

ERGASTOLO OSTATIVO E FUNZIONE “VARIABILE” DELLA PENA: UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE ED EUROPEA.

di Giacomo Palombino*

Sommario. 1. Introduzione. 2. Funzione rieducativa della pena e Corte Costituzionale. 3. Funzione rieducativa della pena e CEDU. 4. L’art. 4-*bis* dell’ordinamento penitenziario e gli ergastolani “senza scampo”. 5. Funzione rieducativa della pena ed ergastolo ostativo. 6. Conclusioni.

59

1. Introduzione.

L’ergastolo c.d. ostativo rappresenta un controverso istituto dell’ordinamento penale italiano sul quale dottrina e giurisprudenza, anche costituzionale, si confrontano da tempo. La figura dell’ergastolo, infatti, così come disegnato dall’art. 4-*bis*¹¹¹ della legge n. 354/1975, nonostante il dettato dell’art. 27, co. 3, Cost. (secondo il quale la pena è funzionale alla rieducazione del condannato), non presenta alcuna finalità rieducativa dal momento che si configura come una pena perpetua¹¹², revisionabile solo in caso di collaborazione con la giustizia da parte dell’ergastolano. Non sorprende, dunque, che un numero ampio di autori finisca per metterne in dubbio la legittimità costituzionale¹¹³. Di recente, inoltre, dinanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo è stato presentato un ricorso¹¹⁴ – *Viola c. Italia*, del 12 dicembre 2016 – avente ad oggetto l’istituto e la sua

* Sottoposto a referaggio. Dottorando di ricerca in “Il diritto dei servizi pubblici nell’ordinamento italiano ed europeo”, Università degli studi di Napoli “Parthenope”.

¹¹¹ Articolo inserito dall’art. 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203, *Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*.

¹¹² Cfr., in generale, F. CORLEONE, *Giustizia senza fine*, Roma, 1986.

¹¹³ Cfr. C. MUSUMECI e A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo – fenomenologia e criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, p. 65 ss; N. VALENTINO, *L’ergastolo. Dall’inizio alla fine*, Roma, 2012, p. 98; D. CHINNICI, *I “buchi neri” nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 6; F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. Pen e Proc.*, 2014, p. 1273.

¹¹⁴ Il Governo italiano è stato informato con comunicazione del 30 maggio 2017.

pretesa incompatibilità con il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti di cui all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Occorre peraltro considerare che la questione della presunta illegittimità dell'ergastolo c.d. ostativo, ormai dibattuta a livello sia nazionale che sovranazionale, si inserisce all'interno di un più ampio dibattito riguardante la rimodulazione del sistema penitenziario e la riconsiderazione della funzione che la pena è chiamata a perseguire.

In particolare, come viene sottolineato da altra prospettiva¹¹⁵, quest'ultima, oltre alla funzione che le attribuisce l'art. 27, ne assolve delle altre, altrettanto rilevanti – come quella deterrente –, chiamando l'interprete a svolgere una complessa operazione di bilanciamento, che a seconda dei casi si traduce nella prevalenza dell'una o dell'altra funzione. Ne deriva la necessità di analizzare la conformità dell'ergastolo ostativo con la Costituzione da diverse angolazioni; ed è proprio questa la prospettiva lungo la quale la nostra indagine intende muoversi.

2. Funzione rieducativa della pena e Corte costituzionale.

Il tema della funzione della pena rappresenta uno degli aspetti più significativi del diritto penale e la sua disciplina, non a caso, è modellata sulle vicende stesse dell'ordinamento giuridico in quanto, in maniera congiunta ad esso, la funzione di cui si discute cambia forma. Si tratta di una trasformazione che ha avuto luogo più volte nel corso della storia del diritto italiano, ma che trova nella Carta Costituzionale del 1948 la sua espressione più significativa¹¹⁶.

Come è noto, il contenuto dell'art. 27 Cost. si articola in tre disposizioni: il principio di colpevolezza, per cui la responsabilità penale è personale; l'abolizione della pena di morte; l'obbligo di condannare chi delinque ad una pena che *tenda* alla sua rieducazione¹¹⁷. Ma è soprattutto rispetto a quest'ultima disposizione, e all'uso del verbo *tendere*, che sorgono i

¹¹⁵ Cfr., tra gli altri, G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹⁶ Cfr. G. MARINI, (voce) *Pena* (diritto penale), in *Nov. dig. it.*, Appendice V, 1980, p. 792 ss.; P. NUVOLONE, voce *Pena* (diritto penale), in *Enc. dir.*, 1982, p. 787 ss.; L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teologica*, Napoli, 1992; A. PAGLIARO, (voce) *Sanzione. II) Sanzione penale*, in *Enc. giur.*, 1992, p. 28; P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, 2015, p. 3 ss.

¹¹⁷ Cfr. I. NICOTRA, *Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014.

dubbi interpretativi maggiori. È in questo modo di esprimersi, infatti, che i Padri Costituenti hanno voluto sottolineare che la rieducazione costituisce un obbligo di intenti, e non di risultato, posto in capo allo Stato; in sostanza, è del singolo la scelta se rispettare o meno i valori e le regole dell'ordinamento.

D'altra parte, se la rieducazione assume un valore centrale grazie alla Costituzione del '48, è anche vero che essa non rappresenta, come si è accennato precedentemente, l'unica funzione che la pena è chiamata a svolgere, concorrendo con due funzioni ulteriori: quella retributiva, che consiste nell'infliggere una punizione al soggetto in relazione al male commesso; e quella deterrente, che equivale ad impedire al reo la commissione di altri crimini¹¹⁸.

