DELLA QUAESTIO - 4.4.4. IL MUTATO CONTESTO COSTITUZIONALE - 4.4.5. DETERMINAZIONE DEL PETITUM (DIMENSIONE STATICA E DIMENSIONE DINAMICA DELL'ERGASTOLO) - 4.4.6. INCOSTITUZIONALE PERCHÉ PENA NON RIEDUCATIVA (IN VIOLAZIONE DELL'ART. 27, COMMA 3, COST.) - 4.4.7. INCOSTITUZIONALE PERCHÉ PENA FISSA E AUTOMATICA (IN VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 25 COMMA 2, 27 COMMI 1

E 3, COST.) - 4.4.8. INCOSTITUZIONALE PER DISPARITÀ DI TRATTAMENTO TRA ERGASTOLANI (IN VIOLAZIONE DELL'ART. 3 COST.) - 4.4.9. INCOSTITUZIONALE PERCHÉ CONTRARIA AL SENSO DI UMANITÀ (IN VIOLAZIONE DELL'ART. 27, COMMA 3, COST.) - 4.4.10. INCOSTITUZIONALE COME LA PENA DI MORTE (VIOLAZIONE DELL'ART. 27, COMMA 4, COST.) - 4.4.11. INCOSTITUZIONALE PER ANACRONISMO LEGISLATIVO - 4.4.12. DALLA DIMENSIONE STATICA ALLA DIMENSIONE DINAMICA DELL'ERGASTOLO (PROFILI D'INAMMISSIBILITÀ PROCESSUALE) - 4.4.13. IL POSTULATO (NON PERSUASIVO) DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE - 4.4.14. INCOSTITUZIONALE PERCHÉ GIURIDICAMENTE RESTA UNA PENA PERPETUA - 4.4.15. ANCORA SULLA SUA CONCRETA PERPETUITÀ (ALLA LUCE DEL DIRITTO VIVENTE IN TEMA DI CONCESSIONE DELLA LIBERAZIONE CONDIZIONALE) - 4.4.16. INCOSTITUZIONALE PERCHÉ PENA INDETERMINATA (VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 25 COMMI 2 E 3, COST. E DELL'ART. 117, COMMA 1, COST., IN RELAZIONE ALL'ART. 7 CEDU) - 4.4.17. PROFILO SOSTITUTIVO DELLA DICHIARAZIONE D'INCOSTITUZIONALITÀ E RICHIESTA DI ANNULLAMENTO CONSEQUENZIALE DELLA PENA DELL'ERGASTOLO CON ISOLAMENTO DIURNO

4.1. I progetti di riforma del codice penale: la proposta di abolire l'ergastolo

A partire dagli anni '70 in Parlamento si discuteva circa la possibilità di abolire l'ergastolo dal codice penale, sostituendola con la pena edittale da 30 a 40 anni. Durante la V legislatura fu approvato dal Senato il disegno di legge. Successivamente la riforma fu riapprovata dal Senato ma non fu attuata a causa dell'anticipata caduta della legislatura nel 1976 e nelle successive legislature non fu più riproposta.¹⁰⁷

Furono due i motivi per cui fu accantonato il problema sull'eventuale mantenimento dell'ergastolo, e sono i seguenti:

1. La riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975;¹⁰⁸
2. alla fine degli anni '70 entra in crisi l'ideologia della rieducazione del condannato e, a causa della diffusione delle varie forme della criminalità organizzata comune e politica, assistiamo alla riproposizione delle istanze generalpreventive che non prevedono l'abolizione dell'ergastolo.¹⁰⁹

Vedremo in seguito che nel 1988 il progetto di riforma del codice penale venne affidato alla *Commissione Pagliaro*, nome del Presidente della Commissione che prevede il mantenimento della pena dell'ergastolo per gli adulti.

4.1.1. Il progetto Riz

Nel 1994 la *Commissione Giustizia del Senato* istituì un *Comitato per la riforma del codice penale*. Esso elaborò un disegno di legge contenente una riforma della parte generale del codice penale. Nel 1996 tale progetto fu approvato dal Senato ma, a causa dello scioglimento anticipato delle camere, non poté volgere al termine. Tale progetto conteneva la *proposta di abolire*

¹⁰⁷ Cfr. Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, op. cit. pag. 529.

¹⁰⁸ Cfr. Breda Renato, *La proposta di abolire l'ergastolo*, in *Diritto penale e processo*, pag. 1553.

¹⁰⁹ Cfr. Neppi Modona, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995 pag. 320.

l'ergastolo, di cui il sostenitore fu il Senatore Roland Riz.¹¹⁰

4.1.2. Il progetto Grosso

Nel 1998 si avviarono i lavori di riforma del codice penale affidati al *Ministro della Giustizia Giovanni Maria Flick*, sotto la guida del *prof. Carlo Federico Grosso* quale *Presidente della Commissione di giuristi*. Il progetto prevedeva l'abolizione della pena dell'ergastolo e la sostituzione della pena con la reclusione da 25 a 30 anni.¹¹¹

4.1.3. Il progetto Nordio

Nel 2001 il *Ministero della Giustizia* istituisce un'altra *Commissione* chiamata *Nordio* con lo scopo di progettare un nuovo codice penale. Si tiene conto dei lavori svolti dalle precedenti Commissioni, ma con una novità. Tale innovazione è costituita dalla previsione legislativa delle pene interdittive, oltre alle pene principali. Precisamente all'art. 53 del progetto distingueva tra le *pene principali* stabilite per i reati, le *pene detentive o restrittive* della libertà personale, *interdittive, prescrittive, ablative*. Il progetto prevedeva tra le pene detentive, come sanzione più grave la pena dell'ergastolo.¹¹²

L'art. 53 della bozza di riforma del codice penale proposto dalla Commissione Nordio consegnato al Ministro della Giustizia Roberto Castelli,

¹¹⁰ Cfr. Riz Roland, *Lineamenti di diritto penale, parte generale*, Padova, 2001, pag. 57.

¹¹¹ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=SPS31488.

¹¹² Cfr. Pagliaro Antonio, *Il progetto del codice penale della Commissione Nordio*, in *Cassazione penale*, 2005, pag. 12.

distingue le pene stabilite per i reati in: *principali ed accessorie*.

L'art. 54 afferma che le *pene principali* per i reati si distinguono ulteriormente in *detentive o restrittive della liberta' personale, interdittive, prescrittive e ablativ*e.

1) Le *pene detentive o restrittive della liberta' personale*, sono classificate in:

- a) *l'ergastolo*;
- b) *la reclusione*;
- c) *la semidetenzione*;
- d) *la detenzione domiciliare*;
- e) *la permanenza domiciliare*.

2) Le *pene interdittive* si distinguono in:

- a) *l'interdizione o sospensione dai pubblici uffici*;
- b) *l'interdizione o sospensione da una professione, da un'attivit*a' di impresa o da un mestiere;
- c) *l'interdizione o sospensione dall'esercizio di funzioni gestionali o di controllo di persone giuridiche, enti, associazioni o imprese*;
- d) *la revoca o sospensione di licenze, concessioni, autorizzazioni amministrative o altre abilitazioni*;
- e) *la decadenza o sospensione dalla potest*a' di genitore.

3) Sotto la denominazione di *pene prescrittive* la legge comprende:

- a) *l'allontanamento dalla famiglia*;
- b) *il divieto o la limitazione di accesso o di permanenza in determinati luoghi o il divieto di avvicinare determinate persone*;
- c) *la sottoposizione a controllo*;
- d) *il lavoro di pubblica utilita'*;

- e) *l'espulsione dello straniero con divieto di reingresso;*
- f) *l'affidamento al servizio sociale con prescrizioni.*

4) Infine le *pene ablativae* si distinguono in:

- a) *la confisca, finalizzata alla riparazione del danno alle vittime di reati o al ripristino dello stato dei luoghi;*
- b) *la pena pecuniaria prevista dalla legge per i reati di competenza del giudice di pace.*

All'art. 56 della suddetta bozza di riforma viene disciplinata la pena dell'ergastolo secondo cui: *“La pena dell'ergastolo comporta la privazione perpetua della liberta' personale.*

E' scontata in una casa di reclusione, con l'isolamento notturno e con obbligo di lavoro. La condanna all'ergastolo comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

Nei casi previsti dalla legge il condannato all'ergastolo puo' essere ammesso alla liberazione condizionale.”¹¹³

4.1.4. Il progetto Pisapia

Nel 2006 viene creata una *Commissione ministeriale* presieduta dall' *On. Giuliano Pisapia* con lo scopo di programmare uno schema di disegno di legge delega di riforma del codice penale.

Si prevede una diversa classificazione delle *pene: detentive, interdittive, prescrittive e pecuniarie*. Questa diversa ripartizione tra le pene è stata predisposta con lo scopo di non rendere più la pena detentiva come la pena

¹¹³ <http://www.psicologiaforense.it/Progetto%20Nordio.htm>.

principale.

Infatti, tra le pene detentive non compare più l'ergastolo, bensì viene sostituita con una pena detentiva dalla durata massima di 32 anni elevata a 38 in caso di concorso di reati.

Il progetto Pisapia non è stato attuato perchè la XV legislatura è giunta al termine anticipatamente. Analizziamo gli articoli del progetto Pisapia.

L'art. 26 prevede che le pene si distinguano in pecuniarie, prescrittive, interdittive e detentive, così indicate in ordine di gravità.

