

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di esaminare, attraverso l'analisi della disciplina normativa e della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, la compatibilità della pena dell'ergastolo con i principi costituzionali e convenzionali relativi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. In particolare, l'attenzione si è concentrata sui rapporti tra la pena dell'ergastolo e l'art. 4-*bis* ord. penit. riguardante le preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale per alcuni tipi di reati, per lo più di matrice associativa, in assenza di collaborazione con la giustizia. Nel corso della tesi, si è cercato di mettere in evidenza come l'art. 4-*bis* ord. penit. determini una conseguenza estremamente gravosa per il condannato all'ergastolo, poiché in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. non può usufruire di nessuna misura penitenziaria extramuraria, compresa la liberazione condizionale. Questo fenomeno è chiamato dalla dottrina e dalla giurisprudenza *ergastolo ostativo* in quanto la situazione di ergastolano non collaborante osta alla concessione dei suddetti benefici. Da qui l'impegno di verificare se un simile trattamento penitenziario possa essere compatibile con la Costituzione e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Il primo capitolo costituisce la premessa necessaria per affrontare la questione centrale del presente elaborato affrontato nel secondo capitolo. In particolare, nel primo capitolo, sono state analizzate le funzioni della pena nonché l'insieme degli effetti che essa produce e in vista dei quali essa è adottata dallo Stato. Le funzioni della pena sono molteplici : retributiva, general-preventiva (nella sua accezione positiva e negativa), e special-preventiva (nella sua accezione positiva e negativa) . In particolar modo nell'accezione positiva, in cui si esprime la teoria preventiva speciale, si pone l'accento non sulla funzione neutralizzatrice della pena, bensì su quella rieducativa della stessa sancita dall'art. 27 Cost..

Si è poi messa in evidenza la classificazione delle pene in : pene principali (diversa a seconda se si tratta di delitti o contravvenzioni), pene accessorie e pene sostitutive. È da sottolineare che mentre le pene principali sono inflitte dal giudice con sentenza di condanna, le pene accessorie conseguono di diritto alla condanna come effetti penali della stessa. Le pene sostitutive, invece, rappresentano una delle innovazioni più importanti introdotte dalla L. 24 Novembre 1981, n.689 poiché hanno permesso un ampliamento delle sanzioni a disposizione del giudice.

Nel secondo capitolo si è ampiamente parlato del cd. ergastolo ostativo partendo dalla norma di riferimento nonché art. 4-*bis* dell' ordinamento penitenziario. Tale disciplina è stata elaborata nei primi anni 90 nel contesto di quella *“legislazione d'emergenza“* che rappresentò la risposta dell'ordinamento alle stragi di mafia che avevano insanguinato il Paese con l'obiettivo principale di realizzare misure forti al fine di contrastare le grandi organizzazioni criminali. Si è messo soprattutto in evidenza come l'ergastolo ostativo ha suscitato critiche a più riprese per il pericolo di vanificare la finalità rieducativa della pena, espressamente prevista dall'art. 27 co.3 della Costituzione.

Nel prosieguo della trattazione è stata presa in considerazione la questione di costituzionalità portata all'attenzione della Corte Costituzionale con Sent. 9 Aprile 2003 n.135; questione che venne respinta, sostenendo che gli ergastolani che rifiutavano di collaborare con la giustizia, esercitavano una propria *“ scelta “* e, dunque, non erano esclusi definitivamente dai benefici. Analoga affermazione è stata ritrovata nella Sent. 7 Giugno 2013, n. 135.

Si è passati poi a mettere in evidenza una prima crepa nel consolidato orientamento di legittimità della Corte che si è avuta nel 2018, in particolare analizzando quanto stabilito dalla sent. 21 Giugno 2018 n.149.

