

## ANTICIPAZIONI

---

**ADELMO MANNA**

**Ergastolo, ergastolo ostativo,  
CEDU e Costituzione:  
cronaca di un dialogo mai interrotto,  
ma pieno di asperità\***

L'Autore si occupa della massima pena rimasta nel nostro ordinamento, cioè l'ergastolo, sia da un punto di vista storico, che mediante un'analisi della legislazione e dei massimi consessi giurisprudenziali, ove emerge un contemperamento della perpetuità, attraverso l'applicazione prima della liberazione condizionale e poi delle misure alternative alla detenzione. Ciò, però, è precluso per l'ergastolo ostativo, in cui i benefici sono subordinati alla collaborazione processuale. Da ciò un recente, famoso intervento della CEDU, con la sentenza *Viola c./ Italia*, che ha ritenuto tale sistema in contrasto con la dignità umana. Ha risposto la Corte costituzionale italiana, in un primo tempo estendendo i permessi premio all'ergastolo ostativo e, in un secondo tempo, con una pronuncia "differita" ha ritenuto la mancata estensione allo stesso della liberazione condizionale incostituzionale, ma concedendo il tempo di un anno al Parlamento per legiferare in tema di criminalità organizzata e collaborazione processuale. I precedenti in materia non sono favorevoli ad un intervento del potere legislativo, per cui reputiamo che a maggio 2022 dovrà risolvere la questione la stessa Corte costituzionale. Questo secondo, eventuale passo, questa volta a favore della riduzione della perpetuità, lascia però aperto il quesito di fondo, se, cioè, l'ergastolo *tout court* sia ontologicamente compatibile o no con la funzione rieducativa della pena.

*Life imprisonment, life imprisonment, ECHR and Constitution:  
chronicle of a dialogue never interrupted, but full of harshness*

*The author deals with the maximum penalty remaining in our legal system, that is life imprisonment, both from a historical point of view, and through an analysis of the legislation and the highest jurisprudential fora, where a reconciliation of perpetuities emerges, through the application before the conditional release and then the alternative measures to detention. This, however, is precluded for life imprisonment, in which the benefits are subject to trial collaboration. Hence a recent, famous intervention of the ECHR, with the sentence *Viola v. Italy*, which considered this system to be in conflict with human dignity. The Italian Constitutional Court replied, initially by extending the permits-prize to life imprisonment and, at a later stage, with a "deferred" ruling, it deemed the non-extension of the conditional release unconstitutional, but granting the time to one year in Parliament to legislate on organized crime and procedural collaboration. The precedents in this matter are not in favor of an intervention by the legislative power, so we believe that in May 2022 the Constitutional Court itself will have to resolve the issue. This second, possible step, this time in favor of reducing perpetuity, however, leaves open the basic question, that is, whether life imprisonment *tout court* is ontologically compatible or not with the re-educational function of the sentence.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. - 2. Cenni storici; - 3. L'ergastolo nel c.p. del 1930, in rapporto alla Carta

costituzionale: prime riflessioni sul tema. - 4. Uno sguardo comparatistico sulla pena detentiva perpetua nei Paesi che aderiscono al Consiglio d'Europa. - 5. L'attenuazione della perpetuità dell'ergastolo soprattutto attraverso l'istituto della liberazione condizionale. - 6. La non praticabilità di tale modello con riferimento all'ergastolo ostativo, ove infatti *ab origine* solo la collaborazione con la giustizia consente all'ergastolano di beneficiare della rimessione in libertà, mediante l'utilizzazione di una presunzione assoluta di pericolosità. - 7. La giurisprudenza della CEDU, che in diverse pronunce, afferma il contrasto tra la pena perpetua e l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che fa riferimento alla dignità umana, ad alcune condizioni. - 8. La sentenza *Viola c/ Italia*, che applica tali principi anche alla situazione normativa italiana, condannando appunto l'Italia per il caso dell'ergastolo ostativo, in quanto ritenuto *di per sé* in contrasto con la dignità della persona. - 9. La reazione della Corte costituzionale italiana, che in una prima pronuncia effettua una timida apertura a favore della CEDU, perché consente ai soggetti in ergastolo ostativo di beneficiare almeno dei permessi-premio: l'importante passaggio, tuttavia, dalla pericolosità assoluta a quella relativa, foriera di ulteriori sviluppi. - 10. Il secondo intervento della Corte costituzionale, originato da una ordinanza di rinvio della Corte di Cassazione che ha ritenuto in contrasto con gli artt. 3 e 27, 3° comma, Cost., e 3 CEDU, la mancata estensione all'ergastolo ostativo pure dell'istituto della liberazione condizionale. - 11. La risposta in due tempi della Corte costituzionale nel senso che nell'ordinanza *de quo agitur* si afferma l'illegittimità della non estensione della liberazione condizionale all'ergastolo ostativo, per contrasto con gli artt. 3, 27, 3° comma, Cost., e 3 CEDU, ma, nel contempo, si rinvia di un anno la decisione definitiva, in attesa di un intervento del Parlamento in materia di criminalità organizzata e di collaborazione processuale: limiti di tale decisione "bifasica" e precedenti infausti. - 12. L'illegittimità dell'ergastolo *tout court* solo nel caso di sequestro di persona a scopo di estorsione con morte del sequestrato, come unica pronuncia che dichiara illegittimo *ex se* l'ergastolo, senza, cioè, l'ausilio di istituti che operino *ab externo*, e le "oscillazioni" in tema di ergastolo e giudizio abbreviato. - 13. Conclusioni: troppo facili entusiasmi sulla progressiva auspicata, apertura dell'ergastolo ostativo a tutte le misure alternative alla detenzione, a causa, soprattutto, del peso, riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, alla criminalità organizzata e, quindi, al c.d. diritto penale del nemico "in salsa nostrana". - 14. (segue) Il vero nocciolo del problema: l'incompatibilità concettuale tra ergastolo e funzione rieducativa della pena, ove il ricorso ad istituti che, *ab externo*, ne riducono la perpetuità, costituiscono la conseguenza ultima della teoria polifunzionale della pena. - 15. (segue) La riprova è proprio nell'ergastolo ostativo: laddove non sia più consentito - oppure, in caso affermativo, solo in ipotesi limitate - il ricorso *ab externo* ad istituti che incidono sulla perpetuità della sanzione, ciò ci farebbe tornare al vizio d'origine e, quindi, all'incompatibilità concettuale in precedenza descritta, in una sorta di circolo vizioso, che, invece, andrebbe risolto.

1. *Introduzione.* Anche con questo scritto celebriamo l'onorato, il collega Giovanni Grasso, che pure lui, come tanti ormai della nostra generazione, si avvia inesorabilmente verso la pensione come professore ordinario. Il titolo che abbiamo scelto per il nostro saggio riguarda anche un tema che lo stesso collega Giovanni Grasso fu tra i primi in Italia a sviluppare, ovvero sia il rapporto tra l'ordinamento comunitario ed i sistemi penali degli Stati membri<sup>1</sup>. Questa opera è stata davvero antesignana di un

---

\* Saggio destinato agli *Studi in onore del Prof. Giovanni Grasso*, nonché testo della *lectio magistralis* tenuta il 23 settembre 2021 nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia dallo scrivente, nella prospettiva del suo pensionamento, previsto il primo ottobre 2021. S'intende qui, infine, senti-

nuovo corso del diritto penale perché prima del volume del collega Grasso si era abituati a raffrontare le disposizioni di legge a livello penalistico solo con i principi costituzionali in materia penale, attraverso l'insegnamento di circa 16 anni prima di un penalista del calibro di Franco Bricola<sup>2</sup>.

Dopo la monografia di Giovanni Grasso si aprì, invece, un ulteriore ordine di problemi e soprattutto un raffronto con una distinta tavola di valori, cioè quella espressa, appunto, dalla normativa sovranazionale. Attualmente, infatti, possiamo tranquillamente affermare come non esista penalista, sia a livello teorico, che pratico, che non si trovi a raffrontare la disposizione di legge in materia penale che lo interessi, non solo con i principi costituzionali ma anche con quelli derivanti dall'ordinamento comunitario. Ciò, quindi, comporta che anche la giurisprudenza sia ordinaria, che costituzionale, debba confrontarsi inevitabilmente con l'ordinamento comunitario e soprattutto con la giurisprudenza sovranazionale<sup>3</sup>, che tuttavia si distingue in due organi ben diversi, quali la CEDU, assai simile come orientamento, alla nostra Corte costituzionale, perché si occupa essenzialmente di diritti, e la CGCE, con sede in Lussemburgo, mentre l'altra ha sede, come noto, a Strasburgo, che invece funge da Corte che si occupa dei problemi tipici da *lex mercatoria*, ovvero sia il diritto penale economico. Va da sé che, se, come intendiamo nel prosieguo, occuparci del tema dell'ergastolo in generale ed in particolare di quello ostativo, verranno in considerazione gli orientamenti sia della Corte costituzionale, che della CEDU, perché il tema è tipico dei diritti del detenuto, particolarmente sacrificati da una pena, come quella dell'ergastolo, che strutturalmente comporta, almeno a livello teorico, e non solo, la privazione a vita della libertà personale del prevenuto.

2. *Cenni storici.* Siamo ormai da tempo dell'avviso che l'inquadramento storico di qualsiasi istituto giuridico costituisca una premessa fondamentale per comprendere la dimensione attuale del fenomeno, che altrimenti, in una visione appiattita soltanto sull'attualità e sui problemi ad essa connessi, rischia di non comprendere e soprattutto di non far comprendere l'evoluzione e/o involuzione di un determinato istituto giuridico e, soprattutto, le ragioni ad esse connesse. In questa prospettiva non possiamo non rilevare due "costanti" dell'ergastolo, almeno a livello teorico, cioè a dire da un lato la perpetuità e dall'altro, quale contenuto della pena, la restrizione della libertà personale con obbligo di lavoro. L'ergastolo, infatti, o meglio *l'ergastulum*, che deriva dal greco *εργαστήριον*, nell'antica Roma era un carcere con obbligo di

---

tamente ringraziare, per l'importante apporto collaborativo, l'avvocata Margherita Piccardi del Foro di Roma.

<sup>1</sup> GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989.

<sup>2</sup> BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, 7 ss.

<sup>3</sup> In argomento, in particolare, MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; nonché SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

lavoro. Solo nel Medioevo e, più in particolare, nell'ambito della Chiesa, si iniziò a dare al termine un significato diverso, cioè di carcere, cui davano una nota di particolare rigore la segregazione perpetua e non il lavoro, bensì l'ozio forzato<sup>4</sup>: così nel Concilio di Toledo del 675 ed in quello di Trebur dell'895. In ogni caso il carcere come tale era estraneo sia alla concezione romana, che a quella germanica, per cui restò a lungo una peculiarità del regime penitenziale della Chiesa con uno scopo essenzialmente di carattere custodiale.

Si preferiva, infatti, sia la pena capitale che quelle corporali, nonché le pecuniarie. Ancora più rari erano i casi di carcere perpetuo anche perché i giureconsulti dell'epoca ritenevano che la condanna di un uomo libero al carcere a vita sarebbe equivalso ad una sua *riduzione in schiavitù*. Orbene non v'è chi non veda l'attualità di una concezione siffatta dell'ergastolo. Ad ogni buon conto il carcere perpetuo non si eseguiva in prigioni vere e proprie, ma, più spesso, in fortezze o castelli e per le donne in conventi. La prigioniera infatti restava destinata, secondo il principio di origine romanistica, esclusivamente alla custodia<sup>5</sup> ed anche tale concezione brilla per la sua attualità.

Venendo ora a tempi più recenti, ovvero al XIX secolo, l'ergastolo era previsto sia dal codice delle due Sicilie del 1819 (artt. 3 e 7), che da quello toscano (artt. 13 e 15), che, infine, da quello degli Stati estensi (artt. 10 e 16). Venne introdotto nella legislazione italiana con il codice penale del 1889 e previsto per i delitti più gravi, in precedenza puniti con la morte o con i lavori forzati. Veniva eseguito in speciali stabilimenti a ciò destinati dove il condannato, a seconda dei casi, per i primi sette o dodici anni rimaneva in segregazione cellulare continua con l'obbligo di lavoro. Decorso tale periodo, l'ergastolano veniva ammesso a lavoro collettivo, con l'obbligo del silenzio (*sic!*) e la segregazione notturna<sup>6</sup>.

Anche in rapporto al codice penale Zanardelli non mancarono autorevoli voci tendenti alla sua abolizione, ma che non raggiunsero il risultato sperato.