1) La pena pecuniaria viene disciplinata dall'art. 27 dove prevede che:

- a) la pena pecuniaria si applichi per tassi giornalieri o per entità determinata;
- b) la pena pecuniaria per tassi vada da 30 a 360 tassi giornalieri e che i tassi giornalieri vadano da € 5,00 a € 1.000,00;
- c) la pena pecuniaria per entità determinata comporti l'obbligo di pagamento di una somma non inferiore a € 150,00 e non superiore a € 300.000,00;
- d) che, nella determinazione della pena pecuniaria, il giudice possa aumentarla sino al triplo o diminuirla sino a un terzo quando, per le condizioni economiche del reo, ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa;
- e) l'esazione della pena pecuniaria abbia luogo di regola in rate mensili;
- f) in caso di mancato pagamento, anche parziale, della pena pecuniaria, il giudice proceda ad apprendere i beni del condannato per un importo equivalente, con le modalità e i limiti previsti in tema di confisca;
- g) in caso di mancata esazione, anche parziale o per equivalente, non dovuta a caso fortuito o forza maggiore, il giudice possa convertire la pena pecuniaria non riscossa in altra sanzione, secondo un criterio di

gradualità e proporzionalità, operando il ragguglio ai sensi dell'articolo 33;

h) su richiesta del condannato, in luogo della pena pecuniaria il giudice possa applicare la pena del lavoro di pubblica utilità, specificando il rapporto di ragguglio tra un'ora di lavoro di pubblica utilità, un tasso giornaliero di pena pecuniaria ovvero l'importo di pena pecuniaria per entità determinata.

2) *La pena interdittiva* viene disciplinata dall'art. 28 il quale prevede:

a) la sospensione da uno o più uffici pubblici, per una durata non superiore a cinque anni;

b) l'interdizione perpetua o l'interdizione temporanea, per una durata non superiore a cinque anni, dagli uffici pubblici;

c) l'interdizione perpetua o l'interdizione temporanea, per una durata non superiore a cinque anni, ovvero la sospensione per una durata non superiore a cinque anni, da una professione o da un'attività di impresa, anche esercitata in forma cooperativa;

d) l'interdizione perpetua o l'interdizione temporanea, per una durata non superiore a cinque anni ovvero la sospensione temporanea, per una durata non superiore a cinque anni, dall'esercizio di funzioni di amministrazione, direzione o controllo di persone giuridiche, enti, associazioni o imprese;

e) la revoca o sospensione, per una durata non superiore a cinque anni, di licenze, concessioni, autorizzazioni amministrative o altre abilitazioni;

f) la decadenza o la sospensione, per una durata non superiore a cinque anni, dalla potestà di genitore, dalla tutela, dalla curatela o dall'amministrazione di sostegno;

g) il divieto temporaneo, per una durata non superiore a cinque anni, di emettere assegni e di essere titolare o di utilizzare carte di credito o

altri strumenti nominativi che abilitino al pagamento, al prelievo di denaro, all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi in forma elettronica;

h) la sospensione, per una durata non superiore a cinque anni, dai contratti con la Pubblica Amministrazione per fini diversi dalla fornitura di servizi pubblici essenziali;

i) l'interdizione perpetua o l'interdizione temporanea, per una durata non superiore a cinque anni, dalla capacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione per fini diversi dalla fornitura di servizi pubblici essenziali.

3) *La pena prescrittiva* viene prevista dall'art. 29 il quale prevede:

a) l'allontanamento dalla famiglia, per un periodo non superiore a tre anni;

b) il divieto o la limitazione di accesso o di permanenza in determinati luoghi o il divieto di avvicinare determinate persone, per un periodo non inferiore a cinque giorni e non superiore a tre anni;

c) il divieto temporaneo di allontanamento dal territorio dello Stato o di una regione, o di una provincia o di uno o più comuni, per un periodo non inferiore a cinque giorni e non superiore a tre anni;

d) prescrizioni comportamentali, secondo modalità previste dalla legge e per un periodo non superiore a tre anni;

e) libertà sorvegliata, per un periodo non inferiore a 1 mese e non superiore a 3 anni, comportante le prescrizioni della sottoposizione a controllo e con eventuale obbligo di permanenza in luoghi particolari o per determinate fasce orarie;

f) il lavoro di pubblica utilità, per un numero di ore non inferiore a 30 e non superiore a 630, consistente nella prestazione volontaria di attività non retribuita in favore della collettività;

g) l'espulsione dello straniero con divieto di reingresso, nei casi e

per la durata stabilita dalla legge;

h) obbligo di ripristino, di bonifica e di messa in sicurezza dei luoghi.

4) *La pena detentiva* viene prevista dall'art. 30 il quale prevede la:

a) detenzione domiciliare, anche per fasce orarie o giorni della settimana, in misura non inferiore ad un mese e non superiore a 3 anni;

b) detenzione ordinaria, in misura non inferiore a tre mesi e non superiore a 20 anni;

c) detenzione di massima durata, in misura non inferiore a 28 anni e non superiore a 32 anni.

L'Art. 31 determina dei limiti agli aumenti delle pene detentive in caso di concorso di reati per la detenzione ordinaria e la detenzione domiciliare.

In particolare prevede che:

a) *la detenzione ordinaria*, in caso di concorso di reati, non possa superare il limite di ventiquattro anni.

b) *la detenzione domiciliare*, in caso di concorso di reati, non possa superare il limite di quattro anni.

L'Art. 32 intitolato "Detenzione di massima durata" sancisce che:

a) per un novero ristretto di reati di particolare gravità, si applichi la pena della detenzione di massima durata;

b) nel caso di concorso tra un reato punito con pena di massima durata e reati puniti con pena detentiva l'entità complessiva della pena non possa superare i trentaquattro anni;

c) la pena della detenzione di massima durata sia non inferiore ai trentaquattro anni e non superiore ai trentotto anni nel caso di concorso di reati sanzionati con la detenzione di massima durata;

d) la detenzione di massima durata possa essere ridotta a seguito di verifiche periodiche dei risultati dell'osservazione della personalità del condannato;

e) la disciplina delle verifiche di cui al comma precedente e dei loro effetti positivi sia differenziata in relazione alla pena in concreto applicata.

Inoltre:

a) in caso di complessivo esito positivo di tutte le verifiche periodiche la pena applicata si estingua dopo che il condannato abbia scontato i quattro quinti della sua durata;

b) nel caso in cui le verifiche effettuate manifestino significativi progressi nell'evoluzione della personalità del condannato, la pena applicata possa essere diminuita in misura da stabilirsi e comunque non superiore ad anni quattro.

Inoltre se interviene la liberazione, il condannato venga sottoposto a prescrizioni di controllo e sostegno.

Infine è previsto che dopo lo scadere del diciottesimo anno di detenzione, il condannato possa essere ammesso alla semilibertà, determinando le condizioni per l'ammissione al beneficio.¹¹⁴

4.2. Il referendum abrogativo dell'ergastolo del 1981

Nel 1980 è iniziata la raccolta di firme per l'indizione di un referendum popolare che prevedeva l'abolizione dell'ergastolo dal nostro ordinamento. Il quesito fu il seguente: "*Volete voi che siano abrogati gli articoli 17, comma*

¹¹⁴ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=SPS47445.

primo n. 2 (l'ergastolo) e 22 del codice penale approvato con regio decreto 10 ottobre 1930, n. 1398, e successive modificazioni?".

I risultati furono i seguenti: risposta affermativa 22,60% e negativa 77,40%. I cittadini in quel momento storico hanno espresso la loro volontà di mantenere la pena dell'ergastolo.¹¹⁵

4.3. Il DDL A.S. n. 2567: Il rischio di un “fine pena” mai

Tale disegno di legge approvato a Palazzo Madama il 29 luglio 2011 viene intitolato "Modifiche agli articoli 438, 442 e 516 e introduzione dell'articolo 442-*bis* del codice di procedura penale. Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo".

Riportiamo il testo integrale del ddl A.S. n. 2567

“Art. 1.

1. All’ articolo 438 del codice di procedura penale , dopo il comma 1 è inserito il seguente:

« 1- bis. Sono esclusi dall’applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti per i quali la legge prevede la pena dell’ergastolo».

Art. 2.

1. All’ articolo 438 del codice di procedura penale sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo il comma 5 è inserito il seguente:

¹¹⁵ http://it.wikipedia.org/wiki/Referendum_abrogativi_del_1981_in_Italia.

« 5- bis. Nei procedimenti per i delitti per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, la richiesta di cui al comma 1 può essere proposta subordinandola ad una diversa qualificazione del fatto come reato per il quale la legge non prevede la pena dell'ergastolo»;

b) al comma 6, le parole: «del comma 5» sono sostituite dalle seguenti: «dei commi 5 e 5- bis ».

Art. 3.

1. All' articolo 438, comma 6, del codice di procedura penale è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'imputato può rinnovare la richiesta al giudice, che provvede con ordinanza».

Art. 4.

1. Il secondo e il terzo periodo del comma 2 dell'articolo 442 del codice di procedura penale sono soppressi.

Art. 5.

1. Dopo l' articolo 442 del codice di procedura penale è inserito il seguente:

«Art. 442- bis. - (Provvedimenti del giudice). – 1. Ove la richiesta di giudizio abbreviato proposta ai sensi del comma 5- bis dell'articolo 438 sia stata rigettata, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita di un terzo quando il procedimento poteva essere definito allo stato degli atti».

Art. 6.

1. All' articolo 516 del codice di procedura penale , dopo il comma 1- ter , è aggiunto il seguente:

« 1- quater. Se a seguito della modifica risulta un reato diverso da quelli per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, l'imputato può richiedere il giudizio abbreviato al giudice del dibattimento quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine»¹¹⁶.

I punti fondamentali del disegno di legge sono:

- ⑨ Il condannato all'ergastolo non potrà più attraverso il giudizio abbreviato ottenere la conversione del carcere a vita in 30 anni di reclusione.
- ⑨ L'accesso per l'ergastolano alle misure alternative alla detenzione sarà possibile dopo aver scontato 26 anni di pena.