Continuando, si è cercato di affrontare il tema del rapporto tra divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti ed ergastolo ostativo, prendendo in esame l'intervento della Corte EDU del 2019 nella nostra disciplina. In particolare la vicenda ha avuto origine dal caso di Marcello Viola, condannato all'ergastolo per associazione a delinquere di stampo mafioso, sequestro di persona, omicidio e possesso illegale di armi.

Successivamente è stata presa in considerazione una sentenza recentissima della Corte Costituzionale : Sentenza del 4 Dicembre 2019 n.253. Con questa sentenza si è sottratto al meccanismo “ostativo” di cui all'art. 4-bis, co. 1 ord. penit., la disciplina relativa alla concessione del beneficio del permesso premio previsto dall' art. 30-ter ord. penit.. È stato deciso che la presunzione di pericolosità – stabilita dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. per il condannato che non collabora con la giustizia – non risulta di carattere *assoluta*, poiché tale presunzione può essere superata allorquando il magistrato di sorveglianza individui elementi idonei ad escludere che il detenuto abbia ancora collegamenti con l'associazione criminale o che vi sia il pericolo del ripristino di questi rapporti. Ne segue che la presunzione di pericolosità del detenuto non collaborante non sia più assoluta ma diventi *relativa* .

Si conclude l'elaborato con l' Ordinanza 11 Maggio 2021 n.97 con la quale la Corte Costituzionale ha disposto il rinvio del giudizio al 10 maggio 2022, dando così al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia in esame.

CAPITOLO I

LE PENE

SOMMARIO: 1. Introduzione sul modello di penalità - 2. Funzioni della pena
- 3. Pene principali – 4. Pene accessorie e pene sostitutive

1. Introduzione sul modello di penalità

Il ragionamento sul diritto penale deve muovere dal presupposto che (oggi) la pena tipica è il carcere.

Il diritto penale dev'essere limitato alle sanzioni di maggiore entità, che riguardano i fatti di maggiore gravità : tipicamente quelli dolosi.

Questa considerazione riguarda la funzione intimidativa della pena e il carattere sofisticato e costoso del processo penale.

Il carcere è uno strumento costoso. Bisogna dare atto alla classe politica di aver fatto e di star facendo passi per evitare il carcere per i reati meno gravi e le pene di minore entità, e alla magistratura di avere contenuto la carcerazione preventiva rispetto a periodi trascorsi non lontani. Ma ancora siamo molto distanti da condizioni di civiltà del sistema e dignità della detenzione.¹

2. Funzioni della pena

La pena, nel diritto penale, è la sanzione prevista per chi commette un reato, sia esso un delitto o una contravvenzione.

Con la definizione “funzione della pena” s'intende la sua efficacia nonché l'insieme degli effetti che produce e in vista dei quali è adottata dallo Stato.

Le teorie elaborate da illustri filosofi e giuristi per definire la funzione della pena sono molteplici.

Retributiva, quando la pena è il corrispettivo per aver violato un comando dell'ordine giuridico, ed è la riaffermazione del diritto da parte dello Stato.² Essa è senza dubbio la funzione più antica che affonda le proprie radici fin nell'Antico Testamento con la Legge del Taglione. Questa concezione parte dall'idea del libero arbitrio dell'uomo il quale, essendo essenzialmente libero di scegliere tra il bene e il male, qualora opti per quest'ultimo, deve

¹ALEO S. (2016). *Istituzioni di diritto penale*. Giuffrè

² Di CONCAS A.,2016, tratto da www.diritto.it

essere adeguatamente punito. Nell'ottica retributiva la pena deve avere il carattere della diretta e stretta proporzionalità con il reato, vale a dire che il tipo e l'entità della pena dipendono direttamente e proporzionalmente dalla gravità del reato. In base a tali premesse, il soggetto è punito da un lato per la gravità del fatto e dall'altro per il grado di colpevolezza. Secondo le teorie retributive si punisce *quia peccatum est*, si punisce perché un consociato in precedenza ha commesso un reato. La sanzione inflitta deve essere proporzionata al fatto compiuto in modo da consentire al reo di ripagare il debito contratto con la società a causa del delitto commesso e ritrovare il proprio posto nella collettività scegliendo, questa volta, di rispettare la legge penale³.