Sul punto, un dato che senza dubbio assimila tutte le funzioni descritte è il principio di colpevolezza¹¹⁹ che ne rappresenta il fondamento comune: lo scopo riabilitativo verrebbe svuotato di contenuto se contro l'individuo non fosse possibile muovere alcun rimprovero (neanche a titolo di colpa) dal quale far discendere la responsabilità penale.

Su questi presupposti, e muovendo in ogni caso dalla legittimità e dalla pari importanza di tutti gli scopi che la pena persegue, occorre chiedersi allora se la rieducazione possa talvolta retrocedere a favore delle funzioni concorrenti. Per rispondere a questa domanda, è indispensabile muoversi fra le norme dell'ordinamento da un lato e le più rilevanti pronunce giurisprudenziali dall'altro lato.

Ebbene, il codice penale italiano, nel suo complesso, è sempre stato letto dalla Corte costituzionale nel senso che lo scopo riabilitativo della pena non ha valore assoluto. Un primo esempio è costituito da una pronuncia del 1966¹²⁰. In quella occasione, i giudici erano stati chiamati ad esprimersi sulla legittimità costituzionale delle pene pecuniarie¹²¹,

¹¹⁸ Più nello specifico, la pena svolge le seguenti funzioni: prevenzione speciale positiva (risocializzazione del reo) ovvero preparare la persona ad affrontare, dopo il rilascio, una vita nella comunità conforme alla legalità; prevenzione speciale negativa, ovvero impedire ulteriori violazioni della legge da parte della persona condannata, tenendola lontana dalla comunità; prevenzione generale positiva (rafforzamento della norma violata) ovvero consolidamento dell'accettazione sociale e dell'obbedienza delle previsione normativa infranta; prevenzione generale negativa (deterrenza) ovvero evitare future violazioni della norma da parte di altri membri della comunità; retribuzione ovvero assicurare l'espiazione del comportamento colpevole del reo.

¹¹⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2015, p. 279 ss.

¹²⁰ Corte cost., sent. n. 12/1966, par. 1 dei *considerato in diritto*.

¹²¹ Cfr., in generale L. GOISIS, *La pena pecuniaria: un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2009.

interpretate dal giudice rimettente come illegittime in quanto inadatte a perseguire un fine rieducativo.

La Corte, ritenendo infondata la questione, sostenne che «il principio rieducativo (...) dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo e assoluto» ma indica «l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa della pena e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla (...) naturalmente là dove la pena, per la sua natura ed entità, si presti a tale fine» poiché «non è nemmeno da escludere che la pena pecuniaria possa di per sé adempiere a una funzione rieducativa».

In altre parole, è vero che i Costituenti hanno dato vita ad un sistema garantista e rispettoso della persona umana, ma “senza con ciò negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità (...) e ciò evidentemente in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende l'esistenza stessa della vita sociale”.¹²²

Argomenti analoghi sottendono un'altra pronuncia del 1971¹²³, in cui il giudice rimettente ritenne eccessivi, e quindi confliggenti con lo scopo riabilitativo, i limiti edittali massimi della pena per i delitti di furto.

Ancora una volta, la Corte si espresse nel senso che la funzione rieducativa non è la sola perseguita e non atterrebbe tanto alla durata della pena inflitta quanto piuttosto al regime di esecuzione. Del resto, che un argomento del genere sia ragionevole è confermato dal regime che disciplina i c.d. reati soglia, vale a dire quei fatti la cui rilevanza penale sorge solo laddove il committente oltrepassi un certo limite prestabilito dalla legge (un esempio ne è la guida in stato di ebbrezza, in cui la necessità di punire sorge quando l'individuo presenti un tasso alcolemico maggiore del limite individuato dal legislatore).

È interessante notare che in questo tipo di reati la soglia è frutto di una valutazione discrezionale; ciò significa che la decisione relativa sia al *se* un individuo debba essere

¹²² Cfr. G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *cortecostituzionale.it*. Più in generale sulla funzione rieducativa della pena, si veda, G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, p. 437 ss.

¹²³ Corte cost., sent. n. 22/1971, par. 3 dei *considerato in diritto*.

punito sia, di conseguenza, al *quando* lo stesso necessiti di una effettiva rieducazione, è strettamente legata a una scelta del legislatore.

D'altra parte, il fatto che sta alla base del reato, e da cui deriverebbe una responsabilità penale, non cambia, e il rispetto del limite massimo imposto dalla legge è un dato che sfugge al controllo del committente: in breve, la differenza fra chi dovrebbe essere punito (e quindi rieducato) e chi non, si ridurrebbe ad un'esigua percentuale.

Quanto appena osservato vale anche in riferimento ai reati più gravi e alle pene che essi comportano. Si consideri in particolare l'ergastolo nel suo regime comune. Varie sono le questioni interpretative sorte al riguardo e soprattutto, come si è già avuto modo di anticipare, tanti sono stati e continuano ad essere i dubbi sulla legittimità costituzionale della sua previsione.

Una prima osservazione, per quanto scontata, sembra necessaria: se l'Assemblea Costituente avesse voluto lasciare fuori dall'ordinamento una pena potenzialmente perpetua, avrebbe potuto farlo, così come avvenuto con la pena di morte; se non lo ha fatto, è perché ha considerato detta pena compatibile con i principi fondamentali della Costituzione¹²⁴.