Con riferimento alla disciplina del giudizio abbreviato, l'obiettivo di tale disegno di legge è quello di escludere l'applicabilità di un qualunque sconto di pena nei procedimenti abbreviati che si concludono con la condanna all'ergastolo.

- ⑨ Tre sono i motivi di tale previsione: il primo motivo fa leva sul comune sentire dell'opinione pubblica, sul rispetto per le vittime del reato e sul desiderio di giustizia dei loro familiari;
- ⑨ Una mera opzione processuale a favore del rito speciale rimessa insindacabilmente all'imputato, può produrre l'automatismo di una diminuzione di pena anche per i reati puniti con l'ergastolo proprio perchè più gravi degli altri. Verrebbe alterato il principio di legalità, proporzionalità e inderogabilità delle pene;
- ⑨ Il giudizio abbreviato diventerebbe non più uno strumento che accelera il procedimento penale, ma un mero *escamotage* processuale utilizzato per poter beneficiare di immeritati sconti di pena;

¹¹⁶ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00737120.pdf>.

4.3.1. Le criticità costituzionali della novella: 1° profilo, giudizio abbreviato

La novella che si viene così a delineare presenta numerose criticità sul piano costituzionale. Analizziamo i punti di contrasto del ddl A.S., riferendoci al *primo profilo*, caratterizzato dall'esclusione di un qualsiasi sconto di pena nei procedimenti abbreviati, che terminano quindi con la condanna all'ergastolo.

4.3.1.a. Irragionevolezza

La novella sopra citata appare *irragionevole*, perchè spezza il rapporto sinallagmatico tra l'accesso al giudizio abbreviato e la riduzione (necessariamente automatica) della pena irrogata.

Infatti, la caratteristica del giudizio abbreviato consiste proprio nella semplificazione del procedimento con il quale, evitando la fase dibattimentale, il processo viene definito nella fase dell'udienza preliminare allo stato degli atti. Tale procedimento abbreviato ha la funzione, infatti, di incentivare l'imputato che, se lo utilizzerà, beneficerà di una riduzione di pena. Qualora venisse messa in discussione la possibilità di operare tale riduzione per una certa categoria di delitti, in questo caso l'ergastolo, viene necessariamente messa in discussione anche la possibilità di avvalersi di quel procedimento speciale. Questi due aspetti, giudizio abbreviato e riduzione di pena, non possono essere scissi.

4.3.1.b. Violazione del principio di uguaglianza tra i

condannati

La formulazione del ddl A.S. n. 2567 viola il *principio di uguaglianza* tra i condannati, in quanto solo gli ergastolani verrebbero esclusi da qualunque misura premiale. La scissione tra rito abbreviato e diminuzione di pena sembra violare, oltre al principio di ragionevolezza, anche lo stesso principio di uguaglianza tra tutti i condannati, ergastolani e non.

Tale ddl A.S. preclude a priori agli ergastolani, a differenza degli altri imputati, di accedere al rito abbreviato.

4.3.1.c. Violazione degli obblighi internazionali

La novella in esame viola anche l'art. 117, comma 1, Cost. *“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*.

L'obbligo internazionale che sarebbe violato è costituito dall'art. 7 CEDU che consacra il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole (la legge quando entra in vigore si applica ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore), secondo cui: *“Nessuno può esser condannato per un'azione od omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Non può esser inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”*.

Le disposizioni legislative che ridimensionano la pena prevista per il rito abbreviato hanno *natura processuale (non sostanziale)*, pertanto sarebbero applicabili anche nei procedimenti abbreviati in corso al momento dell'entrata in vigore della riforma legislativa, secondo il principio generale del *tempus regit actum* (il tempo regge l'atto).

Con la *norma sostanziale* la modifica della norma *non incide* sui rapporti sorti *prima* di averla modificata, perchè vale il principio della irretroattività della legge penale; al contrario, con la *norma processuale* la modifica della norma *incide* sui rapporti sorti prima della modifica della norma stessa, perchè con la legge processuale si applica il principio di retroattività della legge penale.

Sotto questo profilo appena delineato la norma processuale in esame (ddl A.S.) in quanto retroagisce, viola apertamente l'art. 7 CEDU che consacra invece il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

Di conseguenza, il legislatore interno applicando tale novella, viola gli obblighi internazionali (art. 177.1. cost.).

4.3.1.d. Lesione dell'affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica

L'applicazione del ddl A.S., che nei giudizi abbreviati pendenti nega la riduzione di pena per gli ergastolani, comporta la violazione del *principio di affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica*. Infatti, per l'imputato viene a modificarsi il quadro normativo, basato sul presupposto per cui chi ha esercitato il suo diritto di difesa, rinunciando alle più ampie garanzie del dibattimento ordinario in favore di un rito semplificato.

Inoltre sembra esser violato anche l'art. 6 CEDU, che consacra il *principio ad un processo equo*, secondo cui:

“1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa formulata a suo carico;

(b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

(c) difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

(d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

(e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza”.

La violazione dell'art. 6 CEDU comporta a sua volta la violazione di un obbligo internazionale pattizio imposto dall'art. 117.1. Cost.

4.3.2. Le criticità costituzionali della novella: 2° profilo, accesso ai benefici penitenziari

Il secondo aspetto del ddl A.S. Consiste nel subordinare l'accesso ai benefici penitenziari per i soli ergastolani che abbiano scontato almeno 26 anni di pena. In sostanza si mira ad ostacolare l'applicazione della legge Gozzini.

A tal punto analizzo i dubbi di costituzionalità.

4.3.2.a. UN ERGASTOLO ILLEGITTIMO PERCHÈ TENDENZIALMENTE PERPETUO

Precludendo a chi è condannato al carcere a vita di poter accedere a misure alternative alla reclusione non prima di 26 anni, la pena dell'ergastolo recupera la sua (tendenziale) perpetuità.

Anche qui siamo davanti ad un *rapporto sinallagmatico*, questa volta tra *legittimazione costituzionale dell'ergastolo ed accesso ai benefici* previsti nell'ordinamento penitenziario. Infatti, il Giudice delle leggi ha valutato l'ergastolo conforme a Costituzione nella misura in cui non è più ergastolo, cioè non è più pena perpetua. Tale lo era stato fino al 1962. Da quel momento in poi grazie ad alcuni interventi legislativi, la sua natura di pena senza fine può essere attenuata dalla possibilità per l'ergastolano di ottenere taluni benefici penitenziari quali: i permessi premio (in caso di buona condotta e dopo 10 anni

di reclusione), la semilibertà (in caso di buona condotta e dopo 20 anni di reclusione), la liberazione condizionale (in caso di buona condotta e dopo aver scontato 26 anni di reclusione). Nell'ipotesi di ravvedimento tali soglie temporali possono abbassarsi (rispettivamente a 8, 16 e 21 anni). Così come il loro raggiungimento può essere accelerato grazie al meccanismo degli sconti di pena (45 giorni ogni semestre di detenzione) per condotta regolare. Il quadro normativo vigente così delineato, con l'entrata in vigore del ddl A.S., potrebbe mutare.

Le riforme della novella in oggetto consistono nello spostamento in avanti dei suoi orizzonti temporali, incrementati di (almeno) sei anni per poter accedere alla semilibertà e di (almeno) sedici anni per poter beneficiare di un permesso premio. E' qui che si fonda il primo dubbio di costituzionalità. L'ergastolo è legittimo se il carcere a vita sia *limitato e interrotto* da benefici penitenziari entro i tempi *ragionevoli* di un possibile percorso rieducativo. Viceversa, la novella in esame accorpa tutte le misure alternative (fatta salva la liberazione anticipata) comprimendole in un orizzonte temporale sempre più lontano.

4.3.2.b. UN ERGASTOLO SEMPRE PIÙ LUNGO CHE ELUDE IL PARADIGMA COSTITUZIONALE DELLA RISOCIALIZZAZIONE DEL REO

Dalla sentenza n.313/1990, l'evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale è costituita da una presa di distanza dall'originaria concezione polifunzionale della pena, in favore di una concezione della pena nel suo valore di risocializzazione del reo.

Oggi, tutti i soggetti che entrano nella dinamica della sanzione penale partecipano di questo medesimo vincolo teleologico: *il legislatore* (nella fase

della astratta previsione normativa), *il giudice di cognizione* (nella fase della commisurazione della pena), *il giudice dell'esecuzione* e quello di sorveglianza al pari della *polizia penitenziaria* (nella fase della sua applicazione), finanche *il Presidente della Repubblica* (nell'esercizio del suo potere di fare grazia).

La finalità rieducativa di cui all'art. 27.3. cost. insieme al «*senso di umanità*», esige che le pene «*devono tendere*» alla rieducazione del reo: dove l'accento cade non più sul *tendere* ma sul *devono tendere*.

A tale principio costituzionale vanno dunque commisurate *tutte* le misure incidenti sulla libertà personale del condannato e sulle modalità della sua reclusione, ergastolo compreso.

Ora, con riferimento all'ergastolo, se viene innalzata la soglia temporale per poter accedere ai benefici penitenziari, è evidente che l'ergastolo non assicura quella finalità rieducativa che vuole la Costituzione.

4.3.2.c. UN MECCANISMO DI ACCESSO AI BENEFICI PENITENZIARI

Così come prospettato dal ddl A.S. n. 2567 sulla disciplina in esame, nascono dubbi di legittimità costituito da un *meccanismo eccessivamente rigido di accesso a tutte le pene alternative* (con la sola eccezione della liberazione). Una volta che il legislatore si è orientato verso la scelta di inasprire il regime dell'ergastolo, non ha innalzato, come sembrava logico di fare, le soglie temporali in modo proporzionale per accedere al permesso premio, alla semilibertà ed alla liberazione condizionale.

Invece il legislatore ha scritto la disposizione diversamente, cioè ha elevato le soglie temporali tutte al medesimo termine costituito dal ventiseiesimo anno di reclusione, il più lungo tra quelli vigenti, termine attualmente previsto per beneficiare della sola liberazione condizionale.