General-preventiva, quando la pena ha nei confronti di tutti i consociati un'efficacia deterrente che dissuade dal porre in essere comportamenti delittuosi in coloro che sono portati a delinquere grazie alla minaccia della sua inflazione. A tal proposito la pena serve a impedire in futuro il compimento di fatti analoghi a quelli commessi dal reo.

Come è chiaro, dunque, il precetto normativo si rivolge alla generalità dei consociati che ancora non hanno commesso il reato, ora operando con efficacia deterrente (e si parlerà di prevenzione generale negativa), ora svolgendo una funzione di orientamento culturale della società (e si parlerà di prevenzione generale positiva). In quest'ultimo caso la pena non deve terrorizzare, non deve indurre attraverso il processo di coazione psicologica a non commettere più quel reato, ma deve essere capace di orientare tutti i consociati alla comprensione dell'importanza del bene e del valore sotteso a quella norma incriminatrice.

Special-preventiva, quando la pena ha lo scopo di evitare che il reo commetta altri delitti in futuro, isolandolo dalla società nei casi in cui sia possibile o opportuno. Sta proprio in questo la differenza con la teoria general-

³ G.FORTI (2000). *L'immane concretezza*. Cortina Raffaello. p.206

preventiva che, appunto, si rivolge alla generalità dei consociati che ancora non hanno commesso alcun reato e non al singolo autore del reato già commesso. Anche su questa teoria, comunque, sono presenti due accezioni ben distinte.

La prima fa riferimento alla prevenzione speciale negativa, intesa come «la neutralizzazione o incapacitazione del soggetto»⁴ a compiere nuovamente reati. Secondo questa accezione, la pericolosità sociale del reo viene neutralizzata materialmente o giuridicamente. È infatti evidente come, ad esempio, l'autore di una rapina non potrà commetterne di nuove fino a che rimane in carcere. Altro discorso va fatto, invece, per l'incapacitazione giuridica che si può attuare tramite sanzioni interdittive derivanti da pene accessorie, volte a impedire giuridicamente l'esercizio di quelle attività all'interno delle quali si era realizzato il reato (si pensi all'interdizione dai pubblici uffici per coloro che hanno commesso delitti contro la pubblica amministrazione). La pena, dunque, viene qui vista come un anestetico che blocca la capacità di delinquere del condannato, un impedimento fisico o giuridico che previene il rischio di recidiva. Limite evidente di questa impostazione teorica è quello temporale: se è certamente vero che i rischi di recidiva durante il periodo di permanenza in carcere o durante le interdizioni sono minimi se non addirittura nulli, una volta cessate le incapacitazioni tali rischi non sono più neutralizzabili o controllabili dall'ordinamento. Questa valutazione critica è figlia del pensiero secondo cui non può più essere accettabile la permanenza a vita in carcere, che certo comporterebbe l'eliminazione definitiva della pericolosità sociale del reo, ma questa a danno della possibilità del suo reintegro nella società, possibilità che la dottrina maggioritaria sembra avere ormai da tempo sposato.

La seconda accezione in cui si esprime la teoria preventiva speciale è quella positiva: viene qui posto l'accento non tanto sulla funzione

⁴ C. F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA (2013), *Manuale di diritto penale- parte generale*, Milano, Giuffrè, p. 592

neutralizzatrice della pena, quanto su quella rieducativa della stessa. La pena deve infatti svolgere una «funzione positiva di recupero dell'autore del reato»⁵ in chiave strettamente laica: è compito dello Stato rieducare il condannato al rispetto di quei valori socialmente condivisi che sono stati infranti dalla sua condotta delittuosa, attraverso la pena inflitta.