D'altra parte a fugare ogni dubbio al riguardo è sempre la Corte costituzionale. Già una delle prime decisioni in tema di ergastolo del 1974 chiarisce infatti che la rieducazione non sempre è conseguibile, in quanto, in alcuni casi, sono scarse le probabilità di porre rimedio alla pericolosità di un criminale; e che in ogni caso la rieducazione non è l'unico scopo che necessita di essere realizzato, venendo in considerazione, ad esempio, la funzione social-preventiva¹²⁵.

Anche in questo caso, dunque, la Corte non ha alcuna esitazione nel riconoscere la natura polifunzionale della pena.

3. Funzione rieducativa della pena e CEDU.

¹²⁴ Questa è stata l'interpretazione proposta dalla Corte di Cassazione con un'ordinanza del 1956, con la quale si considerava infondata la questione di legittimità costituzionale dell'ergastolo.

¹²⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1974, parr. 3 e 4 dei *considerato in diritto*.

A fronte di quanto osservato nel paragrafo precedente in relazione alla funzione rieducativa della pena, sembrerebbe che nel contesto del Consiglio d'Europa sia emerso un quadro normativo e giurisprudenziale teso a valorizzare maggiormente tale funzione.

Sul piano normativo, a venire in rilievo sono le *Regole penitenziarie europee* del 2006, raccomandazioni del Comitato dei Ministri volte a fissare gli standard minimi di trattamento da applicare all'interno degli istituti penitenziari.

Il riferimento, in particolare, va agli articoli 6, secondo cui la detenzione va gestita in modo da facilitare il reinserimento del detenuto nella società libera, 102.1, per il quale il regime carcerario deve essere concepito in modo da permettere al detenuto di condurre una «responsible and crime-free life» e 107.1, che prevede, quale parte essenziale del regime dei condannati, procedure e programmi concepiti per permettere loro il passaggio tra la vita carceraria e la vita rispettosa del diritto interno in seno alla collettività.

Anche sulla scia di queste regole, la Corte di Strasburgo, attraverso una giurisprudenza oramai consolidata, ha osservato che il principio di riabilitazione, sebbene non previsto espressamente nella Convenzione, è in essa presupposto e comporta che al detenuto vada sempre riconosciuta la possibilità di riabilitarsi.

A ben vedere, tuttavia, si tratta di un'affermazione che non collide con l'approccio della Corte costituzionale in materia di ergastolo.

Secondo la stessa Corte di Strasburgo, infatti, se si ragiona in termini di pena perpetua, l'applicazione del principio riabilitativo non ne implica l'incompatibilità con la Convenzione (in particolare con il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti di cui all'art. 3), ma richiede solamente che al detenuto siano date delle prospettive concrete di rilascio¹²⁶.

Per quanto un'impostazione di questo tipo possa sembrare affetta da una certa contraddittorietà, essa, invero, vanta una logica condivisibile: il detenuto, pur essendo condannato all'ergastolo ma avendo diritto ad una riabilitazione, dovrà poter godere del

¹²⁶ Cfr. P. PUSTORINO, *Art. 3*, in S. BARTOLE, P. DE SENA e V. >AGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 63 ss., in particolare p. 81 ss.; D. RANALLI, *L'ergastolo nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo – tra astratto “diritto alla speranza” e concreto accesso alla liberazione condizionale*, in *Rass. penit. crim.*, 2015, p. 89 ss.; P. ALBUQUERQUE, *Life Imprisonment And The European Right To Hope*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

c.d. diritto alla speranza, cioè vantare la *chance* di un futuro reingresso nella società libera¹²⁷.

Quanto affermato, inoltre, conduce alla configurazione, in capo agli Stati membri, di un'obbligazione di mezzi, e non di risultato: ciò sta a significare che gli ordinamenti interni, per garantire il diritto alla speranza, sono chiamati a predisporre un meccanismo di revisione delle sentenze di condanna che renda la pena riducibile *de jure e de facto*¹²⁸.

In particolare, e per meglio comprendere l'orientamento assunto dalla Corte Edu in tema di riducibilità delle condanne, è utile fare riferimento alla decisione della Grande Camera nel caso *Murray c. Olanda*¹²⁹. Il Sig. Murray, condannato all'ergastolo con l'accusa di omicidio, risultava, in relazione al referto psichiatrico della pubblica accusa, affetto da problemi di carattere psicologico (in particolare uno scarso sviluppo delle facoltà mentali). Questa patologia lo rendeva, secondo le corti olandesi, un soggetto altamente pericoloso e aumentava le probabilità di recidiva. Invero, l'articolo 1:30 del codice penale di Curaçao (dove Murray era detenuto) prevedeva una revisione periodica delle sentenze di condanna

¹²⁷ Corte EDU, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito*, sent. 9 luglio 2013, par. 118: "The same commitment to the rehabilitation of life sentence prisoners and to the prospect of their eventual release can be found in international law. The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners direct prison authorities to use all available resources to ensure the return of offenders to society (...) Additional, express references to rehabilitation run through the Rules (...). Equally, Article 10 § 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights specifically provides that the essential aim of the penitentiary system shall be the reformation and social rehabilitation of prisoners. This is emphasised in the Human Rights Committee's General Comment on Article 10, which stresses that no penitentiary system should be only retributory (...). Finally, the Court notes the relevant provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court, to which 121 States, including the vast majority of Council of Europe member States, are parties. Article 110(3) of the Statute provides for review of a life sentence after twenty-five years, followed by periodic reviews thereafter. The significance of Article 110(3) is underscored by the fact that Article 110(4) and (5) of the Statute and Rules 223 and 224 of the ICC's Rules of Procedure and Evidence set out detailed procedural and substantive guarantees which should govern that review. The criteria for reduction include, *inter alia*, whether the sentenced person's conduct in detention shows a genuine dissociation from his or her crime and his or her prospect of resocialisation (...)"