Così si arriva ad assimilare sul piano diacronico ciò che non è assimilabile, vale a dire che le pene alternative vengono parificate, nonostante presentino profonde differenze ordinamentali, sia per modalità esecutive che per intensità della finalità risocializzatrice.

4.3.2.d. IRRAZIONALMENTE RIGIDO e TALE DA RENDERE L'ERGASTOLO UN TRATTAMENTO CONTRARIO AL SENSO DI UMANITÀ

La novella in esame, eliminando ogni speranza per il recluso a vita di poter aspirare ad un trattamento extramurario, rende l'ergastolo un «*trattamento contrario al senso di umanità*», vietato dall'art. 27, comma 3, Cost.¹¹⁷

4.4. Ipotesi di atto di remissione alla Corte Costituzionale

4.4.1. Rilevanza processuale della quaestio

Allo stato degli atti, nel corso del presente giudizio, questo giudice si trova dunque nelle condizioni di infliggere all'imputato la condanna della reclusione a vita.

Con il presente atto di promovimento si sottopone alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'ergastolo, annoverato tra le pene detentive agli artt. 17, n. 2 e 18, comma 1, c.p. e disciplinato dall'art. 22 c.p.

¹¹⁷ Cfr. Pugiotto Andrea, *Cattive nuove in materia di ergastolo*, in *Studium iuris*, 2012, fasc. 1, pag. 3-12.

4.4.2. Impossibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione

I molteplici dubbi di legittimità costituzionale dell'ergastolo nascono dalla sua connotazione, esclusiva e necessaria, di pena perpetua, stante quanto espressamente prescritto all'art. 22 c.p. Si tratta di una barriera testuale ermeneuticamente insuperabile.

Per un verso, è la stessa Corte costituzionale a riconoscere che, «essendo l'ergastolo per definizione una pena senza una scadenza che sia possibile anticipare» (sent. n. 274/1983) esso «non può mai essere considerato una pena temporanea» (ord. n. 337/1995), nonostante i benefici penitenziari e la causa estintiva della liberazione condizionale di cui anche l'ergastolano può godere a fini di reinserimento sociale.

Per altro verso, proprio in ragione della sua perpetuità, l'ergastolo conosce un regime giuridico per molti aspetti (ancora) diverso da quello di tutte le altre pene detentive.

E' esclusa l'applicabilità all'ergastolano degli istituti della sospensione condizionale della pena e dell'affidamento in prova ai servizi sociali, perché intrinsecamente incompatibili con una pena di infinita durata.

E' esclusa la prescrizione dei delitti per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo (ex art. 157 c.p.), in base al principio ordinamentale che vuole il periodo di tempo necessario per l'effetto prescrittivo non inferiore alla durata massima della pena prevista.

E' esclusa la possibilità di una riduzione di pena per effetto dell'indulto: poiché la durata complessiva dell'ergastolo non è determinabile a priori, sottraendo ad una pena infinita il numero di anni di reclusione condonati, ciò che residua è ancora una pena infinita.

Solamente il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, può essere nuovamente ammesso a fruire del

beneficio ove ne sussistano i presupposti: il mantenimento di una preclusione assoluta equivarrebbe altrimenti per il condannato all'ergastolo alla sua perpetua esclusione dall'esito risocializzante del circuito rieducativo.

L'art. 22 c.p., dunque, sembra non esser conforme a Costituzione, che presupporrebbe una natura temporanea di cui l'ergastolo è privo, in ragione del suo inequivoco significato letterale. Non resta, quindi, che investire incidentalmente della questione l'organo istituzionalmente chiamato alla risoluzione dei dubbi di costituzionalità delle leggi.

4.4.3. Riproponibilità della quaestio

Precedentemente analoga questione è stata già respinta come infondata dalla Corte costituzionale (cfr. sent. n. 264/1974 e, implicitamente, sent. n. , 168/1994) e ripetutamente delibata come manifestamente infondata dalla Corte di Cassazione (a far data almeno da Cass. pen., sez. un., 16 giugno 1956; vedi, da ultima, Cass. pen., sez. I, 22 agosto 2012, n. 33018). Ciò nonostante è ammissibile una sua riproposizione, per ragioni sia processuali che di merito.

Sul piano processuale, una sentenza costituzionale di rigetto produce un effetto preclusivo alla riproposizione della medesima quaestio limitatamente a quel giudice di quel giudizio a quo. Anche, un'ordinanza di manifesta infondatezza della Cassazione è priva di un effetto preclusivo processuale erga omnes.

Sul piano sostanziale, rispetto alle precedenti interpretazioni del giudice delle leggi nel frattempo è mutato il contesto costituzionale in cui è collocata la pena dell'ergastolo.

4.4.4. Il mutato contesto costituzionale

L'evoluzione ormai compiutasi nella giurisprudenza costituzionale è nel senso di una presa di distanza dall'originaria *concezione polifunzionale* della pena, a favore di una valorizzazione in massimo grado della *finalità di risocializzazione*.

Oggi – insegna la Corte costituzionale - tutti i soggetti che entrano nella vita della sanzione penale partecipano di questo medesimo vincolo teleologico: *il legislatore* (nella fase dell'astratta previsione normativa), *il giudice di cognizione* (nella fase della commisurazione della pena), *il giudice di sorveglianza* al pari della *polizia penitenziaria* (nella fase della sua esecuzione), finanche il *Presidente della Repubblica* (nell'esercizio del suo potere di fare grazia e commutare le pene).

In base all'art. 27.3. Cost., l'orizzonte costituzionale cui tutte le pene “*devono tendere*”, consiste nella finalità rieducativa ed anche al “*sensu di umanità*”. Ora l'accento cade sul «devono», mentre il «tendere» è da intendersi quale limite all'ordinamento penitenziario, che deve garantire il processo rieducativo ma non può imporlo, restando il detenuto libero di aderire o no al trattamento.

L'orientamento della Corte costituzionale è ora messo in sicurezza dalla nuova formulazione dell'art. 27, comma 4, Cost., introdotta con l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1, che ha abolito incondizionatamente la pena di morte.

Tale revisione costituzionale, da sola, attesta che gli argomenti adoperati in passato dalla Corte di Cassazione a giustificazione della legittimità dell'ergastolo:

[1] cade l'argomento, secondo cui se la pena di morte è contemplata in Costituzione, a maggior ragione l'ergastolo non potrà essere considerato costituzionalmente illegittimo;

[2] cade, anche, l'argomento, secondo cui il silenzio della Costituzione sull'abolizione dell'ergastolo – a fronte dell'esplicito rifiuto della pena di morte

- andrebbe inteso quale sua implicita inclusione.

Lo statuto della pena così tracciato in Costituzione garantisce uno standard di tutela più elevata di quello assicurato nella CEDU (come pure nei Trattati e nella Carta dei diritti dell'UE), dove è testualmente assente un referente teleologico vincolante per la funzione della pena.

Ciò ha consentito alla Corte EDU di elaborare una giurisprudenza che esclude l'incompatibilità tra ergastolo e divieto di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) alla triplice condizione che:

[1] la pena perpetua non sia «gravemente o manifestamente sproporzionata» rispetto al reato commesso;

[2] la protrazione della sua esecuzione sia ancora funzionale a uno dei molteplici scopi legittimamente ascrivibili alla pena (indicati dalla Corte di Strasburgo nelle funzioni di retribuzione, prevenzione generale, difesa sociale, risocializzazione del reo);

[3] sussista per il condannato la possibilità, de facto o de iure, di essere rimesso in libertà anticipata.

4.4.5. Determinazione del petitum (dimensione statica e dimensione dinamica dell'ergastolo)

Ogni pena, ergastolo compreso, deve essere conforme al modello previsto dal nostro ordinamento costituzionale.

I giudici costituzionali hanno utilizzato come parametro di misura della legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo, *la dimensione dinamica*, ossia il momento dell'applicazione della pena; ignorando, invece, *la dimensione statica*, ossia il momento della previsione legislativa determinata dal legislatore ed il momento dell'irrogazione della pena ad opera del giudice.

Quello che viene posto alla Corte costituzionale è dunque il problema di

legittimità degli artt. 17, n. 2, 18, comma 1, e 22 c.p. in quanto veicolano una pena che, per la sua misura, appare di dubbia costituzionalità.

4.4.6. Incostituzionale perché pena non rieducativa (in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.)

Le disposizioni impugnate violano, innanzitutto, l'art. 27, comma 3, Cost. nella parte in cui prescrive che le pene «devono tendere alla rieducazione del condannato». In quanto pena usque ad mortem, l'ergastolo si configura come espressione di un estremismo punitivo che esclude a priori la possibilità stessa della risocializzazione. In ciò esso condivide il connotato di tutte le altre pene perpetue (i lavori forzati, le deportazioni a vita) che, dato il loro comune carattere eliminativo, sono prive di finalità rieducativa, richiedendosi per tale scopo – quale condizione necessaria, anche se non sufficiente – la temporaneità del regime punitivo.

Di ciò la giurisprudenza costituzionale ne è consapevole. Che l'ergastolo, sia incompatibile con la funzione rieducativa della pena, emerge dalla ratio decidendi della sent. n. 168/1994, dichiarativa d'incostituzionalità del carcere a vita per i minori. La migliore prova della violazione del parametro invocato è la seguente: se, per escludere l'illegittimità del carcere a vita, è necessario fare leva su istituti come la grazia o la liberazione condizionale - perchè ritenuti capaci di interromperne la perpetuità – ciò vuol dire che la formulazione dell'art. 22 c.p., è inconciliabile con il finalismo dell'art. 27, comma 3, Cost. Di conseguenza, l'espressione «pena perpetua» deve essere cancellata dall'ordinamento.