L'art 27 Cost. afferma il principio della rieducazione della pena, in base al quale «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato». Tale principio sancisce che la pena quindi deve perseguire un fine specifico ovvero la rieducazione del condannato e il suo reinserimento nella società eliminando il rischio e la possibilità che possa tornare a commettere delitti in futuro.

3. Pene principali

Le pene principali nel nostro sistema (art 17 c.p) sono : l'ergastolo, la reclusione e la multa, per i delitti; l'arresto e l'ammenda, per le contravvenzioni.

Mentre le pene principali sono inflitte dal giudice con sentenza di condanna , le pene accessorie conseguono di diritto alla condanna come effetti penali della stessa.

Per i delitti previsti nel codice penale, la pena di morte è stata soppressa e sostituita con l'ergastolo con il D.Lgs.lgt. 10 Agosto 1944,n. 224.

Con il D.Lgs. 22 gennaio 1948, n. 21 , la pena di morte è stata soppressa per i delitti previsti in leggi speciali diverse da quelle militari di guerra; successivamente è stata abolita la pena di morte per gli illeciti previsti dalle stesse leggi militari di guerra con la L. 13 Ottobre 1994,n. 589. La soppressione della pena di morte ha comunque trovato il riconoscimento più elevato nella Costituzione: l'articolo 27, comma 4° della Costituzione, modificato dalla legge Costituzionale n. 2 del 2 ottobre 2007, stabilisce infatti che «Non è ammessa la pena di morte».

Tanto si è discusso e si discute circa l'opportunità e la legittimità della

⁵ C. F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *op. ult. cit.*, p. 592

pena dell'ergastolo (pena detentiva), «perpetua» e «scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno» (art. 22 c.p).⁶ Questa pena può essere considerata contraddittoria rispetto al principio costituzionale previsto dall' art. 27 comma terzo Cost. il quale dispone che «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». La Corte Costituzionale ha però ritenuto legittimo l'ergastolo, sostenendo a motivazione che, la funzione della pena «non è soltanto il riadattamento sociale dei delinquenti, ma pure la prevenzione generale, la difesa sociale, e la neutralizzazione a tempo indeterminato di determinati delinquenti». Al di là di quanto sostenuto dalla Corte, bisogna riconoscere che la natura perpetua di tale pena è in concreto superata, per cui il problema della sua costituzionalità ha finito con lo sdrammatizzarsi; oltre alla possibilità del lavoro all'aperto il condannato all'ergastolo può – nel caso in cui abbia tenuto un comportamento tale da ritenere sicuro il suo ravvedimento – essere ammesso alla liberazione condizionale dopo aver scontato 26 anni di pena (art.176, comma terzo, c.p). Il reo, inoltre, può godere della liberazione anticipata e del regime di semilibertà dopo aver scontato 20 anni di pena, sempre se si hanno i presupposti per potervi accedere dovuti alla buona condotta del reo che ha partecipato a programmi di inclusione all'interno delle strutture penitenziarie. Il soggetto potrà essere ammesso gradualmente alla vita esterna sulla base di una serie di valutazioni che deve compiere il giudice particolare, vale a dire il Magistrato di sorveglianza, il quale controlla i rei durante la fase dell'esecuzione delle pene.

Oggi, nel nostro sistema penale, l'ergastolo si distingue in ergastolo comune e il cd. ergastolo ostativo di cui parleremo nel capitolo successivo.