3. *L'ergastolo nel c.p. del 1930, in rapporto alla Carta costituzionale: prime riflessioni sul tema.* Soppressa la pena di morte dal D.lg. Lt. 10 agosto 1944 n. 224 e dal d.l. 22 gennaio 1948 n. 21 (art. 1) e definitivamente bandita dal nostro ordinamento con l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1, che infatti aveva soppresso all'art. 27, 4° comma, Cost., che disponeva “non è ammessa la pena di morte”, l'eccezione “se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”<sup>7</sup>, l'ergastolo rimaneva la pena più grave conservando così il carattere di pena perpetua e la funzione di eliminare totalmente il reo dalla vita sociale, senza ricorrere alla sua soppressione fisica. Ciò, tuttavia, ha comportato,

<sup>4</sup> Cfr. FIORELLI, voce *Ergastolo (storia)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 223 ss. e quivi 224.

<sup>5</sup> MUYART DE VOUGLANS, *Le lois criminelles de France*, Paris, 1780, 74.

<sup>6</sup> Cfr. PEDIO, voce *Ergastolo (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XV, etc. cit., 225 ss.; nonché, soprattutto, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Torino, 1934, III, 83 ss.

<sup>7</sup> Cfr. sulla pena di morte, da ultimo, DELLA BELLA, Sub art. 21, in *Codice penale commentato*, fond. da Dolcini e Marinucci e dir. da Dolcini e Gatta, V ed., Milano, 2021, I, Artt. 1-240 bis, 365 ss.

sin dall'entrata in vigore della Costituzione, un potenziale conflitto non tanto con l'art. 3, sotto il profilo della illegittimità delle pene fisse<sup>8</sup>, quanto con l'art. 27, 3° comma, sia sotto il profilo delle pene contrarie al senso dell'umanità, sia soprattutto sotto quello relativo alla rieducazione del condannato. Va, infatti, ricordato che, nel corso dell'Assemblea costituente, l'emendamento Leone-Bettiol, tendente a relegare la funzione rieducativa nella sola fase esecutiva della pena, per implicitamente affermare ancora l'essenza retributiva della pena medesima, non passò, per cui, come ha sostenuto Giuliano Vassalli, la funzione rieducativa della pena è entrata "a vele spiegate" nella Carta costituzionale e quindi nel sistema penale, obbligando in tal senso non solo il giudice dell'esecuzione, ma anche quello di cognizione e financo lo stesso legislatore ordinario<sup>9</sup>. Il Vassalli, tuttavia, fu anche sostenitore della c.d. teoria polifunzionale della pena, concezione che, nello sforzo di conciliare i diversi scopi da assegnare alla pena stessa, alcuni fra l'altro inconciliabili fra loro, come la retribuzione da un lato e la prevenzione generale e speciale dall'altro<sup>10</sup>, contribuì, suo malgrado, a far sì che la Corte costituzionale, adottando la tesi in questione, frenasse implicitamente le spinte più progressiste tendenti, invece, all'abolizione dell'ergastolo<sup>11</sup>.

Va, infatti, rilevato che, mentre la retribuzione giustifica la pena "in sé", secondo il modello dell'imperativo categorico kantiano<sup>12</sup>, la prevenzione generale e speciale legittimano la pena solo in un'ottica funzionalista, nel senso che la legittimazione si ricava soltanto dall'effetto di diminuzione dei reati commessi in generale ed, in particolare, da quel determinato soggetto<sup>13</sup>.

Se si sostiene che l'essenza della pena è ancora di carattere retributivo, ne consegue pianamente la legittimazione anche dell'ergastolo, tenendo conto che la stessa retribuzione non è altro che la razionalizzazione della antica legge del taglione, cioè occhio per occhio, dente per dente, per cui, ad esempio, ad un omicidio volontario o addirittura premeditato non può che corrispondere, appunto, la pena perpetua. Quest'ultima prospettiva tuttavia ormai è in netto declino, per cui a questo punto

<sup>8</sup> Sia consentito, in argomento, il rinvio a MANNA, *Sull'illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. Cost.*, 1980, 910 ss., con, ben inteso, rilievi anche più in generale sulle pene principali fisse, ritenute, non a caso, in contrasto con gli artt. 3 e 27, 3° comma, della Costituzione, come, infatti, successivamente si è espressa la stragrande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, soprattutto di ordine costituzionale.

<sup>9</sup> VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1961, 297 ss.

<sup>10</sup> Cfr., a questo proposito, la fondamentale opera di MONACO L., *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Napoli, 1985.

<sup>11</sup> Per una critica alla tesi della polifunzionalità della pena ritenuta giustamente come "compromissoria", cfr. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da Branca e A. Pizzorusso, *Art. 27-28, Rapporti civili*, Bologna, 1991, spec. 236 ss..

<sup>12</sup> Cfr., in senso giustamente critico, EUSEBI, *La funzione della pena: il conmiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989.

<sup>13</sup> Così, per tutti, ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS*, 1966, 377 ss.; nonché in Id., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-Boston, 2012, 1 ss.

appare opportuno riferirsi proprio ai lavori preparatori dell'Assemblea costituente ed, in particolare, a quelli della c.d. Commissione dei 75.

Orbene, l'allora Ministro della Giustizia, ovvero sia l'on. Palmiro Togliatti, segretario del PCI, nella seduta del 10 dicembre 1946 della Prima Sottocommissione<sup>14</sup>, si mostrò contrario alla pena dell'ergastolo, sostanzialmente considerandolo una sorta di morte civile, ed in modo analogo, cioè nel senso, per ripetere esattamente i termini usati dall'on. Togliatti, pena "inumana quanto la pena di morte, (che) dovrebbe essere parimenti soppressa", si espressero anche gli onn. Lucifero e Mancini. Pur tuttavia, prevalse l'opinione manifestata dal Presidente della Sottocommissione, l'on. Tupini, della DC, che in sostanza osservò come, essendo in via di abolizione nella Costituzione la pena di morte, non sarebbe stato opportuno, e forse nemmeno sarebbe stato compreso dalla pubblica opinione, come successivamente potremo purtroppo verificare, l'abolizione anche dell'ergastolo. In prospettiva analoga, si espresse anche l'on. Merlin, che tuttavia, cambiando in parte registro, fece richiamo all'esigenza di dare soddisfazione alla "coscienza popolare", per cui in casi particolarmente gravi era del tutto contraria a riaprire i cancelli del carcere<sup>15</sup>.

Va, però, rilevato che non tutta la DC era contraria all'abolizione della pena dell'ergastolo, perché ad esempio va ricordato il pensiero penalistico di Aldo Moro, che sul tema così affermava: "L'ergastolo che, privo com'è di qualsiasi speranza, di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento ed al ritrovamento del soggetto, appare *crudele e disumano* non meno di quanto sia la pena di morte ed è, appunto, in corso nel nostro ordinamento - che conosce ancora la pena dell'ergastolo anche se non conosce più la pena di morte - una riforma che tende a sostituire a questo fatto agghiacciante della pena perpetua - ("non finirà mai, finirà con la tua vita questa pena") - una lunga detenzione, se volete, una lunghissima detenzione, ma che non abbia le caratteristiche veramente pesanti della pena perpetua, che conduce ad identificare la vita del soggetto con la vita priva di libertà. Questo, capite, quanto sia psicologicamente crudele e disumano" (corsivo aggiunto)<sup>16</sup>.

Come può, dunque, chiaramente evincersi, non solo la parte più progressista delle sinistre, ma anche quella dei cattolici hanno, nel corso del tempo, manifestato una netta contrarietà a livello ideologico rispetto alla pena dell'ergastolo. Tanto ciò è vero che assai più di recente e cioè nel 2014, lo stesso Papa Francesco, ricevendo una delegazione della AIDP, pronunciò una solenne condanna dell'ergastolo, che, per il Sommo Pontefice, costituisce "*una pena di morte nascosta*"<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione. Prima Sottocommissione. Adunanza 10 dicembre 1946, 770.

<sup>15</sup> Cfr. in argomento PISANI M., *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, 575 ss. e quivi 584 ss.

<sup>16</sup> Cfr. MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale - tenute nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma*, raccolte e curate da Tritto e con presentazione di Vassalli, Bari, 2005, 115 ss., 116

<sup>17</sup> Cfr. *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto*

Pur tuttavia, successivamente alla condanna espressa dal Sommo Pontefice, si tenne un sondaggio sugli orientamenti dei cittadini italiani in tema di ergastolo<sup>18</sup>. Orbene, a favore della conservazione dell'ergastolo stesso si pronunciò ben l'80% degli intervistati; un esito, peraltro, perfettamente in linea con quello del referendum del 1981, promosso dai radicali, che infatti indicò il 77% di favorevoli all'ergastolo<sup>19</sup>.

Ciò sta a significare come la pubblica opinione, manifestandosi in larga maggioranza contraria all'abolizione dell'ergastolo, non può non aver inciso sullo stesso legislatore, che infatti, non solo nei primi progetti di riforma del codice penale, tenendo conto in particolare di un disegno di legge Gonella, presentato nel 1968, ma anche i più recenti progetti di riforma del codice penale, il Progetto Pagliaro del 1991, ex art. 37, comma 1 ed il Progetto Nordio del 2004, ex artt. 54, comma 1, e 56, si pronunciarono per la conservazione dell'ergastolo stesso.

Il Progetto Riz, invece, prevedeva un'unica tipologia di pena detentiva, cioè la reclusione, i cui limiti generali erano fissati da tre mesi a trent'anni (art. 16).

Più in particolare, il Progetto Grosso prevedeva la “*reclusione speciale*”, con un minimo di venticinque anni ed un massimo di trenta, ex artt. 49, comma 1, e 51, comma 1, mentre il Progetto Pisapia, all'art. 30, prevedeva una “*detenzione di massima durata*” fra ventotto e trentadue anni<sup>20</sup>. Per quanto, però, riguarda il Progetto Grosso, sul punto si mostrò chiaramente contrario l'allora Ministro della Giustizia, on. Clemente Mastella, osservando proprio -e non è un caso, come constateremo anche successivamente- che la proposta abolitiva contrastava in particolare con la incisiva presenza della criminalità organizzata in alcune Regioni del Sud Italia, come la Sicilia, la Calabria, la Puglia e la Campania. Ciò spiega, in definitiva, la ragione per cui i progetti di riforma tendenti all'abolizione dell'ergastolo non sono mai, sul punto, stati trasfusi in legge, per cui dobbiamo tuttora combattere contro la pena perpetua, ma in chiave soprattutto teorica, in quanto la pena perpetua non può concettualmente non confliggere in maniera patente con la funzione rieducativa della pena, giacché non ha senso nemmeno tentare un'opera di rieducazione nei confronti di un soggetto che è destinato a permanere per tutta la vita in carcere, per cui la rieducazione diventa del tutto inutile, poiché non può essere finalizzata al reinserimento nel contesto sociale.

---

penale, 23 ottobre 2014, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, 462, con commento di EUSEBI (2015).

<sup>18</sup> [www.forum.termometropolitico.it](http://www.forum.termometropolitico.it), 12 novembre 2014.

<sup>19</sup> Più in particolare, il sondaggio rilevò anche l'atteggiamento degli elettori dei diversi schieramenti politici: la quota più alta dei fautori dell'ergastolo si rinveniva tra gli elettori del M5S (86%); seguivano, a breve distanza, gli elettori del Centro-destra (83%) e chiudeva questa certo non esaltante classifica il Centro-sinistra con il 74%. Cfr. in argomento DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in DOLCINI-FASSONE-GALLIANI D.-PINTO DE ALBUQUERQUE-PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza - l'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 11 ss. e, quivi, 34.

<sup>20</sup> In argomento, di nuovo, DOLCINI, *op. cit.*, 20.

Da ultimo, l'ergastolo nella prassi mostra comunque numeri di un certo rilievo, in quanto i condannati a tale pena presenti nelle carceri italiane, al 31 dicembre 2017, erano 1735, a fronte di circa 37.500 condannati a pena detentiva e di una popolazione penitenziaria complessiva di 57.600 detenuti<sup>21</sup>. A ciò si aggiunga che dal 2010 i condannati all'ergastolo rappresentano una quota intorno al 4% della popolazione penitenziaria, nettamente superiore alla media europea, che invece si attesta sull'1,08%, anche se il dato è riferito ai soli condannati a pena detentiva<sup>22</sup>.

Quanto all'ergastolo ostativo, cioè quello riservato ai detenuti *ex artt. 4-bis e 41-bis o.p.*, che di regola possono essere liberati solo a seguito della collaborazione processuale, esso interessa addirittura oltre il 70% dei condannati all'ergastolo. Tra coloro che scontano tale tipo di ergastolo, circa il 25% si trova sottoposto al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis o.p., cioè il c.d. carcere duro<sup>23</sup>.

In conclusione, come si è potuto sinora constatare, la tesi radicale dell'abolizione totale dell'ergastolo in ogni sua forma, nonostante l'antinomia concettuale con la funzione rieducativa della pena, soprattutto laddove non è limitata al giudice dell'esecuzione, ma impegna anche quello di cognizione e, ancor prima, lo stesso legislatore ordinario, si è finora dimostrata purtroppo principalmente una chimera, per cui come costateremo da qui a breve, la convivenza forzata con la massima pena rimasta si è potuta mitigare solo *ab externo*, ricorrendo, cioè, ad istituti che, applicati all'ergastolo, soprattutto ne mettessero in discussione la perpetuità.