¹²⁸ Corte EDU, sent. *Kafkaris c. Cipro*, del 12 febbraio 2008, par. 98, in cui la Corte afferma che: "In determining whether a life sentence in a given case can be regarded as irreducible the Court has sought to ascertain whether a life prisoner can be said to have any prospect of release. An analysis of the Court's case-law on the subject discloses that where national law affords the possibility of review of a life sentence with a view to its commutation, remission, termination or the conditional release of the prisoner, this will be sufficient to satisfy Article 3. The Court has held, for instance, in a number of cases that where detention was subject to review for the purposes of parole after the expiry of the minimum term for serving the life sentence, that it could not be said that the life prisoners in question had been deprived of any hope of release (...). The Court has found that this is the case even in the absence of a minimum term of unconditional imprisonment and even when the possibility of parole for prisoners serving a life sentence is limited (...). It follows that a life sentence does not become "irreducible" by the mere fact that in practice it may be served in full. It is enough for the purposes of Article 3 that a life sentence is *de jure* and *de facto* reducible"; Cfr. Corte EDU, sent. *Hutchinson c. Regno Unito*, sent. 17 gennaio 2017, par. 42-45.

¹²⁹ Cfr. Corte EDU, sent. *Murray c. Olanda*, sent. 26 aprile 2016, par. 9 ss.

a vita, ma i giudici del Tribunale di sorveglianza, dopo vent'anni di reclusione, continuavano a ritenere che il soggetto non avesse superato i disturbi che ne impedivano la scarcerazione. D'altra parte, la Grande Camera, con sentenza del 26 aprile 2016, riteneva che, nonostante la legge prevedesse un meccanismo periodico di revisione, il Sig. Murray non era stato posto nelle condizioni di riabilitarsi: il sistema penitenziario olandese, infatti, non prevedeva quell'assistenza medica utile al fine di consentire un recupero del detenuto e azzerarne la pericolosità.

L'esistenza di un meccanismo di revisione di questo tipo in un ordinamento interno, dunque, non impedisce alla Corte di valutarne l'effettività e suggerirne dei correttivi.

Del resto, già nel caso *Vinter e altri c. Regno Unito*¹³⁰, la Corte EDU aveva specificato che la riducibilità (ossia l'esistenza di un meccanismo che offra una prospettiva non del tutto irrealistica di liberazione) debba esistere, in diritto e in pratica, alla data in cui la pena viene inflitta, in modo che siano rispettate le esigenze dell'art. 3 per quanto riguarda la natura della pena.

Inoltre, è necessario che l'eventuale giudizio di riesame, volto alla revisione della sentenza di condanna e quindi alla scarcerazione del detenuto, venga instaurato dinanzi all'autorità giudiziaria (individuata secondo criteri prestabiliti per legge)¹³¹.

Ma è sempre nel caso *Murray c. Olanda* che la Grande Camera ha indicato i principi guida che dovrebbero sottendere la revisione delle sentenze di condanna all'ergastolo e che possono essere riassunti come segue: a) è necessario che vi siano dei criteri di valutazione prestabiliti; b) anche in caso di rilascio per malattia terminale o disturbo mentale del condannato, si dovrebbe in ogni caso garantire la riabilitazione e il reale annullamento della pericolosità sociale dell'individuo¹³²; c) il meccanismo di revisione deve essere

¹³⁰ Sul punto, si rinvia *supra*, nota 15, par. 20.

¹³¹ Sotto quest'ultimo profilo, è utile sottolineare che la Corte costituzionale italiana, nel 1974, è pervenuta a conclusioni analoghe, dichiarando l'illegittimità di norme che richiedevano un ricorso dinanzi al Ministro della giustizia al fine della concessione della libertà condizionale; a suo avviso, infatti, è compito di un organo giurisdizionale – e non esecutivo – valutare la possibilità di rilascio. Cfr., sul punto, Corte cost., sent. n. 204/1974, par. 2 dei *considerato in diritto* e sent. n. 264/1974, par. 1 dei *considerato in diritto*.

¹³² Nella sentenza *Murray c. Olanda*, par. 108, la Corte osserva che: "For a State to comply with its obligations under Article 3 of the Convention in respect of life prisoners belonging to this category, the Court considers that it is firstly required that an assessment be made of those prisoners' needs as regards treatment with a view to facilitating their rehabilitation and reducing the risk of their reoffending. This assessment should also address the likely chances of success of any identified forms of treatment, given that Article 3 cannot entail an obligation for a State to enable a life prisoner to receive treatment that is not realistically expected to have any significant impact in helping the life prisoner to rehabilitate himself or herself. For this reason, account is to be taken of the life prisoner's individual situation and personality. The Court, moreover, recognises that certain mental health conditions are not, or not easily, amenable to treatment. Given that,

accompagnato da specifiche garanzie procedurali¹³³, che siano in grado, in particolare, di mettere in evidenza in che modo il detenuto possa migliorare la sua condizione ed essere quindi ammesso al rilascio¹³⁴.

owing to their mental health situation, such life prisoners may not themselves be sufficiently aware of a need for treatment, the aforementioned assessment should be conducted regardless of whether any request for treatment has been expressed by them (...). Where the assessment leads to the conclusion that a particular treatment or therapy may indeed help the life prisoner to rehabilitate himself or herself, he or she is to be enabled to receive that treatment to the extent possible within the constraints of the prison context (...). This is of particular importance where treatment in effect constitutes a precondition for the life prisoner's possible, future eligibility for release and is thus a crucial aspect of de facto reducibility of the life sentence”.