Oltre all'ergastolo, rientra nelle pene principali anche la reclusione che è una pena detentiva temporanea prevista per i delitti. L'art. 23 del codice penale stabilisce che «la pena della reclusione si estende da quindici giorni a

⁶ ALEO S. (2016). *Istituzioni di diritto penale*. Giuffrè, p.428

ventiquattro anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato alla reclusione, che ha scontato almeno un anno della pena, può essere ammesso al lavoro all'aperto». Il limite dei ventiquattro anni non è a onore del vero invalicabile, posto che, se concorrono più circostanze aggravanti del reato, l'imputato può essere condannato fino a trent'anni di reclusione e, nel caso in cui egli sia accusato di un delitto per il quale la legge prevede la pena dell'ergastolo e accetti il giudizio abbreviato, detta pena, in caso di condanna, verrà ridotta a trent'anni in virtù della carica deflattiva dell'istituto. La previsione dell'obbligo di lavoro risponde alla necessità di rieducare il condannato, stimolandolo alla socializzazione e permettendogli, una volta uscito, di rendersi utile alla società. Sempre per lo stesso scopo, è previsto che egli possa, dopo un anno di reclusione lavorare all'esterno del carcere al fine di consentire un graduale reinserimento nel tessuto sociale sino all'espiazione definitiva della pena quando poi riacquisterà la libertà.

Altra pena principale prevista per i delitti è la multa la quale è una pena pecuniaria. L'art. 24 del codice penale stabilisce che «la pena della multa consiste nel pagamento allo Stato di una somma non inferiore a euro cinquanta, né superiore a euro cinquantamila. Per i delitti determinati da motivi di lucro, se la legge stabilisce soltanto la pena della reclusione, il giudice può aggiungere la multa da euro cinquanta a euro venticinquemila».

Ciò detto per alcuni delitti è prevista l'esclusiva pena della multa, per altri la multa si applica alternativamente o congiuntamente alla pena della reclusione. La L. 24 Novembre 1981, n. 689, in tema di modifiche al sistema penale e depenalizzazione, ha stabilito che il giudice nella determinazione dell'ammontare della multa deve tener conto anche delle condizioni economiche del reo.

Per quanto riguarda le contravvenzioni tra le pene principali abbiamo l'arresto. L'art. 25 del codice penale dispone che « la pena dell'arresto si estende da cinque giorni a tre anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò

destinati o in sezioni speciali, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'arresto può essere addetto a lavori anche diversi da quelli organizzati nello stabilimento, avuto riguardo alle sue attitudini e alle sue precedenti occupazioni». Anche l'arresto, come la reclusione consiste in una privazione della libertà personale, ma essendo previsto solo in seguito ad una condanna per contravvenzione e non per un delitto ex art. 17 c.p., le misure edittali sono sensibilmente più lievi. Infatti l'arresto può essere comminato solamente nella misura che va dai cinque giorni ai tre anni.⁷ Il condannato all'arresto può inoltre svolgere lavori anche diversi da quelli previsti nello stabilimento e si potrà tener conto anche delle sue attitudini e delle sue precedenti occupazioni. L'attenzione per le abilità professionali del condannato all'arresto è un'importante conferma del *favor* espresso dal legislatore per chi abbia commesso una contravvenzione rispetto all'autore di un delitto vero e proprio.

Infine, altra pena principale prevista per le contravvenzioni è l'ammenda che rientra tra le pene pecuniarie. Secondo il disposto dell'art. 26 « la pena dell'ammenda consiste nel pagamento allo Stato di una somma non inferiore a euro venti né superiore a euro diecimila». Esso è un limite cui il Giudice non può sottrarsi. Inoltre, a differenza di quanto previsto nella multa, il Giudice non può aggiungere l'ammenda ove non espressamente disciplinato, nel caso di contravvenzione ammessa per motivi di lucro. Anche da ciò si desume la minor gravità delle contravvenzioni rispetto ai delitti. Tuttavia, come per la multa, il Giudice deve tener conto delle condizioni economiche del reo potendola aumentare o diminuire e disporre un pagamento rateizzato.

4. Pene accessorie e pene sostitutive

Accanto alle pene principali sono previste le pene accessorie che seguono di diritto alcune condanne penali. Hanno un carattere afflittivo e fortemente limitativo dei diritti costituzionalmente garantiti. Generalmente

⁷ www.brocardi.it