4. *Uno sguardo comparatistico sulla pena detentiva perpetua nei Paesi che aderiscono al Consiglio d'Europa.* La pena detentiva perpetua è presente nella maggior parte dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, cioè 47, ma per lo più con possibilità di riesame e di ritorno in libertà dopo un periodo minimo di detenzione. L'Italia è il Paese in cui tale periodo è più lungo, cioè 26 anni, per effetto della liberazione condizionale, come constateremo meglio in seguito. Seguono Spagna, Russia, Lettonia, Slovacchia e Slovenia, con 25 anni e, caso particolare, è rappresentato dalla Turchia, ove la regola è 24 anni, che però possono essere aumentati in taluni casi sino a 30 ed in altri, addirittura, sino a 36. Il periodo minimo si attesta invece a 10 anni in Svezia, a 12 in Danimarca e Finlandia, a 15 in Germania, Austria, Svizzera e Belgio, ma in tale ultimo Paese, il livello sale a 19 o 23 anni per i recidivi, ed infine in Francia, ove il limite è di 18 anni, che sale però sino a 30 per talune forme di omicidio.

Cinque Stati conoscono, però, la pena detentiva perpetua, senza possibilità di liberazione condizionale: trattasi dei Paesi Bassi, dell'Islanda, della Lituania, dell'Ucraina e

<sup>21</sup> [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), sito web del Ministero della Giustizia.

<sup>22</sup> Trattasi dell'ultima rilevazione del Consiglio d'Europa, relativa al 1° settembre 2016, in *Space I*, 2016, *Final Report*, diffuso il 20 marzo 2018, tav. 7.1.

<sup>23</sup> Cfr. GALLIANI D. - PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, 5 ss. e, quivi, 25 nt. 111; sul regime ostativo speciale di cui al 41-bis o.p., cfr., per tutti, DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano 2016.



di Malta. In tali Paesi, infatti, il condannato può chiedere la commutazione dell'ergastolo solo tramite la grazia, che può essere Ministeriale, Presidenziale o Reale.

Otto Stati, infine, non conoscono la pena detentiva perpetua e cioè il Portogallo, la Norvegia, la Serbia, il Montenegro, la Croazia, la Bosnia-Erzegovina, San Marino ed Andorra.

La durata massima della pena detentiva in tali Paesi va da 20 anni in Portogallo fino a 45 anni in Bosnia-Erzegovina<sup>24</sup>.

Quanto al quadro della prassi europea in tema di pena perpetua<sup>25</sup>, in valore assoluto l'Italia si colloca al quarto posto tra i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, con 1682 condannati all'ergastolo presenti in carcere al 1° settembre 2016.

Il nostro Paese è preceduto da Inghilterra e Galles (7361), Turchia (7303) e Germania (1863).

È seguita al quinto posto dalla Grecia (934), dalla Francia (489), dalla Polonia (380) e dal Belgio (217).

In valore percentuale, da ultimo, la quota italiana di condannati a pena perpetua, ovvero il 4,8% è ampiamente superiore alla media europea che si attesta all'1,8%.

La quota del nostro Paese eccede, tra l'altro, quelle di Germania (3,8%), Svezia (3,4%), Belgio (3%), Francia (1,9%) e Danimarca (1,5%) ed è inferiore a quella dell'Irlanda del Nord (14,8 %), della Grecia (13,9 %), dell'Irlanda (11,2 %), dell'Inghilterra e Galles (9,9 %), della Finlandia (7,8%) e, infine, della Turchia, che si attesta al 6%.

In conclusione, da questo sguardo comparatistico sulla normativa e sulla prassi relative all'ergastolo, emerge chiaramente che pochi sono ancora i Paesi ove l'ergastolo è sostituito da una detenzione di lunga durata, perché la maggioranza dei Paesi europei continua a mantenere nei propri sistemi penali tale massima pena, magari agendo sulla perpetuità, consentendo, cioè, la liberazione del condannato dopo spirato un determinato periodo di tempo.

Ciò sta ulteriormente a significare come, anche a livello comparatistico, si tenda ad agire *ab externo* nei confronti dell'ergastolo e, soprattutto, con riguardo alla sua perpetuità, facendo cioè funzionare gli istituti, come la liberazione condizionale, che restituiscano all'ergastolano il suo fondamentale e costituzionale "diritto alla speranza"<sup>26</sup>.

*5. L'attenuazione della perpetuità dell'ergastolo soprattutto attraverso l'istituto della liberazione condizionale.* Come si è già potuto arguire dalle considerazioni prece-

---

<sup>24</sup> Cfr. di nuovo DOLCINI, *op. cit.*, 22.

<sup>25</sup> I dati sono reperibili in *Space I*, 2016, *Final Report*, cit., tav. 7 e 7.1.

<sup>26</sup> A questo punto ci piace ricordare il Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Firenze, Alessandro Margara, purtroppo scomparso, che in tutta la sua vita, come magistrato, ha sempre insistito proprio sul concetto del carcere della speranza: cfr. DEIDDA, *Sandro Margara, il carcere speciale e l'ergastolo*, in *questionegiustizia.it*, 29 luglio 2017.

denti, il *punctum dolens* dell'ergastolo risiede nella sua perpetuità e, dunque, nel conflitto, già di ordine concettuale, prima che costituzionale, con la funzione rieducativa della pena. Rieducazione, infatti, in una prospettiva *post*-moderna, significa «ri-socializzazione» e, quindi, reinserimento nel contesto sociale, del tutto inutile, anzi, impossibile, se la pena risulta, appunto, perpetua.

Da qui, da parte soprattutto del legislatore, una, seppur solo parziale, erosione del carattere della perpetuità, ovviamente, ma non solo, agendo in particolare sul *remedium* della liberazione condizionale, per ottenere, seppure in via amministrativa e, poscia, giurisdizionale<sup>27</sup>, un limite alla perpetuità medesima.

Dobbiamo iniziare dalla l. 25.11.1962, n. 1634, che ha modificato l'art. 22 c.p., prevedendo la possibilità, per l'ergastolano, di essere ammesso alla libertà condizionale, ex art. 176, dopo aver scontato *ventotto anni* di pena.

Ulteriori ed assai più ampie attenuazioni del regime esecutivo dell'ergastolo sono state introdotte con la l. 10.10.1986, n. 663, che, oltre ad aver ridotto a *ventisei anni* il limite, ex art. 176, e 3 c.p., per la concessione della liberazione condizionale, ha previsto, inoltre, la possibilità, per l'ergastolano, di una serie di misure alternative, quali la semilibertà, i permessi-premio, il lavoro all'esterno e la libertà anticipata.

La c.d. mini-riforma penitenziaria, appunto del 1986, ha consentito che l'ergastolano fosse ammesso, dopo l'espiazione di almeno *dieci anni* di pena, ai permessi-premio, nonché, dopo *vent'anni*, alla semilibertà, ex artt. 30 *ter*, 4° comma, lett. d) e 50, 5° comma, c.p.. Anche nei computi di tali termini si terrà conto, ex art. 54, 4° comma, c.p., delle eventuali riduzioni di pena: da ciò si ricava che, laddove le riduzioni di pena (di quarantacinque giorni) siano accordate per l'intero periodo dell'esecuzione, l'ergastolano non solo potrà aspirare alla liberazione condizionale dopo *ventuno anni* di pena, ma essere altresì ammesso alla semilibertà dopo *sedici anni e venticinque giorni* ed ai permessi-premio (ed al lavoro all'esterno) dopo aver scontato (solo) otto anni e dieci giorni<sup>28</sup>.

Da ultimo, va segnalata l'estensione agli ergastolani, seppur non condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* c.p. della c.d. liberazione anticipata speciale<sup>29</sup>, misura a carattere temporaneo, introdotta con l'art. 4 d.l. n. 146/2013, per fronteggiare il sovraffollamento carcerario, che comportava uno sconto di pena di 75 giorni per semestre, anziché 45 come nella liberazione anticipata «ordinaria».

<sup>27</sup> Difatti la competenza originaria a concederla era affidata al Ministro di grazia e giustizia, ma, con la l. 12 febbraio 1975, n. 6, il legislatore l'affidò alla Corte d'Appello del distretto ove il condannato sconta la pena al momento della presentazione della domanda ed infine con la c.d. mini-riforma penitenziaria del 1986, fu definitivamente assegnata al Tribunale di sorveglianza. Per tutti, in dottrina, VASSALLI, *La liberazione condizionale dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *Giur. Cost.*, 1974, 3523 ss..

<sup>28</sup> Cfr., nella manualistica, da ultimo, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, X ed., Milano, 2021, 714-715.

<sup>29</sup> PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientati*, in *Dir. Pen. Cont.*, 30 gennaio 2015.

In definitiva, il legislatore ordinario, con questa pluralità d'interventi, seppur, a nostro avviso, ancora nell'ottica della c.d. polifunzionalità della pena, ha ritenuto di contemperare meglio l'originaria perpetuità dell'ergastolo, con importanti temperamenti, ove la retribuzione e la prevenzione generale negativa, cioè quale deterrenza, cedono questa volta il passo ad un maggior rilievo della funzione rieducativa, anche in ottica costituzionale, mediante la c.d. esecuzione progressiva<sup>30</sup>, nel senso, cioè, di modulare lo stesso ergastolo attraverso i comportamenti "virtuosi" del condannato. Certo, le modifiche non scalfiscono il contenuto dell'ergastolo come pena, almeno teoricamente, perpetua, ma utilizzano istituti o già esistenti nel c.p. Rocco, come la liberazione condizionale, oppure introdotti più di recente, con le riforme penitenziarie del 1975 e del 1986, cioè talune misure alternative alla detenzione, per trasformare, *ab externo*, l'ergastolo in un regime progressivamente "aperto". In altri termini, non si è inteso porsi davanti alla legittimità, o no, da un punto di vista costituzionale e comunitario, dell'ergastolo *tout court*, ma si è preferito, evidentemente, "aggirare l'ostacolo" e non prenderlo, quindi, di petto, mediante il contemperamento sinora descritto.

6. *La non praticabilità di tale modello con riferimento all'ergastolo ostativo, ove infatti ab origine solo la collaborazione con la giustizia consente all'ergastolano di beneficiare della remissione in libertà, mediante l'utilizzazione di una presunzione assoluta di pericolosità.* D'altro canto, l'affrontare "di petto" la legittimità dell'ergastolo *tout court* ha trovato in primo luogo dissenziente la Corte di Cassazione, che, in una risalente sentenza a SS.UU. penali, nel lontano 1956, già aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'ergastolo, proprio in rapporto all'art. 27, 3° comma, Cost.<sup>31</sup>, utilizzando una lettura restrittiva della disposizione costituzionale, fondata sull'*emenda morale* del reo.

Anche la Corte costituzionale, del resto, ha ritenuto legittimo l'ergastolo, in rapporto all'art. 27 Cost., sia mediante la ben nota teoria "polifunzionale" della pena, che risulta, però, come abbiamo già rilevato, sostanzialmente "compromissoria", sia, appunto, facendo leva soprattutto sulla liberazione condizionale, che avrebbe fatto perdere all'ergastolo la sua caratteristica più inquietante, cioè la perpetuità<sup>32</sup>.

L'unica apertura significativa -a parte ciò che si rileverà più avanti- della Corte riguarda i minori, per i quali giustamente la pena dell'ergastolo è risultata in contrasto coll'art. 27, 3° comma, Cost., proprio perché trattasi di soggetti nei confronti dei quali la disposizione costituzionale deve possedere un'efficacia maggiore, nel senso della

<sup>30</sup> MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *op. cit.*, 715.

<sup>31</sup> Cass., Sez. un., 16 giugno 1956, Tardi, in *Giust. Pen.*, 1956, I, 296; in argomento, PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo. Sull'incostituzionalità del carcere a vita*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 marzo 2013, nonché in AA.VV., *Il diritto alla speranza, etc., cit.*, 79 ss..

<sup>32</sup> Corte cost., 22 novembre 1974, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1976, 262, con osservazioni critiche, in particolare, di GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dir. pen.*, 1992, 65 ss.; e FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *ibid.*, 79 ss..

“preminenza”, anche in relazione al successivo art. 31 Cost.<sup>33</sup>, ovvero sia dei problemi educativi dei giovani. A nostro avviso al fondo del problema emerge il concetto latino di “*pietas*”, nel senso che con i minori inevitabilmente le esigenze retributive e di prevenzione generale soprattutto negativa, cioè di “deterrenza”, non possono non cedere il passo, anche in base alla coscienza sociale, alla rieducazione, nel senso qui anche proprio del ri-educare, per poi re-inserire il minore effettivamente nel contesto sociale.