¹³³ V. anche Corte EDU, sentenù. *Raffray Taddei c. Francia*, 21 dicembre 2010, par. 63, o, ancora, Corte EDU, sentenù. *Herczegfalv c. Austria*, 24 settembre 1992, par. 82.

¹³⁴ P. ALBUQUERQUE, *Life Imprisonment And The European Right To Hope*, cit.

4. L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario e gli ergastolani "senza scampo".

Come si è anticipato, il contenuto dell'art. 27 Cost. ha condotto parte della dottrina a ritenere illegittima la previsione dell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario; quest'ultima, infatti, non consentirebbe la rieducazione del reo, richiedendo, ai fini del riconoscimento dei benefici carcerari, la sola collaborazione con la giustizia.

A ben vedere, prima della modifica dell'ordinamento penitenziario del 1975, i condannati all'ergastolo avevano sempre diritto ad accedere ad una serie di benefici nel corso della reclusione¹³⁵: assegnazione al lavoro esterno, permessi premio e misure alternative alla detenzione¹³⁶.

Tutto ciò è stato previsto dall'ordinamento nel rispetto della disposizione costituzionale in base alla quale la pena debba tendere alla rieducazione del reo¹³⁷; la condanna non deve rappresentare una forma di rivalsa del privato o della società intera nei confronti di chi che ha trasgredito le regole, bensì l'occasione, da un lato, per tutelare la comunità dalla possibile commissione di altri reati e, dall'altro lato, per predisporre il reingresso del trasgressore nel consorzio civile.

Se questo è il binario originario su cui si è mosso l'ergastolo in seguito all'entrata in vigore della Costituzione, il secondo binario, quello che appunto la dottrina definisce ergastolo ostativo, sembra discostarsene sotto diversi profili.

Già la definizione che ne è data, infatti, si fonda su una negazione, nella misura in cui i condannati sottoposti al regime dell'art. 4-bis non hanno diritto alle agevolazioni cui si accennava poc'anzi. Per questa categoria di ergastolani vi è un'unica possibilità di riduzione della pena: chi decide di collaborare con la giustizia ha diritto a quelle misure alternative riconosciute nell'ambito del regime comune in materia di ergastolo.

Più concretamente, il concetto stesso di *programma rieducativo* è di difficile individuazione¹³⁸ e va necessariamente modellato sulle caratteristiche proprie del reato che

¹³⁵ Cfr., in generale, A. PRESUTTI, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994.

¹³⁶ Cfr. D. FALCINELLI, *L'umanesimo della pena dell'ergastolo. Ideologia e tecnica del diritto dell'uomo ad una pena proporzionalmente rieducativa*, 2013, in www.federalismi.it, 15 febbraio 2013.

¹³⁷ Cfr. D. GALLIANI, *Riflessioni Costituzionalistiche sull'ergastolo entro le maglie dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2015.

¹³⁸ Cfr., in generale, A. CALORE e A. SCIUMÈ, *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, Milano, 2013.

viene in rilievo. Ciò vale senz'altro ove si considerino i crimini per i quali è previsto l'ergastolo ostativo. Ad esempio, l'affiliazione a un'associazione criminale, che sia un gruppo terroristico o un clan mafioso, comporta l'appartenenza del soggetto a un consorzio non sovrapponibile a quello comune e, dunque, il riconoscimento di un complesso di regole estranee alla società civile e con essa collidenti¹³⁹.

Se lo scopo della pena deve essere quello di rieducare il condannato e assicurarne quindi un'onesta convivenza all'interno della società libera, la scarcerazione dovrebbe avvenire nell'eventualità in cui sia accertato il venir meno del sodalizio con l'associazione criminale, in quanto ciò che minaccia la società è già la sola adesione dell'individuo al *pactum sceleris*: la collaborazione con un organo giurisdizionale, invero, costituisce un indice rilevante in tal senso, essendo l'unico parametro capace di provare la rinuncia, da parte del detenuto, al rispetto del vincolo criminale.

Di aiuto, ai nostri fini, è anche la differenza, semantica ma al tempo stesso fattuale, che intercorre fra due termini, comuni denominatori del ragionamento che si vuole svolgere: *contrarietà* e *antagonismo*.

L'ordinamento, infatti, non solo tollera, ma per di più tutela il comportamento *contrario*, rispetto all'agire comune della maggioranza, di cui un consociato possa rendersi protagonista: si pensi, ad esempio, alle libertà di stampa, di pensiero, di parola, di manifestare, previsioni della Carta Costituzionale volte a tutelare un comportamento di questo tipo e pensate per garantire una minoranza.