4.4.7. Incostituzionale perché pena fissa e automatica (in violazione

degli artt. 3, 25 comma 2, 27 commi 1 e 3, Cost.)

L'ergastolo costituisce l'unica pena fissa disciplinata nel codice, infatti, in quanto edittalmente perpetuo, nell'ergastolo la durata minima e la durata massima della reclusione coincidono.

Automatismo e fissità, quali caratteri dell'ergastolo, urtano con alcuni dei principi costituzionali quali:

- *art. 27.3. Cost.* che sancisce la finalità rieducativa della pena, in quanto con l'ergastolo non si è in grado di individuare la pena nella specie e nella durata;
- *art. 3 Cost.* che consacra il principio di uguaglianza tra i condannati, esige una punizione ragionevolmente differenziata in base all'entità del fatto ed alle condizioni personali del reo. Tale esigenza viene soddisfatta grazie all'art. 132 e 133 c.p. secondo cui, nel momento dell'irrogazione della pena, il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale, deve tener conto della gravità del reato e della capacità a delinquere del colpevole. L'ergastolo, quindi, viola l'art. 3 Cost in quanto la sua applicazione corrisponde ad automatismo normativo;
- *art. 27.1. Cost.* Secondo cui: *“la responsabilità penale è personale”*, per cui la pena deve essere commisurata, oltre all'entità del fatto di reato, anche alla specificità ed unicità della persona colpevole. Il principio della personalità della responsabilità penale viene impedito con l'utilizzo di una pena fissa quale l'ergastolo;
- *art. 25.2 Cost.* consacra il principio dell'irretroattività della legge penale sfavorevole. Tale principio risulta leso dalla previsione normativa dell'ergastolo in quanto pena fissa. Esemplificando, in materia penale vige il principio di legalità per cui il reato e la pena sono solo quelle previste dalla legge (monopolio della legge in materia di reato e pene).

La pena va determinata in una misura edittale compresa tra un minimo ed un

massimo temporale. Ciò non accade con l'ergastolo dove la durata della reclusione minima e massima coincidono, risultando, quindi, violato lo stretto principio di legalità dell'art. 25.2 Cost.

4.4.8. Incostituzionale per disparità di trattamento tra ergastolani (in violazione dell'art. 3 Cost.)

Sussiste una disparità di trattamento in quanto la lunghezza della pena inflitta non dipende dalla gravità del reato, ma dipende, invece, dalla concreta durata della vita del condannato.

Per esemplificare: benché autori dello stesso delitto e per questo condannati alla medesima pena dell'ergastolo, il reo sessantenne al massimo scontrerà (prevedibilmente) una ventina d'anni della pena irrogata, mentre il reo ventenne potrà scontarne (prevedibilmente) molti di più.

Quando la pena è temporanea (e lo sono tutte, tranne l'ergastolo) il suo massimo edittale funge da limite alla sofferenza eguale per tutti. Limite comune che, edittalmente, è invece assente nella pena della reclusione a vita, la cui afflittività potrà misurarsi - secondo i casi - in mesi, anni, decenni.

4.4.9. Incostituzionale perché contraria al senso di umanità (in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.)

La disciplina legislativa dell'ergastolo appare incompatibile anche con la prescrizione dell'art. 27, comma 3, Cost. Secondo il quale *«le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»*.

Se nel 1930, all'entrata in vigore dell'art. 22 c.p., l'attesa di vita media corrispondeva a circa cinquant'anni, questa è oggi proiettata verso gli

ottant'anni: un lungo orizzonte temporale corrisponde ad un carico afflittivo per l'ergastolano radicalmente diverso (e ben più pesante) rispetto al passato.

La pena dell'ergastolo comporta un'eccedenza sanzionatoria qualitativa dovuta ai persistenti livelli di sovraffollamento carcerario, in ragione dei quali l'Italia è oggetto di ripetute condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 3 CEDU (cfr., da ultima, Corte EDU, sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torregiani e altri c. Italia).

In questo modo, è messo gravemente a repentaglio il «diritto» a usufruire dei mezzi rieducativi predisposti dall'ordinamento (sent. n. 276/1974), essenza di quel «patto» penitenziario (sent. n. 343/1987) che va attuato all'interno del carcere per consentire anche all'ergastolano un possibile reinserimento nella società. Come la Corte costituzionale ha inteso precisare, «sul legislatore incombe l'obbligo 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» (sent. n. 204/1974), evitando che «le ben note carenze strutturali e finanziarie» ne intacchino l'efficacia (sent. n. 343/1987): diversamente, a venir meno è proprio il motivo in forza del quale l'ergastolo è stato considerato una pena costituzionalmente legittima.

In conclusione, l'art. 27, comma 3, Cost. vieta quel trattamento contrario al senso di umanità che è consustanziale a una pena a vita che non conosce fine se non con la fine della vita. E' tale perpetuità che andrà allora bandita dall'ordinamento.

4.4.10. Incostituzionale come la pena di morte (violazione dell'art. 27, comma 4, Cost.)

Carcere a vita e pena capitale, entrambe hanno in comune la natura eliminativa: sono privazione di vita perché cancellazione di futuro,

azzeramento di ogni speranza.

Con l'ergastolo, infatti, lo Stato si prende la vita del condannato, senza togliergliela.

Della pena di morte, dunque, il carcere a vita (rectius: a morte) rappresenta edittalmente la misura vicaria. Così è stato storicamente, quando l'ergastolo si affermò non come alternativa umanitaria alla pena capitale ma per ragioni di efficienza, ritenendosi l'estensione del primo ben più afflittiva dell'intensità della seconda.

Così è stato giuridicamente, quando – vigente la pena capitale - l'art. 38 c.p. equiparava la condizione giuridica dell'ergastolano a quella del condannato a morte.

O quando nel periodo transitorio (cfr. art. 1, comma 2, d. lgs. lgt 10 agosto 1944, n. 224) e all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione (cfr. art. 1, comma 1, d. lgs. 22 gennaio 1948, n. 21) la pena di morte fu sostituita con l'ergastolo (rispettivamente nel codice penale e nelle leggi penali speciali diverse da quelle militari di guerra). Il suo ruolo di misura vicaria persiste ancora oggi, in forza del rinvio mobile dell'art. 1, comma 1, l. 13 ottobre 1994, n. 589, il quale, abrogando la pena di morte dall'ordinamento penale militare di guerra, la sostituisce con la pena massima prevista dal codice penale, che - allo stato del giure – conserva la foggia dell'ergastolo.

4.4.11. Incostituzionale per anacronismo legislativo

L'ergastolo è una pena viziata da anacronismo legislativo.

Nonostante in passato la Corte Costituzionale abbia ritenuto la pena dell'ergastolo conforme a Costituzione, non si può negare che, con l'evolversi delle interpretazioni costituzionali, ciò che prima fu considerato rispondente a costituzione, oggi possa essere, invece, ritenuto con essa incompatibile.

In tale contesto, riguardo al tema dell'ergastolo, possiamo mettere in risalto alcune acquisizioni scientifiche.

Infatti studi neurologici e neuroscientifici dimostrano che il nostro sistema di neuroni non è fisso e immutabile, ma è plastico e capace di rinnovarsi: ciò fa pensare che il cervello umano, dotato di cellule staminali in grado di generare nuove cellule, non sia uguale a quello che era nei decenni precedenti. Per ogni persona esiste dunque, nel corso del tempo, la possibilità di cambiare, evolversi, adattarsi: non solo riguardo all'influenza ambientale esterna e a causa delle esperienze di relazione, ma anche grazie al ricambio neuronale. Sono acquisizioni scientifiche che minano alla base la scelta di una reclusione perpetua, compiuta nella convinzione che il colpevole resti per sempre ciò che è stato nell'atto di commettere il reato.

E' vero che dalla circostanza per cui dopo anni di detenzione l'ergastolano sarà certamente diverso, non si può ancora dedurre che sarà anche rieducato: ma ciò che s'imputa alla pena dell'ergastolo è di negare aprioristicamente tale processo evolutivo e/o di vanificarlo attraverso il «fine pena: mai». E tanto basta.

Le scienze avvalorano oggi quanto già la Costituzione insegna e pretende: l'uomo non è il suo errore, per quanto orrendo questo possa essere. Prevedere astrattamente la pena dell'ergastolo si rivela, così, un'opzione viziata da anacronismo legislativo e perciò (anche perciò) incostituzionale in quanto irragionevole.

4.4.12. Dalla dimensione statica alla dimensione dinamica dell'ergastolo (profili d'inammissibilità processuale)

Fin qui, i fondati dubbi di costituzionalità degli artt. 17, n. 1, 18, comma 1, e 22 c.p. hanno riguardato l'ergastolo nella sua dimensione statica (cfr., supra, §5).

Nei suoi precedenti giurisprudenziali, tuttavia, la Corte costituzionale ha sempre preso in considerazione anche la dimensione dinamica.

In particolare – già nella sent. n. 264/1974 – ha sostenuto che l'ergastolo avrebbe perso la sua natura di pena perpetua a motivo del possibile accesso del condannato alla liberazione condizionale.

Questa è una strategia argomentativa che - ad avviso di questo giudice remittente - è vietata al giudice costituzionale, per ragioni attinenti alle regole e alla logica proprie del processo costituzionale incidentale.

Di più. Per quanto il sindacato di legittimità delle leggi abbia accentuato, nel tempo, il suo carattere “concreto”, la Corte costituzionale resta pur sempre un giudice di norme che pronuncia su disposizioni (cfr., ex professo, sent. n. 84/1996).