Volendo ora trarre una prima sintesi della problematica, emerge che solo parte della dottrina ha affrontato in chiave ablativa l’ergastolo *tout court*, mentre la Corte costituzionale non l’ha seguita in questa più radicale direzione, se non per i minori, e il legislatore, del pari, ha ritenuto di “aggirare l’ostacolo”, attraverso l’incidenza sulla perpetuità in primo luogo della liberazione condizionale e, poscia, delle altre misure alternative alla detenzione, allo scopo di bilanciare meglio retribuzione e prevenzione generale, da un lato, con la prevenzione speciale, *ex art. 27, 3° comma, Cost.*, dall’altro, sempre nella prospettiva, anche, come abbiamo ricordato *ut supra*, di qualificata dottrina espressa soprattutto da Giuliano Vassalli<sup>34</sup>.

Tutto quanto sinora rilevato e cioè il delicato equilibrio rinvenuto soprattutto dal legislatore, nonché, in parte, anche dalla Corte costituzionale, viene, però, “cancellato” dal c.d. ergastolo ostativo. Con tale termine ci si riferisce al particolare regime dell’ergastolo che si applica a coloro che sono stati condannati alla pena perpetua per taluno dei delitti “ostativi”, di cui all’art. 4-*bis*, 1° comma, Ordinamento penitenziario, cioè con riguardo essenzialmente alla criminalità terroristica ed a quella organizzata secondo le modifiche apportate sia nel 1991, che nel 1992, che, infine, nel 2009. Per tale categoria di ergastolani, originariamente ed anche tutt’ora, tranne timide aperture da parte della Corte costituzionale, che tratteremo successivamente, l’accesso alle misure alternative ed ai benefici penitenziari, tranne la liberazione anticipata-beneficio che però risulta del tutto inutile, proprio a causa della perpetuità-è subordinato ad un’utile collaborazione processuale, *ex art. 58-ter, Ord. penit.*, nel senso che non deve risultare la stessa impossibile o irrilevante, secondo quanto previsto originariamente dall’art. 4 *bis*, 1° comma *bis*, o.p.<sup>35</sup>. In tal modo si ritorna, quindi, alla perpetuità praticamente almeno ineluttabile della pena dell’ergastolo, perpetuità che si era, invece, attenuata con l’ergastolo “tradizionale”.

Va, tuttavia, aggiunto che la Corte costituzionale, con due interventi assai opportuni, ha equiparato all’“utile collaborazione” anche quella “impossibile”<sup>36</sup> e quella “oggettivamente irrilevante”<sup>37</sup>, pur se per tali ultime due ipotesi di riforma, ovviamente, la

<sup>33</sup> Corte cost., n. 168 del 1994, in *Giur. Cost.*, 1994, 1254 ss., con nota di GALLO e GEMMA.

<sup>34</sup> VASSALLI, *Finzioni e insufficienze, etc. loc. ult. cit.*

<sup>35</sup> In argomento, per tutti, CARACENI, *Art. 4 bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Grevi-Giostra-Della Casa, VI ed., Padova, 2019, 40 ss..

<sup>36</sup> Corte cost., 1° marzo 1995, n. 68.

<sup>37</sup> Corte cost., 27 luglio 1994, n. 357: sia consentito, per maggiori approfondimenti, il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, V ed., Milano, 2020, 594.

condizione per cui siano stati acquisiti elementi tali da far escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata od eversiva. Più in particolare, la collaborazione può risultare "impossibile" o in ragione della limitata partecipazione al fatto criminoso, ovvero in quanto i fatti e le responsabilità siano stati integralmente accertati con sentenza irrevocabile. La collaborazione può risultare, invece, "oggettivamente irrilevante", allorché al condannato sia stata riconosciuta una delle circostanze attenuanti della riparazione del danno o dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ex art. 62, 6° comma, c.p.; oppure ancora, nel concorso di persone nel reato il contributo è stato accertato di minima importanza (art. 114 c.p.); oppure, infine, nell'ipotesi del concorrente nel reato diverso da quello voluto, laddove il reato commesso sia risultato più grave di quello voluto ex art. 116, 2° comma, c.p..

In definitiva, tranne questi lievi "aggiustamenti", l'ergastolo ostativo riafferma la perpetuità e, quindi, la "vera" natura dell'ergastolo, questa volta basata su di una presunzione assoluta di pericolosità, scalfita solo dalla collaborazione processuale.

In sostanza, il legislatore utilizza un sistema c.d. a forbice, nel senso che se il condannato collabora con la giustizia, facendo soprattutto i nomi dei concorrenti e, quindi, contribuendo a disgregare dall'interno le organizzazioni criminali, come "contropinta" ha accesso ai benefici penitenziari ed alle misure alternative<sup>38</sup>, altrimenti si continua a presumerlo, *iuris et de iure*, seppure con qualche apertura da parte della Corte costituzionale in tema di collaborazione "impossibile" od "oggettivamente irrilevante", socialmente pericoloso e quindi destinato inevitabilmente al "fine pena mai".

*7. La giurisprudenza della CEDU, che in diverse pronunce, afferma il contrasto tra la pena perpetua e l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che fa riferimento alla dignità umana, ad alcune condizioni.* Circa la compatibilità dell'ergastolo con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed in particolare con l'art. 3, che fa riferimento alla dignità umana, in linea generale va osservato che - secondo la consolidata giurisprudenza della CEDU- l'ergastolo non è di per sé incompatibile con l'art. 3, subordinatamente, però, ad alcune condizioni tassative. In primo luogo, che l'ergastolo non risulti gravemente sproporzionato al fatto commesso. In secondo luogo, che la sua esecuzione si mostri funzionale ad uno degli scopi della pena e, in terzo luogo, ciò che più rileva ai nostri fini, che *sussista nell'ordinamento la possibilità, de iure o de facto, che l'ergastolano sia rimesso in libertà*<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Nel senso, però, che il diritto penale diventa "servente", in particolare alle esigenze probatorie, come icasticamente ha per primo avuto modo di rilevare PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529 ss..

<sup>39</sup> PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *RAIC*, 2018, 3, 11 ss.; per un'efficace ricostruzione della giurisprudenza della CEDU interna, cfr. DELLA BELLA, *sub art. 22, cit.*, 384 ss..

Il punto di partenza è rappresentato dalla sentenza della Grande Camera Kafkaris c. Cipro, del 2008, in cui si richiede espressamente l'esistenza nell'ordinamento dello Stato membro di un meccanismo che attribuisca all'ergastolano una *chance* di essere restituito al consorzio civile. Pur tuttavia, nella sentenza in esame, si reputa sufficiente anche un provvedimento di grazia del Presidente della Repubblica, ipotesi, in verità, assai remota nella prassi<sup>40</sup>.

Su analoga falsariga si è poi posta la prima sentenza Vinter c. Regno Unito, che ha ritenuto legittimo il *whole life order*, cioè l'ergastolo senza possibilità di rilascio, a condizione, però, che potesse essere esercitato il potere discrezionale, attribuito al Segretario di Stato, di rimettere in libertà il condannato "per motivi umanitari" e nonostante che anche in tale ipotesi il potere in oggetto non risultasse essere quasi mai esercitato.

Con la sentenza della Grande Camera Vinter c. Regno Unito assistiamo, però, ad un importante *revirement*, che si potrebbe definire "dall'astratto al concreto", in quanto viene affermata non solo l'incompatibilità del *whole life order* con l'art. 3 CEDU, ma anche e soprattutto che l'ergastolo è compatibile con la Convenzione europea solo nell'ipotesi in cui l'ordinamento nazionale si doti di un meccanismo di revisione della condanna all'ergastolo, *che offra concrete possibilità di liberazione del condannato, decorso un periodo minimo di detenzione*. In caso contrario, l'ergastolano "*rischia di non potersi mai riscattare*", ciò che risulta gravemente lesivo della dignità umana<sup>41</sup>.

Tale ultima, importante sentenza è stata, poi, ribadita nei successivi arresti della Corte, seppure vanno registrate anche alcune rilevanti battute d'arresto<sup>42</sup>.

In conclusione, non possono non rilevarsi alcune similitudini tra la giurisprudenza della CEDU e non solo il nostro legislatore, ma anche la nostra Corte costituzionale, nel senso che si tende, in varia guisa, ad incidere sulla "perpetuità" dell'ergastolo *tout court*, attraverso il riconoscimento della possibilità, anche qui mediante diverse mo-

<sup>40</sup> Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro, su cui COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu)*, in *Dir.pen.cont.riv.trim.*, 2011, 1, 243.

<sup>41</sup> Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, Vinter c. Regno Unito, con commento di GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, 3.

<sup>42</sup> Corte EDU, IV, 3 febbraio 2015, Hutchinson c. Regno Unito, poi confermata dalla Grande Camera, 17 gennaio 2017: per un'analisi di tale ultima pronuncia e, più in generale, sull'evoluzione della giurisprudenza europea in tema di ergastolo, cfr. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza, etc. cit.*, 2019, 125 ss.. Sulla *Opinione dissenziente* del giudice Pinto de Albuquerque, cfr. ID., *I diritti umani in una prospettiva europea - Opinioni dissenzienti e concorrenti (2016-2020)*, a cura di Saccucci, Napoli, 2021, 541 ss. e spec. 542 ss., con i commenti, in particolare, di GROPPI, "*Sentinella quanto resta della notte?*" *Qualche considerazione sulla missione del dissent del giudice Paulo Pinto de Albuquerque a partire dal caso Hutchinson c. Regno Unito*, in *ibid.*, 653 ss.; di ONIDA, *Sulle pene perpetue: un confronto a tutto campo sui rapporti tra Corte dei diritti e giurisprudenza interna*, in *ibid.*, 692 ss.; e di PALAZZO F.C., *La questione dell'ergastolo mette a dura prova il sistema CEDU*, in *ibid.*, 704 ss.

dalità e/o istituti, in base, ovviamente, ai singoli ordinamenti nazionali, che l'ergastolano possa uscire dal carcere prima del "fine pena mai".

Ecco, dunque, spiegata la ragione per cui tutto ciò rischia di non valere più in rapporto al c.d. ergastolo ostativo, perché, paradossalmente, sembra di essere tornati ai "blocchi di partenza", per usare un linguaggio podistico.

8. *La sentenza Viola c/ Italia, che applica tali principi anche alla situazione normativa italiana, condannando appunto l'Italia per il caso dell'ergastolo ostativo, in quanto ritenuto di per sé in contrasto con la dignità della persona.* Se, dunque, l'orientamento della CEDU, in tema di ergastolo, è quello sinora descritto, abbiamo maggiore facilità ad interpretare l'esatto significato della sentenza Viola c/Italia, che infatti ha applicato i principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria nei casi in precedenza analizzati, proprio alla situazione italiana<sup>43</sup>.

In realtà, la sentenza Viola è stata seguita anche dalla successiva pronuncia della *Grande Chambre*, che in data 8 ottobre 2019 ha confermato i principi della sentenza Viola 1, dichiarando "irricevibile", il ricorso dello Stato Italiano<sup>44</sup>. Fra l'altro, la Corte EDU si era dimostrata, addirittura, di più ampio respiro rispetto al caso Viola in un'altra sentenza, sempre del 2019, nel caso *Petkhov v. Ukraine*<sup>45</sup>.

Fatte queste doverose premesse, affrontiamo ora la sentenza Viola c/Italia 1. Secondo quanto affermato dalla CEDU, la necessaria subordinazione della liberazione condizionale alla collaborazione processuale impedisce di considerare la pena perpetua "riducibile", con conseguente violazione del principio di cui all'art. 3 CEDU. A ben considerare, quindi, la sentenza Viola si pone sullo stesso filone giurisprudenzia-

<sup>43</sup> Corte EDU, I Sez., 13 giugno 2019, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 925 ss., con nota di DOLCINI, *Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, nonché in DOLCINI-FIORENTIN-GALLIANI-MAGI-PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti - Ergastolo ostativo e art. 41-bis*, Torino, 2020, 87 ss.; nonché con nota di SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto ad una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2019; sull'ergastolo ostativo, da ultimo, cfr. DE FRANCESCO G.A., *L'invito al diritto penale*, Bologna, 2020, 167 ss.; in argomento cfr. anche CASTELLANETA, *L'ergastolo ostativo previsto nel nostro ordinamento per alcuni reati ed in contrasto con la CEDU*, in *Guida dir.*, 13 giugno 2019, 92 ss.; nonché MINNELLA C., *Cade il meccanismo della collaborazione conditio sine qua non*, in *ibid.*, 96 ss.; MORAMARCO, *Detenuti per mafia, benefici penitenziari a chi non collabora*, in *ibid.*, n. 6, 25 gennaio 2020, 35 ss.; CISTERNA, *Quel doppio binario di lotta alla mafia che va rimodulato*, in *ibid.*, n. 44, 26 ottobre 2019, 10 ss.; nonché, infine, in modo ancor più esaustivo e convincente, a chiusura di tutta la vicenda, DOLCINI, *L'ergastolo ostativo alla resa dei conti? Impossibile ogni compromesso con l'idea dello "scopo"*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, 375 ss.