Opposto, invece, è il concetto di *antagonismo*¹⁴⁰: chi si rende protagonista di una condotta lesiva dei valori della Costituzione, non va semplicemente *contro* quest'ultima, bensì cerca di minarne le fondamenta. L'affiliazione a un'associazione criminale, ad esempio, si traduce nel rifiuto di quei valori e nel rispetto di altri completamente in conflitto con i primi¹⁴¹.

In questa prospettiva, pur non potendosi parlare di *rieducazione* nel senso comune del termine, la collaborazione con la giustizia rappresenta il meccanismo più congruo per escludere la persistenza del sodalizio: un soggetto che scambia la sua libertà con quella di

¹³⁹ Cfr. G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, p. 29 ss.

¹⁴⁰ Cfr. L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2011, p. 229 ss.

¹⁴¹ Cfr., in generale, R. ILHAM, *La moralità della pena*, Torino, 2016.

altri, contribuendo allo smantellamento dell'attività criminale per cui in un primo momento era stato condannato, è un soggetto che si rende *affidabile*¹⁴².

Di certo non risulta adeguata l'espressione di *pentito* utilizzata con riferimento a chi decide di collaborare, in quanto il pentimento è uno stato psicologico che non può essere accertato in maniera oggettiva. Più idonea è l'espressione *collaboratore di giustizia*, poiché la previsione dell'art. 4-bis rende la scelta di collaborare una tecnica processuale, che poco, se non nulla, ha a che vedere con la redenzione dell'ergastolano¹⁴³.

D'altra parte, l'idea di una pena perpetua, disegnata cioè per durare, almeno potenzialmente, per tutta la durata della vita di un soggetto, ha indotto alcuni a definire il regime dell'art. 4-bis come il *luogotenente* della pena di morte¹⁴⁴.

In effetti, i punti critici che permangono con riferimento all'ergastolo ostativo sono vari, tutti però in un certo senso legati a un unico quesito, e cioè in che misura la norma dell'ordinamento penitenziario rispetti il principio di rieducazione della pena prescritto dalla Carta costituzionale¹⁴⁵.

La risposta a questa domanda risiede in quanto già affermato con riguardo alla teoria generale della funzione della pena, così come disegnata in seguito alle pronunce della Corte costituzionale: la funzione rieducativa non ha valore assoluto.

È da ritenere, infatti, che sarebbe irrazionale, oltre che per certi aspetti sconveniente, sostenere che l'unico scopo per cui la pena viene inflitta è quello di realizzare un recupero del condannato ed un suo reinserimento nella società libera.

D'altra parte, è significativo quanto accade nel diritto internazionale penale, se non altro per il fatto che i crimini che vengono in rilievo in questo contesto o coincidono con quelli per i quali in Italia è previsto l'ergastolo ostativo (si pensi al reato di terrorismo internazionale) o ne condividono taluni elementi tipici, quale l'esistenza di un *piano criminale*: ad esempio, il crimine di guerra, analogamente al delitto di associazione per

¹⁴² Cfr. Corte cost., sent. n. 273/2001, par. 3 ss. (dei *considerato in diritto*), laddove – citando la relazione presentata al Senato in sede di conversione del d.l. n. 306 del 1992 – avalla la tesi secondo cui “è solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare”.

¹⁴³ Cfr., in generale, G. PAVICH, *Il calcolo della pena. Modalità pratiche*, Milano, 2015.

¹⁴⁴ Cfr. C. MUSUMECI e A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo – fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit.

¹⁴⁵ Cfr. C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it.

delinquere di tipo mafioso, presuppone la consapevolezza del soggetto che lo compie di innestare la propria condotta in un piano o disegno criminale.

Ebbene, nel diritto internazionale penale, la funzione rieducativa della pena riveste un ruolo solo marginale. Basti pensare alla recente decisione resa dal Tribunale per la ex Jugoslavia nel caso *Karadžić*, e all'affermazione ivi contenuta secondo cui mentre la retribuzione e la deterrenza integrano le funzioni principali della pena, altri fattori, quali la riabilitazione, sono rilevanti, ma «should not play a predominant role»¹⁴⁶.

5. Funzione rieducativa della pena ed ergastolo ostativo.

Dopo aver analizzato le norme che riguardano la funzione rieducativa¹⁴⁷ e la figura dell'ergastolo così come disegnata dall'art. 4-*bis*, occorre interrogarsi sulla legittimità costituzionale di una pena, almeno potenzialmente, perpetua.

Il dibattito su quest'istituto, come anticipato, è quanto mai acceso, e le soluzioni prospettate si palesano varie e non univoche.

In particolare, almeno apparentemente, le posizioni della Corte costituzionale e della Corte EDU¹⁴⁸ sembrano opposte rispetto a quanto affermato da una parte della dottrina italiana; se dette Corti, da un lato, offrono argomenti atti a fondare la legittimità della norma, alcuni autori, al contrario, ne offrono altrettanti per chiederne l'espunzione dall'ordinamento.

D'altra parte, quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Corte EDU¹⁴⁹ trova un riscontro effettivo in quello che può essere definito il regime *comune* dell'ergastolo; bisogna perciò capire se lo stesso valga anche rispetto al regime ostativo¹⁵⁰.

In realtà, proprio il legislatore, al secondo periodo dell'art. 4-*bis*, sembra in un certo senso eliminare, almeno in parte, questo dubbio¹⁵¹: qualora la collaborazione con la giustizia

¹⁴⁶ Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, Trial Chamber III, 24 marzo 2016, *Prosecutor c. Karadžić*. Sulla funzione della pena nel diritto internazionale penale si veda più in generale L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009.