Guardando alla dimensione dinamica dell'ergastolo essa, al contrario, esprimerebbe un giudizio di costituzionalità su un fatto ipotetico (l'eventuale accesso dell'ergastolano alla liberazione condizionale), evitando di pronunciarsi sull'attuale disposizione legislativa a tenore della quale «la pena dell'ergastolo è perpetua» (art. 22 c.p.). Così, invece di giudicare della legge impugnata, la Corte finirebbe per giudicare della sua occasionale disapplicazione.

4.4.13. Il postulato (non persuasivo) della giurisprudenza costituzionale

L'eventuale ritorno dell'ergastolano nel contesto sociale è subordinato esclusivamente alla concessione della liberazione condizionale. Le altre cause di estinzione della pena non sono idonei allo scopo per la loro natura straordinaria e politicamente discrezionale. Così è per il provvedimento di *grazia*, espressione di un potere del Presidente della Repubblica eccezionale,

eminentemente umanitario-equitativo e ad personam (giusto quanto argomentato nella sent. n. 200/2006). Così è per l'*indulto*, provvedimento oramai una tantum (in ragione del procedimento deliberativo pluriaggravato ex art. 79 Cost., come modificato con l. cost. 6 marzo 1992, n. 1) e necessitante di esplicita volontà legislativa di remissione o commutazione dell'ergastolo (cfr. Cass. pen., sez. I, n. 22760 del 2006) in assenza della quale l'atto di clemenza non risulta ad esso applicabile

Non incidono sulla sua natura perpetua gli istituti premiali che anche l'ergastolano può ottenere durante il periodo di espiazione della pena, come stabilito dall'ordinamento penitenziario: i permessi premio (in caso di regolare condotta e dopo 10 anni di detenzione) e la semilibertà (in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento e dopo 20 anni di detenzione); benefici le cui soglie temporali di accesso possono abbassarsi (rispettivamente a 8 e 16 anni) nell'ipotesi di partecipazione del condannato all'opera di rieducazione, ed anche essere anticipate grazie al meccanismo premiale della riduzione di pena (45 giorni per ogni semestre di detenzione) di cui anche l'ergastolano può beneficiare (giusto quanto deciso con sent. n. 274/1983). Simili misure (oltre ad essere solo eventuali) contribuiscono semmai a temperare l'afflittività della pena e a favorire un graduale reinserimento (anch'esso solo eventuale) dell'ergastolano nel consorzio sociale. Ma la progressione del trattamento penitenziario è altra cosa dall'interruzione definitiva dell'espiazione dell'ergastolo, che pertanto conserva la sua perpetuità.

Vale dunque quanto la stessa giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di chiarire: «la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento, rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo» (sent. n. 161/1997). Trattasi, però, di un postulato più suggestivo che persuasivo.

In linea generale, costruire la legittimità costituzionale dell'ergastolo sull'idea di una pena edittalmente perpetua che trasfigura nella fase esecutiva

in pena temporanea è – si parva licet – un sofisma. Equivale a dire che l'ergastolo esiste poiché tende a non esistere. E' un'astuzia del linguaggio che si traduce in una normativa rinnegante, con la quale si affermano e si negano nello stesso tempo due principi tra loro opposti.

4.4.14. Incostituzionale perché giuridicamente resta una pena perpetua

Anche nella loro dimensione dinamica, resta irriducibile la differenza tra ergastolo e pena temporanea: a fronte della temporaneità certa della seconda, quella del primo resta sempre incerta. Il carattere perpetuo della pena dell'ergastolo non viene meno con la concessione della liberazione condizionale, in quanto tale beneficio è subordinato alla duplice condizione che ne sussistano i presupposti per la concessione e che – una volta concesso – la condotta dell'ergastolano nei successivi cinque anni di libertà vigilata non appaia incompatibile con il mantenimento del beneficio (giusto quanto deciso con sent. n. 418/1998). Ciò significa che nei confronti della liberazione condizionale (e del suo effetto estintivo) l'ergastolano gode solo di una spes beneficii che può anche non realizzarsi mai.

I dubbi di legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo sono ulteriormente confermati grazie alla presenza di detenuti che stanno scontando una pena senza fine. Trattasi di casi frequenti: secondo un trend da sempre crescente, alla data del 31 dicembre 2012 il numero di detenuti (italiani e stranieri) presenti negli istituti penitenziari condannati all'ergastolo è pari a 1581, ed è statisticamente certo che, tra essi, molti sono reclusi da oltre 26 anni, soglia temporale per poter ambire alla liberazione condizionale (ex art. 176, comma 3, c.p.). Nel caso poi dei c.d. ergastolani ostativi (ex art. 4-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni) questa è addirittura la regola,

essendo esclusa per legge la possibilità di essere ammessi a qualunque beneficio penitenziario, fatta salva la sola liberazione anticipata.

4.4.15. Ancora sulla sua concreta perpetuità (alla luce del diritto vivente in tema di concessione della liberazione condizionale)

Cade anche l'argomento secondo il quale la liberazione condizionale sia in grado di modificare il carattere perpetuo dell'ergastolo grazie anche alla luce del diritto vivente giurisprudenziale formatosi riguardo ai presupposti per la concessione del beneficio.

Raggiunta la soglia temporale dei 26 (o, se ridotti, 21) anni di pena scontata, il condannato può esservi ammesso qualora «durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento» (art. 176, comma 1, c.p.). Secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, non è sufficiente [1] il dato oggettivo della regolare condotta precedente del condannato. Sono richiesti, cumulativamente, altri indicatori quali: [2] l'essersi adoperato, anche e soprattutto con sacrificio personale, nella rimozione o elusione delle conseguenze dannose del reato (cfr. Cass. pen., sez. I, 26 gennaio 1993, n. 5132; Cass. pen., 8 giugno 1993; Cass. pen., sez. I, 20 dicembre 1999, n. 7248; Cass. pen., sez. I, 2 maggio 2005, n. 16446), includendo in ciò il grado di interesse e di concreta disponibilità del condannato a fornire alla vittima ogni possibile assistenza (cfr. Cass. pen., sez. I, 1 marzo 2000, n. 1541); [3] la condanna incondizionata della propria pregressa condotta criminale, declinata in forme che richiamano la conversione psicologica, il riscatto morale, il pentimento sincero e profondo, la trasformazione ideologica, addirittura la propensione verso una nuova visione della vita con l'accettazione di principi e valori anche morali precedentemente misconosciuti o negletti (cfr., in termini, Cass. pen., sez. I, 3 aprile 1985; Cass.

pen., sez. I, 15 ottobre 1990; Cass. pen., sez. I, 19 novembre 1990; Cass. pen., sez. II, 26 marzo 1992; Cass. pen., sez. I, 26 giugno 1995, n. 3868; Cass. pen., sez. I, 2 maggio 2005, n. 16446). Di qui si nota l'incertezza della concessione della liberazione condizionale: il condannato è in balia della sorte, perché tutto finisce per dipendere dalla maggiore indulgenza o severità del proprio giudice di sorveglianza. E' una condizione d'incertezza che si traduce in un «ulteriore pesantissimo aggravio» per l'ergastolano (sent. n. 270/1993), ben più che per ogni altro condannato: perché nel suo caso la concessione (o meno) del beneficio segna il discrimine tra la vita e la morte dietro le sbarre o fuori dal carcere.

La giurisprudenza fotografa una situazione a rischio di arbitrio, imputabile al legislatore che, non specificando il contenuto, di «sicuro ravvedimento», vanifica l'esigenza che i criteri per l'ammissione al beneficio della liberazione condizionale siano stabiliti dalla legge in maniera chiara, giusto quanto reiteratamente richiesto nelle raccomandazioni elaborate in seno al Consiglio d'Europa (sia dal Comitato dei Ministri che dall'Assemblea parlamentare: in dettaglio, cfr. Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro, §§ 68-73).

4.4.16. Incostituzionale perché pena indeterminata (violazione degli artt. 3, 25 commi 2 e 3, Cost. e dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU)

L'indeterminatezza temporale di una pena la espone, innanzitutto, a censura per violazione certa del principio di stretta legalità penale (art. 25, comma 2, Cost.), che obbliga il legislatore a determinare tutti gli elementi costitutivi del reato, inclusa la sua forbice edittale. Diversamente, una condanna a tempo indeterminato nel massimo lascerebbe il condannato in balia

dell'autorità statale, giurisdizionale prima e penitenziaria poi.

La durata temporale indeterminata nel massimo è, semmai, il requisito strutturale delle misure di sicurezza, perché correlate alla prognosi di pericolosità sociale del soggetto. Da qui il dubbio che l'ergastolo finisca per cumulare nel tempo la natura di pena e – appunto – di misura di sicurezza, con conseguente violazione dei commi 2 e 3 dell'art. 25 Cost., perché ibridamente sovrapposti.

Ritorna pure l'eccezione d'incostituzionalità per sospetta violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Mentre in tutte le altre ipotesi la durata massima della pena è rigidamente predeterminata, solo nel caso di condanna all'ergastolo finisce per dipendere non dalla gravità del fatto di reato e dalla responsabilità personale del condannato, ma esclusivamente dal grado di rieducazione del reo, avvalorato da un giudice che esercita la propria discrezionalità secondo schemi estranei ad una logica di stretta legalità penale (cfr., supra, §15): la illegittima discriminazione tra ergastolani ammessi o non ammessi al beneficio appare più di un rischio.

Si può infine prospettare anche la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui obbliga il legislatore statale a rispettare (anche) gli obblighi internazionali pattizi. Qui entra in gioco, quale obbligo internazionale pattizio, l'art. 7 CEDU la cui violazione, sotto il profilo del nulla poena sine lege, è stata già ravvisata dalla Corte EDU riguardo al regime dell'ergastolo, quando la fase della sua esecuzione condiziona a tal punto la commisurazione giurisdizionale della pena da non renderne prevedibile la durata e le modalità di esecuzione (cfr. Grande Camera, Kafkaris c. Cipro, 12 febbraio 2008, §§ 145 ss).