<sup>44</sup> Sia consentito sul punto il rinvio a MANNA, *L'ergastolo ostativo alla luce delle pronunce delle Corti interne ed internazionali*, in *Bilanciamento e sistema delle fonti*, a cura di Di Carlo, Torino, 2020, 125 ss. e, quivi, 127.

<sup>45</sup> CEDU, Sez. IV, 12 marzo 2019, *Petkhov v. Ukraine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1303 ss., con nota di BRUCALE, *L'ergastolo in Europa e il "right to hope". La sentenza "Petkov c. Ucraina" nel panorama giurisprudenziale della Corte EDU*.

le espresso in altre sentenze della CEDU, cioè a dire che il contrasto con la dignità della persona umana va interpretato, nel senso che il nostro ergastolo ostativo non consente, almeno nel momento in cui è stata emessa la sentenza della CEDU, una riduzione qualsivoglia della perpetuità della sanzione in oggetto, che costituisce il *punctum dolens*, in particolare dell'ergastolo ostativo. Tanto ciò è vero che la sentenza Viola, di cui stiamo ora discutendo, individua nell'esistenza dell'ergastolo ostativo un problema di carattere strutturale del nostro ordinamento, cui dovrebbe seguire l'adozione di misure idonee ad evitare analoghe violazioni dell'art. 3 CEDU. Tali misure, secondo l'orientamento della CEDU, dovrebbero essere preferibilmente d'iniziativa legislativa, concretizzandosi in una "riforma dell'ergastolo che garantisca la possibilità di un riesame della pena"<sup>46</sup>.

Quest'ultimo richiamo, ovverosia alla necessità di un intervento di carattere legislativo, risulta assai rilevante, giacché, come potremo qui di seguito constatare, lo stesso è stato comunque fatto proprio nel successivo intervento della Corte costituzionale italiana, soprattutto nella ordinanza avente ad oggetto la mancata estensione della liberazione condizionale all'ergastolo ostativo.

Andiamo, tuttavia, per gradi, tenendo, però, preliminarmente in conto, dell'atteggiamento sicuramente non favorevole alla, non tanto eliminazione, quanto anche riduzione della perpetuità dell'ergastolo ostativo, da parte della magistratura nostrana, specie di uno dei più illustri rappresentanti della stessa, cioè il Consigliere Giuseppe Pignatone, ex Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma e che, attualmente, presiede il Tribunale penale ecclesiastico presso la Santa Sede. In un suo recente intervento sulla stampa, in ordine alla riforma del Ministro della Giustizia, Prof. Cartabia, in tema di prescrizione "processuale", ove emerge chiaramente l'ottica ancora di rappresentante della Pubblica Accusa, egli conclude: "*Sul piano legislativo va registrata con soddisfazione l'adozione di norme più rigorose in termini di improcedibilità per i reati di mafia, con l'auspicio che anche in futuro venga salvaguardato - nonostante le critiche, a volte interessate, di molti - quel sistema del doppio binario che ha consentito finora di contrastare adeguatamente, con indagini e processi, la metastasi criminale*"<sup>47</sup>.

Orbene, scontata sarebbe l'obiezione per cui il Consigliere Pignatone non tratta espressamente dell'ergastolo ostativo, ma, dall'intero tenore dell'articolo e, soprat-

<sup>46</sup> In argomento, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale, cit.*, 706; nonché DELLA BELLA, *sub Art. 22, cit.*, 386.

<sup>47</sup> PIGNATONE, *La lezione di Palermo - come la Città ha reagito a Cosa nostra*, in *La Repubblica*, 24 agosto 2021, 29. Quanto egli scrive ci fa chiaramente intendere come l'ottica, in cui affronta i problemi più annosi della giustizia penale, risulti ancora quella di alto rappresentante della Pubblica Accusa, facendo riemergere la bontà della prospettiva, da decenni portata avanti, soprattutto dall'UCPI e, attualmente, oggetto di *referendum* abrogativo, relativa alla separazione delle carriere tra pubblica accusa ed organo giudicante. Ad ogni buon conto, sul tema è ritornato più di recente lo stesso Autore, sia con un articolo, che con un volume: cfr. PIGNATONE, *Il paradosso della giustizia*, in *La Repubblica*, 8 settembre 2021, 29; nonché ID., *Fare giustizia*, Bari-Roma, 2021.



tutto, dalle sue conclusioni, emerge, più in generale, quella che costituisce la *communis opinio*, soprattutto dei Pubblici Ministeri italiani, di cui troveremo indiretta traccia anche nella seconda pronuncia della Corte costituzionale italiana in materia, cioè quella di conservare ad ogni costo il c.d. doppio binario, con particolare riguardo agli artt. 4-*bis* e 41-*bis* o.p. e, quindi, con riguardo anche all'ergastolo ostativo.

9. *La reazione della Corte costituzionale italiana, che in una prima pronuncia effettua una timida apertura a favore della CEDU, perché consente ai soggetti in ergastolo ostativo di beneficiare almeno dei permessi-premio: l'importante passaggio, tuttavia, dalla pericolosità assoluta a quella relativa, foriera di ulteriori sviluppi.* La Corte costituzionale italiana, con la sentenza 4 dicembre 2019 n. 253<sup>88</sup>, accoglie in modo davvero molto parziale il richiamo al “senso di umanità”, di cui all'art. 27, comma 3, Cost. e, quindi, alla dignità umana, di cui all'art. 3 CEDU, sottolineato in particolare dalla Corte europea come ostacolo insormontabile all'ergastolo ostativo, a meno che lo stesso fosse ridotto nella sua perpetuità. Tanto ciò è vero che la Corte costituzionale italiana, in tale prima sentenza, non apre affatto all'operare di istituti che abbiano lo scopo di ridurre il *punctum dolens* dell'ergastolo ostativo, cioè appunto la perpetuità che, invece, già con l'applicazione della liberazione condizionale e non solo, aveva contribuito a rendere l'ergastolo non ostativo più accettabile da un punto di vista costituzionale.

La Corte costituzionale italiana, infatti, con la sentenza in oggetto si limita a dichiarare illegittima la normativa di cui all'art. 4-*bis* o.p., ma solo con riferimento alla inibizione della concessione dei permessi-premio. In tal modo è evidente come la Corte costituzionale italiana ancora non si allinei alla giurisprudenza prevalente della CEDU, proprio perché, a ben considerare, non incide affatto sulla perpetuità dell'ergastolo ostativo, che infatti risulta assolutamente inalterata, pur se va aggiunto come, in tal modo, si ottenga comunque un notevole ampliamento della discrezionalità del giudice, in quanto, a ben considerare, si passa dalla presunzione assoluta di pericolosità, ad una presunzione soltanto relativa, proprio perché l'ergastolo ostativo non è più subordinato soltanto alla collaborazione processuale, ma si consente l'accedere ai permessi-premio evidentemente anche a coloro che non hanno collaborato.

Questo, seppur timido, primo passo della Corte costituzionale italiana non va, tuttavia, sottovalutato, perché costituisce la prima “rottura” di quel modello c.d. a forbice, di cui abbiamo in precedenza trattato, e che costituirà la valvola di sfogo verso traguardi assai più rilevanti.

---

<sup>88</sup> Sia consentito, in argomento, il rinvio, nella manualistica, a MANNA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, II ed., Milano, 2021, 778 ss.; sul tema cfr. anche PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza davanti alle Corti*, cit., 117 ss.; ID., *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *ibid*, 129 ss.; nonché, più in generale, anche DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *ibid*, 11 ss.

10. *Il secondo intervento della Corte costituzionale, originato da una ordinanza di rinvio della Corte di Cassazione che ha ritenuto in contrasto con gli artt. 3 e 27, 3° comma, Cost., e 3 CEDU, la mancata estensione all'ergastolo ostativo pure dell'istituto della liberazione condizionale.* Ormai, dunque, il dado era stato tratto, anche se, come si potrà constatare anche successivamente, non siamo così ottimisti come altri, autorevoli esponenti della dottrina, quale, appunto, Pugiotto<sup>49</sup>, perché, invece, riteniamo che la lunga marcia verso l'eventuale superamento dell'ergastolo ostativo sia, non solo ancora in fase preliminare, ma, soprattutto, che il percorso intrapreso non sarà senza inaspettati *revirements*. Andiamo, però, per gradi, iniziando con la Corte di cassazione, che, in un'importante ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale, ha ritenuto non manifestamente infondata e rilevante per il processo in corso la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis, comma 1, e 58-ter della l. n. 358/1975 e dell'art. 2 del d.l. n. 152/1991, nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale<sup>50</sup>. Va, a questo proposito, ricordato che nel passato la Corte costituzionale ebbe, comunque, ad affermare che. “*L'estensione della liberazione condizionale agli ergastolani consente l'effettivo reinserimento del condannato all'ergastolo nel consorzio civile, quando abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento all'autorità giurisdizionale competente a concederla*”<sup>51</sup>. Anche se la sentenza della Corte costituzionale si riferiva, beninteso, all'ergastolo *tout court*, evidentemente la Corte di cassazione ha preso spunto anche da tale orientamento più generale, per porre un problema di legittimità alla Corte costituzionale, questa volta proprio nella materia specifica relativa all'ergastolo ostativo.

Più in particolare, la Corte di cassazione ha ritenuto che ancora la mancata estensione della liberazione condizionale all'ergastolo ostativo confliggesse, non solo con gli artt. 3 e 27, 3° comma, Cost., ma anche con l'art. 3 CEDU, cui si era riferita, in particolare, la stessa Corte europea dei diritti dell'Uomo nella già ricordata sentenza Viola c/Italia.

11. *La risposta in due tempi della Corte costituzionale nel senso che nell'ordinanza de quo agitur si afferma l'illegittimità della non estensione della liberazione condizionale all'ergastolo ostativo, per contrasto con gli artt. 3, 27, 3° comma, Cost., e 3 CEDU, ma, nel contempo, si rinvia di un anno la decisione definitiva, in attesa di un*

<sup>49</sup> PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, spec. 143 ss., che infatti scrive di “conto alla rovescia per il superamento dell'ergastolo ostativo”.

<sup>50</sup> Cass., Sez. I pen., ord. 18 giugno 2020, n. 18518, in *Guida al dir.*, n. 29, 4 luglio 2020, 78.

<sup>51</sup> Corte cost., sent. 22 novembre 1974, n. 264, su cui cfr. MANNA-RONCO, *Codice penale annotato*, Pisa, 2017, 420 ss.

*intervento del Parlamento in materia di criminalità organizzata e di collaborazione processuale: limiti di tale decisione “bifasica” e precedenti infausti.* La Corte costituzionale questa volta si è espressa con un’ordinanza, dell’11 maggio 2021, n. 97, utilizzando il metodo della c.d. *pronuncia-monito*<sup>32</sup>. Si tratta in realtà di una sorta di pronuncia bifasica, che la Corte costituzionale ha già sperimentato sia con riferimento all’aiuto al suicidio *ex art. 580 c.p.*<sup>33</sup>, che con riguardo al trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa, *ex art. 595, co. 3, c.p.*<sup>34</sup>. Per quanto riguarda l’ergastolo ostativo e l’accesso alla libertà condizionale, l’ordinanza della Corte costituzionale ha chiaramente affermato l’illegittimità della mancata estensione all’ergastolo ostativo della liberazione condizionale, e ciò per contrasto con gli artt. 3, 27, 3° comma, Cost. e 3 CEDU, riecheggiando così la ben nota sentenza Viola c/ Italia della Corte Europea dei diritti dell’uomo. La Corte stessa, però, è intervenuta nella stessa ordinanza con un “colpo di freno” nel senso che ha posto l’accento sul carattere “apicale” della normativa sottoposta al suo giudizio nel quadro del contrasto alla criminalità organizzata, il cui equilibrio complessivo verrebbe messo in pericolo da un intervento meramente demolitorio. La Corte, inoltre, pone l’esigenza di distinguere, *in subiecta materia*, tra il condannato collaborante e chi non collabora con la giustizia. Da ciò la netta conclusione: “appartiene... alla *discrezionalità legislativa* e non già a questa Corte, decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere” tra la condizione dell’uno e dell’altro ergastolano.

Nel caso che qui ci occupa la Corte costituzionale, a nostro avviso, con tale pronuncia-monito si differenzia rispetto agli altri due casi in precedenza ricordati, in quanto

---

<sup>32</sup> In argomento cfr. AA.VV., *L’ergastolo ostativo è incostituzionale ma...? A proposito dell’ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale, Convegno del 15 settembre 2021*, in *Sistema penale*, 16 settembre 2021; nonché, da ultimo, GIUGNI I., *Legalità penale e sentenze monito*, in AA.VV., *Giornate di studi penalistici, Corso di formazione per dottorandi - VIII edizione*, Garda, 13-15 settembre 2021; nella manualistica cfr. MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *op. cit.*, 721.