¹⁴⁷ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2015, p. 715 ss.

¹⁴⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴⁹ Cfr. D. GALLIANI, *The right to hope: la sentenza Vinter e altri c. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 2014.

¹⁵⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 306/1993, par. 2 ss. dei *considerato in diritto*.

¹⁵¹ La norma, in particolare, stabilisce quanto segue: «I benefici suddetti possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti di cui al primo periodo del presente comma purché siano stati acquisiti elementi

fosse impossibile¹⁵², inutile o irrilevante, qualora siano state concesse attenuanti o sia stato accertato che il sodalizio con l'associazione criminale è venuto meno, i benefici sono riconosciuti.

Muovendo da questa premessa, si può ritenere che quanto statuito dalla legge limiti il campo d'indagine atto all'individuazione dei soggetti per i quali dovrebbe operare il regime sfavorevole: stando alla lettera della norma, si tratterebbe di coloro per i quali non sia stato accertato in nessun modo il venir meno del sodalizio. Questi soggetti, dunque, pur costituendo un pericolo per la comunità, possiedono, presumibilmente, informazioni utili e indispensabili per combattere l'attività criminale¹⁵³.

Invero, i primi argomenti utilizzati dalla dottrina che esprime opinioni contrarie alla legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo sono quelli dell'automatismo normativo¹⁵⁴ e dell'errore giudiziario.

Da una parte, si sostiene che il regime più severo si applicherebbe in maniera automatica¹⁵⁵ (e quindi vi sarebbe incostituzionalità) in presenza di una qualificazione del reato corrispondente alle categorie indicate dal 4-bis¹⁵⁶; dall'altra parte, invece, si afferma che un potenziale errore del giudice, che condanni un innocente o qualifichi in maniera errata quanto da lui commesso, renderebbe la pena di fatto irreversibile.

I due argomenti vanno trattati in maniera congiunta perché inevitabilmente connessi; infatti, la dottrina richiamata, basandosi sulle pronunce della Corte costituzionale che condannano l'automatismo normativo, ritiene che la disciplina non risponda ad una logica penitenziaria, bensì investigativa e securitaria. In realtà, però, la Corte condanna

tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, n. 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale. I benefici di cui al presente comma possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui (...)"

¹⁵² Cfr., in generale, A. RICCI, "Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo", Padova, 2013.

¹⁵³ Cfr. A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 29 ss.

¹⁵⁴ Cfr. C. MUSUMECI e A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo – fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 71 ss.

¹⁵⁵ F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 1273 ss.

¹⁵⁶ Cfr. V. GREVI, G. GIOSTRA e F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 3 ss.

l'automatismo nei casi in cui il legislatore scriva una norma atta a sottrarre al giudice quell'apprezzamento *caso per caso* tipico dello svolgimento del suo ruolo¹⁵⁷. Invero, avuto ancora riguardo a quanto contenuto nella seconda parte del 4-*bis*, è da porre l'accento su come il giudice possa considerare l'irrilevanza o l'inutilità della collaborazione; ne discende che una discrezionalità dell'organo giudiziario vi sia, e a prescriverlo è la stessa norma "accusata" di automatismo.

D'altra parte, occorre rilevare come quella dell'errore del giudice potrebbe sì rappresentare una problematica preoccupante, ma da un punto di vista generale dell'ordinamento, e non solo con esclusivo riguardo alla questione specifica affrontata dalla presente indagine.

Di notevole interesse è un'altra critica mossa alla norma dell'ordinamento penitenziario esaminata. Alcuni ritengono¹⁵⁸ che pretendere la collaborazione con la giustizia al fine della concessione dei benefici corrisponda ad una lesione del diritto di difesa; il diritto al silenzio si trasformerebbe nel suo contrario e il *nemo tenetur se detergere* si capovolgerebbe nel suo opposto, il *carceratus tenetur alios detergere*.

In sostanza, il diritto riconosciuto all'imputato di rendere dichiarazioni e di rimanere in silenzio dinanzi all'autorità giudiziaria verrebbe irrimediabilmente leso¹⁵⁹.

In realtà, risolutiva in questo senso è sempre la Corte costituzionale, la quale ha dichiarato che il diritto di difesa è esercitabile entro il perimetro tracciato dalla legge, «sicché se essa vi oppone limiti o condizioni è gioco forza che sia solo in quest'ambito che le ragioni difensive abbiano modo di esplicarsi»¹⁶⁰.

La dottrina critica questa impostazione della Consulta, ritenendo inammissibile subordinare il diritto costituzionale di difesa alla sua traduzione legislativa, quando il principio di legalità impone un rapporto gerarchico opposto¹⁶¹.

D'altra parte, si ricordi che l'ordinamento, in più occasioni, legittima la riserva di legge in presenza di esigenze di sicurezza o interessi di carattere pubblico.

Si pensi alla libertà personale, di circolazione o di manifestazione, che sono solo alcuni dei casi in cui la norma costituzionale ammette una limitazione in presenza di interessi

¹⁵⁷ Cfr. Corte Cost., sent. n. 139/1982., par. 6 ss. dei *considerato in diritto*.

¹⁵⁸ Cfr., in generale, L. FILIPPO e G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011.

¹⁵⁹ Cfr. A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 211 ss.; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte Edu*, Napoli, 2014, p. 2 ss.