4.4.17. Profilo sostitutivo della dichiarazione d'incostituzionalità e richiesta di annullamento consequenziale della pena dell'ergastolo con

isolamento diurno

Il parere di questo giudice è che la pena dell'ergastolo sia comunque di più che dubbia legittimità costituzionale, sia nella sua dimensione statica che nella sua proiezione dinamica. L'annullamento richiesto degli artt. 17, n. 1, 18, comma 1, e 22 c.p., impone al parlamento di integrare la norma, che questo giudice individua nella sostituzione della pena perpetua con la reclusione nella misura di anni 30. Si tratta di un intervento manipolativo che non spetta alla Corte costituzionale.

Per un verso, la sua giurisprudenza ammette interventi riduttivi non solo dell'area di punibilità della fattispecie ma anche della misura edittale della sanzione (ex plurimis, cfr. sentt. nn. 218/1974, 176/1976, 26/1979, 103/1982, 173/1984, 102/1985, 139/1989, 409/1989, 467/1991, 343/1993, 422/1993), certamente legittimi perché in bonam partem.

Per altro verso, quella richiesta è soluzione normativa che s'impone per ragioni di necessaria coerenza ordinamentale: già oggi, infatti, l'art. 442, comma 2, c.p.p. dispone la conversione del carcere a vita in anni 30 di reclusione, quando il condannato all'ergastolo si è avvalso del c.d. giudizio abbreviato. Lungi dal creare ex nihilo una pena di nuova durata, il giudicato costituzionale si limiterebbe a individuare - elevandola a regola - la sostitutiva misura edittale già presente nel sistema per scelta del legislatore. Trattasi, peraltro, di previsione normativa avente natura (sostanzialmente) penale perché, incidendo direttamente sul quantum di reclusione irrogabile in sede di condanna, è costitutiva della pena inflitta (cfr. Corte EDU, Grande Camera, Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009).

Per rendere la dichiarazione d'incostituzionalità richiesta pienamente operante, la parola «ergastolo» ovunque ricorra - nel codice penale e nel codice di procedura penale, nonché nelle altre disposizioni codicistiche, di legge e di regolamento vigenti - sarà da intendersi sostituita dalla pena della reclusione

nella misura di anni 30, in ragione degli effetti erga omnes (e della generalizzata retroattività, ex art. 30, comma 4, l. 11 marzo 1953, n. 87) del giudicato costituzionale.

La richiesta dichiarazione d'incostituzionalità si estenderà consequenzialmente anche alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, prevista all'art. 72 c.p. (così come modificato dall'art. 2, l. 25 novembre 1962, n.1634) quale autonoma sanzione per i casi di concorso di reati.

L'isolamento cellulare inasprisce la misura edittale astratta e la concreta afflittività della pena perpetua, amplificandone così tutti i profili d'incostituzionalità già emersi dallo scrutinio condotto sul regime dell'ergastolo semplice. La sua illegittimità deriva dunque - ex art. 27, l. 11 marzo 1953, n. 87 - come necessaria conseguenza della declaratoria d'incostituzionalità richiesta sugli artt. 17, n. 1, 18, comma 1, e 22 c.p.

Visti gli artt. 134 Cost., l. l. cost. 9 febbraio 1948 e 23, l. 11 marzo 1953, n. 87; dichiara rilevante e fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 17, n. 1, 18, comma 1 e 22 c.p., nella parte in cui prevedono la pena dell'ergastolo anziché la pena a trent'anni di reclusione, per violazione degli artt. 3, 25 comma 2, 27 commi 1 e 3 e 4, 117 comma 1 (in relazione all'art. 7 CEDU), nonché per violazione dei principi costituzionali della dignità personale (artt. 2, 3 comma 1, 19, 21 Cost.) e del principio solidaristico dello sviluppo della persona umana (artt. 3 comma 2, 4, 32, 34 Cost.); chiede altresì, ex art. 27, l. 11 marzo 1953, n. 87, la conseguente declaratoria d'illegittimità dell'art. 72 c.p.; dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale; sospende il procedimento in corso sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale; ordina che a cura della cancelleria, la presente ordinanza di rinvio sia notificata alle parti in causa e al pubblico ministero nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri e comunicata ai

CONCLUSIONI

Sembrerebbe utile ed urgente aprire un dibattito circa l'ingiustizia e l'illegittimità dell'ergastolo.

La pena dell'ergastolo, è compatibile con i diritti fondamentali sanciti dalla nostra Costituzione? La risposta a tale quesito, è che essa sia in contraddizione con i principi del nostro ordinamento e, in particolare, con quanto stabilito dall'articolo 27 della Costituzione in tema di finalità rieducativa della pena.

L'ergastolo, infatti, viola il principio rieducativo della pena perchè non può tendere al recupero del detenuto, in quanto costituisce solo una privazione della libertà personale di un individuo ed elimina qualsiasi speranza per il futuro. Di conseguenza tale pena costituisce una privazione di una dimensione fondamentale della vita umana, e questo anche quando il detenuto, dopo aver passato molti anni in carcere, con la sua condotta abbia dimostrato la volontà e la capacità di reinserirsi nel contesto sociale.

Nonostante ciò, la questione dell'ergastolo non fu risolta a livello costituzionale, poiché si ritenne che esso dovesse essere affrontato, e risolto, dal legislatore

¹¹⁸ Pugiotto Andrea, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2010.

ordinario attraverso una revisione del sistema delle pene. Infatti in diverse legislature furono proposti numerosi progetti di legge di impronta abolizionista ma che non si tradussero in legge. Essi sono: *il progetto Riz* del 1994 che prevedeva l'abolizione dell'ergastolo; *il progetto Grosso* del 1998 che regolava la sostituzione dell'ergastolo con la reclusione da 25 a 30 anni; *il progetto Nordio* del 2001 che, distinguendo le pene principali in detentive, interdittive, prescrittive, ablativo, collocava l'ergastolo come la più grave delle pene detentive; ed infine *il progetto Pisapia* del 2006 dove, tenendo conto dei lavori svolti dalle precedenti Commissioni, apportava la seguente novità: all'interno della categoria delle pene detentive come massima pena non apparve più l'ergastolo bensì una pena detentiva dalla durata massima di 32 anni, elevata a 38 in caso di concorso di reati.

Tale progetto di riforma non è stato attuato.

La questione sull'ergastolo recentemente è stata trattata dal *DDL AS n. 2567* approvato a Palazzo Madama il 29 luglio 2011 intitolato: *“Modifiche agli articoli 438, 442 e 516 e introduzione dell'articolo 442-bis del codice di procedura penale. Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo”*.

I punti fondamentali del disegno di legge sono i seguenti:

Il condannato all'ergastolo non potrà più attraverso il giudizio abbreviato ottenere la conversione del carcere a vita in 30 anni di reclusione;

L'accesso per l'ergastolano alle misure alternative alla detenzione sarà possibile solo dopo aver scontato 26 anni di pena.

Tuttavia tale novella è stata oggetto di critiche sotto diversi aspetti.

Con riferimento al *1° profilo ossia al giudizio abbreviato*, è stato constatato che il DDL AS violi alcuni tra i principi basilari del nostro ordinamento giuridico quali:

violazione del principio di ragionevolezza in quanto, privando l'ergastolano della riduzione di pena a 30 anni, in questo modo viene messa in discussione la

possibilità di avvalersi del procedimento speciale quale è il giudizio abbreviato;
violazione del principio di uguaglianza tra i condannati, cioè si attuerebbe un trattamento differenziato in quanto, gli ergastolani non potrebbero più accedere al rito abbreviato a differenza degli altri imputati;

violazione del principio di adempimento degli obblighi internazionali perchè il disegno di legge in esame, essendo una norma processuale produce effetti retroattivi e quindi viola l'art. 7 CEDU che consacra invece il principio della irretroattività della legge penale sfavorevole. Come conseguenza, la violazione dell'art. 7 CEDU costituisce una violazione di un obbligo internazionale;

violazione del principio dell'affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica, cioè l'applicazione del ddl A.S., che nei giudizi abbreviati pendenti nega la riduzione di pena per gli ergastolani, comporta la violazione del *principio di affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica*. Infatti, per l'imputato viene a modificarsi il quadro normativo, basato sul presupposto per cui ha esercitato il suo diritto di difesa, rinunciando alle più ampie garanzie del dibattimento ordinario in favore di un rito semplificato.

Passiamo ora ad analizzare le critiche al 2° profilo costituito dal subordinare *l'accesso ai benefici penitenziari* per i soli ergastolani che abbiano scontato almeno 26 anni di pena. I dubbi di costituzionalità, emersi dall'analisi dello studio della novella in esame, sono i seguenti:

ergastolo illegittimo perchè tendenzialmente perpetuo, in quanto, precludendo a chi è condannato al carcere a vita di poter accedere a misure alternative alla reclusione non prima di 26 anni, la pena dell'ergastolo recupera la sua (tendenziale) perpetuità;

un ergastolo sempre più lungo che elude il paradigma costituzionale della risocializzazione del reo, perchè se viene innalzata la soglia temporale ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari, l'ergastolo, di conseguenza, non attua la finalità rieducativa della pena;

un meccanismo rigido di accesso ai benefici penitenziari, cioè una volta che il

legislatore ha scelto di inasprire il regime dell'ergastolo, al posto di innalzare le soglie temporali in modo proporzionale per accedere al permesso premio, alla semilibertà ed alla liberazione condizionale, il legislatore, invece, ha elevato le soglie temporali tutte al medesimo termine costituito dal ventiseiesimo anno di reclusione, il più lungo tra quelli vigenti, termine attualmente previsto per beneficiare della sola liberazione condizionale;

ergastolo contrario al senso di umanità, perchè la novella in esame, privando il recluso a vita di ogni speranza di aspirare ad un trattamento extramurario, rende l'ergastolo un trattamento contrario al senso di umanità.