<sup>33</sup> Ord. 16 novembre 2018, n. 207, cui è seguita la sentenza 22 novembre 2019, n. 242, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della norma incriminatrice dell’aiuto al suicidio, limitatamente all’ipotesi in cui venga agevolata “l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli”. In argomento, cfr. in particolare ROMANO M., *Suicidio assistito e Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 33 ss. e la bibliografia ivi citata, nonché sia consentito il rinvio anche a MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *DisCrimen*, 26 maggio 2020.

<sup>34</sup> Ord. 9 giugno 2020, n. 132, cui è seguita Corte cost., sent. 22 giugno-12 luglio 2021, n. 150, in *Guida al dir.*, 7 agosto 2021, 64 ss., con nota giustamente critica di MALAVENDA, *Per chiunque “racconti un fatto” resta la discrezionalità del giudice*, in *ibid*, 73 ss.; in argomento cfr. anche MORAMARCO, *Reato di diffamazione, illegittimo punire con il carcere i giornalisti*, in *ibid*, 31 luglio 2021, 25 ss., sempre, ben inteso, che non ci si trovi di fronte a chi si sia reso responsabile di “campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti *gravemente lesivi* della reputazione della vittima e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della - oggettiva e dimostrabile - falsità degli addebiti stessi” (corsivo aggiunto).

in entrambi ci si trovava di fronte ad un bilanciamento tra interessi costituzionali e cioè, per quanto riguarda la diffamazione a mezzo stampa, il rapporto tra l'onore inteso come diritto inviolabile dell'uomo *ex art. 2*, e la libertà di manifestazione del pensiero, *ex art. 21 Cost.*. Anche per quanto riguarda l'aiuto al suicidio siamo di fronte ad un tentativo di bilanciare due beni altrettanto protetti dalla Costituzione e cioè, da un lato, la tutela della vita e, dall'altro, quella della libertà di autodeterminazione individuale, ovverosia i rapporti tra *art. 2* ed *art. 32 Cost.*.

Nel caso, invece, che qui ci occupa il rapporto che pone l'ordinanza *de quo agitur* non è di composizione tra beni costituzionali contrapposti, bensì, da un lato, tra riferimenti costituzionali e sovranazionali, come il principio di uguaglianza-ragionevolezza, la funzione rieducativa della pena e la proibizione di pene o trattamenti inumani o degradanti, mentre dall'altro, si pongono, a ben considerare, problemi di opportunità politico-criminale, riconducibili *lato sensu* al concetto di ordine pubblico, certamente non protetto dalla Costituzione ed alquanto vago<sup>55</sup>.

Difatti toccherà al legislatore un duplice, ingrato compito, quello cioè da un lato di rivisitare la legislazione in materia di criminalità organizzata, per renderla in qualche modo compatibile con l'estensione della liberazione condizionale all'ergastolo ostativo e, dall'altro, rivedere, non s'intende però in quale preciso modo, né direzione, il problema della collaborazione processuale, che comunque, con la precedente sentenza della Corte costituzionale sui permessi premio, ha già subito indirettamente un'importante modifica, segnata dal passaggio dalla presunzione assoluta a quella soltanto relativa di pericolosità. V'è però, a questo punto, visti anche i precedenti negativi del caso Cappato e di quello in tema di diffamazione a mezzo stampa, ove in entrambi i casi il legislatore non ha provveduto alla riforma richiesta dalla Corte costituzionale, se in quest'ultimo caso, nonostante la maggiore complessità e soprattutto il difficile rapporto da armonizzare tra entità eterogenee quali, da un lato i principi costituzionali e sovranazionali e, dall'altro, le esigenze di politica criminale sottese ad un determinato settore ormai da definirsi del "diritto penale del nemico"<sup>56</sup>. Il Parlamento avrebbe del materiale da utilizzare come, ad es., i risultati della Commissione Fiandaca ed in particolare la formulazione del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, inteso non già come reato di danno, bensì come reato di pericolo fondato sul paradigma dello scambio elettorale politico-mafioso, ovverosia ove l'organizzazione criminale promette protezione, mentre i soggetti privati promettono e poi danno denaro o altra utilità per ottenere, appunto, tale protezione<sup>57</sup>. Tale pro-

<sup>55</sup> In argomento, per tutti, DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, con, *ivi*, la ben nota distinzione tra ordine pubblico ideale ed ordine pubblico materiale.

<sup>56</sup> Da ultimo, sull'argomento di cui torneremo anche successivamente, *cf.*, seppure in una tematica diversa da quella che stiamo trattando, MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021, spec. 113 ss..

<sup>57</sup> In argomento, *cf.* FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VII ed., Bologna-Roma, 2014, spec. 555 ss..

posta, però, risale addirittura agli anni '90 del secolo scorso e nonostante ciò il legislatore non l'ha mai presa in seria considerazione tale da trasformarla in legge, per cui è fortemente da dubitare che lo faccia attualmente, come del resto per le altre materie rinviate all'esame dello stesso da parte della Corte costituzionale. Non va, infatti, sottovalutata la crisi, ormai endemica, in cui versa il Parlamento come potere dello Stato, decisamente sopravanzato dagli altri due poteri, quello governativo e, nonostante tutto<sup>58</sup>, anche quello giudiziario, e soprattutto attualmente impegnato su due problematiche urgenti, cioè convertire in legge i decreti-legge del Governo in tema di Covid-19, obbligo di vaccinazione ed obbligo di *green pass*<sup>59</sup>, nonché i connessi problemi in tema di emergenza economica. Se a ciò si aggiunga che in genere il Parlamento pare si riunisca soltanto due giorni a settimana, ne consegue l'estrema problematicità che vada ad occuparsi in un anno ed addirittura a varare quella complessa legislazione, sotto duplice profilo, richiesta dalla Corte costituzionale. D'altro canto, gli altri due esempi di pronuncia "differita", stanno a dimostrare come il rinvio al Parlamento sia stato del tutto fallimentare.

Più in particolare, abbiamo l'impressione che la Corte costituzionale non se la sia sentita di estendere *tout court* all'ergastolo ostativo la liberazione condizionale, proprio perché questo tipo di ergastolo riguarda, oltre la criminalità terroristica, anche la criminalità organizzata, in relazione alla quale non a caso la Corte costituzionale ha chiesto "l'ausilio" del Parlamento, che, evidentemente, dimostra come in Corte le opinioni non fossero tutte orientate alla declaratoria di illegittimità costituzionale. Il problema, però, è che la Corte costituzionale medesima doveva, almeno a nostro sommo avviso, tenere conto che le altre due ipotesi di *pronuncia-monito*, ovvero sia di decisione finale differita, comunque non avevano condotto ad un intervento risolutore da parte parlamentare, per cui se ne doveva dedurre che ciò sarebbe stato

<sup>58</sup> Nonostante, cioè, soprattutto, i casi Palamara e Davigo-Greco: per il primo caso, SALLUSTI-PALAMARA, *Il sistema*, Milano, 2021, spec. 239 ss..

<sup>59</sup> In argomento, da ultimo, DONELLI-GABRIELLI-CUSI-BENVENUTI-CANDELORI-NUCCI-COLUCCIA-GUALTIERI-CAPANO-MERCURIO, *Gli aspetti giuridici dei vaccini - Obblighi, responsabilità e risvolti medico-legali*, Santarcangelo di Romagna, 2021, spec. 13 ss.. Tanto ciò è vero che la riforma Cartabia, limitata prevalentemente, ma non solo, alla prescrizione - ove si è dovuta creare, onde evitare l'opposizione dei 5 stelle, la nuova categoria della improcedibilità - deriva dalla più complessiva riforma elaborata dalla Commissione, di nomina ministeriale, presieduta dal cons. Giorgio Lattanzi, alla quale il Parlamento sinora ha aderito - tanto è vero che il 23 settembre 2021, con 177 sì, il Senato ha approvato definitivamente la riforma penale (cfr. MILELLA, in *La Repubblica*, 24 settembre 2021) - a dimostrazione che le riforme anche in materia penale originano dal potere governativo, anziché da quello legislativo, come ulteriormente dimostra il d.d.l. Zan, ancora in gestazione nel Parlamento medesimo, senza che allo stato se ne possa prevedere una sicura via d'uscita: cfr., in argomento, CISTERNA, *Legge Zan, una questione complicata perché non si tratta solo di giuste tutele*, in *Guida al dir.*, 31 luglio 2021, 12 ss.. Circa la riforma in tema di prescrizione, ove l'improcedibilità risulta funzionale a superare il blocco della prescrizione, stabilito dalla legge c.d. Spazzacorrotti, tuttavia per un'autorevole e per buona parte condivisibile critica, cfr., per tutti, PECORELLA G., *Soluzione per la "nuova" prescrizione, tempi distinti per fasi e gradi del rito*, in *ibid*, 4 settembre 2021, 11-12, con anche profili di illegittimità costituzionale.

ancor più difficile in una materia così complessa, come quella relativa alla criminalità organizzata.

Ciò non toglie che, almeno a nostro giudizio, residua una questione giuridica di non poco momento: siccome la Corte costituzionale nell'ordinanza *de quo* si è già espressa per la illegittimità dell'ergastolo ostativo, se non esteso alla liberazione condizionale, per contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. e art. 3 CEDU, v'è da chiedersi quale possa essere l'esito di una istanza che, basandosi proprio sul, seppur parziale, ma sul punto inequivocabile, *dictum* della Corte costituzionale, proprio in base a quest'ultimo chieda, appunto, l'estensione della liberazione condizionale anche all'ergastolo ostativo. In effetti si può comprendere la tesi di coloro i quali ritengono che l'istanza medesima debba essere dichiarata inammissibile ma, gli stessi autori aggiungono che tale inammissibilità risulta comunque *paradossale*, perché emessa in forza di una disciplina della quale la Corte ha (già) accertato l'illegittimità costituzionale<sup>60</sup>. Possiamo comprendere questa tesi così radicale anche perché, indubbiamente, la pronuncia della Corte costituzionale non può dirsi ancora completa. Invitiamo, però, l'interprete a riflettere perché giustamente questa tesi da parte degli stessi suoi sostenitori presenta una parte "paradossale", in quanto non può non rilevarsi come la stessa Corte costituzionale si è già espressa sul contrasto con la Costituzione della mancata estensione, allo stato, della liberazione condizionale all'ergastolo ostativo, giacché in tal modo coloro che subiscono tale tipo di pena perpetua non possono allo stato ottenere una riduzione salutare della perpetuità, consigliata, se non addirittura imposta, anche dalla CEDU, nonostante che sul punto sia la Corte Europea dei diritti dell'uomo, che successivamente la stessa Corte costituzionale si siano inequivocabilmente già espresse. Pur tuttavia, allo stato, non risultano pronunce che abbiano già applicato l'ordinanza della Corte costituzionale e ciò, anche se nella sostanza ingiusto, si può però comprendere a causa della circostanza per cui trattasi di un provvedimento ancora interinale. Ad ogni buon conto siamo dell'avviso che anche in questo caso il Parlamento non interverrà in via definitiva, per cui bisognerà attendere maggio 2022, quando la Corte costituzionale di nuovo si riunirà per porre, ci auguriamo, la parola conclusiva sulla annosa questione del rapporto tra ergastolo ostativo e liberazione condizionale.

12. *L'illegittimità dell'ergastolo tout court solo nel caso di sequestro di persona a scopo di estorsione con morte del sequestrato, come unica pronuncia che dichiara illegittimo ex se l'ergastolo, senza, cioè, l'ausilio di istituti che operino ab externo, e le "oscillazioni" in tema di ergastolo e giudizio abbreviato.* Ad ogni buon conto, la Corte costituzionale si è anche occupata di una ipotesi attinente all'ergastolo *tout court*, cioè la particolare disciplina che era prevista all'art. 58 *quater*, comma 4°, o.p. per i casi in cui la condanna fosse pronunciata per alcune ipotesi di sequestro di per-

<sup>60</sup> Così, quasi testualmente, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *op. cit.*, 721.

sona, ovvero sia il sequestro a scopo di terrorismo o di eversione ed il sequestro a scopo di estorsione seguiti dalla morte della vittima: artt. 289 *bis*, comma 3°, e 630, comma 3°, c.p.<sup>61</sup>. Trattasi di una sentenza molto importante, perché costituisce la prima pronuncia della Corte che estromette direttamente una forma di ergastolo dall'ordinamento; va, tuttavia, considerato che tale modello di ergastolo, a causa del ristretto ambito di destinatari, si collocava, quanto meno da un punto di vista statistico, del tutto ai margini del sistema sanzionatorio. Gli argomenti sviluppati dalla Corte sono sostanzialmente tre: il primo riguarda l'art. 3 Cost. e si appunta sull'"appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di 26 anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4 *bis* ord. penit.". Ciò, infatti, sovverte irrazionalmente la logica gradualistica che ispira il modello di esecuzione descritto nella legge sull'ordinamento penitenziario.

Il secondo argomento attiene alla liberazione anticipata, ex art. 54 ord. penit., strumento fondamentale per la Corte costituzionale, onde incentivare la partecipazione del condannato all'offerta rieducativa, i cui effetti motivanti sono invece annullati dall'art. 58 *quater*, comma 4°, o.p., per un lunghissimo arco temporale.