¹⁶⁰ Cfr. Corte cost., sent. 306/1993, par. 13 dei *considerato in diritto*.

¹⁶¹ Cfr. C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo – fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 97 ss.

sovraordinati anche con riguardo a diritti fondamentali della persona, lasciando al legislatore il compito di individuare queste eventualità. La delimitazione legislativa, quindi, sarebbe in questo caso ammissibile perché evidente è il suo scopo: garantire la sicurezza generale¹⁶².

Più complesso ma maggiormente condivisibile si presenta un altro argomento che è stato prospettato: quello secondo cui, in caso di collaborazione inutile o inesistente, debba essere l'imputato a produrre «elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (art. 4-bis, comma 1-bis).

In questo caso, infatti, ci si trova di fronte ad una *probatio diabolica*. In presenza di una presunzione legale di permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, l'imputato è tenuto a fornire una prova *negativa*, cioè a dimostrare la sua innocenza, generando così un'inversione dell'onere probatorio. È f

orse questo uno dei punti principali in cui è ravvisabile un'effettiva criticità della legge; non tanto, quindi, dal punto di vista generale del diritto di difesa, ma con riguardo specifico alla posizione di chi non è innocente ma risulta estraneo ormai al sodalizio criminale¹⁶³.

6. Conclusioni.

Per effetto del ricorso del 12 dicembre 2016, i Giudici di Strasburgo saranno chiamati a valutare se l'ergastolo c.d. ostativo possa essere considerato una pena comprimibile *de jure* e *de facto*, e se lo stesso offra al ricorrente una concreta prospettiva di modificazione del proprio *fine pena*.

Nel frattempo, le osservazioni svolte nel corso della presente indagine hanno cercato di porre in luce le *due* principali ragioni per le quali il regime dell'ergastolo ostativo di cui all'art. 4-bis, per quanto discutibile, appare sostanzialmente conforme al dettato costituzionale e alle disposizioni della CEDU.

Da una parte, la funzione rieducativa della pena non ha valore assoluto dovendosi bilanciare con altre funzioni altrettanto importanti e meritevoli di tutela, vale a dire quella deterrente e quella social-preventiva.

¹⁶² Cfr., in generale C. BRUNETTI e M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2004.

¹⁶³ Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

Dall'altra parte, la tecnica processuale predisposta dal legislatore e consistente nella collaborazione con la giustizia dell'ergastolano assolve, sia pure indirettamente, alla funzione riabilitativa che l'art. 27, co. 3 Cost. assegna alla pena e risponde, di conseguenza, anche alla logica sottesa alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in questa materia.

La scelta di collaborare, infatti, è in grado di *riabilitare* il condannato nella misura in cui, agevolando il corso della giustizia, consente a quest'ultimo di accedere a quei privilegi che il codice penale riconosce ai soggetti sottoposti all'ergastolo secondo il suo regime comune. Per questi motivi appare possibile ritenere che il regime di cui all'art. 4-*bis*, ancorché non sia perfetto, possa considerarsi una scelta condivisibile del legislatore.

E ciò quantomeno in un'ottica di transizione, in attesa di tempi migliori o, *rectius*, in attesa che il legislatore decida di ripensare la materia, preferibilmente senza essere sollecitato a farlo da una sentenza di condanna della Corte EDU, come purtroppo sta accadendo spesso in ambito penale¹⁶⁴.

Abstract (inglese): Article 4-*bis* of the Penitentiary Law states that the person convicted of particularly serious crimes, unless he/she cooperates with justice, does not have access to the benefits generally granted to prisoners. This results in a potential life sentence (so called “ergastolo ostativo”), whose constitutional legitimacy, in terms of the principle of re-education (Article 27, par. 3, of the Constitution), would seem doubtful. Nevertheless, from a multipurpose perspective of punishment, the re-educative aim is not absolute, but competes with other functions which are equally relevant and equally worthy of protection.

Abstract (italiano): L'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario stabilisce che il condannato per reati particolarmente gravi, a meno che non collabori con la giustizia, non accede ai benefici normalmente concessi agli ergastolani. Ciò si traduce in una pena potenzialmente perpetua (c.d. “ergastolo ostativo”), la cui legittimità costituzionale, sotto il profilo del

¹⁶⁴ Il legislatore ha delegato il Governo (L. 23 giugno 2017, n. 103) ad apportare modifiche alle norme del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario. Dalla formulazione della delega non appare possibile dedurre o escludere che la riforma che il Governo è chiamato ad approvare possa riguardare anche l'istituto dell'ergastolo ostativo. D'altra parte, sebbene la delega stessa non sia influenzata sul piano formale dal termine della legislatura, prevista per il primo semestre del 2018, sul piano sostanziale la composizione della maggioranza di governo che risulterà dal rinnovo delle Camere appare idonea ad incidere sul futuro esercizio della delega stessa.

principio della funzione rieducativa (art. 27, comma 3, Cost.), sembrerebbe dubbia. Senonché, in un'ottica di polifunzionalità della pena, lo scopo rieducativo non è assoluto, ma concorre con altre funzioni altrettanto rilevanti ed egualmente meritevoli di tutela.

Key words (inglese): Life sentence – Constitution – Re-educative Function of Punishment
– European Convention on Human Rights – Role of Case Law

Key words (italiano): Ergastolo ostativo – Costituzione – Funzione rieducativa della pena
– Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Ruolo della giurisprudenza