Per concludere mi è apparso utile, al fine di sostenere la tesi della contrarietà dell'ergastolo a Costituzione, ipotizzare un atto di promovimento della questione in oggetto davanti alla Corte Costituzionale.

I punti cardini sono:

pena non rieducativa (violazione dell'art. 27.3 cost.);

pena fissa ed automantica (violazione dell'art. 3, 25.2, 27.1.3. cost.);

pena che attua un trattamento differenziato tra gli ergastolani (violazione dell'art. 3 cost.);

pena contraria al senso di umanità (violazione dell'art. 27.3 cost.);

pena incostituzionale come la pena di morte (violazione dell'art. 27.4 cost.);

pena incostituzionale per anacronismo legislativo;

pena indeterminata (violazione dell'art. 3, 25.2.3, 117.1 cost.).

BIBLIOGRAFIA

Antolisei Francesco, *Manuale di diritto penale, parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003.

Beccaria Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, 2000.

Bernardi Alessandro, *Ergastolo: verso un'effettiva "pluridimensionalità" della pena perpetua?*, in *Archivio Giuridico*, 1984, pag. 391.

Bettiol Giuseppe, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Rivista Italiana Diritto Penale*, 1956, pag. 555.

Bettiol Giuseppe, *Il mito della rieducazione*, in *AA.VV., Sul problema della rieducazione del condannato*, pag. 8.

Breda Renato, *La proposta di abolire l'ergastolo*, in *Diritto penale e processo*, pag. 1553.

Bricchetti Renato, Cadoppi Alberto, Veneziani Paolo, *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, 1963.

Bricola Franco e Zagrebelsky Vladimiro, *Codice penale, parte generale, voll. 3, Seconda edizione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, Utet, 1996.

Cabri Roberto, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Rivista Penale*, 1990, pag. 525.

Cadoppi Alberto - Veneziani Paolo, *Elementi di diritto penale, parte generale*, Padova, 2007.

Canestrari Stefano – Cornacchia Luigi - De Simone Giulio, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Bologna, 2008.

Canepa- Mario, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2010.

- Caraccioli Ivo, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Padova, 2002.
- Beccaria Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, 2000.
- Bettiol Giuseppe, *Il mito della rieducazione*, in *AA.VV., sul problema della rieducazione del condannato*, pag.8.
- Canepa Mario, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano Giuffrè, 2010, pag. 487.
- Cesari, *sub. Art. 4 bis*, in *Pavarini, codice commentato dell'esecuzione penale*, pag. 7.
- Cofano Roberta, *L'efficienza economica dell'ergastolo alla luce anche dell'ergastolano pentito*, in *Rivista Penale*, 2001, pag. 335.
- Costa, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino, 1928.
- Crespi Alberto, Stella Federico e Zuccalà Giuseppe, *Commentario breve al codice penale: complemento giurisprudenziale, Appendice di aggiornamento a cura di*, Padova, Cedam, 2003.
- Crespi Alberto, Forti Gabrio e Zuccalà Giuseppe, *Commentario breve al codice penale, 5. ed.*, Padova, Cedam, 2008.
- Da Passano in *AA.VV. (a cura di Vinciguerra) I codici preunitari e il codice Zanardelli: diritto penale dell'800*, Padova, 1993, pag.579-580.
- Dall'Ora Alberto, *L'ergastolo e la Costituzione*, in *Rivista Italiana Diritto Penale*, 1956, pag. 485.
- De Francesco Giovannangelo, *diritto penale, I fondamenti*, Torino, 2008.
- Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, pag. 117.
- Dolcini Emilio e Marinucci Giorgio, *Codice penale commentato*, Milano Ipsoa, 2006.
- Eusebi Luciano, *L'ergastolo "ostativo". Traendo spunto dalla lettura del libro di Carmelo Musumeci, gli uomini ombra, il segno dei gabrielli editori*, in *Criminalia*, 2010 fasc. 5, pp. 675-677.
- Eusebi Luciano, *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art.4-bis, comma 1, ord. Penit. E benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cassazione penale*, 2012, fasc. 4 pp. 1220-1229.
- Ferrajoli Luigi, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, II, pag. 80.
- Fiadanca G. - Di Chiara G., *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, Jovene, 2003.
- Fiadanca Giovanni – Musco Enzo, *Diritto penale, parte generale*, V ed.,

Bologna, 2006.

Fiore Carlo – Fiore Stefano, *Diritto penale, parte generale*, 2, 2005.

Fiore Carlo, *Diritto penale, parte generale*, vol. 1, 2. ed., Torino, Utet, 2003.

Gaito Alfredo, Santoriello Ciro, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *diritto penale e processo*, 2012, fasc.10, pp. 1202-1209.

Gallo Ettore, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, II, 65.

Grosso Carlo Federico - Neppi Modona Guido – Violante Luciano, *Giustizia penale e poteri dello stato*, Milano, 2002.

Guarnieri Giuseppe, *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato*, in *AA. VV., Sul problema della rieducazione del condannato*, pag. 265.

Guazzaloca Bruno, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992 pag. 130.

Iovino, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, pag. 440.

Lattanzi Giorgio ed Lupo Ernesto, *Codice penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, 12 voll., Milano, Giuffrè, 2000 ss.

Lattanzi Giorgio, *Codice penale, annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2003.

Luciano Eusebi, *L'ergastolo "ostativo", traendo spunto dalla lettura del libro di Carmelo Musumeci, gli uomini ombra, il segno dei gabrielli editori*, in *Criminalia*, 2010 fasc. 5, pag. 675-677.

Lugnano Silvio, *Considerazioni sull'ergastolo*, in *Archivio Penale*, 1983, pag. 497.

Manna Adelmo, *Corso di diritto penale*, Padova, 2007.

Mantovani Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, Padova, Cedam, 2007.

Marini Giuliano, La Monica Mario e Mazza Leonardo, *Commentario al codice penale*, 4. voll., Torino, Utet, 2003.

Marini Giuliano, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993.

Marinucci Giorgio – Dolcini Emilio, *Corso di diritto penale*, vol. I, Milano, 2001.

Marinucci Giorgio – Dolcini Emilio, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2006.

Mereu Italo, *Note sull'origine dell'ergastolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, II, pag. 95.

Messina Salvatore, *Il problema dell'ergastolo*, in *Scuola Positiva*, 1959, pag. 537.

- Moccia Sergio, *Diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, cap II, pag. 39.
- Nappi Aniello, *Guida al codice penale, parte generale*, Milano, 2003.
- Neppi Modona, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995 pag. 320.
- Nuvolone Pietro, *Norme penali e principi costituzionali*, in *GiC*, 1956, I, pag. 1257.
- Nuvolone Pietro, *Il problema della rieducazione del condannato*, in *AA. VV., Sul problema della rieducazione del condannato*, pag. 347.
- Padovani Tullio, *diritto penale*, Milano, 2006.
- Padovani Tullio, *codice penale*, Milano Giuffrè', 2005.
- Pagliari Antonio, *Pluridimensionalità della pena*, in *AA.VV., Sul problema della rieducazione del condannato*, pag. 325.
- Pagliari Antonio, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- Pagliari Antonio, *Il progetto di codice penale della commissione Nordio*, in *Cassazione penale*, 2005, fasc.1, pag. 244.
- Pagliari Antonio, *Pluridimensionalità della pena*, in *AA. VV., Sul problema della rieducazione del condannato*, pag. 325.
- Pagliari Antonio, *Prospettive di riforma*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico (Atti del Convegno di Lecce 1997)*, pag. 421.
- Palazzo Francesco, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2008.
- Pecorella Claudia, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010 fasc. 1, pp. 397-408.
- Petrocelli Biagio, *Saggi di diritto penale*, Padova, Cedam, 1965, pag. 112-113.
- Pugiotto Andrea, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2010.
- Pugiotto Andrea, *Cattive nuove in materia dell'ergastolo*, in *studium iuris*, 2012 fasc. 1, pp.3-12.
- Pulitanò Domenico, *Diritto penale*, Torino, 2007.
- Ramacci Fabrizio, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2007.
- Riz Roland, *Lineamenti di diritto penale, parte generale*, Bolzano, 2006.
- Romano Mario, *Commentario sistematico del codice penale*, I, la terza edizione, Milano, 2004, pag. 227.

Ronco Mauro e Ardizzone A., *Codice penale ipertestuale*, Torino, Utet, 2003.

Tonini Paolo, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè Editore, 2007, pag. 37.

Varraso Gianluca, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art.4 ord. Penit.: la parola di nuovo alla consulta in Giustizia Penale*, 2004, I, pag. 81.

Vercellone Paolo, Galgagno Grazia, *Limiti di pena per i minorenni*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1979, pag. 563.

Zuccalà Giuseppe, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in *AA. VV., Sul problema della rieducazione del condannato*, pag. 68.

GIURISPRUDENZA

C. Cost. 24 aprile 2003 n. 135.

C. cost. 28 aprile 1994, n. 168.

C. cost. 23 aprile 1991, n. 176.

C. cost. 27 settembre 1983, n. 274.

C. cost. 22 novembre 1974 n. 264.

Cass. Sez. un., 16 giugno 1956, in *Rivista Italiana Diritto Penale*, 1956, 485.

Corte europea diritti dell'uomo sez. grande chambre 22 maggio 2012 n. 126/05.

Corte europea diritti dell'uomo sez. II 18 gennaio 2011 n. 126/05.

Corte europea diritti dell'uomo sez. I 08 aprile 2010 n. 20201/04.

Corte europea diritti dell'uomo sez. II 15 dicembre 2009 n. 28634/06.

Corte europea diritti dell'uomo sez. grande chambre 17 settembre 2009 n. 10249/03.