Il terzo argomento investe il "carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici penitenziari", stabilita per i condannati all'ergastolo ex art. 58 *quater*, comma 4°, o.p., in modo tale da impedire qualunque valutazione in concreto di un eventuale percorso rieducativo da parte del condannato.

Tratteremo, da ultimo, una questione assai controversa, cioè la possibilità per l'ergastolano di beneficiare degli sconti di pena legati alla scelta del rito abbreviato<sup>62</sup>.

Secondo la disciplina originaria dell'art. 442 c.p.p., per effetto della scelta del rito abbreviato la condanna all'ergastolo era sostituita con quella a trent'anni di reclusione. Detta disciplina è stata, tuttavia, ritenuta illegittima, per eccesso di delega, dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 176/1991, con cui è stato precluso l'accesso al rito abbreviato per gli imputati di reati puniti con l'ergastolo<sup>63</sup>. La situazione normativa è, però, venuta a modificarsi con la c.d. legge Carotti, ovvero sia con la l. 16.12.1999, n. 479, che ha modificato l'art. 442, comma 2, c.p.p., ripristinando l'originaria disciplina. Da ultimo, con la l. 12.4.2019, n. 33, il legislatore è nuovamente intervenuto, sancendo questa volta di nuovo l'esclusione del rito abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo ex art. 438, comma 1 *bis* c.p.p.. La Corte costituzionale, pronunciatisi con la sentenza n. 260 del 2020, ha tuttavia escluso che la legge si ponesse in contrasto con il principio di uguaglianza-ragionevolezza, ex art. 3 Cost., con il diritto di difesa ex art. 24, comma 2, con la presunzione di innocenza, ex art. 27, comma 2, ed infine con i principi del giusto processo, in particolare con quello della ragionevole durata, ex art. 111, comma 2, Cost., ritenendo che la

<sup>61</sup> Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149, su cui, nella manualistica, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *op.cit.*, 717-718.

<sup>62</sup> Cfr., per una esaustiva ricostruzione della problematica, DELLA BELLA, *op. cit.*, 376 ss..

<sup>63</sup> Corte cost., 23.4.1991, n. 176, in *Cass. pen.*, 1992, 529.

disciplina in essa contenuta fosse espressione della discrezionalità legislativa in materia processuale<sup>64</sup>.

Orbene, quest'ultima vicenda e le relative oscillazioni dimostrano come la materia dell'ergastolo si muova inevitabilmente tra prevenzione generale, in genere dominante, sotto il profilo della prevenzione generale "negativa", ovvero sia della pura deterrenza, rispetto a qualche ancora timida apertura alla prevenzione speciale, che in quest'ultima ipotesi, se tenuta in considerazione, avrebbe invece comportato una riduzione del vero *punctum dolens* espresso dall'ergastolo, cioè la sua perpetuità, che al contrario, se fosse stato ricompreso nelle ipotesi in cui è applicabile il giudizio abbreviato, si sarebbe, appunto, ottenuta una salutare e conforme a Costituzione, nonché alla normativa ed alla giurisprudenza sovranazionale, riduzione della stessa perpetuità.

13. *Conclusioni: troppo facili entusiasmi sulla auspicata, progressiva apertura dell'ergastolo ostatico a tutte le misure alternative alla detenzione, a causa, soprattutto, del peso, riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, alla criminalità organizzata e, quindi, al c.d. diritto penale del nemico "in salsa nostrana".* Proprio le sentenze della Corte costituzionale nn. 253 e 263 del 2019, hanno già fatto sostenere, seppure autorevolmente, l'esistenza del "conto alla rovescia per il superamento dell'ergastolo ostatico"<sup>65</sup>. Il *final countdown* sarebbe, quindi, in tale prospettiva, già cominciato, ma, proprio l'ordinanza da ultimo analizzata della Corte costituzionale, ci induce a ben più miti consigli. Siamo, infatti, dell'avviso che la Corte costituzionale medesima, con la risposta in due tempi, abbia in realtà, come suol dirsi, tirato il freno di emergenza, ad ogni speranza di apertura circolare, ricordando proprio, in particolare al legislatore, l'opportunità di intervenire comunque sulla disciplina della criminalità organizzata e della correlativa collaborazione processuale. Ciò significa, come abbiamo già in precedenza osservato, che l'esistenza, in particolare in alcune regioni del Sud Italia, come la Sicilia, la Calabria, la Puglia e la Campania, di vere e proprie consorterie criminali, evidentemente frena anche il legislatore costituente, nel senso di cercare, a nostro avviso, una improbabile "quadratura del cerchio", tra garantismo e prevenzione generale, soprattutto negativa, ovvero sia in termini di deterrenza. Ciò, si badi, non significa affatto trascurare la c.d. mafia silente, che si afferma infatti soprattutto da Roma in su, come dimostra anche la recente condanna per l'art. 416 *bis* del *clan* dei Casamonica, per i quali il Tribunale di Roma ha riconosciuto la sussistenza dell'associazione di tipo mafioso<sup>66</sup> a differenza di ciò che in precedenza era avvenuto nel processo c.d. di Mafia Capitale, ove, invece, la Corte di cassazione aveva optato

<sup>64</sup> Corte cost., sent. 18 novembre 2020, n. 260, con commento di LEO, *L'esclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo: infondate o inammissibili le questioni di legittimità costituzionale*, in *Sistema penale*, 7 dicembre 2020.

<sup>65</sup> Cfr. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostaticità penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019, etc. cit.*, spec. 143 ss..

<sup>66</sup> Cfr. *La Repubblica*, 21 settembre 2021, 21.



per la sussistenza soltanto di un'associazione per delinquere semplice<sup>67</sup>. Ciò significa, però, come sussistono, in giurisprudenza, addirittura due modelli contrapposti di associazione per delinquere di stampo mafioso, l'uno in cui i requisiti di cui al 3° comma dell'art. 416 *bis* c.p., sono da considerarsi *in atto*, mentre altra parte della giurisprudenza, evidentemente riferentesi alla c.d. mafia silente, li reputa *in potenza*<sup>68</sup>. Non è un caso, infatti, che per ben due volte la richiesta a due primi presidenti della Corte Suprema di cassazione, di inviare sul punto gli atti alle Sezioni Unite penali, sia stata in entrambi i casi respinta, evidentemente, aggiungiamo noi, perché i due modelli antitetici e seppure coesistenti del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., consentono alla giurisprudenza di comprendere, da un lato, le mafie tradizionali e, dall'altro, le mafie c.d. silenti. Ciò, però, dimostra come la criminalità organizzata costituisca, ben più di quella terroristica, ormai da noi vinta soprattutto per merito del generale Carlo Alberto Dalla Chiesa, che, invece, fu barbaramente ucciso assieme alla moglie, la signora Setti Carraro, il 3 settembre 1982 in un agguato *mafioso* a Palermo, quando era stato nominato Prefetto di quella città, quella che a buon diritto può essere definita il nostro "diritto penale del nemico". Con tale concetto ci si intende riferire ad una distinzione, posta da un grande, seppure discusso, penalista tedesco, cioè Günther Jakobs, tra il diritto penale del cittadino e, appunto, il diritto penale del nemico. Con quest'ultimo termine egli si riferisce, infatti, proprio agli appartenenti alla criminalità terroristica, od organizzata, che, come tali, ponendosi contro gli apparati statali, non meriterebbero nemmeno di essere considerati come "persone" a livello giuridico<sup>69</sup>. Va da sé, che il concetto di diritto penale del nemico, che chiariremo successivamente nelle sue caratteristiche basiche, nasce soprattutto dopo il famoso attentato negli USA alle Torri Gemelle, per cui si riferisce *ab origine* alla criminalità terroristica<sup>70</sup>, ma ciò non significa, ben inteso, che le relative caratteristiche strutturali non possano essere estese anche alla criminalità organizzata, come infatti, a nostro avviso, avviene in particolare nel nostro Paese. E' ora, però, di chiarire quali siano le coordinate che caratterizzano il diritto penale del nemico: esso comporterebbe a livello di diritto penale sostantivo, sia una notevole anticipazione della tutela penale, con reati di chiaro stampo preparatorio, come è

<sup>67</sup> Cass., Sez. VI pen., 22 ottobre 2020, in questa *Rivista*, con nota di PIVA, *Mafia Capitale: la Cassazione esclude l'associazione mafiosa e le connesse circostanze aggravanti*.

<sup>68</sup> Cfr., in argomento, l'acuta ricostruzione di POMANTI, *Le metamorfosi delle associazioni di tipo mafioso e la legalità penale*, Pisa, 2018.

<sup>69</sup> JAKOBS, *¿Terroristas como personas en Derecho?*, in CANCIO MELLÁ, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2, Montevideo-Buenos Aires, 2006, 77 ss.

<sup>70</sup> RESTA F., *11 settembre: attentato alle libertà? I diritti umani dopo le Torri Gemelle*, Roma, 2011; ID., *Enemigos y criminales. Las lógicas del control*, in CANCIO MELLÁ, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op.cit.*, 735 ss.; sia altresì consentito, per un esame dei c.d. *Patriot Act I e II* statunitensi, il rinvio a MANNA, *Erósion de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: la privacy*, in *ibid.*, 257 ss.; da ultimo, sul nuovo diritto penale internazionale, PORTOLAN, *La civiltà giuridica. Principii di criminologia scientifica e fondamenti di nuovo diritto penale internazionale*, Pordenone, 2021, spec. 31 ss. e, con riguardo alla CIA, 32 ss..

avvenuto, ad esempio, da noi con le fattispecie introdotte con il c.d. decreto Pisanu<sup>71</sup>, sia una forte “soggettivizzazione” della stessa fattispecie penale, magari con l’introduzione dei discussi modelli della colpa d’autore, per la condotta di vita e per il modo di essere del soggetto, sia, infine, mediante un notevole innalzamento del carico sanzionatorio, che è proprio quello che stiamo qui discutendo in materia di ergastolo ostativo per la criminalità terroristica e quella organizzata<sup>72</sup>.

D’altro canto, non c’è da stupirsi, in quanto la concettualizzazione del diritto penale del nemico deriva dal pensiero sistemico di Niklas Luhmann<sup>73</sup>, che, tuttavia, è stato giustamente criticato dal sociologo italiano Alberto Febbrajo, che, infatti, ha, in particolare, rifiutato l’idea per cui colui che si pone contro lo Stato debba essere giuridicamente qualificato come *non persona*, giacché anche tali soggetti, nonostante l’esperienza sicuramente negativa di Guantanamo, tuttavia ancora aperto come carcere a Cuba, hanno tutto il diritto di essere considerati anch’essi come persone dal punto di vista giuridico<sup>74</sup>. La riprova di quanto siamo venuti sostenendo, la ricaviamo da una pronuncia, di alcuni anni fa, della Cassazione, I Sezione penale, che aveva annullato l’ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Bologna che aveva rigettato il ricorso *de libertate* di Totò Riina, che era già malato di un tumore addirittura al quarto stadio e, quindi, del tutto incurabile, ma ancora ristretto nel *super*-carcere di Parma, affermando, come importante *obiter dictum*, che “*ogni persona ha diritto ad una morte libera e dignitosa*”<sup>75</sup>.

D’altro canto, non v’è da stupirsi se uno studioso, del calibro di Jakobs, ha sostenuto la tesi del diritto penale del nemico, perché, almeno a nostro avviso, va inquadrata nei presupposti dogmatici del diritto penale da lui sostenuto. Intendiamo riferirci, in primo luogo, alla svalutazione del concetto di bene giuridico, che invece appartiene alla tradizione del diritto penale liberal-garantista, giacché egli ritiene, nell’ottica Luhmanniana, che il reato sia espressione della disobbedienza del cittadino nei confronti dello Stato, per cui la pena ha la funzione di reintegrare il sistema giuridico-sociale così violato, a nostro giudizio con una singolare riemersione, seppure sotto mentite spoglie, della antica teoria retributiva.

Egli, infatti, anche per quanto riguarda le funzioni della pena, sostiene la prevenzione generale, non già positiva, cioè come orientamento del comportamento dei cittadini, bensì in una visione assai più “autoritaria”, nel senso della “prevenzione mediante integrazione”, cioè a dire che la pena svolgerebbe la funzione di reintegrare il rap-

<sup>71</sup> Cfr. L. 31 luglio 2005 n. 155, di conversione, con modificazioni, del d.l. 27 luglio 2005 n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale.

<sup>72</sup> JAKOBS, *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, in CANCIO MELIÁ, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op.cit.*, 93 ss..

<sup>73</sup> LUHMANN, *Introduzione alla teoria dei sistemi*, Lecce, 2018.

<sup>74</sup> FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell’opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975.

<sup>75</sup> Cass., Sez. I penale, 5 giugno 2017, n. 27766, Riina, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 6 giugno 2017.

porto di fedeltà tra cittadino e Stato, violato dal reato, per cui la pena, sempre nell'ottica sistemica, servirebbe quindi a restaurare il sistema giuridico-sociale, in modo che l'insieme dei sottosistemi possa di nuovo funzionare senza anomalie<sup>76</sup>.

Va da sé, per quanto sopra esposto, che inevitabilmente assumono una valenza centrale i c.d. delitti di disobbedienza<sup>77</sup>, ma ciò che lascia francamente perplessi è, non solo la sostituzione del concetto garantista di bene giuridico, con quello di disobbedienza del cittadino nei confronti dello Stato, che inevitabilmente perde quella funzione di controllo del legislatore, che invece ha sempre svolto il bene giuridico, per lasciare inevitabilmente in tale prospettiva il legislatore medesimo quale arbitro di considerare fatti penalmente rilevanti, magari anche disobbedienze di non particolare rilievo ed ove, per di più, i confini tra diritto e morale - compresa teoricamente anche quella religiosa - rischiano di sfumare nell'indistinto concetto di disobbedienza.

Per quanto riguarda, poi, la funzione di prevenzione generale mediante integrazione, lascia francamente altrettanto scettici la tesi per cui la pena svolgerebbe la funzione di rinsaldare il rapporto di fedeltà tra cittadino e Stato che, se potrà, in teoria, essere tollerata in una visione estremamente rigida della cultura protestante, diventa, non solo assai più difficile da accettare in una diversa concezione del mondo, ma, soprattutto, si corre il fondato rischio che in tal modo il cittadino si trasformi in suddito<sup>78</sup>, così rischiando di obliterare sinanco le conquiste ottenute con la rivoluzione francese e la connessa Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, del 1789.

È evidente, quindi, come in tale quadro socio-dogmatico, si spiega la teoria del diritto penale del nemico, che tuttavia dovrebbe essere a questo punto ed a maggior ragione, essere considerata criticamente, anche se ciò non significa, si badi, che sia del tutto infondata, come dimostra proprio il caso della criminalità organizzata e del connesso ergastolo ostativo.

Pur tuttavia, riteniamo di dar voce ad un'autorevole voce critica, anche del pensiero Jakobsiano, rappresentata dal compianto Alessandro Baratta che, infatti, così ebbe ad esprimersi in proposito: *“Non si può fare la “guerra” alla mafia con il diritto penale, non solo perché una guerra fatta con questo strumento sarebbe perduta in partenza, ma anche perché il diritto penale non è uno strumento di guerra, bensì uno strumento giuridico di regolazione di obblighi diritti e potestà che presiedono l'attribuzione di responsabilità a cittadini e l'uso della reazione punitiva nei confronti degli infrattori dichiarati tali secondo procedure stabilite”*<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Studienausgabe*, 2. Aufl., Berlin, New York, 1993, spec. 9 ss., per quanto riguarda il significato della pena e 44 ss.; per quanto attiene alla critica della teoria della tutela dei beni giuridici.

<sup>77</sup> JAKOBS, *op. cit.*, 168 ss. e, quivi, 174-175.

<sup>78</sup> Così anche FEBBRAJO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>79</sup> BARATTA, *La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 120; in argomento, cfr. anche MOCCIA, *Seguridad y sistema penal*, in CANCIO MELIA'- GÓMEZ-JARA DIEZ, *op. cit.*, 299 ss. e, quivi, 314.

D'Altro canto, è noto come un altro giurista e politico, oltre che originariamente magistrato, come Luciano Violante, si è giustamente espresso nel senso che, appunto, è illusorio contrastare la mafia soltanto con la macchina giudiziaria penale, perché, soprattutto nelle regioni del Sud Italia diventa assolutamente imprescindibile creare posti di lavoro e, quindi, istituire imprese, che possano rappresentare una valida alternativa a quelle di carattere criminale<sup>80</sup>.

Tutto ciò dovrebbe, quindi, far riflettere anche sul tema oggetto precipuo delle nostre riflessioni, ovvero sia l'ergastolo in generale, e, in particolare, per quanto qui da ultimo ci occupa, l'ergastolo ostativo.

14. (segue) *Il vero nocciolo del problema: l'incompatibilità concettuale tra ergastolo e funzione rieducativa della pena, ove il ricorso ad istituti che, ab externo, ne riducono la perpetuità, costituiscono la conseguenza ultima della teoria polifunzionale della pena.* Da quanto siamo venuti sinora esponendo, si comincia crediamo a comprendere la ragione per cui non possiamo essere ottimisti sul ritenuto inizio della fine dell'ergastolo ostativo. Laddove, infatti, dovesse la Corte Costituzionale, nel 2022, dichiarare definitivamente l'illegittimità costituzionale della mancata estensione della liberazione condizionale all'ergastolo ostativo, in primo luogo non è affatto detto che a ciò segua, successivamente, anche l'estensione delle misure alternative alla detenzione all'ergastolo ostativo medesimo, giacché in tale ultimo senso non avrebbe alcun significato mantenere una categoria a parte di ergastolo, per la criminalità terroristica ed organizzata, cioè, appunto, l'ergastolo ostativo, giacché torneremmo all'ergastolo *tout court*.

Se, comunque, ciò avvenisse, ci ritroveremmo inevitabilmente al punto di partenza, cioè a dire a quella prospettiva, a nostro giudizio sostanzialmente compromissoria, di mantenere, da un lato, l'ergastolo, ma, dall'altro, incidere sulla sua perpetuità che, seppur raccomandato anche dalla giurisprudenza sovranazionale, a ben considerare risulta figlia della teoria polifunzionale della pena, che appunto cerca, a nostro avviso, una improbabile "quadratura del cerchio", mettendo insieme grandezze e concetti incommensurabili tra loro, come, da un lato, la retribuzione come essenza della pena e, dall'altro, le funzioni di prevenzione generale ed anche di prevenzione speciale<sup>81</sup>.

Siamo, infatti, ormai giunti alla conclusione per cui sussiste proprio una *incompatibilità concettuale* tra ergastolo e funzione rieducativa della pena, che può essere solo lenita dal tradizionale ricorso ad istituti che *ab externo* ne riducano la perpetuità, giacché, in realtà, risulta un'antinomia logica, prima che giuridica, rieducare un soggetto destinato ad una pena (quasi) perpetua, proprio "per la contraddizione che nol consente". A questo proposito il conflitto non appare tuttavia così netto con l'altro

<sup>80</sup> VIOLANTE, *Non è la piovra-Dodici tesi sulle mafie*, Torino, 1994.

<sup>81</sup> VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena, etc.*, *loc. ult. cit.*; per una condivisibile critica, cfr., però, FIANDACA, sub *Art. 27, terzo e quarto comma, cit.*

requisito di cui all'art. 27, comma terzo, Cost., ovvero sia la contrarietà al senso di umanità, non già perché l'ergastolo non incida sulla dignità umana, come insegna la CEDU, ma in quanto il senso di umanità rimanda inevitabilmente ad una visione carica di soggettivismo, nel senso che ognuno può interpretare secondo la propria "concezione del mondo" il concetto in analisi, che, quindi, risulta inevitabilmente relativo, a differenza della rieducazione, che invece ormai in modo consolidato e moderno significa risocializzazione e, dunque, possibilità, comunque, di reinserimento nel contesto sociale.

Per questa ragione non convincono gli esiti in materia della Commissione ministeriale presieduta nel 2013 dal collega Francesco Palazzo, che, pur esprimendo il proprio orientamento a favore dell'eliminazione della pena perpetua, pur tuttavia, prendendo atto della "difficile praticabilità di una proposta interamente abolizionista", anche a causa delle già ricordate, recenti vicende referendarie, ha optato per il suo mantenimento, auspicando tuttavia che la questione possa essere oggetto, in un prossimo futuro, di un dibattito politico sereno, che parrebbe essere favorito anche dall'andamento tutt'altro che allarmante, della criminalità "grave", cioè di quei reati per i quali il nostro ordinamento commina, appunto, la pena dell'ergastolo<sup>82</sup>.

15. (segue) *La riprova è proprio nell'ergastolo ostativo: laddove non sia più consentito - oppure, in caso affermativo, solo in ipotesi limitate - il ricorso ab externo ad istituti che incidono sulla perpetuità della sanzione, ciò ci farebbe tornare al vizio d'origine e, quindi, all'incompatibilità concettuale in precedenza descritta, in una sorta di circolo vizioso, che, invece, andrebbe risolto.* Da quanto osservato nel precedente paragrafo, risulta chiara la nostra preferenza, ad esempio, per una recente proposta di riforma, che, pur non essendo stata accolta dal legislatore, giacché si trattava di proposte formulate in sede di attuazione delle deleghe - peraltro mai esercitate dal Governo - contenute nella L. n. 67/2014. Tale proposta di riforma si è, infatti, posta l'obiettivo di ridurre in modo significativo l'ambito applicativo dell'ergastolo, prevedendone la sostituzione con una nuova specie sanzionatoria, denominata "detenzione speciale", che si estende da 24 a 28 anni, seppure ancora riservando - e qui si evidenzia il nostro dissenso, perché ritorna l'ottica compromissoria - la pena perpetua alla sola ipotesi di concorso di più reati tutti puniti con la detenzione speciale<sup>83</sup>. In altri termini, la nostra preferenza, per le ragioni sinora esposte, va a quei progetti di riforma del codice penale, già in precedenza ricordati, come i Progetti Riz del 1996, Grosso del 1998 e Pisapia del 2006, ove l'ergastolo risulta sostituito da una reclusione speciale sino a trent'anni di privazione della libertà personale.

<sup>82</sup> Significativi risultano a tal fine i dati ISTAT riportati nella relazione finale della Commissione medesima, da cui emerge che gli omicidi sono passati da 3,38 per 100.000 abitanti nel 1991, a 0,91 nel 2011. Cfr. *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, dicembre 2013, in *Dir. pen. cont.*; cfr. in argomento DELLA BELLA, *op.cit.*, 387

<sup>83</sup> DELLA BELLA, *op. cit.*, 387-388.

Siamo, infatti, sulla stessa linea di una dottrina del calibro di Luigi Ferrajoli, che si dichiara anch'egli favorevole all'abolizione dell'ergastolo, non solo contestandone la compatibilità con i principi costituzionali, ma anche mettendone in dubbio la sua efficacia general-preventiva, mai persuasivamente dimostrata dagli studi empirici<sup>84</sup>.

Stando così la questione, risulta evidente, in definitiva, come l'ergastolo e, a ben considerare, a maggior ragione l'ergastolo ostativo, sono stati indubbiamente sopravvalutati da un punto di vista della prevenzione generale, perché proprio tenendo conto dei dati da ultimo offerti dall'ISTAT, risulta, in definitiva, come la massima pena serva e sia funzionale soprattutto a calmare i c.d. bisogni emotivi di pena, che ovviamente sono tanto più rilevanti, quanto più grave è il reato commesso, in particolare se avviene in forma organizzata.

D'altro canto, è di monito quel noto caso, accaduto in Norvegia, in cui un soggetto, Anders Behring Breivik, ha ucciso sull'isola di Utoya in un'unica occasione ben 77 persone, ferendone 200. La Corte distrettuale di Oslo lo ha riconosciuto sano di mente e colpevole di atti di terrorismo, essendo il soggetto di estrema destra, per cui lo ha condannato alla pena di 21 anni di carcere, pena massima prevista dalle leggi penali norvegesi, pur se tale termine può essere giudizialmente prorogato laddove il soggetto risulti ancora pericoloso<sup>85</sup>. Tale trattamento pare non abbia sollevato allarmi sociali, evidentemente perché in tale Paese la tradizione giuridica è più avanzata della nostra, non prevedendo, oltre alla pena di morte - eliminata peraltro anche nel nostro ordinamento già nella Carta costituzionale *ex art. 27*, quarto comma, Cost.<sup>86</sup> - anche l'ergastolo.

Non possiamo, peraltro, nemmeno tralasciare, nella prospettiva di questo ripensamento critico delle massime pene, da ultimo, anche l'esperienza, negli USA, dello Stato della Virginia, ove proprio nel 2021 è stata abolita la pena di morte<sup>87</sup>, che costituiva, invece, com'è noto, una costante soprattutto negli Stati del Sud, segno evidente che, seppure in ordinamenti assai diversi tra loro, si assiste ad una tendenza critica nei confronti delle massime pene, evidentemente sul presupposto per cui la persona umana non dovrebbe mai costituire un mezzo, bensì sempre un fine della politica criminale.

---

<sup>84</sup> FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 79 ss..

<sup>85</sup> Cfr. *La Repubblica online* 24 agosto 2012.

<sup>86</sup> Così come modificato dall'art. 1 L. Cost. 2 ottobre 2007, n. 1. Vedi inoltre la L. 15 ottobre 2008, n. 179, di ratifica del Protocollo n. 13 del 3 maggio 2002 della CEDU, relativo all'abolizione della pena di morte in qualsiasi circostanza.

<sup>87</sup> Cfr. *La Repubblica online* 5 febbraio 2021.